



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



imprensa oficial

2018 / 2019



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURIDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



imprensa oficial



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

R. PGE	Manaus-AM	a. 36	n. 40	2018/2019
--------	-----------	-------	-------	-----------

GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Miranda Lima

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Alberto Bezerra de Melo

SUBPROCURADORES-GERAIS DO ESTADO

Victor Fabian Soares Cipriano

Leonardo de Borborema Blasch

PROCURADOR-CORREGEDOR

Paulo José Gomes de Carvalho

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Clara Maria Lindoso e Lima – Coordenadora

COMISSÃO

Clara Maria Lindoso e Lima

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Eugênio Nunes Silva

Heloyza Simonetti Teixeira

Ticiano Alves e Silva

Vitor Hugo Mota de Menezes

Fabiano Buriol

Giordano Bruno Costa da Cruz

Patrícia Petrucelli Marinho

Rafael Lins Bertazzo

ORGANIZAÇÃO

Cássia Máisa Bezerra da Silva Fernandes

DIRETOR-PRESIDENTE DA IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO AMAZONAS

Mario Jumbo Miranda Aufiero

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Epifânio Leão

CAPA

José Leonardo

REVISÃO ORTOGRÁFICA

Rosângela Lira Portela

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Centro de Estudos

Jurídicos, 1983. Manaus: Imprensa Oficial do Estado do

Amazonas, 2019.

268 p.: 22,5x15,5 cm.

ISSN 1807926- 1

1983-2018/2019 (1-40)

D.Q.C. 340.05

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro

CEP: 69020-040 – Manaus-AM – Fone: 92 3649-3108

PROCURADORES DO ESTADO EM 2019

PROCURADORES DE PRIMEIRA CLASSE

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ALBERTO BEZERRA DE MELO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ G. FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZIDRO DE LIMA REGIS
HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRA MARA DOS SANTOS BESSA
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PERES
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
SUELY XAVIER LIMA
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES

PROCURADORES DE SEGUNDA CLASSE

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO M. DE MATOS
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
CLÓVIS SMITH FROTA JUNIOR
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
ISABELA PÉRES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO

LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA
MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
MARIA FLORÊNCIA SILVA AIUB
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES ANGELUCI
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PÉRES
RUTH XIMENES DE SABÓIA
SIMONETE GOMES SANTOS ARAÚJO
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
VIVIEN MEDINA NORONHA
YOLANDA CORRÊA PEREIRA

PROCURADORES DE TERCEIRA CLASSE

ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ALDENOR DE SOUZA RABELO
ANDREA PEREIRA DE FREITAS
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
DEBORA BANDEIRA KOENOW
DIOGO DINIZ FERREIRA DE CARVALHO
ELIDA DE LIMA REIS CORRÊA
ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO
EUGENIO NUNES SILVA
EUGENIO AUGUSTO CARVALHO SEELIG
FABIANO BURIOL
FRANKLIN ARTHUR MARTINZ FILHO
GABRIELA MUNIZ DE MOURA
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA COSTA MENDONÇA DE REZENDE
HENRI DHOUGLAS RAMALHO

INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUSA
ISALTINO JOSE BARBOSA NETO
IVÂNIA LÚCIA SILVA COSTA
JANILSON DA COSTA BARROS
JUCELINO ARÚJO LIMA
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
KERINNE MARIA FREITAS PINHEIRO
LAERCIO DE CASTRO DOURADO JUNIOR
LEANDRO VENÍCIUS FONSECA ROZEIRA
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUIS EDUARDO MENDES DANTAS
MATEUS SEVERIANO DA COSTA
MICAEL PINHEIRO NEVES SILVA
RAFAEL CÂNDIDO DA SILVA
RAFAEL LINS BERTAZZO
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
TADEU DE SOUZA SILVA
THIAGO ARAÚJO REZENDE MENDES
THIAGO OLIVEIRA COSTA
TICIANO ALVES E SILVA
VANESSA LIMA DO NASCIMENTO
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA
VITOR BARBOSA DE OLIVEIRA

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PA

Procurador-Chefe: Dr. Giordano Bruno Costa da Cruz

PROCURADORIA DO JUDICIAL COMUM – PJC

Procurador-chefe: Dr. Benedito Evaldo de Lima Moreno

PROCURADORIA DO PESSOAL CIVIL – PPC

Procuradora-chefe: Dra. Ellen Florêncio Santos Rocha

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO – PPT

Procurador-chefe: Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE – PMA

Procurador-chefe: Dr. Daniel Pinheiro Viegas

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO – PPIF

Procurador-chefe: Dr. Júlio César de Vasconcelos Assad

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO – PROCONT

Procurador-chefe: Dr. Marcello Henrique Soares Cripriano

PROCURADORIA DE EXECUÇÕES FISCAIS – PROEF

Procurador-chefe: Dr. Rafael Lins Bertazzo

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL – PRODACE

Procuradora-chefe: Dra. Raquel Bentes de Souza Nascimento

PROCURADORIA PREVIDENCIÁRIA E FINANCEIRA – PPF

Procuradora-chefe: Dra. Luciana Guimarães Pinheiro Vieira

PROCURADORIA DO ESTADO NO DISTRITO FEDERAL – PGE/DF

Procuradora-chefe: Dra. Sandra Maria do Couto e Silva

PROCURADORIA DO PESSOAL MILITAR – PPM

Procuradora-chefe: Dr. Carlos Alexandre Moreira de Carvalho M. de Matos

ASSESSORIA ESPECIAL

Procuradora-chefe: Dra. Simonete Gomes Santos Araújo

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA

Diretora: Dra. Heloysa Simonetti Teixeira

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: Dra. Clara Maria Lindoso e Lima

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
A CONCEPÇÃO ARISTOTÉLICA DE “JUSTIÇA” E O DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO	
Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	15
O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: O CONTEÚDO JURÍDICO DO § 2º DO ART. 985 DO CPC	
Ticiano Alves e Silva	33
A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINÁRIA QUE EXTINGUIU OS “QUINTOS” NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL	
Júlio Cezar Lima Brandão	55
A ATUAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL NA CONCRETIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	
Heloyza Simonetti Teixeira	95
O PRINCÍPIO DA UNICIDADE DA REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL NA JURISPRUDÊNCIA DO STF	
Márcio André Lopes Cavalcante	119
A ARQUITETURA DE ESCOLHA COMO FERRAMENTA QUE PODE LEVAR ÀS MELHORES SOLUÇÕES NAS RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ENTRE MEDIAÇÃO E ADJUDICAÇÃO	
Cristiane Santana Guimarães e José Euclimar Xavier de Menezes	131

A SELETIVIDADE DO IPI COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO POR INDUÇÃO	
Patrícia Petruccelli Marinho	151
O NIILISMO DE NIETZSCHE E A ADVOCACIA PÚBLICA	
Vitor Hugo Mota de Menezes	169
LEVANDO O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS A SÉRIO	
Marco Antonio Rodrigues	201
DEFESA ADMINISTRATIVA APRESENTADA A DESTEMPO E A ARGUIÇÃO DE TEMPESTIVIDADE COMO PRELIMINAR: EFEITOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	
Omara Oliveira de Gusmão	215
ANÁLISE DE PADRÕES DOS LITÍGIOS AMBIENTAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL: UMA APROXIMAÇÃO À TEORIA DA AGÊNCIA	
Bruno de Souza Cavalcante	239

APRESENTAÇÃO

Não há dúvida de que a grandeza do conhecimento do ser humano está na leitura de boas obras literárias. A presente Revista nasceu com essa finalidade, emergindo como um verdadeiro instrumento de divulgação de produções atuais e relevantes no âmbito do Direito.

É com imensa honra que apresento aos senhores a Revista da Procuradoria Geral do Estado, a de número 40, trazendo em seu corpo um conjunto de pareceres e trabalhos forenses produzidos por renomados procuradores do Estado e colaboradores, cumprindo, dessa forma, seu papel tradicional e inconteste: divulgar conhecimentos, ideias e trabalhos de pesquisa na área do Direito.

Cada Revista lançada por esta Casa de Procuradores traz sempre um toque plural e inovador, abordando diferentes prismas de temas jurídicos. Objetiva-se criar um campo vasto de debates, críticas e de soluções sobre as mais diversas questões na área do direito.

Acredito que os textos publicados nesta obra possam contribuir para a formação e aperfeiçoamento intelectual, além de proporcionar uma reflexão crítica pelos profissionais do ramo do direito e demais leitores.

Boa leitura.

ALBERTO BEZERRA DE MELO
Procurador-Geral do Estado

A Concepção Aristotélica de “Justiça” e o Direito Tributário Brasileiro

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹

SUMÁRIO: 1. Introdução: colocação do problema – 2. A concepção de “justiça” em Aristóteles. 2.1. A vida e a obra de Aristóteles: breve referência. 2.2. Noção preliminar de justiça. 2.3. Justiça universal. 2.4. Justiça particular. 2.4.1. Justiça distributiva. 2.4.2. Justiça corretiva. 2.4.3. Justiça comutativa e justiça judicial. 2.5. A equidade – 3. A “justiça aristotélica” e o direito tributário brasileiro. 3.1. Isonomia tributária. 3.2. Capacidade contributiva. 3.3. Uniformidade geográfica e incentivos fiscais. 3.4. Equidade em matéria tributária – 4. Conclusões – Referências.

1. INTRODUÇÃO: COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A teoria da justiça, tema central do presente trabalho, é um dos capítulos fundamentais da Ciência do Direito².

A expressão “Ciência do Direito” que, em sentido estrito, é empregada como sinônimo de Dogmática Jurídica³, quando tomada em sentido amplo, abrange todas as disciplinas jurídicas, inclusive a Filosofia do Direito.

1 Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (FD-UFAM). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

2 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

3 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. cit. p. 518-519.

Com efeito, não há apenas *uma* ciência do direito, porém *um conjunto de ciências do direito*, dentre as quais encontramos, por exemplo, a Filosofia do Direito, a História do Direito, a Sociologia do Direito e a Dogmática Jurídica, cada uma delas estudando o direito desde uma perspectiva peculiar⁴.

Tanto a Ciência do Direito (em sentido estrito) como a Sociologia Jurídica ocupam-se do Direito como realidade: enquanto a primeira estuda o seu objeto dando ênfase aos textos normativos (ocupa-se da realidade normativa, vale dizer, do sistema de normas posto), a segunda o estuda dando ênfase aos fatos (ocupa-se dessa realidade normativa em confronto com a realidade dos fatos por ela regulados)⁵.

Enquanto ambas as ciências referidas ocupam-se do Direito *que está posto* (em si mesmo considerado ou em confronto com a realidade dos fatos por ele regulados), a Filosofia do Direito, por seu turno, ocupa-se do sistema normativo *que deveria ser*, segundo os grandes ideais universais da humanidade⁶.

No campo específico do Direito Tributário, leciona Hugo de Brito Machado, “podemos dizer que a Ciência do Direito tem como objeto o conjunto de normas atinentes à tributação, em determinado país e numa época determinada, a Sociologia do Direito tem como objeto esse mesmo sistema de normas em suas relações com os fatos econômicos sobre os quais incidem as normas tributárias, e a Filosofia do Direito tem como objeto o mesmo sistema de normas em suas relações com os ideais da Justiça Tributária, que são universais e perenes” (grifamos)⁷.

É justamente este último aspecto que será abordado no presente trabalho, no qual pretende-se analisar a concepção de Aristóteles a respeito da justiça e a relação do referido conceito com o conjunto de normas atinentes à tributação vigentes no Brasil. Não se trata, pois, de um estudo de Ciência Jurídica (tomada a expressão em seu sentido estrito), com enfoque puramente dogmático, mas de Filosofia do Direito, já que a ênfase não será dada às normas jurídicas em si mesmas consideradas, mas a um dos valores superiores, fundamentais e universais que devem presidir a elaboração e a aplicação das referidas normas: o da justiça, pedra angular do conhecimento jurídico.

4 GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 31. Cada ciência tem seu objeto próprio de estudo. Tal objeto, todavia, pode ser tomado no sentido material ou no sentido formal: no primeiro sentido, objeto significa o próprio assunto estudado, ao passo que, no segundo, significa o aspecto ou método pelo qual a respectiva ciência estuda o conteúdo ou matéria. Assim, várias ciências podem ter como objeto material de estudo o mesmo assunto, desde que cada uma aprecie ou trate este sob aspectos ou prismas diferentes, isto é, de forma peculiar. As ciências que têm por objeto material de estudo o mesmo assunto são ciências afins, mas diferenciadas pela forma que cada uma estuda a matéria. É o que se dá em relação à Ciência do Direito, à Sociologia do Direito e à Filosofia do Direito, que têm o mesmo objeto material: o direito. No entanto, o objeto formal, isto é, o aspecto pelo qual cada uma dessas disciplinas considera o direito, é diferente (MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. cit. p. 519).

5 MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 36-37.

6 MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. cit. p. 37.

7 MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. cit. p. 37.

2. A CONCEPÇÃO DE “JUSTIÇA” EM ARISTÓTELES

2.1. A vida e a obra de Aristóteles: breve referência

Aristóteles (384-322 a.C.), nascido em Estagira⁸, ingressou, aos dezoito anos, na Academia de Platão, onde permaneceu por vinte anos, até a morte deste.

Mais tarde, em 343, a convite de Felipe, rei da Macedônia, torna-se preceptor de seu filho, Alexandre Magno, que viria a ser conhecido como “o Grande”. Quando este subiu ao trono (em 335), Aristóteles volta para Atenas e funda a sua escola, o *Liceu*, onde ensinou durante treze anos, tendo se dedicado a todos os ramos de conhecimento.

Para o exame das doutrinas de Aristóteles que mais diretamente interessam à Filosofia do Direito, as obras a considerar, por sua importância direta, são a Política e a Ética, sendo que, desta última, chegaram até nossos dias três redações: *Ética Nicomaqueia*, *Ética Eudemia* e a chamada *Grande Moral* (ou *Magna Moralia*)⁹.

Especificamente para a análise, no presente estudo, da doutrina aristotélica acerca da justiça, seguir-se-á, fundamentalmente, o Livro V da *Ética a Nicômaco*, que, segundo Otfried Höffe, constitui o primeiro tratado efetivo sobre o tema¹⁰.

2.2. Noção preliminar de justiça

Esboçando a definição da justiça, Aristóteles a opõe à injustiça, nestes termos: “Segundo a opinião geral, a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo; e de modo análogo, a injustiça é a disposição que leva as pessoas a agir injustamente e a desejar o que é injusto”¹¹.

Ao estabelecer esta primeira definição, Aristóteles observa que a justiça pode ser tomada em vários sentidos¹², o mesmo sucedendo com a injustiça.

Aristóteles dividia, pois, a justiça em muitas espécies, distinguindo, inicialmente, a justiça *universal* da justiça *particular*.

8 Cidade grega não distante das fronteiras do reino semibárbaro da Macedônia.

9 Das três redações, ressalta Giorgio Del Vecchio, só a primeira (*a Nicomaqueia*) não oferece dúvidas que é obra de Aristóteles; quanto às outras duas, a *Eudemia*, provavelmente, é um trabalho de Eudeme, seu discípulo, enquanto a *Grande Moral* é um extrato das duas primeiras versões (*Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Trad. de Antônio José Brandão. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979, p. 44-45).

10 HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Trad. de Peter Naumann, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 24. Antes de Aristóteles, no entanto, a questão da justiça já havia merecido a atenção de Platão. Aliás, como enfatiza Hans Kelsen, a justiça “é o problema central de toda a sua [refere-se a Platão] filosofia” (*A justiça e o direito natural*. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001, p. 94).

11 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 103.

12 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 107.

2.3. Justiça universal

Segundo a noção aristotélica da *justiça universal* (também conhecida como *total, geral*¹³, *integral* ou *legal*¹⁴), “todos os atos conforme a lei são atos justos *em certo sentido*” (grifamos)¹⁵. A justiça total consiste, pois, na observância da lei e no respeito àquilo que é legítimo e que vige para o bem de todos¹⁶.

Na acepção da justiça em sentido universal, considera-se justo o homem que cumpre a lei e é honesto; injusto, ao contrário, é o homem que infringe a lei e é ganancioso e ímprobo¹⁷. *Justiça* (nesta acepção) e *legalidade* são uma e a mesma coisa, daí decorrendo a relevância do papel desempenhado pelo legislador, determinante do comportamento dos cidadãos que à legislação se vinculam¹⁸.

Da afirmação de Aristóteles sobre a justiça universal, acima transcrita, pode-se inferir, de modo apressado, que ele tenha lhe atribuído valor absoluto. No entanto, na referida passagem, esclarece ele que as ações prescritas pela lei são justas “em certo sentido”: são consideradas justas *legalmente falando*, isto é, tendo em vista uma disposição da lei positiva, e, variando esta segundo o tipo de constituição adotada, daí lhe advém *certa relatividade*¹⁹.

De fato, ressalta Aristóteles, nas disposições sobre todos os assuntos, “as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política”²⁰.

Nas constituições consideradas por Aristóteles corretamente estabelecidas – *monarquia, aristocracia* ou *democracia* –, as leis são feitas no interesse

13 PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995, p. 48; FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 68, nt. de rodapé n. 88.

14 Consoante notícia Arthur M. Ferreira Neto, o conceito de “justiça geral” veio a ser, posteriormente denominado de “justiça legal” por Tomás de Aquino (*Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. cit. p. 68, nt. de rodapé n. 88).

15 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 104.

16 BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 88-89. Observa Arthur M. Ferreira Neto: “Assim, em Aristóteles, temos a estipulação da justiça geral como a predisposição do cidadão de se guiar pela lei, tendo em vista a realização de sua excelência plena e a promoção do bem comum” (*Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. cit. p. 68, nt. de rodapé n. 88).

17 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 104.

18 BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. cit. p. 89-90. Como bem observa Norberto Bobbio, o significado de justo como *conforme a lei* “vale sobretudo e limitadamente quando é atribuído a uma ação, de modo particular a uma ação humana(...). O significado prevalecente de uma ação justa é de fato aquele de ação cumprida em observância de uma lei”. E prossegue o autor citado: “Menos unívoco é o significado de justo quando é atribuído de homem: um homem justo pode ser tanto um homem respeitoso das leis quanto um homem equânime, que distribui imparcialmente o torto e o direito, e nesse caso a noção de justiça remete, antes, à noção de igualdade” (*Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organiza. por Michelangelo Bovero. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 308-309).

19 Nesse sentido: AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983, p. 13.

20 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 104-105.

comum de todos os cidadãos ou, ao menos, no da aristocracia. Entretanto, como cada forma de governo comporta a possibilidade de um “desvio” (daí sobrevivendo a *tiranía*, a *oligarquia* ou a *demagogia*), pode ocorrer que a lei passe a preocupar-se somente com o interesse dos dirigentes, sem atentar ao modo bom ou mau (legítimo ou ilegítimo) pelo qual hajam sido investidos no poder²¹.

Para Aristóteles, prescrevendo as leis sobre ampla gama de assuntos, disporão corretamente se forem bem elaboradas, e, ao contrário, disporão de maneira criticável, se forem elaboradas às pressas²².

Na percepção de Aristóteles, sendo a lei corretamente estabelecida (e desde que não haja desvio da constituição²³), a justiça universal é considerada a virtude completa, a mais perfeita das virtudes, porque o homem que a possui pode exercitá-la também relativamente a outrem (relações intersubjetivas) e não somente para si próprio²⁴.

A justiça universal, para Aristóteles, “não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira”²⁵. São elas (a justiça, universalmente considerada, e a virtude) a mesma coisa, mas sua essência não é a mesma, como faz questão de diferenciar: “Aquilo que é justiça praticada em relação ao próximo, *como uma determinada disposição de caráter e em si mesmo, é virtude*” (grifamos)²⁶. Assim, esclarece Eduardo Bittar, “diz-se que um homem é justo ao agir na legalidade; diz-se que um homem é virtuoso quando *por disposição de caráter* orienta-se segundo esses mesmos vetores, *mesmo sem a necessária presença da lei ou conhecimento da mesma*” (grifamos)²⁷.

2.4. Justiça particular

Após definir a justiça universal como coextensiva a toda a virtude, passa Aristóteles a definir a chamada *justiça particular*, que é uma parte da justiça legal.

A justiça particular (também conhecida como *especial* ou *parcial*), segundo Aristóteles, constitui uma parte da virtude²⁸. O filósofo chega, pela

21 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 13.

22 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 105. Comentando sobre a atualidade das preocupações de Aristóteles sobre o modo como são elaboradas as leis, assevera Plauto Faraco de Azevedo: “O atropelo em que, muitas vezes, são feitas as leis, exprime a enganadora convicção de que sua profusa criação irá resolver os problemas sociais, Isto, na verdade, não ocorre. Apenas introduz-se um elemento de perturbação suplementar na sociedade – a superabundância de leis, sem ressonância popular e, por isto mesmo, de escassa força moral” (*Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 14).

23 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 18.

24 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 105.

25 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 106.

26 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 106.

27 BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. cit. p. 92.

28 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 106.

prova da injustiça particular (parte da injustiça no sentido universal), ao estabelecimento da justiça da mesma espécie.

Tanto o justo total como o justo particular apresentam a mesma característica básica, ou seja, a *alteridade*, pois são qualidades de uma específica conduta humana que consiste no tratamento dado a outros homens²⁹. No entanto, enquanto no justo total, aplica-se uma noção mais ampla de alteridade (uma vez que a ação do homem justo se dirige à *comunidade como um todo*), a justiça particular refere-se *ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes*³⁰.

Apesar de tanto a injustiça no sentido universal (total) como aquela tomada no sentido particular (parcial) caracterizarem-se *por se referirem a nossas relações com outrem*, distinguem-se entre si, ainda, pelo fato de a última referir-se “à honra, ao dinheiro ou à segurança (ou àquilo que engloba todas essas coisas, se houvesse um nome para designá-lo), e sua motivação é o prazer proporcionado pelo ganho”, ao passo que a primeira “diz respeito a tudo com que se relaciona o homem bom”³¹.

Tendo estabelecido as distinções apontadas, Aristóteles deixa de lado a justiça universal, coextensiva à virtude total, para ater-se à justiça no sentido parcial (particular), que se apresenta como “gênero especial de virtude caracterizada pela consideração da igualdade”³².

A justiça particular (e o justo que lhe corresponde), por sua vez, é subdividida por Aristóteles em justiça *distributiva* e justiça *corretiva*³³.

2.4.1. Justiça distributiva

A primeira espécie de justiça particular considerada por Aristóteles é a chamada *justiça distributiva*, que regula as ações da sociedade política em relação ao cidadão³⁴ e preside à distribuição das honras e dos bens entre as pessoas e tem por fim obter que cada um receba daquelas e destes porção adequada ao seu mérito³⁵.

29 KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. cit. p. 42.

30 BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. cit. p. 93.

31 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 107.

32 POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2. ed. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1976, p. 4.

33 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 108. Para Olinto A. Pegoraro, as duas espécies da justiça particular aristotélica são a *distributiva* e a *comutativa* (*Ética é justiça*. cit. p. 33). Na interpretação de Plauto Faraco de Azevedo, a justiça particular divide-se em *distributiva* e *corretiva*, não sendo admissível uma terceira espécie – a comutativa – repousando sobre a troca, como o pretendem certos intérpretes (*Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 55).

34 PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça*. cit. p. 33.

35 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 108. Nesse sentido: DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 45.

A justiça distributiva – que se liga mais estreitamente à atividade política propriamente dita³⁶ – consiste em uma relação proporcional que Aristóteles define como uma *proporção geométrica*³⁷ e que exige, pelo menos, *quatro* termos: *duas pessoas e duas coisas* que devem ser partilhadas por aquelas³⁸. Não basta, pois, para a caracterização da justiça distributiva, uma simples igualdade *de coisas*, mas pressupõe, ainda, a mesma igualdade *para as pessoas* porque a relação entre umas e outras *deve ser a mesma*.

Assim – explicava Aristóteles –, se as pessoas são desiguais em mérito, as recompensas não poderão ser iguais³⁹. Com isto, confirmar-se-ia o princípio da *igualdade*: este seria violado se fosse dado tratamento igual a méritos desiguais. A distribuição deve ser feita proporcionalmente aos méritos variáveis e, portanto, desiguais dos beneficiários⁴⁰. O justo particular, portanto, é o *igual*, ao passo que o injusto particular, o *desigual*.

A justiça distributiva, como observa Arthur M. Ferreira Neto, “admite a diferenciação entre os cidadãos, já que há entre eles diferentes níveis de mérito, além de existirem os mais variados critérios para a distribuição dos bens e dos encargos, tendo em vista os diversos contextos políticos em que estes poderão ser realizados”⁴¹.

Aristóteles sustentava que a efetivação da justiça distributiva (“dar a cada um de acordo com seus méritos”) cabia ao *legislador*⁴².

2.4.2. Justiça corretiva

A segunda espécie de justiça particular concebida por Aristóteles é a chamada *justiça corretiva, retificadora ou equiparadora*, “que desempenha uma função corretiva nas transações entre os indivíduos”⁴³.

Tal modalidade de justiça também poderia ser chamada de *sinalagmática*, por presidir as relações de troca. Mesmo nesse domínio se explica o princípio da igualdade, embora de forma diversa, pois neste caso trata-se apenas de medir impessoalmente os ganhos e as perdas, ou seja: as coisas e as ações consideradas em seu valor objetivo, supondo-se iguais os termos pessoais.

36 MORRALL, John B. *Aristóteles*. Trad. de Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 69.

37 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 45-46.

38 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 108.

39 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 109.

40 MORRALL, John B. *Aristóteles*. cit. p. 69.

41 FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. cit. p. 69.

42 Nesse sentido: POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. cit. p. 9; AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 57.

43 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 108.

Diversamente da justiça distributiva, que se realiza em conformidade com a proporção geométrica, considerando o mérito das pessoas, a justiça corretiva, segundo Aristóteles, encontra seu tipo próprio na *proporção aritmética*⁴⁴.

Esta espécie de justiça, como observa Del Vecchio, “procura lograr que as duas partes, que se encontram em relação, venham a achar-se, uma relativamente à outra, em condições de paridade; e de tal sorte, que nenhuma receba ou dê mais ou de menos”⁴⁵. No entanto, estes termos, compreendidos em sentido amplo, aplicam-se não só às *relações voluntárias* (ou *contractuais*), mas de igual forma às que Aristóteles chama *involuntárias*, e que têm origem no delito: também aqui se exige uma certa correspondência entre o delito e a pena⁴⁶.

Em síntese, consoante destaca Arthur M. Ferreira Neto, tal modalidade de justiça objetiva “garantir o equilíbrio ou a retificação de uma transação que, voluntária ou involuntariamente, veio a se manifestar de modo não-equânime”⁴⁷.

2.4.3. Justiça comutativa e justiça judicial

A propósito da justiça corretiva, Aristóteles efetua ainda algumas subdivisões, embora não exponha de forma muito clara o seu pensamento a respeito das mesmas.

Para o filósofo em questão, a justiça corretiva pode ser encarada por dois aspectos: enquanto preside à formação das relações de troca e lhes impõe uma certa medida (correspondendo à ideia de *justiça comutativa*)⁴⁸ ou enquanto tenta fazer com que a referida medida, no caso de controvérsia, venha a prevalecer mediante a intervenção do juiz (apresentando-se, neste caso, como *justiça judicial*)⁴⁹.

Aristóteles sustentava que a justiça comutativa (a virtude que tem por objeto dar a cada um, tão aproximadamente quanto possível, o que lhe pertence) cabia ao *juiz*⁵⁰.

44 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 46.

45 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 46.

46 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. cit. p. 108.

47 FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. cit. p. 70.

48 No entender de Plauto Faraco de Azevedo, pelo fato de Aristóteles, ao iniciar a exposição da justiça corretiva, esclarecer que se trata da última espécie restante do justo, não seria possível uma terceira espécie de justiça particular – a comutativa – repousando sobre a troca, como o pretendem certas interpretações (*Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 55). Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho considera a justiça comutativa como *sinônima* da justiça corretiva (*Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012, p. 60).

49 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 46-47.

50 Nesse sentido: POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. cit. p. 9.

Quanto aos delitos, a justiça corretiva é sempre necessariamente exercida na forma imediata da justiça judicial, pois se trata de reparar contra a vontade de uma das partes um dano injustamente causado. Já em matéria de contratos a justiça corretiva fornece normas, sobretudo aos próprios contraentes (sendo, pois, justiça comutativa), e a função retificadora do juiz pode não ser necessária⁵¹.

2.5. A equidade

Preocupou-se Aristóteles, ainda, com a dificuldade da aplicação da lei abstrata (e excessivamente geral) aos casos concretos e sugeriu um mecanismo corretivo da rigidez da justiça: a *equidade* (*epiēikeia*), critério de aplicação das leis, que permite adaptá-las às especificidades de cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação.

A fim de aclarar este conceito, Aristóteles comparou a equidade a certa medida feita de uma substância flexível, capaz de se adaptar à sinuosidade dos objetos a medir⁵². Ora, dizia Aristóteles, as leis são formais, abstratas, e, destarte, a justa aplicação delas exige uma adaptação, que é indicada, justamente, pela equidade, a qual, segundo ele, pode ir ao ponto de se manifestar mesmo nas situações ainda não disciplinadas pelo legislador e sugerir novas normas jurídicas⁵³.

O problema da equidade, consoante leciona Nuno Coelho, “se coloca no *deficit* da lei em sua capacidade de regular, com justiça (respeitando a igualdade), cada caso concreto que venha a reclamar sua invocação”⁵⁴.

Assim, o emprego da equidade permite evitar uma possível desigualdade que resultaria da aplicação rígida da norma geral ao caso singular, e, portanto, não viola a regra de justiça⁵⁵.

Aplicar a equidade significa, pois, agir de modo a *complementar* (não a corrigir) a lei⁵⁶ de modo que, assim o fazendo, está-se agindo como o faria

51 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 47.

52 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 47.

53 DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. cit. p. 47. Comentando sobre a atualidade do instituto da equidade e das preocupações de Aristóteles sobre o modo como são aplicadas as leis abstratas (e excessivamente gerais) aos casos concretos, observa Plauto Faraco de Azevedo que “muitos juristas, e, seguramente, a maioria dos práticos do direito – advogados, juizes, promotores públicos e consultores jurídicos – não têm uma ideia clara dessa noção, e, por consequência, de sua função e potencialidades de utilização no deslinde de muitas questões que quotidianamente surgem na vida de relação” (*Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 87).

54 COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012, p. 67.

55 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. cit. p. 312.

56 Leciona, a propósito, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho: “(...) a equidade não tanto ‘corrige’ a lei, mas antes é mais correto dizer que a completa, que a ultima, fazendo com que apareça, na situação concreta, como capaz de orientar o agir humano” (*Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012, p. 68).

o próprio legislador se presente estivesse⁵⁷. Isto ocorrerá em virtude da “impossibilidade de aprisionar – pena de cair-se infrutiferamente no casuísmo – nos textos legais a infinita variedade e imprevisibilidade da vida”⁵⁸.

3. A “JUSTIÇA ARISTOTÉLICA” E O DIREITO TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Tendo-se recorrido, em linhas gerais, acerca da concepção de Aristóteles acerca da justiça, passa-se a analisar, no presente item, a relação do referido conceito com o conjunto de normas atinentes à tributação vigentes no Brasil.

Como bem observa José Maurício Conti, a estrutura tributária (modo pelo qual se vai exercer o poder de tributar) deve guiar-se no sentido da Justiça Fiscal, devendo ter por meta atingir esta Justiça Fiscal⁵⁹.

Verificar-se-á, pois, nas linhas seguintes, como a ideia de justiça – notadamente a noção aristotélica – foi adotada pelo sistema tributário brasileiro.

3.1. Isonomia tributária

A Constituição Brasileira de 1988 consagra o princípio da isonomia, de forma ampla, em seu artigo 5º, inciso I, assim redigido: “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 segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

A leitura do dispositivo constitucional transcrito mostra-nos o dever de, sempre orientada pelas ideias de justiça, a lei dar tratamento igual às pessoas que se encontrem em situação equivalente e, de modo contrário, desigualmente as pessoas encontradas em situações diferentes, segundo suas peculiaridades⁶⁰.

No campo tributário, a nossa Lei Maior molda o princípio da igualdade no inciso II do art. 150, nestes termos: “Art. 150. (...) é vedado à União, aos

57 BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. cit. p. 140.

58 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. cit. p. 93.

59 CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 11.

60 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23; TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e idéia de sistema no direito tributário. Trad. de Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 519-520.

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função, por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Vê-se no dispositivo transcrito, a disposição constitucional no sentido de vedar que os entes tributantes tratem desigualmente contribuintes que se encontrem em situação equivalente. A Constituição Federal repudia, assim, a existência de benefícios, privilégios ou prejuízos a contribuintes que se equivalem.

Tem-se, aqui, configurada a ideia da *justiça distributiva* a que se referia Aristóteles: se as pessoas (no caso os contribuinte de um tributo) são desiguais entre si, seus ônus não poderão ser iguais. A justiça tributária tem fundamento, pois, na igualdade perante a lei⁶¹.

O princípio da isonomia não significa, simplesmente, o nivelamento de todos os cidadãos – no caso, os sujeitos passivos de um determinado tributo – perante a norma legal. O princípio da igualdade jurídica não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos⁶²: quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma.

Permite-se, pois, o tratamento diferenciado entre as pessoas, *desde que estas não se encontrem em situação equivalente*, circunstância esta que será apurada segundo o fator diferencial (fator de discriminação) adotado para qualificar os atingidos pela regra.

Ressalte-se, como bem o faz Celso Antônio Bandeira de Mello, que se o fator de discriminação guardar *relação de pertinência lógica* com a inclusão ou exclusão no benefício deferido pela norma ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto pela norma, o tratamento diferenciado *não agride o princípio da isonomia*; do contrário, sendo gratuita a discriminação, referido princípio restará violado: “o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento

61 Nesse sentido: CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito tributário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 121.

62 A igualdade, como destacam Diogo Leite de Campos e Mônica H. N. Leite de Campos, deve referir-se tanto às pessoas (singulares ou coletivas) como aos grupos: “Assim, violaria o princípio da igualdade o tratamento diferente, não suficientemente justificado, de grupos sociais, étnicos, religiosos, etc. Quer esse tratamento redundasse em benefícios quer em encargos para o grupo ‘discriminado’” (*Direito tributário*. cit. p. 121-122).

radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia”⁶³.

3.2. Capacidade contributiva

Como destaca Fernando Aurélio Zilveti, a “melhor expressão da justiça fiscal é a capacidade contributiva”⁶⁴.

A Constituição Federal de 1988 moldou o princípio da capacidade contributiva no § 1º do art. 145, com as seguintes palavras: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

Vinculado ao princípio da isonomia⁶⁵, sendo dele uma variante⁶⁶, o princípio da capacidade contributiva tem duas acepções: a *absoluta* e a *relativa*.

A acepção absoluta (ou objetiva) da capacidade contributiva funciona como diretriz para eleição da hipótese de incidência do tributo (do imposto). Pode o legislador escolher livremente as manifestações de riqueza que repute relevantes para efeitos tributários, mas sempre deverá proceder a essa escolha dentre as situações da vida reveladoras de capacidade econômica e sempre a estas há de se referir na definição dos critérios de medida do tributo. O referido princípio, em tal acepção, exclui “todo e qualquer

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 38-39.

64 ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 124.

65 CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito tributário*. p. 124; GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 183. No dizer de Armando Zurita Leão, o “princípio da capacidade contributiva é a morada da isonomia” (*Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 115).

66 Segundo José Marcos Domingues de Oliveira, “o princípio da capacidade contributiva é a expressão tributária da Isonomia” (*Direito tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 163). No entender de Humberto Eustáquio César Mota Filho, a capacidade contributiva “é a concretização setorial específica do princípio da igualdade” (*Introdução ao princípio da capacidade contributiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119). Precisa é, a respeito, a lição de Regina Helena Costa: “O princípio da capacidade contributiva é uma derivação do princípio maior da igualdade, um subprincípio deste que corresponde a uma das expressões da isonomia no campo dos impostos” (*Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 101).

critério extra-econômico para fins de tributação, tais como: sexo, raça, religião, nacionalidade ou qualquer outro fator arbitrário”⁶⁷.

A aceção relativa (ou subjetiva) da capacidade contributiva “significa que a repartição da carga tributária deve respeitar a igualdade entre os contribuintes, no dever de contribuir para a arrecadação de tributos”⁶⁸. Em tal aceção, atua a noção de capacidade contributiva, inicialmente, como critério de graduação dos impostos e como limite da tributação permitindo a manutenção do “mínimo vital”, obstando-se, desta forma, que a progressividade tributária atinja níveis de confisco ou de cerceamento de outros direitos constitucionais, consoante leciona Humberto Eustáquio César Mota Filho: “No caso brasileiro, pode-se falar que o princípio da *capacidade contributiva* expressa o valor da *justiça fiscal*, no direito constitucional tributário”. Para o autor citado: “Se a *repartição dos tributos entre os contribuintes, sem critérios razoáveis, é arbítrio*, a repartição com critérios razoáveis demanda o uso de princípios, que possam estabelecer quais valores serão privilegiados e como se dará a ponderação dos interesses e vontades, no caso de conflito entre os princípios”. E conclui: “No Estado Democrático de Direito, os valores da ética e da igualdade tributária devem informar, necessariamente, todo e qualquer critério que se pretenda justo, na seara tributária, *descartando-se, de pronto e desde sempre, o arbítrio do campo das possibilidades de escolha desses critérios*” (grifamos)⁶⁹.

Também aqui resta caracterizada a *justiça distributiva* aristotélica⁷⁰, porquanto a Constituição, ao consagrar a noção de capacidade contributiva, proíbe que a pessoas em idêntica situação econômica seja dado tratamento tributário desigual e, de igual modo, que a pessoas em situações econômicas distintas seja dado tratamento tributário equivalente.

3.3. Uniformidade geográfica e incentivos fiscais

O princípio da uniformidade geográfica (ou da generalidade tributária) encontra-se previsto no inciso I do art. 151 da Constituição, nestes termos: “É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admi-

67 CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. *Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – APET*, n. 5. São Paulo: MP Editora, março/2005, p. 136.

68 CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. cit. p. 136.

69 MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. *Introdução ao princípio da capacidade contributiva*. cit. p. 72.

70 Nesse sentido é a lição de Armando Zurita Leão: “O princípio da capacidade contributiva *subordina-se à ideia de justiça distributiva*, é informado pelo princípio da igualdade e sua aplicação está limitada aos princípios da segurança dos direitos individuais” (grifamos) (*Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade contributiva*. cit. p. 115).

tida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País”.

Referido princípio busca preservar a unidade nacional, a qual, por sua vez, recomenda que a União não distinga entre os que habitam o território brasileiro, em razão do Estado ou do Município a que se vinculam.

O dispositivo em tela aplica o princípio da uniformidade geográfica à tributação *federal*⁷¹. Isto significa que todo tributo instituído pela União deverá ter por âmbito de incidência a totalidade do território nacional, sem acepção de regiões ou locais, sem acepção de pessoas. Mais ainda, exige que tenha a mesma base de cálculo em todo o território brasileiro, não sendo constitucionalmente possível, de igual modo, a existência de alíquotas diferenciadas por região.

Uma vez mais resta configurada a noção da *justiça distributiva*, só que agora aplicada às *regiões* (não às pessoas): a distribuição da carga tributária no território nacional deve ser feita proporcionalmente às condições de cada região.

Questão interessante e polêmica a examinar é a da compatibilidade do sistema de incentivos fiscais, hoje adotado na política tributária federal, com a proibição aqui estudada.

Apesar de vigente Constituição, a princípio, vedar à União distinção ou preferência tributária em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, abre, no entanto, a possibilidade de instituição de incentivos fiscais com o intuito de promover o desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país⁷².

Admite-se, pois, a concessão de incentivos fiscais porque é objetivo fundamental a busca da harmonização econômica da Federação, consoante o disposto no inciso III do art. 3º da Constituição⁷³, sendo os referidos incentivos uma fórmula de propiciar o desenvolvimento de regiões muito atrasadas em relação às demais. Também aqui resta aplicado o ideal de justiça, pois se as regiões do País não se encontram em situações equivalentes, o tratamento tributário dado a elas não pode ser idêntico, aí encontrando fundamento os chamados incentivos fiscais.

71 A CF/1988, no entanto, também proíbe aos demais entes políticos que instituem tratamento diferenciado entre as várias regiões do país ao prescrever, em seu art. 152, que: “É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

72 Somente com o advento da vigente Constituição é que o princípio da uniformidade geográfica passou a ser excepcionado expressamente no próprio Texto Constitucional.

73 CF/1988, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III – erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (grifamos). No mesmo sentido é o disposto no art. 170 da CF/1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios: (...) VII – *redução das desigualdades regionais e sociais*” (grifamos).

3.4. Equidade em matéria tributária

O art. 108 do Código Tributário Nacional (instituído pela Lei n. 5.172, de 25.10.1966), ao indicar os métodos de integração da legislação tributária, assim dispõe: “Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada: (...) IV – a equidade”. E, mais adiante, no § 2º do artigo citado, é dito: “O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.

Percebe-se, no dispositivo transcrito, que o legislador brasileiro reporta-se ao instituto da equidade, mencionado na doutrina de Aristóteles como instrumento cabível quando, no momento dinâmico da aplicação da lei, revela-se a mesma, em virtude de sua abstração, inapta a resolver a singularidade de um caso.

Nota-se, no entanto, que diferentemente da doutrina aristotélica, que admitia o emprego da equidade (*epiēkeia*) para adaptar as leis existentes às especificidades de cada caso particular e temperar-lhes o rigor com a adequação, o CTN somente admite o emprego do instituto em questão na hipótese de *ausência de disposição expressa* a respeito do assunto.

Dito de outro modo, a equidade, para o direito tributário brasileiro, não se presta a abrandar o rigor das normas jurídicas vigentes (consoante se infere do § 2º do art. 108 do CTN), servindo apenas como método de colmatação das lacunas da lei tributária (consoante esclarece o *caput* do art. 108 do CTN).

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se existir, no ordenamento jurídico brasileiro, um conjunto de princípios e institutos aplicáveis às relações jurídicas tributárias que decorrem de um dos valores superiores, fundamentais e universais que devem presidir a elaboração e a aplicação das normas jurídicas: o da *justiça*.

Tais institutos cumprem, essencialmente, duas funções: determinam a adequada interpretação das regras de Direito Tributário (*função interpretativa*) – no caso dos princípios tributários da isonomia e da capacidade contributiva, por exemplo⁷⁴ – e, de acordo com o art. 108 do CTN, permitem a integração das lacunas existentes nas leis de Direito Tributário (*função integrativa*) – como no caso do instituto da equidade.

74 Como bem observa Regina Helena Costa, “ao lado da capacidade contributiva, outras manifestações de igualdade tributária somam-se para completar o ideal de justiça tributária” (*Princípio da capacidade contributiva*. cit. p. 40). Com efeito, há outros institutos de Direito Tributário que derivam da noção de justiça fiscal e nela buscam orientação, como, por exemplo, a *progressividade* (art. 153, § 2º, I, e art. 156, § 1º, I, ambos da CF/1988) e a *seletividade* (art. 153, § 3º, I, e art. 155, § 2º, III, ambos da CF/1988). Nesse sentido: CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. cit. p. 147.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1983.

BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Organiz. por Michelangelo Bovero. Trad. de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CALIENDO, Paulo. Da justiça fiscal: conceito e aplicação. *Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários – APET*. n. 5. São Paulo: MP Editora, março/2005, p. 115-147.

CAMPOS, Diogo Leite de; CAMPOS, Mônica Horta Neves Leite de. *Direito tributário*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. *Sensatez como modelo e desafio do pensamento jurídico em Aristóteles*. São Paulo: Rideel, 2012.

CONTI, José Maurício. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Trad. de António José Brandão. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979.

FEIBLEMAN, James K. Perspectivas filosóficas da justiça. In: TAYLOR, Telford; MOTLEY, Constance Baker; FEIBLEMAN, James K. *Três interpretações de justiça*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1975, p. 71-107.

FERREIRA NETO, Arthur M. *Classificação constitucional de tributos: pela perspectiva da justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Trad. de Peter Naumann, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural.* Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001.

LEÃO, Armando Zurita. *Direito constitucional tributário: o princípio da capacidade contributiva.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito.* São Paulo: Dialética, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1995.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito.* 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MORRALL, John B. *Aristóteles.* Trad. de Sérgio Duarte. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

MOTA FILHO, Humberto Eustáquio César. *Introdução ao princípio da capacidade contributiva.* Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Direito tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

PEGORARO, Olinto A. *Ética é justiça.* 6. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei.* 2. ed. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1976.

TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e idéia de sistema no direito tributário. Trad. de Brandão Machado. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 517-527.

_____ ; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva.* São Paulo: Malheiros, 2002.

ZILVETI, Fernando Aurélio. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva.* São Paulo: Quartier Latin, 2004.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as Agências Reguladoras: O Conteúdo Jurídico do § 2º do Art. 985 do CPC

Ticiano Alves e Silva⁷⁵

SUMÁRIO: 1. Delimitação do Tema – 2. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) – 3. Especificamente o § 2º do Art. 985 do CPC – 4. O Julgamento de Recursos Repetitivos e as Agências Reguladoras: O Conteúdo Jurídico do Art. 1.040, IV, CPC – 5. Conclusão.

1. DELIMITAÇÃO DO TEMA

O novo Código de Processo Civil (CPC), Lei n. 13.105/2015, prevê, de forma inédita, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

O IRDR compõe o que se convencionou chamar de microssistema de resolução de casos repetitivos, criado com a finalidade de uniformizar a interpretação do direito e, a partir disso, pôr fim – com fundamento na igualdade, na segurança jurídica e na razoável duração dos processos – a

⁷⁵ Mestre em Direito Processual (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (Ceapro) e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPP). Procurador do Estado do Amazonas. Advogado.

inúmeros casos em que se discute aquele direito controvertido e difusamente interpretado⁷⁶.

Previsto nos arts. 976 a 987 do CPC, o IRDR é um processo concentrado de formação de precedentes judiciais, em que, mediante a ampliação da participação e o aprofundamento do debate, pacifica-se uma determinada questão de direito controvertida e cria-se a sua correspondente tese jurídica, a ser aplicada a outros tantos processos em que se discute a mesma controvérsia.

Reforçando os ideais de segurança jurídica e igualdade na interpretação e aplicação do direito, inclusive *para fora* dos processos judiciais, o § 2º do art. 985 dispõe que: “se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

Na doutrina até aqui produzida, o § 2º do art. 985 do CPC tem sido, alternativamente, ignorado, elogiado ou acoimado de inconstitucional, neste último caso por suposta violação à independência e harmonia dos poderes, ao criar vinculação entre poderes (Judiciário e Executivo) não prevista na Constituição Federal (CF).

O objeto desse artigo é bem delimitado. Não se pretende realizar um estudo aprofundado sobre IRDR, mas, somente, de um específico dispositivo de seu regramento: o § 2º do art. 985 do CPC.

Assim, primeiramente, será feita uma apresentação do IRDR, com a exposição em linhas gerais de seus aspectos mais importantes; depois, virá o item principal do artigo, em que será estudado especificamente o § 2º do art. 985 do CPC, momento em que, afastando-se a tese da inconstitucionalidade, pretende-se atribuir interpretação ao dispositivo que robusteça a segurança jurídica e a igualdade na interpretação e aplicação do direito.

76 O microsistema de resolução de casos repetitivos é formado pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, pelo julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário repetitivo e pelo incidente de assunção de competência. Ensinam Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha que: “O microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios contém normas que determinam a ampliação da cognição e da participação, qualificando o debate para a formação do precedente, a fundamentação reforçada e a ampla publicidade. Essas normas compõem o núcleo desse microsistema. Além das normas relativas à formação do precedente, o referido microsistema compõe-se também das normas concernentes à aplicação do precedente. Todas essas normas aplicam-se aos instrumentos que integram esse microsistema” (DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 592). Nesse sentido, aliás, é o enunciado n. 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

2. O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR)⁷⁷

Introdução

Observou-se, no Brasil, nos últimos anos, uma crescente massificação das relações sociais, derivada da padronização de bens e serviços oferecidos em larga escala à coletividade, sobretudo urbana, notadamente por intermédio de contratos tipo e contratos de adesão.

Paralelo a isso, uma maior conscientização da população, acompanhada da falha no fornecimento desses mesmos bens e serviços, resultou numa judicialização de conflitos proporcional à massificação social.

Embora concentrados todos numa mesma instância de poder – o Judiciário –, referidos conflitos eram resolvidos, na grande maioria das vezes, *difusamente* dentro do próprio Judiciário, um a um, por vários órgãos julgadores. O problema coletivo e macro recebia, pois, uma solução individual e micro, principalmente quando os mecanismos de solução concentrada de conflitos individuais homogêneos falhavam ou eram insuficientes⁷⁸.

Além disso, a solução particularizada, atomizada e individual, levada a efeito por órgãos julgadores diferentes, com interpretações também divergentes sobre a questão de direito incidente ao caso, resultava em desigualdade entre pessoas em situações jurídicas iguais e em insegurança jurídica na aplicação do direito, haja vista a imprevisibilidade e a descontinuidade do ordenamento jurídico.

Dentre outros instrumentos previstos no CPC, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) mostra-se como uma grande novidade, ante sua potencialidade de pacificar questões de direito de grande repercussão e importância social, o que termina garantindo igualdade e segurança jurídica na aplicação do direito.

77 Neste item são expostas as linhas mais gerais sobre o IRDR, suficientes para os fins aqui pretendidos, conforme proposta feita na introdução do trabalho. Para um estudo amplo e profundo sobre o IRDR, seja permitido indicar ao leitor dois trabalhos monográficos: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivim, 2016; CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

78 Nesse sentido, explica Alexandre Câmara: "Pois é exatamente em função dessa margem de heterogeneidade que os processos coletivos jamais funcionaram bem como mecanismos de proteção de interesses individuais homogêneos (diferentemente do que acontece em relação aos interesses difusos e coletivos). É que o processo coletivo que tenha por fim a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos só se pode exercer cognição sobre o que integra o núcleo de homogeneidade desses interesses, o que faz com que a sentença de procedência necessariamente se limite a uma condenação genérica (art. 95 do CDC), onde se encontrará, tão somente, o reconhecimento da existência do dever jurídico do demandado de reparar danos que eventualmente venham a ser identificados posteriormente, e que tenham sido sofridos por credores ainda não conhecidos. Resulta daí, necessariamente, uma multiplicação de processos individuais de liquidação e execução, em que se buscará verificar quem são os credores lesados e qual o valor da indenização a que cada um deles, individualmente, faz jus. Junte-se a isso o fato de que no Brasil há – e sempre houve – uma amplíssima liberdade do titular do interesse individual para ajuizar sua própria demanda condenatória, a qual convive com o processo coletivo (nos termos do art. 104 do CDC), e também o fato de que o profissional da Advocacia no Brasil foi treinado para o processo individual, e não para o processo coletivo (o que resulta do modo como esses temas são abordados nas Faculdades de Direito), e se pode compreender os motivos pelos quais há, no país, uma massificação de demandas individuais idênticas submetidas ao Poder Judiciário: as demandas repetitivas" (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 477).

Conceito

Previsto nos arts. 976 a 987 do CPC, o IRDR é um *processo concentrado de formação de precedentes judiciais*, em que, mediante a ampliação da participação e o aprofundamento do debate, pacifica-se uma determinada questão de direito controvertida e cria-se a sua correspondente tese jurídica, a ser aplicada em outros tantos processos em que se discute a mesma controvérsia.

Pressupostos de instauração

O art. 976 do CPC prevê os requisitos que devem estar simultaneamente presentes para que o IRDR possa ser admitido. Assim, primeiro, deve haver “efetiva repetição de processos” (art. 976, I, primeira parte, CPC). Quer isso significar que não cabe IRDR *preventivo*, vislumbrando-se *eventual* ou *potencial* controvérsia sobre a questão de direito. A repetição deve existir *efetivamente*.

Não adota a lei nenhum critério numérico ou quantitativo de processos que configure essa “efetiva repetição”⁷⁹, de modo que a concretização do conceito jurídico indeterminado⁸⁰ será realizada caso a caso, sendo certo que podemos vislumbrar zonas de certeza positiva (50 mil processos seria efetiva repetição) e zonas de certeza negativa (2 processos parece ser um quantitativo insuficiente).

Além disso, a questão a ser solucionada deve ser exclusivamente de direito, material ou processual (art. 976, I, segunda parte, CPC). O sistema processual brasileiro não trabalha com precedentes de fato⁸¹. Só existem, no Brasil, precedentes judiciais sobre questões de direito, embora, em al-

79 Explica Antonio do Passo Cabral que: “não há um número mágico ou indicação cartesiana, cabendo à doutrina e à jurisprudência balizar a aplicação do incidente pela construção de parâmetros. Não há necessidade de uma enorme quantidade de causas repetitivas (como expresso no enunciado nº 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis), mas deve haver uma quantidade razoável, na casa das dezenas ou centenas, a fim de justificar a adoção desta técnica” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1421).

80 O conceito jurídico indeterminado é, em verdade, determinável, porque, em face da situação concreta em si considerada, ganha determinação. É indeterminado somente quando considerado abstratamente, e mesmo assim não completamente. Existe, desse modo, um grau de determinação; é possível dizer o que é “efetiva repetição” e o que não é. Mas existe uma zona conceitual cinzenta, embaçada, anuviada, representada pela dúvida do que pode ser. Aí, então, faz-se importante a apreciação do caso concreto. Verificada a “efetiva repetição”, e presentes os demais pressupostos, não é lícito ao tribunal negar a admissibilidade do IRDR, por questões de ordem subjetiva, alegando discricionariedade. Mesmo porque há discricionariedade quando pode o agente, em face de duas alternativas legítimas, escolher uma. E, no caso, diante da aferição dos requisitos exigidos, somente uma se mostra legítima, vale dizer, a de admissão do IRDR. Desenvolveu-se o mesmo raciocínio quando do estudo da repercussão geral: SILVA, Ticiano Alves e. Apreciação pelo juízo a quo da existência de alegação de repercussão geral. Revista de Processo, n. 161, jul. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

81 Nesse sentido: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Não é possível formar-se precedente judicial sobre matéria de fato. Consultor Jurídico. Publicado em 20 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-20/paradoxo-corte-nao-possivel-formar-precedente-judicial-materia-fato>>. Acesso em 11/07/2016.

gum momento do projeto de novo Código, tenha constado previsão nesse sentido⁸².

A “efetiva repetição de processos”, porém, é insuficiente, só por si, para dar margem à instauração do IRDR. Além disso, o art. 976, II, CPC exige que esteja presente, cumulativamente, “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”⁸³. É que, na prática, pode acontecer, ainda que seja menos provável, que uma determina questão de direito esteja presente em numerosos processos repetitivos e, por outro lado, que não se verifique risco à igualdade ou à segurança jurídica, tendo em vista a uniformidade decisória presente no julgamento desses processos.

Noutras palavras, se os órgãos julgadores decidirem uma questão de direito presente em vários processos num mesmo sentido não será caso de IRDR, porquanto inexistirá risco à igualdade e segurança jurídica, o que justamente o incidente pretende combater⁸⁴.

Por fim, o CPC prevê um requisito de admissibilidade negativo, que não deve estar presente para que o IRDR seja admitido. Segundo o §4º do art. 976, o IRDR é incabível quando um dos tribunais superiores já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito idêntica àquela que seria discutida no incidente, o que deve compreender também as situações em que já há tese fixada⁸⁵.

A decisão de inadmissibilidade do IRDR por ausência de seus pressupostos é irrecorrível, salvo o cabimento de embargos de declaração⁸⁶, e não impede que o incidente seja suscitado novamente no futuro, desde que preenchidos supervenientemente seus requisitos (art. 976, §3º, CPC).

Legitimidade

O art. 977 do CPC cuida da legitimidade para suscitar o IRDR. Têm legitimidade para tanto o juiz ou relator, que devem fazê-lo por ofício (art.

82 Antonio Adonias, à luz daquela versão do projeto, escreveu sobre precedente em questão de fato: BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O precedente sobre questão fática no projeto do novo CPC. In: FREIRE, Alexandre et al (Orgs.). Novas tendências do processo civil. Vol. II. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 85-100.

83 A respeito disso, dispõe o enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”.

84 Na mesma linha: “Enquanto as demandas idênticas estiverem a ser, todas, decididas no mesmo sentido, não há utilidade (e, pois, falta interesse) na instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Insista-se neste ponto: o IRDR não é um mecanismo preventivo” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 479).

85 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 116.

86 Nesse sentido, é o enunciado n. 556 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É irrecorrível a decisão do órgão colegiado que, em sede de juízo de admissibilidade, rejeita a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, salvo o cabimento dos embargos de declaração”.

977, I, CPC); e as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, que devem suscitar o incidente por petição (art. 977, II e III, CPC).

Em qualquer caso, no pedido de instauração, o legitimado deve comprovar, mediante prova documental, o preenchimento dos pressupostos acima referidos para a instauração do incidente (art. 977, parágrafo único, CPC).

Competência

A competência para processar e julgar o incidente é do tribunal, tribunal de justiça ou tribunal regional federal⁸⁷.

Turma recursal não tem competência para tanto, porque não é tribunal⁸⁸. Além disso, por força do art. 985, I, CPC, a tese jurídica firmada pelo tribunal vincula os juizados especiais. Nada obstante, seria incoerente que um instrumento criado para debelar a insegurança jurídica e a desigualdade admitisse dois precedentes, um do tribunal e outro do juizado, eventualmente diferentes, convivendo dentro de um mesmo sistema de realização de justiça.

Suspensão de processos

Admitido o IRDR pelo órgão colegiado (art. 981, CPC)⁸⁹, o relator determinará, independentemente da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência⁹⁰, a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado, se o incidente for instaurado no tribunal de justiça, ou na região, se instaurado no tribunal regional federal (art. 982, I, CPC), inclusive aqueles processos pendentes nos juizados especiais⁹¹.

Deve, para a medida ser eficaz, comunicar, por ofício, a citada suspensão aos órgãos jurisdicionais competentes, notadamente juízes diretores dos fóruns de cada comarca (tribunal de justiça) ou seção judiciária (tribunal regional federal)(art. 982, §1º, CPC).

87 Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha entendem possível a instauração de IRDR também em tribunal superior: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 630.

88 No sentido do texto: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 630.

89 O relator do IRDR não realiza o juízo de admissibilidade do incidente. A competência é do órgão colegiado. Nesse sentido: enunciado n. 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática".

90 Nesse sentido, ver o enunciado n. 92 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência".

91 Nessa linha, é o enunciado n. 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região".

Em relação à suspensão de processos, é preciso dizer que essa durará, em regra, um ano (art. 980, parágrafo único, primeira parte, CPC), tempo correspondente ao prazo legal para que o IRDR seja julgado (art. 980, *caput*, CPC). O prazo é impróprio e a suspensão pode ser prorrogada, por decisão fundamentada do relator (art. 980, parágrafo único, segunda parte, CPC).

Além disso, considerando-se que a questão de direito controvertida pode ter abrangência e repetição nacional, qualquer legitimado para propor a instauração do IRDR, com exceção do juiz e do relator (art. 982, §3º, CPC), pode requerer, ao STJ ou ao STF, conforme o caso, a suspensão nacional dos processos que versem sobre a questão de direito controvertida, que cessará acaso não interpostos recurso especial e recurso extraordinário contra a decisão final do incidente (art. 982, §5º, CPC).

Tem legitimidade para isso, inclusive, a da parte de processo em curso em estado da federação ou região diferente daquele em que ocorreu a instauração do incidente (art. 982, §4º, CPC).

Pode acontecer que, após a suspensão dos processos pelo tribunal, alguma parte de um processo suspenso necessite de uma tutela de urgência. Nestes casos, embora a suspensão tenha sido ordenada pelo tribunal, o pedido de tutela de urgência deve ser endereçado ao juízo onde tramita o processo suspenso (art. 982, §2º, CPC), até mesmo para que se possa viabilizar uma resposta mais rápida, o que certamente seria inviabilizado se os pedidos fossem concentrados no tribunal.

Instrução

A fim de instruir o IRDR, o relator poderá ainda requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias, e intimar o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias (art. 982, II e III, CPC).

Como o IRDR é um processo concentrado de formação de precedentes obrigatórios, o contraditório e a instrução sobre a questão de direito controvertida ocorrem de maneira mais robustecida, com reflexos inclusive na fundamentação da decisão final.

Por força também da abrangência do incidente, capaz de atingir uma grande quantidade de jurisdicionados, tanto atuais, com processos pendentes, como futuros, com demandas a serem ajuizadas, a instauração e o julgamento do incidente são *precedidos, acompanhados e sucedidos* de ampla publicidade.

Tendo isso em vista, o art. 979 do CPC determina que a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divul-

gação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Além disso, obriga os tribunais a manter banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao IRDR, com comunicação imediata ao CNJ, para alimentação do cadastro nacional (art. 979, §1º, CPC).

Sem embargo, após o julgamento, para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (art. 979, §2º, CPC), porque, evidentemente, o conhecimento do mero enunciado da tese é frequentemente insuficiente para *aplicação, superação* ou *distinção* dos precedentes.

Forte ainda nesse contraditório diferenciado, o CPC abre para a sociedade e interessados canais de comunicação e influência, ao prever que o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, com posterior manifestação do Ministério Público. (art. 983, *caput*, CPC).

Deve ser permitida, inclusive, a intervenção de sobrestado⁹², vale dizer, das partes dos processos suspensos que aguardam a definição da tese no IRDR, exigindo-se que elas disponham de novos argumentos para influenciar o tribunal.

Indo além, e aumentando a imediatidade proporcionada pela oralidade, o relator poderá marcar audiência pública, para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983, §1º, CPC).

Julgamento e decisão

Encerradas as diligências instrutórias, o IRDR será levado a julgamento (art. 983, §2º, CPC), quando, então, será exposto o objeto do incidente pelo relator (art. 984, I, CPC); realizadas sustentações orais (art. 984, II, *a e b*, CPC), inclusive com a possibilidade, considerando a quantidade de inscritos, de ampliação dos prazos (art. 984, §1º, CPC); e decidida a questão.

92 Sobre a "intervenção de sobrestado", modalidade *sui generis* de intervenção de terceiros, consultar: SILVA, Ticiano Alves e. Intervenção de sobrestado no julgamento por amostragem. Revista de Processo, n. 182, abr. 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais. Tratando especificamente sobre essa intervenção no IRDR, adotando inclusive o uso da expressão, ver: TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 166.

Espelhando esse contraditório mais aprofundado e amplo presente no IRDR, o §2º do art. 984 do CPC preceitua que o conteúdo do acórdão enfrentará todos os fundamentos, sejam favoráveis, sejam contrários, apresentados em relação à tese jurídica discutida, o que reforça os ideais de publicidade, contraditório e fundamentação diferenciados que marcam os processos de formação concentrada de precedentes, como é espécie o IRDR.

Não poderia ser diferente. A fundamentação da decisão é o teste do contraditório exercido ao longo do processo. É justamente na motivação da decisão que se constata que o órgão julgador levou em consideração os argumentos apresentadas, respeitando a dialeticidade ínsita ao processo.

Com o julgamento do incidente, será criada uma tese. Esse precedente enunciado na tese é obrigatório (art. 927, III, CPC) e seu descumprimento enseja o ajuizamento de reclamação (art. 985, §1º, CPC).

O precedente será aplicado aos casos *presentes*, que aguardavam a definição da tese, bem como aos casos *futuros*, ou seja, a serem ainda levados à apreciação do poder jurisdicional (art. 985, I e II, CPC). Frente à decisão do IRDR, o órgão julgador, ao decidir um caso concreto, deverá aplicar o presente ou realizar a distinção do caso, em razão de alguma peculiaridade que justifique tratamento jurídico diferenciado.

Incidente de revisão

A superação ocorre mediante revisão da tese (art. 986, CPC). O órgão julgador não pode camuflar o *descumprimento* do precedente de *superação*, pois essa ocorre, por simetria, por intermédio de procedimento concentrado de revisão acima mencionado, em tudo semelhante ao próprio processo de formação do precedente⁹³.

Recursos contra a decisão

Segundo o art. 987 do CPC, da decisão final do IRDR no tribunal é cabível recurso especial ou recurso extraordinário, conforme se trate a questão de direito controvertida de direito federal infraconstitucional ou direito constitucional, respectivamente.

93 No sentido do texto, TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 255. Ao propósito, o art. 986 do CPC, que trata da revisão da tese do IRDR, não atribui legitimidade para propor o incidente de revisão às partes do processo. Apesar disso, entende-se que as partes também tem legitimidade para provocar a revisão. Afinal, como lembra Alexandre Câmara, “tudo que pode ser feito de ofício pode ser requerido pelas partes” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 485).

Considerando a relevância do incidente, o regime geral de suspensividade dos recursos excepcionais é afastado, vale dizer, o recurso especial e o recurso extraordinário eventualmente interpostos terão efeito suspensivo (art. 987, §1º, primeira parte, CPC).

Na mesma linha, a lei presume a existência de repercussão geral do recurso extraordinário, dispensando a comprovação do requisito específico de admissibilidade recursal (art. 987, §1º, segunda parte, CPC).

Julgado o mérito do recurso especial ou do recurso extraordinário, conforme o caso, a tese jurídica passa a produzir efeitos em todo o território nacional sobre processos, individuais ou coletivos, com idêntica questão de direito (art. 987, §2º, CPC).

Desistência ou abandono, custas processuais e intervenção do Ministério Público

Por fim, é preciso notar que o IRDR é um processo de interesse público, no sentido de ser um processo que interessa à coletividade, objetivado, e é justamente ficando nesta premissa que ele é conformado e estruturado. Tanto é assim que não serão exigidas custas processuais no IRDR (art. 976, §5º, CPC). Além disso, a desistência ou o abandono do processo principal não impede o julgamento do incidente, o que demonstra sua autonomia, mesmo possuindo natureza de incidente processual (art. 976, §1º, CPC). Por fim, o Ministério Público deve intervir obrigatoriamente no IRDR e até assumir sua legitimidade em caso de desistência ou de abandono (art. 976, §2º, CPC).

3. ESPECIFICAMENTE O § 2º DO ART. 985 DO CPC

Segundo o §2º do art. 985 do CPC, “se o incidente tiver por objeto questão relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

Esta regra foi bastante elogiada por toda a doutrina que a comentou⁹⁴. Com efeito, muitas *demandas seriais*, considerando aquela massificação das relações sociais referida inicialmente, decorrem de confli-

94 Por todos, conforme Alexandre Câmara: “Esta é medida que pode vir a ter importantíssima função, já que o respeito à tese fixada no precedente pelos prestadores dos serviços pode ser um poderoso fator de diminuição de processos, contribuindo para o desafogamento do Poder Judiciário” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015, p. 484).

tos envolvendo a prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias. Esses serviços são prestados a uma amplíssima quantidade de pessoas. Assim, qualquer problema eventualmente existente envolvendo questão jurídica ligada a sua prestação ou regulação termina por resultar numa imensa massa de processos em que se discute idêntica questão de direito, em relação a qual o IRDR encontra terreno fértil de aplicação.

Têm-se, assim, por exemplo, questões de direito repetitivas sobre *telefonia*, como detalhamento da fatura telefônica e bloqueio da internet móvel após o fim da franquia; *energia elétrica*, como corte de energia e tributação sobre energia contratada e não fornecida; água, a exemplo da possibilidade de cobrança de acordo com a categoria de usuário e faixas de consumo; *transporte*, como a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica prestadora do serviço; *petróleo*, como questões derivadas do pagamento de royalties; *seguro saúde*, como a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, abusividade de cláusula que importe renúncia a direito e limites e possibilidades de reajustes, entre outras, conexas aos mais diversos ramos de prestação de serviços públicos e setores regulados.

Importante perceber que o âmbito de aplicação do §2º do art. 985 do CPC alcança mais do que “serviço concedido, permitido ou autorizado”, ou seja, a prestação de serviços públicos. O dispositivo deve ser aplicado, também, quando a questão de direito objeto do IRDR for relativa à *exploração de monopólios públicos* (petróleo, por exemplo), *exploração de bens públicos* (águas, por exemplo) e *atividades econômicas privadas* (saúde suplementar, por exemplo). Isso porque todas essas atividades econômicas estão sujeitas à regulação e fiscalização estatal⁹⁵.

Na prática, frequentemente, a atuação pacificadora do Judiciário é insuficiente para refrear o fluxo de processos que chegam aos tribunais. Noutras palavras, a atuação do Judiciário, aí, faz-se sentir, sobretudo, de maneira *repressiva*, após a judicialização. Não é capaz, portanto, de *evitar* que os conflitos surjam, mas apenas de dar fim aos conflitos após a ocorrência da violação ao direito dos usuários.

95 Explica Alexandre Santos de Aragão que: “O Estado desempenha a regulação tanto quando disciplina externamente a atividade que é de titularidade privada (ex.: a regulação sobre os bancos, planos de saúde, a fabricação de medicamentos etc.), como quando disciplina, através predominantemente de contratos, o exercício por particulares de atividades econômicas lato sensu que são de titularidade estatal (ex.: serviços e monopólios públicos concedidos)”. E mais à frente, sobre as classificações das agências reguladoras, Alexandre Aragão pontua: “Uma das classificações mais relevantes é a que tem como foco a natureza das atividades por ela reguladas. Assim, teríamos as agências reguladoras da prestação de serviços públicos (ex.: as agências estaduais e a ANATEL), as agências reguladoras da exploração de monopólios públicos (ex.: ANP), as agências reguladoras de exploração de bens públicos (ex.: ANA) e as agências reguladoras de atividade econômica privadas (ex.: ANVISA e ANS)” (ARAGÃO, Alexandre Santos. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, livro digital, Kindle, posição 5532).

Isso tem pelo menos dois efeitos muito perniciosos. O primeiro diz respeito à própria função pacificadora da jurisdição, que não consegue, no caso, “cortar o mal pela raiz”.

O segundo, por sua vez, interessa à administração da justiça no país, que tem que decidir uma vez mais questão de direito a respeito do qual já há entendimento uniformizado. Isso obviamente exige tempo, tempo este, por sua vez, que poderia ser empregado na apreciação de demandas urgentes, inéditas e com atual ou futura repercussão social, política, econômica etc.

Além disso, não se pode ignorar que a lógica de atuação do mercado é predominantemente econômica, e não jurídica. Embora não se possa generalizar, a opção por (1) fazer valer um determinado precedente do STJ ou do STF ou (2) descumpri-lo, no caso, assim como orientar a realização de acordos judiciais ou não, orienta-se por critérios econômicos, como, por exemplo, o número de demandas a serem provavelmente ajuizadas dentro do universo de usuários lesados, o custo da litigância (advogados, custas, preparo etc.) e o valor das condenações ao final.

Se a não aplicação do precedente compensar *economicamente*, não é inacreditável que as sociedades empresárias adotem uma prática de violação; realizem, pois, uma *escolha processual estratégica*, economicamente falando.

Constata-se, portanto, que a análise econômica do processo orienta as ações e omissões das pessoas tanto no plano pré-processual, ainda antes do ajuizamento da ação e até do surgimento do conflito, como no plano processual, em relação ao custo da litigância, a duração do processo e a economia que se pode ter com a abreviação do rito, mediante, por exemplo, a realização de um acordo, a não interposição de um recurso ou o cumprimento espontâneo da obrigação certificada na decisão.

Como contraponto, a demonstrar a participação do Judiciário nesse fenômeno, deve-se dizer, ainda, que a oscilação jurisprudencial, vale dizer, a imprevisibilidade da mudança de jurisprudência, é fator que orienta a estratégia processual, fazendo com que, em longo prazo, a litigância infundada de hoje possa se revelar a advocacia vitoriosa futura.

Se há perspectiva de alteração de jurisprudência, é provável que a prática da concessão ou da permissão, que hoje pode ser considerada ilícita, se perpetue, até que haja estabilidade decisória.

Diante disso, o §2º do art. 985 do CPC tem, verdadeiramente, uma grande importância, porque cria um genuíno canal de comunicação entre o Judiciário e as entidades fiscalizadoras, principalmente as agências reguladoras.

Com isso, o precedente criado pelos tribunais no IRDR será utilizado como base normativa da fiscalização das agências reguladoras e de outros entes fiscalizadores, de modo a combater, na origem, as violações praticadas pelos entes regulados e que acabavam no Judiciário.

A atividade regulatória e fiscalizadora atuará preventivamente, com fundamento no precedente oriundo do IRDR, aplicando sanções administrativas, desestimulando economicamente condutas dos entes regulados etc..

Resulta disso, portanto, que Judiciário e agências reguladoras atuariam orquestradamente. À semelhança de um *sistema de vasos comunicantes*, quanto mais estável, íntegro e coerente forem os precedentes oriundos do Judiciário, melhor e mais efetiva *tende* a ser a atividade regulatória e fiscalizadora da Administração Pública, reduzindo o número de conflitos e de processos judiciais.

Por outro lado, a oscilação e a vacilação jurisprudencial comprometem a base normativa em que se funda a atividade regulatória e fiscalizadora⁹⁶. Esse comprometimento gera, por consequência, desconfiança do Judiciário e a adoção pelas agências reguladoras de interpretações incertas sobre as questões de direito repetitivas. Ao fim, tudo isso acaba potencializando a judicialização dos conflitos.

Se as agências reguladoras e entes fiscalizadores, por sua vez, ignoram o precedente firmado e utilizam, como fundamento da fiscalização e regulação, base normativa própria ou outra que seja não coincidente com aquela pacificada pelo Judiciário (precedente do IRDR ou do julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos), a finalidade preventiva do §2º do art. 985 do CPC é frustrada e o Judiciário continuará atuando, em sentido macro, apenas repressivamente.

Problema que se coloca diante disso tudo que se acabou de expor e a que se pretende dar uma resposta nesse artigo diz respeito à eficácia desse precedente oriundo do IRDR – e também do julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos, tendo em vista a existência do microsistema de resolução de casos repetitivos – em relação às agências reguladoras e outros entes fiscalizadores.

96 Sobre o tema, após duas mudanças de orientação em menos de uma semana pelo STJ, disse-se sobre a responsabilidade decisória dos tribunais uniformizadores da interpretação do direito: “Fala-se muito hoje no Brasil sobre um sistema de precedentes. A valorização pelos juízos de instâncias inferiores das decisões dos tribunais responsáveis pela uniformização do direito impõe-se por uma série de fatores, tais como segurança jurídica (estabilidade das relações interpessoais e continuidade do ordenamento), igualdade (perante as decisões judiciais), duração razoável do processo etc. Mas o desenvolvimento de uma cultura dos precedentes passa também pela tomada de consciência de seu papel no sistema por parte dos próprios tribunais uniformizadores: afinal, um precedente chancela um entendimento que transborda do processo, determinando a conduta de pessoas que não são partes na demanda; que assumirão a partir dali comportamento em conformidade com a novel posição do Tribunal. Exige-se responsabilidade decisória: não pode o tribunal dizer uma coisa hoje e depois de uma semana dizer outra completamente diversa. Isso causa insegurança” (SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência banana boat. Revista de Processo, n. 209, jul. 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, revista digital).

Em resumo, a tese do IRDR deve ser obrigatoriamente seguida pelas agências reguladoras e entes fiscalizadores? Ou esse precedente tem força apenas persuasiva, tendo utilidade apenas como argumento?

Sobre isso, identificam-se duas posições na doutrina que se produziu até aqui. Segundo a primeira, o §2º do art. 985 do CPC é inconstitucional, porque lei infraconstitucional não poderia atribuir efeitos vinculantes a precedentes judiciais em relação à Administração Pública, incorrendo em violação à tripartição de funções estatais prevista na Constituição Federal (art. 2º, CF). Somente a Constituição Federal poderia, tal como fez com a súmula vinculante (art. 103-A, CF), vincular a Administração Pública a decisões judiciais⁹⁷.

A segunda posição, sem discordar da primeira, não vê no §2º do art. 985 do CPC uma atribuição infraconstitucional de efeitos vinculantes do precedente produzido no IRDR à Administração Pública, porque isso, com efeito, seria inconstitucional por violar a tripartição de poderes ou funções estatais. Para essa outra parte da doutrina, que não levanta a pecha da inconstitucionalidade contra a regra, a eficácia da decisão seria apenas persuasiva, servindo como estímulo⁹⁸ para mudanças nas práticas administrativas e como instrumento de cooperação⁹⁹ entre Judiciário e Administração Pública. Propõe-se, assim, interpretação conforme, partindo-se da premissa de que a vinculação à Administração Pública dependeria de autorização constitucional.

97 Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1975; ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Inconstitucionalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório. Revista de Processo, n. 240, fev. 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 (revista digital). Segundo Georges Abboud e Marcos Cavalcanti: "De início, o efeito vinculante previsto para o IRDR é inconstitucional porque tal mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária. A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados e à separação funcional de poderes". Como se vê, os autores reputam inconstitucional a própria vinculação aos "juízes de hierarquia inferior". Assim como Nelson Nery e Rosa Nery, eles não chegam a enfrentar a questão específica em relação às agências reguladoras. Depreende-se posição dos autores por interpretação. É que, se o precedente judicial não pode, por previsão infraconstitucional, vincular "juízes de hierarquia inferior", com muito mais razão não poderiam vincular a Administração Pública. No trabalho monográfico, Marcos Cavalcanti adota posição mais peremptória, ao comentar o §2º do art. 985 do CPC: CAVALCANTI, Marcos. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 372.

98 Segundo Antonio do Passo Cabral: "Trata-se de regra muito importante, até porque muitas questões repetitivas dizem respeito à prestação de serviços públicos por empresas concessionárias ou permissionárias, fiscalizados por órgãos governamentais ou agências reguladoras, por exemplo, referentes a contratos bancários, de seguros, telefonia, energia elétrica etc. A comunicação do resultado do julgamento a estes órgãos pode não só levar a uma implementação mais rápida e correta do IRDR, mas também estimular, se for o caso, mudança nas rotinas de fiscalização ou normas administrativas editadas pelo regulador" (destacou-se) (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 976 a 987. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1447).

99 Para Cassio Scarpinella Bueno: "Trata-se de iniciativa importante que, ao estabelecer indispensável cooperação entre o órgão jurisdicional e as pessoas, os entes e/ou órgãos administrativos, cria condições de efetividade do quanto decidido no âmbito jurisdicional e, nesse sentido, traz à mente o disposto no art. 4º que, pertinememente, não se contenta tão só com a declaração do direito, mas também com sua concretização. Ademais, se essa fiscalização for efetiva, como se espera, reduzem-se os riscos de nova judicialização do conflito, o que viabiliza passo importante em direção a um mecanismo mais racional de distribuição de justiça, inclusive na perspectiva dos meios alternativos/adequados difundidos desde o art. 3º. Que os entes administrativos façam, como devem fazer, a sua parte e que o CPC de 2015 sirva de mola propulsora a tanto" (BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 590).

Conforme Sofia Temer, “[...] não há subordinação direta de tais entes e órgãos à tese fixada. Esse dispositivo deve ser lido, pensamos, como um mecanismo que confere *eficácia persuasiva* em relação à administração pública”¹⁰⁰. Assim, o precedente produzido no IRDR seria *vinculante, obrigatório* ou *vinculativo* para o Judiciário e *persuasivo* para a Administração Pública, que não estaria subordinada a ele.

A meu ver, o §2º do art. 985 do CPC pode ter outra leitura.

Com efeito, a tese do IRDR não vincula a Administração Pública; caso contrário, seria violada a tripartição de poderes estatais (art. 2º, CF), que é, inclusive, cláusula pétrea (art. 60, §4º, III, CF), e a regra do CPC seria inconstitucional.

Além disso, a eficácia do precedente é *persuasiva* para as agências reguladoras e os demais entes fiscalizadores *apenas quando estes sujeitos não participam, por ausência de cientificação, do processo de formação do precedente a ser utilizado como base normativa da regulação e da fiscalização*. Nisso difere a proposta aqui apresentada da segunda posição.

Noutras palavras, se as agências reguladoras participarem do IRDR ou, cientificadas, omitirem-se, elas ficam vinculadas ao precedente; se não participarem, por ausência de cientificação, não ficam vinculadas, e o precedente tem eficácia apenas persuasiva.

Essa vinculação referida, entretanto, não é igual à eficácia que tem a súmula vinculante (art. 103-A, CF) e as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §2º, CF). Derivada da Constituição Federal, o *dispositivo* de tais decisões vincula a Administração Pública *independentemente de ela ter participado do processo*. *Vale insistir, a participação é irrelevante para fins da vinculação prevista constitucionalmente.*

As agências reguladoras e os entes fiscalizadores, quando não são partes que suscitam o incidente, intervêm no incidente de resolução de demandas repetitivas na qualidade de *amicus curiae*.

Parece intuitivo, à luz inclusive do §2º do art. 985 do CPC, que as agências reguladoras e entes fiscalizadores participam do IRDR para oferecer informações capazes de aprimorar a qualidade do precedente, que é justamente o papel primordial do *amicus curiae*¹⁰¹.

100 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 221.

101 Conforme ensina Fredie Didier, “O *amicus curiae* é o terceiro que, espontaneamente, a pedido da parte ou por provocação do órgão jurisdicional, intervém no processo para fornecer subsídios que possam aprimorar a qualidade da decisão” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 522).

Aliás, na origem, as hipóteses *típicas* de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro envolviam setores regulados de alta complexidade técnica. O art. 31 da Lei n. 6.385/1976 dispôs sobre a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) nos processos cujo objeto fosse mercado de valores mobiliários e o art. 118 da Lei n. 12.529/2011 dispôs sobre a intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nos processos cuja matéria fosse direito concorrencial.

Parece inegável, portanto, que o IRDR sobre questão de direito relacionada a serviços públicos concedidos, autorizados ou permitidos deva contar com a manifestação técnica dos entes responsáveis por sua regulação e fiscalização, a fim de incrementar qualitativamente o precedente a ser formado.

As agências reguladoras e os entes fiscalizadores portam, nesses casos, a “representativa adequada” de que cuida o art. 138 do CPC, sem exclusão, evidentemente, de outros sujeitos aptos a subsidiar o tribunal. “Representatividade adequada” quer significar aí a pertinência entre a atividade, conhecimento e atuação do *amicus curiae* com a questão de direito discutida, e não o sentido que se lhe atribui no processo coletivo¹⁰².

Assim, por exemplo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) não pode ser intimada ou querer participar de debate sobre questão relacionada a petróleo e gás, que atrairia a intervenção da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Como destaca Cassio Scarpinella Bueno, esses entes possuem “interesse institucional”¹⁰³ que justificam a intervenção e lhe conferem a qualidade de *amicus curiae*.

102 Segundo Antonio do Passo Cabral (antes da edição do novo Código): “A representatividade adequada (adequacy of representation) é requisito utilizado nas class actions norte-americanas para que o tribunal possa aferir se a parte que está em juízo defendendo direito supraindividual tem capacidade técnica e empreenderá uma proteção efetiva aos interesses dos membros da coletividade, que poderá ser atingida pelos efeitos da decisão e pela formação da coisa julgada mesmo em relação aos ausentes do litígio, como é típico nas demandas coletivas. A representação adequada, prevista nas Federal Rules of Civil Procedure [Rule 23 (a)(4)], liga-se diretamente à questão da vinculação da decisão àqueles que não tenham participado do processo (absent class members) e que, diante da substituição processual, possam ser prejudicados pela atuação deletéria da representative party. Assim, justifica-se o requisito diante do perigo da representação inadequada, que pode vincular, pela coisa julgada, aqueles que não participaram do processo, conforme entendimento pacífico em doutrina. Ora, não obstante a previsão no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/99 de que deverá ser verificada a “representatividade” do *amicus curiae* para que seja deferida a intervenção, pensamos que aqui não existe obrigatoriedade desta exigência, já que não há substituição processual. Vale dizer: o *amicus curiae* não vai a juízo em nome próprio na defesa de direito alheio, não sendo legitimado extraordinário. Por outro lado, as partes que debatem em torno do direito material estão presentes no processo. Logo, não há risco de representação inadequada e desnecessário o exame da adequacy of representation” (CABRAL, Antonio do Passo, *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae*, um terceiro especial. Revista de Direito Administrativo, n. 234, out./dez. 2003, p. 122).

103 Segundo Cassio Scarpinella Bueno: “O ‘interesse institucional’, por isso mesmo, deve ser compreendido de forma ampla, a qualificar quem pretende ostentar o status de *amicus curiae* em perspectiva metaindividual, apta a realizar interesses que não lhe são próprios nem exclusivos como pessoa ou como entidade. São, por definição, interesses que pertencem a grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas e que, por isso mesmo, precisam ser considerados no proferimento de específicas decisões; o *amicus curiae*, é esta a verdade, representa-os em juízo como adequado portador deles que é. Seja porque se trata de decisões que signifiquem tomadas de decisões valorativas, seja porque são decisões que têm aptidão de criar ‘precedentes’, tendentes a vincular – é o que o CPC de 2015 inequivocamente quer – outras tantas decisões s serem proferidas posteriormente e a partir dela” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 161).

Essa intervenção das agências reguladoras e dos entes fiscalizadores possibilita, ainda por cima, a instauração de um *diálogo institucional* entre o Judiciário e a Administração Pública reguladora¹⁰⁴.

Com efeito, a interpretação do direito não é exclusividade do Poder Judiciário. Outras instâncias estatais e mesmo privadas interpretam e aplicam o direito. Estas interpretações não são percebidas com tanta intensidade quanto aquelas oriundas do Judiciário. Isso porque é amplamente difundido que a última palavra sobre o que é o direito pertence ao Judiciário, quando, em verdade, na grande maioria das situações, não judicializadas, a última palavra é não judicial (particulares interpretam e aplicam o direito todos os dias, resolvendo conflitos, muitas vezes de forma não coincidente com aquela que seria proferida pelo Judiciário).

Seja como for, é preciso, como *premissa*, assentar que outros personagens, públicos e privados, também interpretam e aplicam o direito, e que estas interpretações e aplicações são válidas e igualmente importantes, sobretudo quando capazes de desafogar o Judiciário, reduzindo o número de processos judiciais e encerrando os conflitos.

Acontece, porém, que, se há uma multiplicidade de instâncias decisórias, tem-se, também, potencialmente, uma multiplicidade de orientações, precedentes e interpretações sobre o direito. Se a igualdade e a segurança orientam a necessidade de uniformização interpretativa interna, para dentro da instância decisória, devem, por coerência, obrigar mais uma vez uma uniformização mais ampla, entre instâncias, a fim de que as condutas sejam orientadas e os conflitos prevenidos independentemente daquela instância que irá julgá-los. E, inexistindo jurisdição administrativa no Brasil, parece intuitivo que essa uniformização da interpretação do direito seja feita primordialmente pelo Judiciário, que, agora sim, dá a última palavra *quando sua palavra tem que ser dada*.

A *outra premissa*, portanto, é a seguinte: a potencial multiplicidade de interpretações do direito deve ser, ao máximo possível, reduzida, mediante a atividade de uniformização do Judiciário. Esse é um momento seguinte à necessária uniformização por cada instância, não no sentido de pressupor esta para ocorrer (o Judiciário pode pacificar uma questão de direito interpretada de diversas maneiras por vários Estados, por exemplo), mas de nível de segurança e estabilidade do ordenamento; quanto

104 Nesse sentido, aponta Dierle Nunes que: "Sabe-se que um dos fatores de litigiosidade massiva do Brasil é o da falta de diálogos institucionais ente os 'poderes' e entre os agentes responsáveis pela fiscalização do cumprimento de direitos. Também se sabe que, diversamente de outros países, uma decisão proferida por um tribunal superior não é, entre nós, imediatamente cumprida; seja pela cultura do desrespeito, seja pelo desconhecimento de seu teor" (NUNES, Dierle. Comentários aos arts. 1.036 a 1.041. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 2340).

mais instâncias assumirem uma única interpretação do direito mais segurança se terá.

Forte nessas considerações, melhor do que o Judiciário formar um precedente indiferente à orientação das agências reguladoras, e que estas, por seu lado, ignorar esse precedente judicial em sua atividade administrativa regulatória e fiscalizadora, é, no espaço adequado de debate, com amplo contraditório, publicidade e possibilidades argumentativas, ambas dialogarem sobre a melhor solução possível, conferindo maior legitimidade às decisões do Judiciário e semeando deferência pelas agências reguladoras e entes fiscalizadores aos precedentes judiciais.

Pode-se objetar que não existe obrigação legal da agência reguladora ou do ente fiscalizador em intervir, o que, de fato, esvaziaria a previsão do §2º do art. 985 do CPC. Assim, nessa linha de raciocínio, seria dado aos referidos entes intervirem como *amicus curiae* ou não. E, não intervindo, não lhes seria imposto o precedente formado no IRDR como base jurídica da futura regulação e fiscalização.

A meu ver, contudo, o próprio §2º do art. 985 do CPC é norma atributiva do dever institucional de intervenção como *amicus curiae* das agências reguladoras e entes fiscalizadores no IRDR. É que, ao prever que os citados entes fundamentarão sua atividade regulatória e fiscalizadora no precedente formado, a regra contemplou, implicitamente, a necessidade de participação no processo de formação do precedente para se vincularem à tese.

Como afirmado acima, o precedente só deve obrigatoriamente servir como base normativa da regulação e fiscalização se o ente regulador e fiscalizador participaram – ou forem chamados a participar – do procedimento de formação da tese. Caso contrário, o precedente produzido tem eficácia apenas persuasiva, servindo simplesmente como argumento.

É bem verdade que, em regra, a intervenção do *amicus curiae* não acarreta sua vinculação à decisão ou ao precedente formado. Mas nada impede que a lei disponha de maneira contrária, e não vai aí nenhuma inconstitucionalidade, tendo em vista que é assegurado contraditório amplo na formação do precedente.

Isso fica ainda mais evidente quando, de forma inovadora, e apenas para o IRDR, o CPC prevê a legitimidade recursal do *amicus curiae* para interpor recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão que julgar o IRDR (art. 138, §3º, CPC).

Justamente porque atribui, no §2º do art. 985 do CPC, o dever institucional de intervenção e o dever de utilizar o precedente oriundo do IRDR como base normativa de sua atividade regulatória e fiscalizadora, que a lei

confere, no art. 138, §3º, CPC, legitimidade recursal para discutir a correção do precedente no STJ ou no STF, conforme o caso.

É importante destacar, contudo, que não se tem propriamente uma vinculação da Administrativa Pública ao precedente oriundo do IRDR, mas sim um *efeito da intervenção do amicus curiae* muito específico, vale dizer, o dever da agência reguladora ou ente fiscalizador que interveio de utilizar posteriormente o precedente como fundamento jurídico da regulação e da fiscalização, por ter participado, com exercício do direito de influência, da formação do precedente no tribunal.

Essa compreensão da controvérsia tem importância prática evidente. É que não é incomum que os entendimentos dos entes reguladores discrepem dos entendimentos dos tribunais. Nesses casos, a questão torna-se ainda mais complexa pela dificuldade de submeter esses entes às decisões dos tribunais, haja vista que não atuam como parte do processo. Na maioria das vezes, tem-se, de um lado, o usuário e, de outro, a concessionária ou permissionária do serviço público.

Em decorrência dessa vinculação prevista no §2º do art. 985 do CPC, deve o relator do IRDR informar a instauração do incidente à agência reguladora ou ente fiscalizador, para que, assumindo seu dever institucional previsto em lei, participe do processo de formação do precedente¹⁰⁵.

Mesmo que não seja comunicada da instauração do IRDR pelo tribunal, a agência reguladora ou entidade fiscalizadora pode, espontaneamente, requerer sua intervenção no processo na qualidade de *amicus curiae* (art. 138, *caput*, CPC).

Diante disso, a intervenção do *amicus curiae* pode ser provocada, quando o relator determinar a comunicação do ente, ou espontânea, quando o ente intervier por iniciativa própria.

Contudo, se o tribunal não comunicar o ente ou este, sem ciência, não intervier, o precedente terá eficácia apenas persuasiva, não podendo vincular diretamente a Administração Pública responsável pela regulação e fiscalização do serviço público.

Assim, pode-se afirmar que o §2º do art. 985 do CPC é *norma atributiva de um dever de intervenção* das agências reguladoras e entes fiscalizadores

105 Nesse sentido, na doutrina: DIDIER JR., Fredie; Temer, Sofia. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal, p. 13. Artigo ainda inédito, gentilmente cedido pela autora. Os autores dão notícia, a propósito, que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça da Bahia (17.3.2016) incluiu esta previsão, determinando que: "Art. 219. §8º, VII – caso a questão objeto do incidente seja relativa à prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, comunicará ao ente público ou à agência reguladora competente para, querendo, participar do incidente, prestando informações". Ainda no mesmo sentido do texto: GRECO, Leonardo. Instituições de Processo Civil. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 410-411.

como *amicus curiae* no IRDR. E que o *efeito dessa intervenção*¹⁰⁶, também decorrente do §2º do art. 985 do CPC, é a utilização futura do precedente formado como base normativa da regulação e fiscalização pertinentes.

4. O JULGAMENTO DE RECURSOS REPETITIVOS E AS AGÊNCIAS REGULADORAS: O CONTEÚDO JURÍDICO DO ART. 1.040, IV, CPC

Por fim, é importante destacar que todas as considerações que foram feitas aqui são aplicáveis ao julgamento de recursos repetitivos, que traz, em seu regramento, disposição legal idêntica àquela do §2º do art. 985 do CPC.

Segundo o inciso IV do art. 1.040 do CPC, “se os recursos versarem sobre questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

Por força da existência do microsistema de solução de casos repetitivos, o art. 138, §3º, CPC aplica-se ao julgamento de recursos repetitivos. Nesse sentido, é o enunciado n. 391 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar recursos repetitivos”.

5. CONCLUSÃO

Conclusivamente, tem-se, acerca do conteúdo jurídico do §2º do art. 985 do CPC, que:

(1) O §2º do art. 985 do CPC é *norma atributiva* de um *dever institucional de intervenção* das agências reguladoras e entes fiscalizadores como *amicus curiae* no IRDR. O *efeito dessa intervenção*, também extraível do §2º do art. 985 do CPC, é, precisamente – nem mais, nem menos – a utilização futura do precedente como *base normativa* da regulação e fiscalização pertinentes.

106 O efeito dessa intervenção lembra, porém não se confunde com, a “eficácia da intervenção” de terceiros, prevista no art. 123 do CPC. Sobre essa “eficácia da intervenção” (art. 123, CPC), ensina Antonio do Passo Cabral: “Para os terceiros que intervierem no processo, a lei prevê uma estabilidade, a ‘eficácia da intervenção’, disciplinada no art. 123 do novo CPC. Para os intervenientes, deve-se analisar se, dependendo do momento em que intervierem, para eles era possível influenciar o resultado exercendo contraditório, i. e., debatendo, apresentando provas, enfim, condicionando a produção da sentença final. Se isso tiver ocorrido, os intervenientes também ficam impedidos de, em outro processo, rediscutir a ‘justiça’ da decisão; se não tiver havido oportunidade de exercício amplo do contraditório, os terceiros, mesmo intervenientes, poderão rediscutir a matéria decidida em outros processos” (CABRAL, Antonio do Passo. Comentários aos arts. 502 a 508. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coords.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2015, p. 1303).

(2) A eficácia do precedente é *persuasiva* para as agências reguladoras e os demais entes fiscalizadores apenas quando estes sujeitos não participam, por ausência de cientificação, do processo de formação do precedente a ser utilizado como base normativa da regulação e da fiscalização.

Em suma, se as agências reguladoras participarem do IRDR ou, cientificadas da instauração deste, omitirem-se, elas ficam vinculadas ao precedente; se não participarem, por ausência de cientificação, não ficam vinculadas, e o precedente tem eficácia apenas persuasiva.

A constitucionalidade da lei ordinária que extinguiu os “quintos” no âmbito da Administração Pública estadual

Júlio Cezar Lima Brandão¹⁰⁷

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Prolegômenos. 3. Uma brevíssima explicação sobre os “quintos”. 4. A impossibilidade de controle concentrado de norma constitucional alterada. 5. A anterior declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE em sede de controle abstrato: a impossibilidade de se utilizar a norma declarada inconstitucional em novo controle. 6. A decisão proferida por TJAM em processo administrativo não tem efeito “erga omnes”. 7. Os argumentos dos votos divergentes proferidos em processo administrativo não se aplicam ao controle abstrato de constitucionalidade: o caráter dúplice da atuação do TJAM no controle concentrado. 8. A Lei 2.531/1999 foi aprovada por maioria absoluta fato que lhe retira a pecha da inconstitucionalidade de forma. 9. O poder constituinte derivado decorrente usurpou competência privativa do Governador do Estado: a inconstitucionalidade dos incisos I e II do § 2º do art. 110 da CE por afronta ao art. 61, § 1º, II, “c”, da CF. 10. A primitiva redação do art. 110, § 2º, I e II, da CE, não exigia lei complementar para disciplinar os “quintos”. 11. A necessária interpretação teleológica para uniformizar o entendimento dos arts. 33, 38 e 110 da CE: novamente a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38. 12. O ajuste do entendimento do STF em face da aplicação do princípio da simetria: lei complementar se impõe quando se tratar de carreiras policiais. 13. Epílogo.

107 Advogado e Procurador do Estado do Amazonas

1. INTRODUÇÃO

Tramitam no Poder Judiciário estadual algumas ações (ordinárias, mandados de segurança e ações diretas de inconstitucionalidade) com a pretensão de *ressuscitar o adicional pelo exercício de cargo ou função comissionada* – os famigerados “quintos” – cuja previsão estava estampada no art. 82 da Lei 1.762, de 14.11.1986 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis), mas que foi extirpado do mundo jurídico pelo art. 1º da Lei 2.531, de 16.04.1999, há quase 20 anos. A principal delas é uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 4004359-44.2017 ajuizada por deputado estadual com fundamento em duas premissas de agressão à Constituição do Estado (CE): uma sob o aspecto *formal*, posto que, segundo alega, a Lei 2.531/1999 (lei ordinária) ao revogar diversos artigos da Lei 1.762/1986 (recepcionada pela CE de 1989 com *status* de lei complementar) teria violado o art. 38 da CE; e a outra de ordem *material*, visto que, como os “quintos” estavam expressamente previstos no art. 110, § 2º, da CE, somente uma Emenda Constitucional (EC) é que poderia extingui-los. A ADI também invoca como argumento decisão administrativa adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado (TJAM) que, ao atender pedido de servidor de seu quadro, findou por deixar de aplicar ao caso concreto a Lei 2.531/1999 por considerá-la inconstitucional. Os argumentos da ADI são, contudo, absolutamente improcedentes, como se demonstrará no decorrer deste artigo.

Neste texto o leitor deve ficar atento às referências que serão feitas a ADI 4003292-04.2014 onde o TJAM já declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE.

2. PROLEGÔMENOS

Não é difícil imaginar que todas essas ações colocam em risco o erário estadual em razão do impacto financeiro nas contas públicas. Depois de quase 20 anos da sanção da Lei 2.531/1999 será, sem dúvida, uma temeridade resuscitar os “quintos”, haja vista que, de uma hora para outra, milhares de servidores ativos, inativos e pensionistas passariam a ter direito à incorporação da vantagem, inclusive com a percepção de valores atrasados. Seria incalculável a pressão sobre a entidade previdenciária do Estado. Enquanto no âmbito federal os “quintos” foram abolidos dois anos antes, pela Lei 9.527, de 10.12.1997, e o assunto, tem algum tempo, encontra-se definitivamente sepultado, no Estado do Amazonas o assunto parece que ainda tem muito chão pela frente.

Ao abolir os “quintos” o parágrafo único do art. 1º da Lei 2.531/1999 respeitou os direitos adquiridos daqueles que percebiam o adicional, transformando-o em vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI), além de garantir a sua

atualização permanente mediante a revisão geral da remuneração, na forma prevista no art. 37, X, da Constituição Federal (CF)¹⁰⁸. É dizer: a lei estadual garantiu a continuidade da percepção dos “quintos” sob a natureza de VPNI, desvinculada da remuneração do cargo comissionado ou da função gratificada e sujeita exclusivamente à atualização periódica decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos. Confira-se a redação do art. 1º da Lei 2.531/1999:

Art. 1º. Fica extinto o adicional pelo exercício de cargo ou função de confiança instituído pelo artigo 82 da Lei nº 1.762, de 14 de novembro de 1986, e previsto nas Leis nºs 1.778, de 08 de janeiro de 1987, 2.271, de 10 de janeiro de 1994, e 1.869, de 07 de outubro de 1988. Parágrafo único. A importância relativa ao adicional de que trata o caput deste artigo, adquirida e/ou incorporada na forma da Lei até a data da publicação deste diploma, passa a constituir vantagem individual nominalmente identificada, sujeita exclusivamente à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais, sendo sua percepção incompatível com o exercício de cargo ou função de confiança, salvo se o servidor optar pela remuneração do cargo efetivo por ele ocupado.

Apesar da garantia do direito adquirido, sabe-se que milhares de servidores públicos ajuizaram ações contra o Estado pretendendo a permanente atualização do adicional não como VPNI, mas com paradigma na remuneração atualizada do cargo ou da função exercido. A quase totalidade dessas ações foram parar no Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao pacificar o tema, fixou o entendimento pela constitucionalidade do instituto da estabilidade financeira (previsto no parágrafo único do art. 1º da Lei 2.531/1999), ausência de direito adquirido a regime jurídico ou à manutenção da forma de cálculo de remuneração, assim como a desvinculação entre a vantagem pessoal recebida e incorporada sob a forma de VPNI e a remuneração do cargo/função paradigma ocupado pelo servidor. Em síntese, a Suprema Corte firmou a compreensão no sentido de que “[é] possível ao legislador desvincular, para o futuro, a forma de calcular gratificação incorporada pelo servidor, em razão de ter ocupado função/cargo comissionado, submetendo-a aos índices gerais de revisão, sem que isso represente violação do texto constitucional”¹⁰⁹.

108 Onde se lê: “Art. 37. [...] X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

109 ARE 1.004.555 AgR – Rel. Min. Dias Toffoli. No mesmo sentido: RE 563.965 RG – Rel.ª Min. Cármen Lúcia.

Pacificada a celeuma pelo STF, e no âmbito do próprio judiciário local, há em curso, como visto, uma clara e inequívoca pretensão de se reacender uma discussão e fazer ressurgir uma vantagem pecuniária que poderá gerar milhares de novas ações, com efeito multiplicador devastador, e que poderá levar o Estado à ruína financeira, em razão do pagamento dos “quintos” para uma geração inteira de novos servidores, além de sua imediata atualização para servidores ativos, inativos e pensionistas que percebem o adicional sob a rubrica de VPNI. Isso sem falar de juros e de correção monetária a serem calculados desde 1999. Basta lembrar que o direito à incorporação do adicional foi extinto em 1999, porém, não os cargos e funções comissionados. Desse modo é fácil concluir que servidores públicos continuaram a ser nomeados e designados para o exercício desses cargos e funções comissionados no decorrer de todo esses anos e, uma vez declarada a inconstitucionalidade da norma, além dos que já recebem a vantagem outro punhado de servidores buscará a percepção do adicional na forma como era previsto no revogado art. 82 da Lei 1.762/1986.

A vingar a interpretação pretendida, como será demonstrado mais adiante, não será difícil imaginar o rombo financeiro nos cofres públicos. Como o Estado não fabrica dinheiro, mas apenas o arrecada dos contribuintes, serão estes, em última análise, que pagarão a conta dessa aventura insana e que nenhum proveito trará à sociedade amazonense. O dinheiro que sairá dos cofres públicos e que poderia muito bem ser empregado em infraestrutura, segurança pública, saúde e educação será canalizado para pagamento de “quintos” que foram extintos há quase duas décadas. Será o caos financeiro! Se alguém duvidar espere vingar a tese da inconstitucionalidade da norma. Há ensaios por todos os lados e em todos os órgãos.

3. UMA BREVÍSSIMA EXPLICAÇÃO SOBRE OS “QUINTOS”

Os “quintos” estavam previstos no art. 82 da Lei 1.762/1986¹¹⁰. Grosso modo poderia se afirmar que a cada ano – depois de completado o período

110 Onde se lia: “Art. 82. O funcionário que contar seis anos completos, consecutivos ou não, de exercício em cargo ou função de confiança, fará jus a ter adicionada ao vencimento do respectivo cargo efetivo, como vantagem pessoal, a importância equivalente a um quinto: I – Da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo; II – Do valor da função gratificada. § 1º O acréscimo a que se refere este artigo ocorrerá a partir do sexto ano, à razão de um quinto por ano completo de exercício de cargo ou função de confiança até completar o décimo ano. § 2º Quando mais de um cargo ou função houver sido desempenhado no período de um ano ininterruptamente, considerar-se-á, para efeito de cálculo da importância a ser adicionada ao vencimento do cargo efetivo, o valor do cargo ou da função de confiança exercido por maior tempo, obedecidos os critérios fixados nos itens I e II deste artigo. § 3º Enquanto exercer cargo em comissão ou função de confiança, o funcionário não perceberá a parcela a cuja adição fez jus, salvo no caso de opção pelo vencimento do cargo efetivo,....VETADO... § 4º As importâncias referidas neste artigo não serão consideradas para efeito de cálculo de vantagens ou gratificações incidentes sobre o vencimento do cargo efetivo, nem para a gratificação por tempo de serviço. § 5º Na hipótese de opção pelas vantagens do artigo 140 desta Lei, o funcionário não usufruirá do benefício previsto neste artigo”.

base inicial de 5 anos – o servidor que exercia cargo ou função de confiança fazia jus a ter adicionado à sua remuneração a importância equivalente a um quinto: (a) da diferença entre a remuneração do cargo em comissão e o vencimento do cargo efetivo; (b) do valor da função gratificada. A partir do sexto ano (os cinco primeiros anos formavam a base do adicional), ano após ano, até o décimo ano, quando então completava os 5/5 (cinco quintos), o adicional se incorporava paulatinamente à remuneração do servidor.

Imagine-se a seguinte hipótese: servidor público efetivo que havia exercido por 10 anos o cargo comissionado de diretor de autarquia, com remuneração de dez mil reais e cujo vencimento de seu cargo efetivo fosse mil reais, incorporava à remuneração de seu cargo efetivo a quantia de nove mil reais, que correspondia à diferença entre a remuneração do cargo em comissão (R\$ 10 mil) e o vencimento do cargo efetivo (R\$ 1 mil), conforme dispunha o revogado art. 82, I, da I, da Lei 1.762/1986. Esse valor incorporado era atualizado automaticamente toda vez que a remuneração do cargo comissionado ou o valor da função gratificada paradigma sofria alteração. Evidentemente que o exemplo aqui dado é ideal e sem as nuances particulares de cada servidor e as interpretações que foram sendo construídas ao longo dos anos pela própria Administração.

4. A IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO DE NORMA CONSTITUCIONAL ALTERADA

Na ADI proposta, indica-se como norma paradigma, para a declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.531/1999, o art. 110, § 2º, inciso I e II, da CE, cuja redação primitiva era a seguinte:

Art. 110. O Estado e os Municípios instituirão, no âmbito de competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. § 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho, mantidas as mesmas vedações e impedimentos. § 2º São garantidos ao servidor público estadual e municipal os direitos dispostos no art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, XXV, XXVI, XXX, XXXI, da Constituição da República, e ainda os que, nos termos da lei, visam à melhoria de sua condição social e à produtividade no serviço

público, especialmente: I – adicional por tempo de serviço; II – adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança; III – promoção para os cargos organizados em carreira.

Contudo, essa redação foi alterada pela EC 36/1999, nos termos seguintes:

Art. 110. O Estado e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. [...]§ 2º O Estado manterá escola própria para formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos com outros entes da Federação.

Por meio de simples comparação é fácil perceber que a redação original do art. 110, § 2º, I a III, da CE, foi substancialmente alterada pela EC 36/1999. Sabe-se que o STF tem decidido pela prejudicialidade de ações diretas de inconstitucionalidade na hipótese de alteração da norma paradigma, como de fato ocorreu no caso concreto.

Isso porque, na lição do Ministro CELSO DE MELLO, “o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor, ou, embora vigendo, tenham sofrido alteração substancial em seu texto. É por tal razão que, em havendo revogação superveniente (ou a modificação substancial) da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade”¹¹¹.

Esse foi também o entendimento firmado na ADI 2.971 AgR¹¹². Para melhor compreensão da matéria, transcreve-se parte do voto condutor do acórdão proferido pelo Ministro decano:

[...] Como se sabe, o controle normativo abstrato qualifica-se como instrumento de preservação da integridade jurídica da ordem constitucional vigente.

A ação direta, enquanto instrumento formal viabilizador do controle abstrato, traduz um dos mecanismos mais expressivos de defesa objetiva da Constituição e de preservação da ordem nor-

111 Voto do Ministro Celso de Mello proferido na ADI 514.

112 ADI 2.971 AgR – Rel. Min. Celso de Mello.

mativa nela consubstanciada. A ação direta, por isso mesmo, representa meio de ativação da jurisdição constitucional concentrada, que enseja, ao Supremo Tribunal Federal, o desempenho de típica função política ou de governo, no processo de verificação, em abstrato, da compatibilidade vertical de normas estatais contestadas em face da Constituição da República.

Não é por outra razão que o controle concentrado de constitucionalidade transforma, o Supremo Tribunal Federal, em verdadeiro legislador negativo [...]. É que a decisão emanada desta Corte – ao declarar, *in abstracto*, a ilegitimidade constitucional de lei ou ato normativo federal ou estadual – importa em eliminação dos atos estatais eivados de inconstitucionalidade [...], os quais vêm a ser excluídos, por efeito desse mesmo pronunciamento jurisdicional, do próprio sistema de direito positivo ao qual se achavam, até então, formalmente incorporados [...]. Esse entendimento [...] permite qualificar, o Supremo Tribunal Federal, como órgão de defesa da Constituição, seja relativamente ao legislador, seja, ainda, em face das demais instituições estatais, pois esta Corte, ao agir nessa específica condição institucional, desempenha o relevantíssimo papel de “órgão de garantia da hierarquia normativa da ordem constitucional” [...]. Torna-se necessário enfatizar, no entanto, que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal – tratando-se de fiscalização abstrata de constitucionalidade – apenas admite como objeto idôneo de controle concentrado as leis e os atos normativos, que, emanados da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, tenham sido editados sob a égide de texto constitucional ainda vigente.

O controle por via de ação direta, por isso mesmo, mostra-se indiferente a ordens normativas inscritas em textos constitucionais já revogados, ou que tenham sofrido, como no caso, alterações substanciais por efeito de superveniente promulgação de emendas à Constituição.

É por essa razão que o magistério jurisprudencial desta Suprema Corte tem advertido que o controle concentrado de constitucionalidade reveste-se de um só e único objetivo: o de julgar, em tese, a validade de determinado ato estatal contestado em face do ordenamento constitucional, desde que em regime de plena vigência, pois [...], o julgamento da arguição de inconstitucionalidade, quando deduzida *in abstracto*, não deve considerar, para

efeito do contraste que lhe é inerente, a existência de paradigma revestido de valor meramente histórico.

Vê-se, desse modo, que, tratando-se de fiscalização normativa abstrata, a questão pertinente à noção conceitual de parâmetricidade – vale dizer, do atributo que permite outorgar, à cláusula constitucional, a qualidade de paradigma de controle – desempenha papel de fundamental importância na admissibilidade, ou não, da própria ação direta[...].

Isso significa, portanto, que a ideia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito de relação [...] – que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia – torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, *in abstracto*, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática.

A busca do paradigma de confronto, desse modo, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição.

Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois [...] elementos essenciais à compreensão da matéria ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria ideia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito.

Com efeito, no que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua

transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual [...].

É por tal motivo que os tratadistas [...], em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando a compreender normas de caráter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da ideia de ordem constitucional global.

Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política.

[...] Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade [...], pois dessa percepção resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional.

E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade. Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, torna-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica. Vê-se, neste ponto, [...] que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, ainda em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental. Dessa relação de caráter histórico-temporal, exsurge a identificação do parâmetro de controle, referível a preceito constitucional, ainda em vigor, sob cujo domínio normativo foram produzidos os atos objeto do processo de fiscalização concentrada. Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal). Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem – a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro [...] –, torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vigência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em

função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor, ou, embora vigendo, tenham sofrido alteração substancial em seu texto. É por tal razão que, em havendo a revogação superveniente (ou a modificação substancial) da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação da ação direta, que, anteriormente ajuizada, fundava-se na suposta violação do parâmetro constitucional cujo texto veio a ser suprimido ou, como no caso, substancialmente alterado. [...].

Enfim, a ADI que utiliza como parâmetro norma constitucional revogada ou alterada substancialmente deve ser extinta, posto que prejudicada a análise do seu mérito, uma vez que no processo de controle abstrato de constitucionalidade o objeto da ação resume-se à fiscalização da ordem constitucional vigente.

Desse modo, o caminho processual que se impõe para a ADI 4004359-44 proposta é a sua extinção, posto que o art. 110, § 2º, I e II, da CE, foi substancialmente alterado pela EC 36/1999.

5. A ANTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 38 DA CE EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO: A IMPOSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR A NORMA DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM NOVO CONTROLE

Importante registrar, neste ponto, que o parágrafo único do art. 38 da CE foi declarado inconstitucional pelo Plenário do TJAM quando por ocasião do julgamento da ADI 4003392-04.2014.

Para uma melhor compreensão da despropositada celeuma, oportuna a transcrição do art. 38 da CE:

Art. 38. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa. Parágrafo único. Obedecerão ao mesmo rito as leis que dispuserem sobre o Estatuto do Servidor Público Civil, do Servidor Público Militar, do Magistério e da Polícia Judiciária.

Nessa ADI foi defendida a tese de que a Lei 2.531/1999 (lei ordinária), que revogou o art. 82 da Lei 1.762/1986 (recepcionada pela CE com *status* de lei complementar), havia afrontado o transcrito parágrafo único do art. 38 da CE.

Esse argumento, porém, foi rechaçado por unanimidade pelo TJAM que, acolhendo o voto condutor do acórdão proferido pelo Des. ARI JORGE MOUTINHO DA COSTA, declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE, posto que violador o disposto no art. 61, § 1º, II, “c”, da CF. Confira-se a ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI). [...] LEI ESTADUAL 2.531/99. OFENSA AO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 38, DA CE/89. [...] SEGUNDA QUESTÃO: ACOLHIDA A ALEGAÇÃO DE QUE EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA, NÃO SERIA CABÍVEL DISCIPLINAR O REGIME JURÍDICO DE SERVIDORES PÚBLICOS ATRAVÉS DE LEI COMPLEMENTAR, TENDO EM VISTA QUE, NO ÂMBITO FEDERAL, A MATÉRIA DEVE SER REGULADA POR MEIO DE LEI ORDINÁRIA (CARTA FEDERAL, ART. 61, § 1.º, II, c). ADI PREJUDICADA. [...] ii. Em decorrência do princípio da simetria, não seria cabível disciplinar o regime jurídico de servidores públicos através de lei complementar, tendo em vista que a Carta Federal, em seu art. 61, § 1.º, II, c, estabeleceu que a matéria seria regulada por meio de lei ordinária. Reconhecida a inconstitucionalidade] [d]o parágrafo único, do art. 38, da CE/89. Restou prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade.[...] DECIDE o Plenário do e. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unanimidade, acolher a segunda questão de ordem e julgar prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade, consoante relatório e voto que acompanham a presente decisão, dela fazendo parte integrante.

Essa tese também foi acolhida pelo TJAM quando por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança (MS) 4002412-52.2017 impetrado sob os mesmos argumentos aqui desvendados. Sob a relatoria do Des. JOSÉ HAMILTON SARAIVA DOS SANTOS denegou-se a segurança impetrada em face do Chefe do Poder Executivo estadual. Leia-se a ementa do acórdão proferido:

MANDADO DE SEGURANÇA. [...] “QUINTOS”. DIREITO À ATUALIZAÇÃO DO VALOR EM REGIME DE PARIDADE ENTRE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. [...] RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL N.º 2.531/1999. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL DECLARADA NA ADI N.º 4003392-

04.2014.8.04.0000. EFEITO ERGA OMNES. [...] SEGURANÇA DENEGADA. 1. *In casu*, o Impetrante busca com o *mandamus* o reconhecimento ao direito adquirido ao regime jurídico dos “quintos”[...] todos da Lei n.º 1.762/1986. 2. Ademais, requer a declaração da inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 2.531/1999, trazendo como “leading case”, o entendimento do egrégio Tribunal Pleno na Revisão do Recurso em Processo Administrativo n.º 0006140-09.2016.8.04.0000. 3. No que tange ao pedido de atualização dos “quintos”, em regime de paridade remuneratória entre servidores ativos e inativos, constata-se a tríplice identidade (partes, causa de pedir e pedido) entre o atual writ e outros três interpostos, anteriormente, pelo Impetrante, o que resulta no reconhecimento da coisa julgada. 4. Dessa feita, uma vez que a coisa julgada é um pressuposto de validade negativo, ou seja, deve estar ausente para que a relação jurídica possa prosseguir, validamente, a presença do aludido instituto na demanda enseja a extinção do processo, sem resolução do mérito, e, por conseguinte, a denegação da segurança [...]. 5. Noutro giro, o pedido do Impetrante de declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n.º 2.351/1999, em virtude do pronunciamento do Plenário deste egrégio Tribunal de Justiça, nos autos da Revisão de Recurso de Processo Administrativo n.º 00061440-09.2016.8.04.0000 não merece lograr êxito, uma vez que há entendimento desta Corte de Justiça, em controle concentrado de constitucionalidade, de efeito “erga omnes”, pela constitucionalidade da referida Lei Estadual. Precedentes. 6. Nessa senda, reputando válida a Lei Estadual n.º 2.351/1999, são improcedentes os pedidos do Impetrante, [...] assim como, de receber os chamados “quintos” pelo regime jurídico de paridade entre a vantagem incorporada e o cargo de Diretor de Autarquia, nos termos do art. 82 da supracitada Lei, posto que, nos termos do art. 1.º da Lei n.º 2.531/1999, o referido adicional foi extinto e passou a ser considerado [...] VPNI, sujeita, apenas, à atualização decorrente da revisão geral da remuneração dos servidores públicos estaduais. [...]9. SEGURANÇA DENEGADA.

Como se observa, o TJAM tem firme o entendimento de que a anterior declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE fez coisa julgada *erga omnes*. Logo, o tema não pode mais ser debatido na mais recente ação proposta (ADI 4004359-44.2017), como pretende o autor. Nesse sentido,

pode-se utilizar, por analogia, o disposto no parágrafo único do art. 28 da Lei Federal 9.868, de 10.11.1999¹¹³, em que se lê: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Ao lecionar acerca dos efeitos da decisão adotada em controle abstrato, o Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, em manifestação doutrinária, defende que a eficácia *preclusiva* impede que se reaprecie matéria coberta pela autoridade da coisa julgada, diante da evidente falta de interesse de agir, uma vez que não sentido o mesmo órgão manifestar-se duas vezes sobre a mesma coisa¹¹⁴:

[...] cabe destacar em relação à própria coisa julgada duas modalidades de eficácia a ela associadas. A primeira é a denominada eficácia *preclusiva*: a matéria coberta pela autoridade da coisa julgada não poderá ser objeto de novo pronunciamento judicial. Já a segunda modalidade, a eficácia *vinculativa*, significa que a autoridade da coisa julgada deverá prevalecer na solução de qualquer lide que esteja logicamente subordinada à questão já resolvida. [...] Por força da eficácia *preclusiva* da coisa julgada, já não será possível o ajuizamento de direta para obter nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade) do mesmo dispositivo. No primeiro caso, nem sequer haveria interesse de agir, porque não há sentido em o mesmo órgão declarar duas vezes a mesma coisa. No segundo caso – o do pedido de declaração de constitucionalidade –, não seria possível ressuscitar a lei já fulminada. Relembre-se que a autoridade da coisa julgada impede qualquer novo pronunciamento acerca da matéria já decidida. Seja ele ratificador ou não da decisão anterior. Já pela eficácia *vinculativa*, juízes e tribunais, ao decidir questão a eles submetida, não poderão desconsiderar, como premissa necessária, que a lei objeto da decisão do Supremo Tribunal Federal é inconstitucional, sob pena de ofensa à coisa julgada. [...]

[...] no caso de reconhecimento da inconstitucionalidade da norma, a decisão do Tribunal estará declarando que a norma é nula de pleno direito. A declaração de nulidade situa-se no

113 Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

114 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 223-230.

plano da validade do ato jurídico: é a sanção pela invalidade da norma. Como consequência, a lei ou o ato normativo nulo não deverá mais produzir efeitos: passa-se, assim, ao plano da eficácia, que deverá ser paralisada. [...].

Esse também foi o entendimento do STF no julgamento da ADI 1.633, conforme trecho do voto condutor do acórdão, proferido pela Ministra Cármen Lúcia: “[...] a decisão que afirma a constitucionalidade da norma ou que indefere o pedido de declaração de sua inconstitucionalidade também não será objeto de reexame em outra ação direta de inconstitucionalidade em que se discute norma de idêntico teor¹¹⁵”.

Portanto, como o TJAM já declarou como violadora da Constituição Federal (na ADI 4003392.04.2014) a norma constitucional estadual também utilizada como paradigma na atual ADI 4004359-44.2017, é evidente que o parágrafo único do art. 38 da CE não pode mais ser utilizado como paradigma para declarar a inconstitucionalidade da Lei 2.531/1999 ou de nenhuma outra lei estadual.

Assim, o caminho processual é a extinção da ação na parte que invoca como paradigma o parágrafo único do art. 38 da CE outrora declarado inconstitucional em sede de controle abstrato nos autos da ADI 4003392-04.2014.

6. A DECISÃO PROFERIDA POR TJAM EM PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO TEM EFEITO “*ERGAS OMNES*”

Para justificar a rediscussão judicial da matéria, o autor da ADI 4004359-44.2017 se utiliza de argumentos contidos em votos proferidos nos autos de processo administrativo de interesse de servidora do Poder Judiciário em que o TJAM deixou de aplicar a Lei 2.531/1999 deferindo-lhe o adicional requerido.

Acontece que essa decisão administrativa proferida por provocação de parte interessada e diante de situação concreta não tem efeito vinculante e tampouco eficácia *erga omnes*, tal como o acórdão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE e que agora, mais uma vez, é utilizado como paradigma de novo controle abstrato.

Como dito anteriormente, a decisão administrativa proferida pelo TJAM não declarou a inconstitucionalidade da Lei 2.531/1999, mas, sim, reconheceu a sua inconstitucionalidade e, em razão disso, deixou de aplicá-la ao caso concreto. Cuida-se, enfim, de mera decisão administrativa proferida nos autos de processo administrativo sem efeito *erga omnes*, apesar de proferida pelo plenário do TJAM e no âmbito de sua competência regimental.

115 ADI 1.633 – Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia.

No voto vista divergente proferido no citado processo administrativo, o Des. ARISTÓTELES LIMA THURY fundamentou seu entendimento consignando que “Administrador Público não pode declarar a inconstitucionalidade da lei, mas pode e deve negar cumprimento à lei que lhe pareça flagrantemente ilegal, desde que motivadamente, podendo tal negativa ser submetida à análise do Poder Judiciário por aqueles que se sentirem prejudicados em seus direitos ou pelos defensores da coisa pública, se o Estado for o lesado”. E concluiu reconhecendo a inconstitucionalidade formal da Lei 2.531/1999 deixando de aplicá-la ao caso concreto: “[...] Diante disso, posiciono-me, portanto, pela possibilidade de reconhecer a inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 2.531/99 na esfera administrativa, para, deixando de aplicá-la ao caso concreto a mim submetido, reconhecer o direito da Suplicante à incorporação a seus vencimentos de cinco quintos decorrentes do exercício do cargo comissionado de Diretora de Secretaria por mais de dez anos”.

O Des. ARISTÓTELES THURY confeccionou a ementa do acórdão administrativo, nos termos seguintes:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR[A] PÚBLICA ESTADUAL – QUINTOS – ART.82 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 1.762/86 [...] – REVOGADO – LEI ORDINÁRIA ESTADUAL Nº 2.531/99 – LEI INSTITUIDORA DE VANTAGEM PESSOAL DE NATUREZA DISTINTA DA LEI REVOGADORA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL EVIDENCIADA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL – [...] PRIMADO À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – POSSIBILIDADE DE NEGAR CUMPRIMENTO DE LEI MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL NA ESFERA ADMINISTRATIVA.– A declaração de inconstitucionalidade de leis é função própria e exclusiva do Poder Judiciário, como última instância ao dizer o Direito. Contudo, não se pode ignorar que todos os Poderes da República devem servir obediência, tanto à Constituição quanto à lei, porém como mais força àquela do que a esta, por razões de óbvia hierarquia jurídica.– O Administrador Público não pode declarar a inconstitucionalidade da lei, mas pode e deve negar cumprimento à lei que lhe pareça flagrantemente ilegal, desde que motivadamente, podendo tal negativa ser submetida à análise do Poder Judiciário por aqueles que se sentirem prejudicados em seus direitos ou pelos defensores da coisa pública, se o Estado foi o lesado. [...] – É plenamente possível que os órgãos da Administração Pública, ainda que no exercício de suas funções

atípicas, possam negar ou afastar aplicação de determinada lei que considerem inconstitucional.– Inconstitucionalidade formal da Lei Estadual nº 2.631/99 reconhecida na esfera administrativa, porquanto não obedeceu ao princípio da reserva legal, uma vez que matéria reserva à lei complementar, apenas pode ser revogada por lei complementar, respeitando-se o rito disciplinado no artigo 38 da Constituição do Estado do Amazonas.– Direito da requerente de receber à incorporação pretendida.

Note-se que no caso concreto, em sede administrativa, o TJAM exerceu atribuição de natureza eminentemente administrativa e o acórdão faz claramente essa ressalva quando assegura que o “Administrador Público não pode declarar a inconstitucionalidade da lei, mas pode e deve negar cumprimento à lei que lhe pareça flagrantemente ilegal”.

Enfim, é preciso ficar claro que essa decisão não tem efeito vinculante ou *erga omnes*, de modo que alcança somente a servidora interessada e, por isso, não pode vincular os demais Poderes do Estado.

7. OS ARGUMENTOS DOS VOTOS DIVERGENTES PROFERIDOS EM PROCESSO ADMINISTRATIVO NÃO SE APLICAM AO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE: O CARÁTER DÚPLICE DA ATUAÇÃO DO TJAM NO CONTROLE CONCENTRADO

A ADI atual também se arrima nos argumentos contidos em outro voto divergente proferido em sede administrativa proferido pela Des.^a NÉLIA CAMINHA JORGE, nos termos seguintes:

[...] Inolvidável, ainda, destacar que, conquanto O Tribunal Pleno desta Corte tenha se deparado com a presente matéria no julgamento da ADI nº 4003392-04.2014.8.04.0000 estação foi julgada prejudicada, sob o fundamento de que o parâmetro do controle – art. 38, parágrafo único, CE/89 – foi tido por inconstitucional com fulcro na violação do princípio da simetria. Nessa senda, não há qualquer óbice que a matéria seja novamente apreciada pela Corte, visto que, como preceitua o art. 504, I, CPC/15 (art. 469, I, CPC//73), os fundamentos não integram o conceito de coisa julgada.

Com fundamento nessa passagem do voto, o deputado autor conclui que é possível ao TJAM rediscutir e, portanto, rejulgar/reapreciar, a constitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE, posto que a ADI foi declarada prejudicada e extinta sem resolução do mérito.

Essa interpretação, porém, desconsidera: (a) o efeito *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE proferida em sede controle abstrato pelo Plenário do Tribunal; (b) o trânsito em julgado dessa declaração, posto que o autor, na ADI 4003392-04.2014, não manejou o recurso extraordinário cabível para o STF, com o propósito de ver reformado acórdão que declarou a inconstitucionalidade do referido artigo; (c) o caráter dúplice de atuação do TJAM quando atua em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com arrimo na competência que lhe foi deferida pelos arts. 97 e 125, § 2º, da CF.

Ora, ao declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE, por violação ao disposto no art. 61, § 1º, II, “a” e “c”, da CF, com fundamento nos princípios da simetria e da razoabilidade, a ADI anteriormente ajuizada restou, sim, prejudicada, uma vez que veiculava pedido, no mínimo, incongruente, ou seja, se a norma parâmetro é declarada inválida o pedido de declaração de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional resta prejudicado diante da impossibilidade de seu atendimento. E a conclusão subjacente não pode ser outra: em sendo a norma constitucional parâmetro declarada inconstitucional a lei infraconstitucional apontada como viciada será reconhecida como válida em face do parâmetro adotado.

É bem verdade que a norma infraconstitucional supostamente violadora da ordem constitucional vigente poderá sofrer novo controle abstrato, porém, os legitimados à propositura de ação direta de inconstitucionalidade deverão apontar novo parâmetro, uma vez que o anterior (aquele declarado inconstitucional) foi extirpado do mundo jurídico pela decisão anterior.

Desse modo, correta a decisão do TJAM, adotada em sede de controle abstrato, nos autos da ADI 4003392-04.2014 (ação anterior), no sentido de que a ação proposta havia perdido o seu objeto. Seria juridicamente incoerente prosseguir-se no julgamento de pedido que utilizava norma estadual flagrantemente violadora da Constituição Federal. O detalhe reside exatamente neste fato, isto é, o parâmetro constitucional estadual violava a Constituição Federal.

Na ocasião, foi suscitada na manifestação do Governador do Estado a inconstitucionalidade da norma parâmetro da CE (parágrafo único do art. 38) em face do art. 61, 2º, II, “c”, da CF, por grave violação ao princípio da simetria. Isso porque a norma constitucional federal exige a edição de lei ordinária – e não de lei complementar – para dispor sobre direitos e vantagens de servidor público.

Desse modo, em razão do caráter dúplice da atuação do TJAM em sede de controle de constitucionalidade, era – e continua sendo – juridicamente possível a análise da (in)constitucionalidade da norma constitucional estadual indicada como parâmetro de controle. No controle abstrato que se desenvolve em nível estadual, atuará, pois, o Tribunal na verificação da compatibilidade vertical entre(a) a norma infraconstitucional em face da CE (controle interno) e (b) a norma da CE indicada como parâmetro diante da CF (controle externo).

Na segunda hipótese, isto é, se a norma parâmetro da CE afrontar a Constituição Federal cabe ao Tribunal extirpá-la do mundo jurídico, uma vez que a atuação legislativa dos deputados estaduais – legislador constituinte derivado decorrente – encontra limites na própria Constituição Federal. A supremacia Constitucional Federal impõe esse controle externo, como de fato ocorreu no caso da ADI anterior.

A propósito desse atuar dúplice dos Tribunais de Justiça em sede de controle de constitucionalidade, confirmam-se os ensinamentos de LÉO FERREIRA LEONCY:

A imposição do Tribunal de Justiça do exame dessa questão prévia se justifica na medida que seria incompreensível que a Corte estadual declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato dos Poderes Públicos locais, levando em consideração parâmetro de controle inválido.

É compreensível, portanto, que o papel do Tribunal de Justiça assume, nesse caso, caráter dúplice. É defensor da Constituição Estadual quando elimina do ordenamento jurídico do Estado-membro as normas a ela subordinadas e com elas incompatíveis; mas é também defensor da Constituição Federal quando verifica a compatibilidade ou não da Constituição Estadual com os termos daquela. No primeiro caso, promove o controle interno da Constituição Estadual; no segundo, exerce papel de controlador externo da Constituição Federal, ao defendê-la de eventuais desdobramentos que o poder constituinte decorrente tiver cometido. É notório, pois, que, nesta segunda hipótese, o Tribunal de Justiça se defronte com o problema da inconstitucionalidade do próprio parâmetro tido como violado¹¹⁶.

116 LEONCY, Léo Ferreira. **Controle de constitucionalidade estadual: as normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 98-9.

Assim, ao verificar a incompatibilidade da norma constitucional estadual (parágrafo único do art. 38) em face da Constituição Federal, o TJAM declarou a inconstitucionalidade daquela. E deveria agir assim mesmo no resguardo da supremacia da Constituição Federal, tarefa de todos os órgãos do Poder Judiciário brasileiro.

É esse atuar dúplice, provocado inclusive pela manifestação Governador do Estado, que permitiu ao TJAM, no controle de constitucionalidade abstrato, verificar se o poder constituinte derivado decorrente (exercido pela Assembleia Legislativa), não exorbitou de suas funções. Como extrapolou, a reprimenda não poderia ser outra que não a declaração de inconstitucionalidade da norma constitucional estadual.

O Ministro GILMAR MENDES endossa esse procedimento e afirma que o recurso cabível para combater essa decisão e levar a questão para análise do STF seria o recurso extraordinário:

Todavia, como haverá de proceder, entre nós, o Tribunal de Justiça que identificar a inconstitucionalidade do próprio parâmetro de controle estadual?

Nada obsta que o Tribunal de Justiça competente para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual suscite *ex-officio* a questão constitucional – inconstitucionalidade do parâmetro estadual em face da Constituição Federal –, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e extinguindo, por conseguinte, o processo, ante a impossibilidade jurídica do pedido (declaração de inconstitucionalidade em face de parâmetro constitucional violador da Constituição Federal).

Portanto, da decisão que reconhecesse ou não inconstitucionalidade do parâmetro de controle estadual seria admissível recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, que tanto poderia reconhecer a legitimidade da decisão, confirmando a declaração de inconstitucionalidade, como revê-la, para admitir a constitucionalidade da norma estadual, o que implicaria a necessidade de o Tribunal de Justiça prosseguir no julgamento da ação direta proposta¹¹⁷.

117 MENDES, Gilmar Ferreira, et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.494.

No caso da ADI 4003392-04.2014 foi exatamente esse o procedimento adotado pelo TJAM, ou seja, houve a declaração incidental de inconstitucionalidade da norma constitucional estadual em face da Constituição Federal e a extinção do processo diante da impossibilidade jurídica do pedido. Importante destacar que a duplicidade no enfrentamento da questão constitucional também se justifica pelo singelo fato de que o Plenário do Tribunal de Justiça estadual é competente tanto para o julgamento de ADI em face da Constituição Estadual (controle interno) quanto para aferir a compatibilidade da norma constitucional estadual utilizada como parâmetro em face da Constituição Federal (controle externo).

Ao se ler a petição inicial da atual ADI tem-se a impressão de que o autor desconhece a possibilidade de atuação dúplici do TJAM no âmbito do controle de constitucionalidade, tendo em vista que defende claramente que a decisão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE não tem efeito vinculante. Como não? E teria qual efeito? Parece esquecer que a decisão foi proferida em sede de controle abstrato, diferentemente da decisão proferida em processo administrativo, na qual se apega com mais vigor. Esqueceu também que no controle abstrato não há “caso concreto” a ser analisado e decidido e inexistem partes, mas, sim legitimados. No controle abstrato busca-se proteger o ordenamento jurídico constitucional como um todo e não se aprecia interesses individuais. Se é assim, é lógico compreender-se que a decisão proferida pelo TJAM em sede de controle abstrato, ainda que incidentalmente, tem efeito vinculante e a todos obriga. Não faz nenhum sentido a Corte estadual declarar a inconstitucionalidade de norma constitucional estadual, extirpá-la do mundo jurídico, e essa decisão ser interpretada como se não tivesse nenhuma utilidade.

Importante lembrar ainda que o acórdão proferido na ADI 4003392-04.2014 tem força de lei, uma vez que a questão prejudicial, analisada sob a perspectiva do controle externo da CF foi, repita-se, analisada pelo Plenário do TJAM, a quem compete processar e julgar o controle abstrato de constitucionalidade estadual. Em sendo assim, é evidente que a decisão que analisou a prejudicial de mérito e declarou a norma parâmetro inconstitucional tem força de lei, nos exatos termos estabelecidos pelo art. 503, § 1º, III, da Lei Processual Civil¹¹⁸.

No caso da ADI 4003392-04.2014 estão presentes todos os requisitos previstos na norma processual acima indicada: (a) para julgar o mérito da

118 Em que se lê: “Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se: I – dessa resolução depender o julgamento do mérito; II – a seu respeito tiver havido contraditório prévio efetivo, não se aplicando no caso de revelia; [...] III – o juiz tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal”.

ADI seria indispensável se ultrapassar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE (questão prejudicial); (b) não houve revelia no caso concreto, todos os atores legitimados para se manifestar foram ouvidos e, além disso, cuidava-se de processo de controle de constitucionalidade abstrato; (c) o Plenário do TJAM possuía competência absoluta para apreciá-la (a questão prejudicial), nos exatos termos de sua dúplice atribuição de defensor da CE (controle interno) e da CF (controle externo). Portanto, na nova ADI não é mais juridicamente possível rediscutir a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE, posto que a decisão proferida pelo TJAM tem força de lei e caráter vinculante e *erga omnes*.

Além disso, se o autor objetivava rediscutir a decisão adotada em âmbito local deveria ter interposto recurso extraordinário, de modo a permitir a sua análise pelo STF. Se fosse provido o recurso – de modo a afastar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE – a Corte Suprema devolveria os autos para o TJAM para que apreciasse a compatibilidade da norma infraconstitucional em face do parâmetro adotado. Esse acórdão (o proferido na ADI anterior), além de ter força de lei, efeito vinculante e *erga omnes*, está acobertado pelo manto da coisa julgada.

Enfim, eventual discussão de inconstitucionalidade da Lei 2.531/1999 não pode ter como paradigma norma da CE já declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça local.

8. A LEI 2.531/1999 FOI APROVADA POR MAIORIA ABSOLUTA, FATO QUE LHE RETIRA A PECHA DA INCONSTITUCIONALIDADE DE FORMA

Como afirmado no início deste artigo, um dos argumentos trazidos pelo requerente na inicial da ADI é que a Lei nº 2.531/1999 (lei ordinária) não poderia revogar o art. 82 da Lei 1.762/1986 (recepção pela Constituição Estadual com *status* de lei complementar).

De acordo com o *caput* do art. 38 da CE, as leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa. Por sua vez, o declarado inconstitucional parágrafo único impunha o mesmo rito as leis que dispusessem sobre o estatuto do servidor público civil, do servidor público militar, do magistério e da polícia judiciária.

Apenas para argumentar, imagine-se que o parágrafo único do art. 38 da CE não tivesse sido declarado inconstitucional pelo TJAM e que houvesse mesmo a necessidade de lei complementar para alterar a Lei 1.762/1986.

Sabe-se que, de um modo geral, a doutrina aponta duas diferenças entre a lei ordinária e a lei complementar: (a) o quórum de aprovação: a lei com-

plementar é aprovada por maioria absoluta (metade dos membros do parlamento mais um); a lei ordinária é aprovada por maioria simples (metade dos membros do parlamento presentes mais um, observado o quórum mínimo de votação); e (b) a matéria a ser tratada (em alguns casos específicos a Constituição impõe expressamente a elaboração de lei complementar¹¹⁹).

E aqui cabe relembrar que a Assembleia Legislativa do Estado ao se manifestar nos autos da ADI transitada em julgado (4003392-04.2014) anexou dois importantes documentos: (a) a Mensagem 005/1999, oriunda do Poder Executivo; e a (b) Ata de aprovação do projeto de lei, onde consta que a proposta foi aprovada “contra os votos dos Deputados Eron Bezerra, Ricardo Nicolau, Mário Frota, Adjuto Afonso, Sinésio, Lino Chixaro, Eliúde Bacelar, Miquéias Fernandes e Manoel do Carmo Chaves”.

Sabe-se que a Assembleia Legislativa é composta por 24 deputados estaduais. Desse modo, para aprovar uma lei complementar necessita de 13 votos (metade mais um dos deputados). O projeto de lei que resultou na Lei 2.531/1999 foi aprovado por 15 deputados com votos contrário de apenas 9 parlamentares, de sorte que a sua aprovação obedeceu ao quórum mínimo exigido para as leis complementares (maioria absoluta). Portanto, cuida-se de lei formalmente complementar ainda que rotulada de lei ordinária. Nesse sentido, o entendimento dos Tribunais Pátrios:

ACÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL [...] – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS LEIS – USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – INOCORRÊNCIA – INOBSERVÂNCIA DE REGRAS DE PROCEDIMENTO DE ELABORAÇÃO LEGIFERANTE – CRISE DE LEGALIDADE – VIA PROCESSUAL INADEQUADA – AÇÕES IMPROCEDENTES. 1. O Sindicato-autor sustenta que a Lei Municipal nº 3.332/97 possui clara natureza ordinária, já que a última Lei Complementar votada pela Câmara Municipal de Cariacica e sancionada pelo respectivo Poder Executivo recebeu o nº 14 e data do ano de 2006. Desse modo, a referida norma legal encontra-se eivada pela inconstitucionalidade formal, pois, como lei ordinária, não poderia alterar o Regime Jurídico dos Servidores Públicos da Câmara de Cariacica, instituído pela Lei Complementar nº 01/94. 2. Na lição da doutrina e da jurisprudência pátria, não existe, na verdade, relação hierárquica entre as espécies nor-

119 É o caso do art. 93, *caput*, da CF, que exige que o Estatuto da Magistratura seja tratado mediante lei complementar.

mativas, mas sim, uma delimitação do âmbito de competência da lei complementar. 3. Para dirimir a questão suscitada pelo Sindicato-autor quanto ao status da norma hostilizada, não é possível atrelar-se apenas e tão-somente à numeração por ela ostentada, pois a diferença entre ambas as espécies legais, na realidade, vai além, assentando-se em dúplice aspecto: o formal, relativo ao *quorum*; e o substancial, referente à matéria exclusivamente reservada à lei complementar. 4. Sabe-se que a votação de lei complementar deve ser feita por maioria absoluta, *ex vi* do art. 68, da Constituição Estadual de 1989. Através dos documentos acostados aos autos, verifica-se que dezessete dos 21 vereadores que então compunham a Câmara Municipal de Cariacica fizeram-se presentes à 25ª Sessão Extraordinária realizada pelo referido órgão parlamentar, na qual o “Projeto de Emenda à Lei Complementar nº 01/97” restou aprovado por 14 votos, transformando-se na Lei nº 3.332/97. Considerando que foi observado o número mínimo de vereadores exigidos para a votação do mencionado Projeto, qual seja, onze, forçoso é concluir que a mencionada norma legal, não obstante tenha equivocadamente obtido a numeração de lei ordinária, preenche os requisitos caracterizadores de uma lei complementar. Vício inexistente. [...]. 7. Ações de Inconstitucionalidades julgadas improcedentes¹²⁰. APELAÇÃO CÍVEL. [...] CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO [...]. LEI COMPLEMENTAR. APROVAÇÃO NOS MOLDES PREVISTOS NA LEI ORGÂNICA [...]. COMPROVAÇÃO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. [...] V- O cerne da discussão é saber se a Lei nº 1.852/2001, que instituiu o Código Tributário do Município de Parnaíba-PI, possui natureza ordinária ou complementar. VI- A respeito, não resta dúvida sobre a competência constitucional do Apelante para exigir e legislar sobre o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN), nos termos do art. 156, da CF, assim como quanto à matéria tributária dever ser pastorada por lei complementar. VII- E da análise dos documentos acostados aos autos com a Apelação, evidencia-se que, de fato, o Código Tributário do Município de Parnaíba-PI foi instituído por Lei Complementar com aprovação nos mol-

120 TJES – ADI 00015292220048080000 – Rel. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça.

des previstos na Lei Orgânica deste Município, conforme se extrai, ordinariamente, da certidão firmada pelo Presidente do Poder Legislativo Municipal de Parnaíba-PI, que declara que a Lei 1.852/2001 foi aprovada tendo como base um projeto de lei complementar advinda do Executivo Municipal e aprovada em duas votações com “quorum” de Lei Complementar. VIII- Assim, o fato de a Lei Municipal nº 1.852/2001 estar grafada como Lei Ordinária configura, tão somente, erro material de grafia, que não retira a veracidade da iniciação, formação e a natureza complementar da Lei in comento. [...]”¹²¹.

Portanto, mesmo que não tivesse sido declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE ainda assim não haveria nenhuma inconstitucionalidade formal a ser afastada, na medida em que a Lei 2.531/1999 foi aprovada por maioria absoluta da Assembleia Legislativa (quórum de lei complementar).

9. O PODER CONSTITUINTE DERIVADO DECORRENTE USURPOU COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO: A INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 110 DA CE POR AFRONTA AO ART. 61, § 1º, II, “C”, DA CF

O outro argumento utilizado pelo autor da ADI 4004359-44.2017 ainda não julgada é que a Lei 2.531/1999 também seria materialmente inconstitucional, por afronta à primitiva redação do art. 110, § 2º, da CE, na medida em que o adicional de “quintos” estava garantido aos servidores públicos em razão de sua previsão constitucional. Argumenta o autor que a Lei 2.531/1999 que extinguiu os “quintos” foi sancionada muito antes da EC 39/1999 que o baniu do ordenamento constitucional do Estado.

Confira-se, de novo, a primitiva redação do art. 110, §§ 1º e 2º, da CE:

Art. 110. O Estado e os Municípios instituirão, no âmbito de competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. § 1º *A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isono-*

121 TJPI – REEX 201100010003916 PI 201100010003916 – Rel. Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho.

mia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho, mantidas as mesmas vedações e impedimentos. § 2º São garantidos ao servidor público estadual e municipal os direitos dispostos no art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, XXV, XXVI, XXX, XXXI, da Constituição da República, e ainda os que, nos termos da lei, visam à melhoria de sua condição social e à produtividade no serviço público, especialmente: I – adicional por tempo de serviço; II – adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança; III – promoção para os cargos organizados em carreira.

Note-se que essa primitiva redação patrocinada pelo poder constituinte derivado decorrente estava eivada de inconstitucionalidade, pois invadia a competência privativa do Chefe do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo de lei que confere vantagens (adicionais) e cuida de estrutura remuneratória de servidores públicos estaduais.

O poder constituinte, como é sabido, é aquele capaz de elaborar uma Constituição. Divide-se em poder constituinte originário e poder constituinte derivado. Diz-se que o poder constituinte originário é inicial, ilimitado, autônomo, incondicionado e permanente. Ao passo que o poder constituinte derivado é subordinado, limitado e condicionado. O poder constituinte derivado divide-se em: reformador, revisor e decorrente. O poder constituinte derivado decorrente é exercido pelos Estados-membros, por meio de suas Assembleias Legislativas, com amparo no art. 25 da CF¹²².

A norma constitucional contida no § 2º do art. 110 da CE, como se observa, estava dividida em duas partes: (a) a primeira: em homenagem ao princípio da simetria, apenas repetia disposição contida na primitiva redação do § 2º do art. 39 da CF (atual 3º por força da EC 19/1998), que conferia aos servidores públicos do Brasil diversos direitos sociais previstos no art. 7º da própria CF; (b) a segunda: fındou por criar vantagens para servidores públicos estaduais e municipais, afrontando o disposto no art. 61, § 1º, II, “c”, da CF. Observe-se também que a primitiva redação do § 2º do art. 110 da CEAM também estava direcionada aos municípios amazonenses (“§ 2º São garantidos ao servidor público estadual e municipal [...]”) e os incisos I e II criavam vantagens (“quin-

122 Em que se lê: “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

quênios” e “quintos”) para os servidores públicos. Por isso, o constituinte derivado decorrente estadual findou por invadir competência que a Constituição Federal conferiu privativamente ao Chefe do Poder Executivo, por meio do seu art. 61, § 1º, II, “c” (a iniciativa de leis que disponham sobre servidores públicos e seu regime jurídico¹²³). Dessas disposições constitucionais federais nunca se afastou a CE, conforme se observa da redação do seu art. 33, § 1º, II, “a” e “c”; em sua redação primitiva e após sucessivas emendas constitucionais¹²⁴.

Ora, não estava (e não está!) dentre as atribuições da Assembleia legislativa a iniciativa para dispor sobre vantagens de servidores públicos estaduais e, muito menos, estendê-las aos servidores públicos municipais, como de fato ocorreu no citado artigo. Ainda hoje não é competência do Parlamento a iniciativa de lei que discipline o regime dos servidores públicos ou lhes conceda vantagens pecuniárias.

Não é de agora que o STF tem entendimento firme acerca da reserva de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo de leis que disponham sobre regime de servidor e aumento de remuneração, assim como da limitação do poder constituinte decorrente dos Estados-membros. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL [...]. INSTITUIÇÃO DE VANTAGEM A SERVIDORES MILITARES DO DISTRITO FEDERAL A SERVIÇO DA CÂMARA LEGISLATIVA. ART. 21, XIV E 22, XXI DA CF. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE MATÉRIA CONCERNENTE À POLÍCIA MILITAR DO DF. ART. 61, § 1º, II, a, DA CF. INVASÃO DA INICIATIVA EXCLU-

123 Confira-se: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II – disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; [...] c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”.

124 Redação primitiva: “Art. 33. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1.º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que: [...] II – disponham sobre: a) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas na administração direta, autárquica e nas fundações instituídas pelo Poder Público e fixação de sua remuneração; [...] c) servidores públicos civis e militares do Estado e seu regime jurídico”. A redação atual do artigo após as alterações das ECs 26/1997, 31/1998, 76/2013 e 92/2015: “Art. 33. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que: I – fixem ou modifiquem os efetivos da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar; II – disponham sobre: a) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas na administração direta, autárquica e nas fundações instituídas pelo Poder Público e fixação de sua remuneração; b) organização administrativa e matéria orçamentária; c) servidores públicos e militares do Estado e seu regime jurídico; d) organização da Procuradoria-Geral do Estado; e) criação, estruturação e atribuições dos Órgãos da administração direta, das empresas públicas, das sociedades de economia mista, das autarquias e das fundações instituídas pelo Poder Público. § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Assembleia Legislativa de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento de eleitorado estadual, distribuído pelo menos em vinte e cinco por cento dos Municípios existentes no Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, respeitada a iniciativa privativa estabelecida nesta Constituição”.

SIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO PARA PROPOR A ELABORAÇÃO DE LEI QUE VISE À CRIAÇÃO DE FUNÇÃO OU AUMENTO DA REMUNERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR PARTE DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. [...] Fruto de projeto apresentado por integrante da Câmara Legislativa, violou a Lei nº 1.654 o disposto no art. 61, § 1º, II, a da CF, por usurpação da iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo para a elaboração de lei que discipline a criação de cargo, função ou emprego público e o aumento da remuneração do servidor público, comando que a Jurisprudência desta Corte entende ser de observância obrigatória para os Estados e Distrito Federal, por encerrar corolário do princípio da independência dos Poderes. Precedentes: [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 1.654, de 16.09.1997, do Distrito Federal¹²⁵.

Em situação análoga, o STF decidiu pela afronta ao princípio da separação dos Poderes “o trato em constituições estaduais de matéria, sem caráter essencialmente constitucional – assim, por exemplo, a relativa a fixação de vencimentos ou à concessão de vantagens específicas a servidores públicos – que caracterize fraude à iniciativa reservada ao Poder Executivo de leis ordinárias a respeito”¹²⁶.

Também é importante lembrar que ao julgar o RE 590.829 sob o rito da repercussão geral, a Corte Suprema, em caso idêntico, fixou a seguinte tese: “É inconstitucional, por afrontar a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, a normatização de direitos dos servidores públicos em lei orgânica do Município”. O acórdão restou assim redigido:

[...] LEI ORGÂNICA DE MUNICÍPIO – SERVIDORES – DIREITOS. Descabe, em lei orgânica de município, a normatização de direitos dos servidores, porquanto a prática acaba por afrontar a iniciativa do Chefe do Poder Executivo [...]¹²⁷.

O tema mereceu especial atenção do STF em sede de nova repercussão geral quando por ocasião do julgamento do RE 745.811:

125 ADI 2.705 – Rel.ª Min. Ellen Gracie.

126 ADI 104 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

127 RE 590.829 RG – Rel. Min. Marco Aurélio.

Recurso extraordinário. [...] Servidor público. 3. Extensão, por meio de emenda parlamentar, de gratificação ou vantagem prevista pelo projeto do Chefe do Poder Executivo. Inconstitucionalidade. Vício formal. Reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos. Art. 61, § 1º, II, “a”, da Constituição Federal. 4. Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas do Estado do Pará [...]. Artigos 132, inciso XI, e 246. Dispositivos resultantes de emenda parlamentar que estenderam gratificação, inicialmente prevista apenas para os professores, a todos os servidores que atuem na área de educação especial. Inconstitucionalidade formal. Artigos 2º e 63, I, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário provido para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 132, XI, e 246 da Lei 5.810/1994, do Estado do Pará. [...]”¹²⁸.

A tese ali fixada foi a seguinte: “I – Há reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para edição de normas que alterem o padrão remuneratório dos servidores públicos (art.61, § 1º, II, a, da CF);II – São formalmente inconstitucionais emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo (art. 63, I, da CF)”.

Dessa maneira, o tema “remuneração de servidor público”, a abarcar a criação ou normatização de vantagens remuneratórias, é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo e, por isso mesmo, como o art. 110, § 2º, da CE (na parte que criava/normatizava as vantagens pecuniárias), estava eivado de inconstitucionalidade não pode ser utilizado como paradigma (norma parâmetro) para declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.531/1999.

A título de exemplo, merece lembrança que o STF já teve a oportunidade de se manifestar acerca da atuação do poder constituinte derivado decorrente amazonense quando por ocasião do julgamento da ADI 568. A primitiva redação do § 4º do art. 111 da CE, antes da alteração promovida pelas ECs 36/1999 e 77/2013, era a seguinte: “§ 4.º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadorias, de disponibilidade, de adicional por tempo de serviço e de adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança”.

128 RE 745.811 RG – Rel. Min. Gilmar Mendes.

Na ocasião o STF concedeu medida cautelar para suspender esse parágrafo sob o argumento de que o poder constituinte decorrente é prerrogativa institucional limitada pela Constituição Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUIÇÃO DO AMAZONAS – SERVIDOR PÚBLICO – CONCESSÃO DE VANTAGEM – ALEGADA USURPAÇÃO DO PODER DE INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – PROCESSO LEGISLATIVO – EXTENSÃO E LIMITES DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. – O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 11, impôs aos Estados-membros, no exercício de seu poder constituinte, a estrita observância dos princípios consagrados na Carta da Republica. – O poder constituinte decorrente, assegurado as unidades da Federação, e, em essência, uma prerrogativa institucional juridicamente limitada pela normatividade subordinante emanada da Lei Fundamental. – Modalidades tipológicas em que se desenvolve o poder constituinte decorrente: poder de institucionalização e poder de revisão. Graus distintos de eficácia e de autoridade. Doutrina. – A norma que, inscrita em constituição estadual, autoriza o servidor público a computar, para efeito de adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança, o período de serviço prestado nas três esferas de governo, sugere a discussão em torno da extensão do poder constituinte deferido aos Estados-membros, no que concerne a observância dos princípios inerentes ao processo legislativo instituídos na Carta da Republica. – A alta relevância da questão – alcance do poder constituinte decorrente atribuído aos Estados-membros – torna possível invocar o juízo de conveniência, que constitui critério adotado e aceito pelo Supremo Tribunal Federal, em sede jurisdicional concentrada, para efeito de concessão da medida cautelar. Precedentes¹²⁹.

Em situação anterior, o STF já havia declarado a inconstitucionalidade da expressão “vinte e um”, contida no *caput* do art. 70 da CE, por entendê-la violadora do disposto no art. 96, II, “b” e “d”, da CF¹³⁰. Na redação primitiva

129 ADI 568 MC – Rel. Min. Celso de Mello.

130 Em que se lê: “Art. 96. *Compete privativamente: [...] II – ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: [...] b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; [...] d) a alteração da organização e da divisão judiciárias.*”

do *caput* do art. 70 da CE, o legislador constituinte derivado decorrente estadual havia simplesmente aumentado o quantitativo de desembargadores do TJAM usurpando competência conferida pela Constituição Federal privativamente aos Tribunais de Justiça. Veja-se a ementa do acórdão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Composição. Aumento de desembargadores pela Assembleia Constituinte Estadual independente de iniciativa do Judiciário. Inconstitucionalidade. É inconstitucional o aumento do número de desembargadores sem proposta do Tribunal de Justiça. A regra, que decorre do princípio da independência e harmonia entre os poderes e é tradicional no direito republicano, aplica-se tanto a legislatura ordinária, como a constituinte estadual, em razão do que prescreve a Constituição Federal, art. 96, II, “b” e “d”. Antiga controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Ação julgada procedente¹³¹.

Em vista disso, resta evidente que a redação primitiva dos incisos I e II do § 2º do art. 110 da CE estavam inquinados de inconstitucionalidade, haja vista que o poder constituinte derivado decorrente, exercido pela Assembleia Legislativa, havia usurpado competência cuja iniciativa legislativa, até nos dias atuais, permanece como sendo privativa do Governador do Estado.

Diante dessa inconstitucionalidade, o Chefe do Executivo e o próprio legislador ordinário (constituinte derivado decorrente) não se viam obrigados a garantir a perpetuidade do regime jurídico dos “quintos” estabelecidos pela Lei 1.762/1986. Daí o advento da Lei 2.531/1999 extinguindo-os no plano infraconstitucional e mais tarde a EC 36/1999, ao conferir nova redação ao § 2º do art. 110 da CE, não mais prevendo o adicional pelo exercício de cargo ou função de confiança como vantagem constitucionalmente assegurada aos servidores públicos.

10. A PRIMITIVA REDAÇÃO DO ART. 110, § 2º, I E II, DA CE, NÃO EXIGIA LEI COMPLEMENTAR PARA DISCIPLINAR OS “QUINTOS”

Apenas para argumentar, imagine-se que o constituinte derivado decorrente estadual pudesse, sem incorrer em inconstitucionalidade, criar vantagens para servidores públicos estaduais e municipais, como de fato ocorreu

131 ADI 157 – Rel. Min. Paulo Brossard.

com a primitiva redação do art. 110, § 2º, da CE. Mesmo assim uma releitura na redação primitiva será suficiente para se observar que não havia nenhuma indicação ou referência acerca da necessidade de que as matérias ali tratadas sejam fossem disciplinadas por lei complementar.

A redação do art. 110 se referia: (a) ao regime jurídico único para os servidores estatutários (*caput*) e não exigia – e a redação atual também não impõe – que se cuidasse de lei complementar; (b) a lei (ordinária) para assegurar a isonomia de vencimentos, com as ressalvas que específica (§ 1º); e (c) a lei (ordinária) como veículo próprio destinado à “melhoria da condição social” e “da produtividade” do servidor, “especialmente” do “adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança” (“quintos”). Enfim, não havia ali a exigência constitucional de que os “quintos” fossem disciplinados por lei complementar.

Desse modo, ainda que essas disposições constitucionais não estivessem eivadas de inconstitucionalidade a sua regulamentação poderia ocorrer por meio de lei ordinária, uma vez que se cuidava da espécie normativa escolhida pela CE para disciplinar o assunto. E ainda se poderia cogitar que, no caso concreto, a norma especial (lei que visa à melhoria da condição da condição social do servidor e da produtividade do serviço público) afastava a aplicabilidade de norma geral (estatuto dos servidores). Contudo, para compreender e aplicar artigos constitucionais aparentemente antagônicos, seria indispensável a interpretação teleológica da Carta Estadual, como será demonstrado a seguir.

11. A NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA PARA UNIFORMIZAR O ENTENDIMENTO DOS ARTS. 33, 38 E 110 DA CE: NOVAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 38

Sabe-se que a interpretação isolada de artigos constitucionais e infraconstitucionais não se constitui em melhor técnica. De um modo geral, asseguram os doutrinadores e hermeneutas, que são diversos os princípios que norteiam a interpretação constitucional, tais como o princípio da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justeza ou conformidade funcional, da concordância prática ou harmonização, da força normativa, da interpretação conforme a Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e da proporcionalidade ou razoabilidade. Dentre esses princípios interessa-nos, por ora, o princípio da unidade da Constituição.

Segundo MENDES, COELHO E BRANCO, de acordo com essa regra de interpretação, “as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o círculo hermenêutico – o sentido de parte e o sentido do todo são interdependentes¹³²”.

Para BULOS, esse princípio de interpretação “serve para evitar contradições, harmonizando os espaços de tensão das normas constitucionais” e “privilegia o caráter uno das constituições, reforçando a unidade política, o pacto federativo, o vetor republicano e a separação dos Poderes”¹³³.

O STF, quando por ocasião do julgamento do RE 159.103, em homenagem ao princípio da unidade da Constituição, consignou que os “postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”¹³⁴.

Esse entendimento foi mais recentemente reforçado pela Corte Suprema quando por ocasião do julgamento da ADI 2.650:

[...] O presente caso exige, para além de uma interpretação gramatical, uma interpretação sistemática da Constituição, tal que se leve em conta a sua integridade e a sua harmonia, sempre em busca da máxima da unidade constitucional, de modo que a interpretação das normas constitucionais seja realizada de maneira a evitar contradições entre elas. Esse objetivo será alcançado mediante interpretação que extraia do termo “população diretamente interessada” o significado de que, para a hipótese de desmembramento, deve ser consultada, mediante plebiscito, toda a população do estado-membro ou do município, e não apenas a população da área a ser desmembrada. [...] ¹³⁵”.

132 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 174.

133 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 362.

134 STF – RE 160.486 – Rel. Min. Celso de Mello.

135 STF – ADI 2.650 – Rel. Min. Dias Toffoli.

Do princípio da unidade da Constituição decorre, como se observa, a necessidade de se interpretar sistematicamente o texto constitucional, uma vez que, não raramente, a interpretação isolada pode levar a decisões equivocadas. A interpretação sistêmica parte do pressuposto de que a ordem jurídica é um sistema, e como tal deve ser dotada de unidade e harmonia. A unidade é ditada pela Constituição, enquanto que a harmonia tem de ser mantida pela prevenção e solução de conflitos normativos, como bem salienta o Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO¹³⁶.

Como bem acentuado pelo Ministro EROS GRAU, “[n]ão se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado. Destacado, depreendido do sistema jurídico, não expressa significado algum”¹³⁷.

Como demonstrado, o pressuposto do método sistemático se funda na unidade do ordenamento jurídico, buscando o que BOBBIO denomina de unidade sistemática do ordenamento¹³⁸. Para BOBBIO, o sistema é uma *totalidade ordenada*, ou seja, “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”¹³⁹. Disso resulta a sua conceituação acerca do método sistemático de interpretação, segundo o qual é “aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (...) constituam uma totalidade ordenada [...], e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado ‘espírito do sistema’, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal”¹⁴⁰.

Portanto, não se deve interpretar isoladamente um artigo constitucional ou de texto de lei, dissociado do sistema ou subsistema no qual está inserido, sob pena de se chegar a um resultado inexato e falho. Neste ponto é

136 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

137 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

138 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6ª ed., Brasília: UNB, 1995, p. 71.

139 *Op. cit.*, p. 71.

140 *Op. cit.*, p. 76.

imperiosa, mais uma vez, a releitura dos arts. 33, § 1º, II, “a” e “c”; 38, 110, §§ 1º e 2º, da CE¹⁴¹.

A aparente contradição dos artigos da CE se revela evidente. Diz-se aparente porque para afastá-la bastava se interpretar a própria CE. Para dispor sobre servidor público e suas vantagens remuneratórias, ora a CE exige lei ordinária (art. 33, § 2º. “a” e “c”), em outra passagem impõe lei ordinária com rito de lei complementar (art. 38), e depois tornar a exigir lei ordinária (art. 110). Assim, o ponto fora da curva se consubstanciava mesmo na obscura redação do parágrafo único do art. 38 da CE que impunha a obediência do “mesmo rito” das leis complementares para dispor sobre o estatuto do funcionário. Por isso mesmo este parágrafo já foi declarado inconstitucional pelo TJAM. Por outro lado, observe-se que os demais artigos da CE, em absoluta harmonia com a Constituição Federal (art. 61, § 1º, II, “c”¹⁴²), exigiam que o tema fosse tratado por intermédio de lei ordinária e de iniciativa do Governador do Estado. Portanto, a interpretação sistêmica desses artigos constitucionais, e tendo ainda a Constituição Federal como paradigma, levava a compreensão de que lei ordinária de iniciativa do Chefe do Poder Executivo seria o meio constitucionalmente adequado para dispor sobre servidores públicos de um modo geral, como de fato ocorreu com a edição da Lei 2.531/1999 e tantas outras. A adoção de lei complementar somente veio a ocorrer exatamente com a edição da EC 36/1999, cuja iniciativa foi do Chefe do Poder Executivo e que conferiu nova redação ao art. 108 da CE.

Primitivamente esse artigo possuía a seguinte redação:

141 Onde se lia: “Art. 33. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que: II – disponham sobre: a) criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas na administração direta, autárquica e nas fundações instituídas pelo Poder Público e fixação de sua remuneração; [...] c) servidores públicos e militares do Estado e seu regime jurídico; [...] Art. 38. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa. Parágrafo único. Obedecerão ao mesmo rito as leis que dispuserem sobre o Estatuto do Servidor Público Civil, do Servidor Público Militar, do Magistério e da Polícia Judiciária. [...] Art. 110. O Estado e os Municípios instituirão, no âmbito de competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público. § 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou semelhantes do mesmo Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho, mantidas as mesmas vedações e impedimentos. § 2º São garantidos ao servidor público estadual e municipal os direitos dispostos no art. 7.º, incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII, XXV, XXVI, XXX, XXXI, da Constituição da República, e ainda os que, nos termos da lei, visam à melhoria de sua condição social e à produtividade no serviço público, especialmente: I – adicional por tempo de serviço; II – adicional pelo tempo de exercício de cargo ou função de confiança; III – promoção para os cargos organizados em carreira”.

142 Onde se lê: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II – disponham sobre: c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria”.

Art. 108. A Administração Pública terá sua atividade exercida: I – em qualquer dos Poderes do Estado e Municípios, autarquias e fundações públicas, por servidores públicos, ocupantes de cargos públicos, criados em lei, em caráter efetivo ou em comissão, regidos por estatuto próprio; II – nas sociedades de economia mista, empresas públicas e demais entidades de direito privado sob o controle direto ou indireto do Estado e Municípios, por empregados públicos ocupantes de empregos público ou função de confiança, sob o regime de legislação trabalhista.

A EC 36/1999 conferiu-lhe a seguinte redação:

Art. 108. A Administração Pública direta e indireta do Estado e dos Municípios terá sua atividade exercida por servidores públicos, ocupantes de cargos ou empregos públicos, todos criados por lei, sendo que os primeiros para provimento em caráter efetivo ou em comissão e regidos por estatuto próprio aprovado por maioria absoluta dos membros do Poder Legislativo.”

E mais recentemente, sem modificação substancial, a EC 49/2004:

Art. 108. A Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Estado e dos Municípios terá sua atividade exercida por servidores públicos, ocupantes de cargos ou empregos públicos, todos criados por lei, sendo que os primeiros para provimento em caráter efetivo ou em comissão e regidos por estatuto próprio aprovado por maioria absoluta dos membros do Poder Legislativo.

Portanto, é evidente que a interpretação teleológica do sistema constitucional estadual indicava que os temas “estatuto de servidor público” e “remuneração”, inclusive mediante criação de vantagens pecuniárias (“quintos”), poderiam ser disciplinados mediante lei ordinária, como de fato ocorreu com a edição da Lei 2.531/1999.

Imperioso ainda destacar que na época da sanção da Lei 2.531/1999 a remansosa jurisprudência do STF inadmitia lei complementar para cuidar de estatuto de servidor público, de modo de agiu de forma absolutamente coerente o TJAM ao declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE.

12. O AJUSTE DO ENTENDIMENTO DO STF EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA: LEI COMPLEMENTAR SE IMPÕE QUANDO SE TRATAR DE CARREIRAS POLICIAIS

Em apoio às suas alegações, o autor argumenta que houve mudança de entendimento do STF acerca da inaplicabilidade do princípio da simetria para disciplinar as regras estaduais sobre servidores públicos. É dizer: por vários anos, o STF entendeu que o tema “servidor público estadual” deveria ser tratado por lei ordinária, em obediência ao modelo constitucional federal. Recentemente, o STF alterou sua orientação afastando a inconstitucionalidade de norma estadual que disciplinou o tema por lei complementar.

A pretensão do autor é *aplicar esse entendimento de forma retroativa a 1999, desconsiderando as relações jurídicas que se firmaram ao longo desses quase 20 anos, sem nenhuma preocupação ou responsabilidade com a segurança jurídica*. Imagina que se deva simplesmente desprezar o que foi dito e repetido inúmeras vezes pela Suprema Corte sem que isso tenha tido nenhuma influência no mundo jurídico nos últimos anos.

A jurisprudência que se firmou no âmbito do STF pautava-se na compreensão de que a exigência de lei complementar para instituição/alteração de estatuto do servidor público feria o princípio da simetria, na medida em que o art. 61, § 1º, II, “c”, da CF, prevê o processo legislativo ordinário.

De acordo com o STF, o princípio da simetria, *ínsito do sistema federativo*, é “construção pretoriana tendente a garantir, quanto aos aspectos reputados substanciais, homogeneidade na disciplina normativa da separação, independência e harmonia dos poderes, nos três planos federativos. Seu fundamento mais direto está no art. 25 da CF e no art. 11 de seu ADCT, que determinam aos Estados-membros a observância dos princípios da Constituição da República. Se a garantia de simetria no traçado normativo das linhas essenciais dos entes da federação, mediante revelação dos princípios sensíveis que moldam a tripartição de poderes e o pacto federativo, deveras protege o esquema jurídico-constitucional concebido pelo poder constituinte, é preciso guardar, em sua formulação conceitual e aplicação prática, particular cuidado com os riscos de descaracterização da própria estrutura federativa que lhe é inerente”¹⁴³.

143 Trecho do voto do Min. Cezar Peluso proferido na ADI 4.298-MC.

Com fundamento nesse princípio, o STF, por diversas e repetidas vezes, manifestou-se pela inconstitucionalidade dos entes federativos exigirem lei complementar para dispor sobre estatuto dos servidores (RE 383.123, ADI 2.872, ADI 2.192, ADI 2.029 e ADI 1.353).

Essa orientação jurisprudencial sofreu ajustes, em 2015, a partir do julgamento da ADI 1.087 e ADI 2.314. Acontece que a exigência da simetria foi afastada única e exclusivamente com relação às carreiras policiais (civil e militar), posto que o paradigma constitucional referente ao rito do processo legislativo não é o art. 61, § 1º, II, “c”, da CF, exceto pela iniciativa legislativa.

Na ADI 2.314, cujo acórdão foi publicado em 07.10.2015¹⁴⁴, enfrentou-se a inconstitucionalidade do art. 118, parágrafo único, X, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que exigia que a Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado fosse disciplinada por meio de lei complementar.

No caso concreto, o princípio da simetria foi afastado com fundamento no art. 24, XVI, da CF, que confere competência concorrente aos Estados para dispor sobre “organização, garantias, direitos e deveres das policiais civis”. Por outras palavras, a iniciativa permanece privativa do Chefe do Executivo (art. 61, § 1º, II, “c”, da CF), mas a disciplina do tema pode ser realizada por meio de lei complementar (art. 24, XVI, da CF).

Por sua vez, na ADI 1.087, cujo acórdão foi publicado em 21.03.2016¹⁴⁵, também enfrentou-se a inconstitucionalidade do art. 118, parágrafo único, IX, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que exigia que o Estatuto do Servidor Militar fosse também disciplinado mediante lei complementar. O STF ao se manifestar pela constitucionalidade do dispositivo da Carta do Rio de Janeiro decidiu que o art. 42 da CF não faz menção à reserva de lei específica para disciplinar o tema, de modo que os Estados, nesse aspecto, gozam de plena autonomia, observada a iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Então, como se observa, a jurisprudência do STF evoluiu bem recentemente para admitir a competência legislativa plena dos Estados para escolher o processo legislativo com quórum mais qualificado quando se tratar de servidores da Polícia Civil e de Militares do Estado.

144 O acórdão restou assim ementado: “POLÍCIA CIVIL – REGÊNCIA – LEI – NATUREZA. A previsão, na Carta estadual, da regência, quanto à polícia civil, mediante lei complementar não conflita com a Constituição Federal”. (ADI 2.314 – Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio).

145 Em que se lê: “CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. EXIGÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. POSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência recém delineada nesta Corte, não ofende a Constituição Federal a previsão, na Carta estadual, da regência, quanto ao estatuto dos militares, mediante lei complementar. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. (ADI 1.087 – Rel. Min. Edson Fachin)

13. EPÍLOGO

O art. 926 do NCPC determina aos tribunais pátrios que uniformizem a sua jurisprudência e a mantenham estável, íntegra e coerente, em nome da segurança jurídica¹⁴⁶.

De acordo com JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, “[a] manutenção de controvérsia e o tratamento de modos diversos de situações jurídicas similares é algo que agride os princípios constitucionais da segurança jurídica e da isonomia¹⁴⁷”. Desse modo, o art. 927, § 3º, do NCPC, impõe a modulação, para o futuro, na hipótese de alteração da jurisprudência dominante, em razão de interesse social e da segurança jurídica¹⁴⁸.

A declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 38 da CE pelo TJAM, em sede de controle abstrato, nos autos da ADI 4003392-04.2014, tem pouco mais de dois anos. Por isso, não se mostra razoável que se mude essa orientação jurisprudencial em face das recentes decisões adotadas pelo STF que não afastam a obrigatoriedade dos entes federativos em observar, em atenção ao princípio da simetria, as disposições do art. 61, § 1º, II, “a” e “c”, da CF, mas tão somente permite o devido ajuste quando se tratar de carreira policial civil e militar, com paradigma em dispositivo constitucional diverso.

A superação do entendimento recentemente adotado pelo TJAM causaria grave insegurança jurídica em âmbito estadual e forte impacto nas finanças públicas, na medida em que os servidores seriam encorajados, por óbvio, a buscar e atualizar judicialmente os seus “quintos”, com juros e correção monetária, inclusive com forte impacto sobre a autarquia previdenciária.

Neste ponto, merece lembrança a lição do Min. AYRES BRITO, por meio do qual alerta que o efeito retroativo puro e simples de uma decisão em controle concentrado será capaz de rasgar “nos horizontes do direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e das relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do proto valor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta”¹⁴⁹.

146 Leia-se: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”.

147 MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.139.

148 Confira-se: “Art. 927. [...] § 3º Na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica”.

149 ADI 2.797 ED – Rel. p/o ac. Min. Ayres Britto.

A atuação da sociedade civil na concretização da democracia participativa

The role of civil society in the implementation of participatory democracy

■ —————
Heloysa Simonetti Teixeira¹⁵⁰

RESUMO

O tema versado neste artigo se propõe a investigar a atuação da sociedade civil no ordenamento jurídico como mecanismo da democracia participativa, que permite ao cidadão opinar nas decisões políticas de modo direto. Com esse objetivo, o estudo tem como ponto central identificar o lugar ocupado pela sociedade civil por meio de ações caracterizadas como de participação popular. Importante reconhecer, nesse prisma, a sociedade civil como agente de contribuição apta a concretizar o direito fundamental à democracia dentro da Nova Hermenêutica emancipatória, na sociedade brasileira, que permite conhecer os anseios sociais e auxilia na relação com o Estado, de modo que o povo possa opinar e se integrar nas decisões políticas,

150 Doutoranda UNIFOR/CIESA. Mestre em Direito Ambiental. Professora da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Professora do Curso de Pós Graduação do Curso de Direito Público do CIESA. Procuradora do Estado do Amazonas.

como forma de contribuição à realização da Justiça Social. Perpassa a análise, portanto, o reconhecimento na própria Constituição Brasileira da participação popular no exercício do poder, evidenciado nos artigos 1º e 14, CF/88, este regulamentado pela Lei n. 9.709/98, ainda que timidamente, e na legislação ordinária. Nesse contexto, a análise necessita abordar acerca de conceitos imprescindíveis à perfeita apreensão do tema, como a origem da democracia, definição, classificação – democracia representativa e participativa –, para adentrar a principal temática. A metodologia empregada para elaboração do artigo é analítica, empírica e crítica.

Palavras-Chave: Democracia. Participação popular. Soberania popular. Sociedade civil.

ABSTRACT

The theme versed in this article aims to investigate the role of civil society in the legal system as a mechanism of participatory democracy, which allow citizens to Express their opinions over political decisions directly. To this end, the study has as its central point to identify the role played by civil society through actions characterized as popular participation. It is important to recognize in this light, the civil society as a contributing agent to implement the fundamental right to democracy with in the emancipatory New Hermeneutics in Brazilian society, which allow stok now the social expectation sand helps the relationship with the State, so that people can provide feedback and be involved in the political decisions, as a contribution to the achievement of social justice. Pervades the genre, therefore, there cognition in the Brazilian Constitution it self of the popular participation in the exercise of power, highlighted in thearts 1 and 14, CF/88, this one regulated by Law no. 9.709/98, albeit timidly, and in the ordinary legislation. In this context, the analysis needs to address about essential concepts to the perfect theme apprehension, as the origin of democracy, direct and representative democracy in order to enterthemain theme. The methodology used for the preparation of the articleis analytical, empirical and critical.

Keywords: Democracy. Popular participation. Popular sovereignty. Civil society.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a democracia pode ser exercida por três tipos: direta, indireta ou representativa e semi direta ou participativa. Na democracia direta não há intermediário e a participação ocorre diretamente nas políticas governamentais. Na representativa é adotado o sistema de representação em que há eleição pelo povo dos que irão elaborar leis e administrar a coisa pública. Quanto à democracia semi direta ou participativa nota-se o exercício da plena cidadania por meio da intervenção popular, como forma de aproximar o cidadão das decisões governamentais. A combinação da representação e da participação permeia a Constituição Brasileira, a partir do art. 1º, parágrafo único.

Modernamente, muito se tem questionado sobre a forma de sobrevivência da democracia representativa, dado o amplo reconhecimento de uma insatisfação com a forma de atuação da classe política. Essa crise que floresceu no Brasil em relação ao modo de representação não é solitária, e, ao que se observa, assume dimensão mais alargada, eis que se caracteriza como um fenômeno global, em escala variável, e pode ser identificada com o que Norberto Bobbio denomina de “mandato imperativo”, segundo o que há um desvirtuamento da verdadeira representação política, cujo significado real retrata a escolha de um representante que será chamado a perseguir os interesses da nação sem estar sujeito a um mandato vinculado.

Sob esse prisma, a democracia participativa surge como um caminho de estímulo à participação consciente e efetiva dos indivíduos nas decisões sobre as coisas públicas, sob variadas modalidades, como por exemplo, nas funções de controle dos atos dos governantes, na formulação das políticas públicas, na celebração de parcerias para execução de programas governamentais, enfim, das várias maneiras autorizadas, primeiro na Constituição, genericamente, e, mais especificamente, nas leis ordinárias.

O estudo desenvolvido neste artigo se fixa, essencialmente, na participação popular, como um dos mecanismos consagrados na Constituição Federal, art. 14, incisos I, II, III, CF/88, ou seja, na contribuição da sociedade civil sobre os rumos políticos da Nação, que se projeta para além dos limites da inserção do povo no processo legislativo, vale dizer, sob outros modos de intervenção.

Dessume-se, assim, que a ideia de democracia participativa se une à concepção de cidadania estampada, dessa feita, na presença da sociedade civil como veículo de efetivação dos anseios coletivos. Tal participação intenta contribuir para a concretização do direito fundamental à democracia, por intermédio de outras ações, muito mais do que pelos institutos

preconizados constitucionalmente – plebiscito e referendo –, que não se entremostam plenos porque proporcionam a manifestação popular, sem, contudo, incentivar a participação espontânea dos indivíduos, posto que se realizam por convocação do Poder Público.

Nessa ordem de ideias, a abordagem tem como núcleo dois aspectos: o jurídico e o político. O jurídico se caracteriza pela localização da iniciativa popular sob diferentes contextos, conforme prevista nos dispositivos constitucionais, eis que compõem os instrumentos de participação, ao lado do plebiscito e do referendo; e o aspecto político em virtude da relevância do estudo a ser empreendido acerca da cidadania.

Buscar-se-á, assim, desenvolver a temática sob dois eixos, essencialmente: primeiro, explicação dos conceitos que norteiam a democracia participativa, a origem e classificação da democracia; e, no segundo momento, a explanação sobre cidadania, o papel da sociedade civil, a importância da participação popular sob a ótica interpretativa da Nova Hermenêutica, baseada na prevalência de princípios e valores que formam o tecido material e o substrato da Constituição.

1. DEMOCRACIA: CONCEITO, ORIGENS E CLASSIFICAÇÃO

O conceito de democracia não guarda uma acepção imutável, haja vista a interferência de fatores sociais. Pode-se imaginar sob uma perspectiva da cidadania, por exemplo, como meio de realizá-la. Os conceitos de democracia e de cidadania se entrelaçam na medida em que, para realização da democracia, se faz necessário possibilitar o exercício da cidadania ativa.

Inicie-se com o conceito de democracia, assoalhado em Silva (2005, p. 131): a “[...] democracia é o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem”.

Nas considerações de Ferreira Filho (2006, p. 79), tem-se a advertência de que o conceito de democracia veio sendo destilado pela doutrina a partir dos diversos tipos de democracia praticados, mas que é sempre discutido em contraposição aos ideais teóricos de uma democracia perfeita. Todavia, ainda persiste essa discussão dos valores e fatores da democracia.

Na clássica lição de Canotilho (2003, p. 289) o princípio democrático é um processo dinâmico e transpessoal, irredutível à vinculação do processo político a determinadas pessoas, apresentando-se como intrínseco de uma sociedade capaz de oferecer aos seus cidadãos o desenvolvimento integral e a liberdade de participação crítica no debate político, de modo igualitário.

Para Kelsen (2000, p. 88), a democracia é definida como “um método, para estabelecer os governantes e uma ordem social, cujos pressupostos repousam na liberdade e na igualdade”.

Em busca de uma definição, e sob uma perspectiva de vanguarda, partindo do estudo sobre o que não pode ser identificado como democracia, Sartori (1994, p. 259), ao confrontá-la com o regime do absolutismo, explica, em um primeiro sentido, “[...] quanto mais uma sociedade perde sua estrutura pluralista e quanto mais suas forças intermediárias são debilitadas, tanto mais fácil é criar condições que possibilitam o absolutismo”. O absolutismo está relacionado com a concentração de poder. Assim, tem sendo a democracia excessivamente centralizada padecerá, irremediavelmente, da concentração do poder, de centralização de decisão.

Ao reverso, entende-se que, se é mantida a diversidade de opiniões, se existe a possibilidade de a sociedade espontaneamente interagir, tem-se um dos elementos que caracterizam a democracia.

Ainda em cotejo com o absolutismo, no segundo sentido, Sartori (1994, p. 259) parte do que é o Estado absoluto, definido como aquele que não se submete à lei, o Estado *legibus solutus*, onde os detentores do poder não são restringidos ou foram liberados dos impedimentos e limites. Dessa afirmação exsurge a indagação se o

“... Estado democrático é necessariamente um Estado liberal-constitucional e, mais precisamente, um *Rechtstaat* do tipo *garantiste* onde o *demos* soberano (não menos que o príncipe de antigamente) é *legibus obligatus*, obrigado por leis superiores e submetido a elas? Nos últimos dois séculos, tem sido realmente assim. Mas, quando dizemos “necessariamente”, então a resposta é que democracia e constitucionalismo não são partes inseparáveis. (SARTORI, 1994, p. 259).

Nesse aspecto, há de se ter cuidado, assim adverte, para que a democracia não se torne um absolutismo, ainda que no sentido constitucional da expressão. Não quer dizer que seja uma democracia absoluta nos moldes como as monarquias absolutistas o eram; mas, corre-se o risco de se ter um absolutismo democrático.

Mais adiante, ao comparar democracia com autocracia, apresenta uma definição de democracia no negativo, embora reconheça não ser completa, “[...] democracia é um sistema onde ninguém pode escolher a si mesmo, ninguém pode investir a si mesmo com o poder de governar e, por conseguinte, ninguém pode arrogar-se um poder incondicional e ilimitado” (SARTORI, 1994, p. 278).

É certo entender, portanto, que o poder, de fato, não é propriedade particular. Democracia representa um sistema vinculado ao princípio de que

ninguém pode se autoproclamar governante, de que ninguém pode assumir, em seu próprio nome, um poder irrevogável (SARTORI, 1994, p. 277). Entende-se que Sartori oferece irrefutável contribuição ao conceito de democracia, confrontando-a com outros sistemas de governo, até em vista do risco delineado pelo autor, no sentido de um sistema ditatorial se encobrir das vestes da falsa democracia.

Por sua vez, Sen¹⁵¹ (2011, p. 358) apresenta forte contribuição para a compreensão das mudanças que se operaram no conteúdo da democracia, quando chama a atenção para uma reformulação da antiga visão da democracia caracterizada, principalmente, com relação às eleições, ao voto secreto, em vez de uma concepção mais ampla do governo por meio do debate.

Di-lo que, na filosofia contemporânea, nota-se enorme ampliação do entendimento da democracia “[...] de modo que já não seja vista apenas em relação às demandas por exercício do voto secreto, mas de maneira muito mais aberta, com relação àquilo que John Rawls chama de ‘exercício da razão pública [...]’” (SEN, 2011, p. 358). Suas considerações, como se infere, vêm ao encontro do reconhecimento da participação do povo mais significativa, não adstrita ao ato de eleger representantes.

Não obstante essas múltiplas acepções, cabe ainda pontuar que não se pode abstrair os ideais de liberdade e igualdade (desde Tocqueville¹⁵²), que podem ser reunidos à ideia de democracia, consoante sintetiza Miranda (2002, p. 220), ao lecionar que os três termos são conceitos distintos, claros e precisos, “[...] São como três caminhos, três dimensões, pelas quais se anda: sobe-se por uma; por outra, vai-se para os lados; pela terceira marcha-se para frente, ou para trás. [...] A evolução tem que se processar nas três.”

Para o presente estudo, não basta considerar a democracia como o direito da quarta geração, seguindo a proposição de Bonavides (2001, p. 10) urge interpretá-la com o olhar voltado ao Direito Constitucional de luta, de acordo com a Nova Hermenêutica, no processo de repolitização da legitimidade.

E, nesse cenário, calha aludir amais um elemento que se coaduna com a proposta deste estudo, presente na reflexão de Santin (2015, p. 249), apoiada em Habermas, consubstanciado na afirmativa de que deve ser estreitada

151 Amartya Sen explica que as obras de Rawls e Habermas tem provocado uma grande mudança na compreensão de democracia e mais pela vasta literatura sobre o tema, a exemplo de Bruce Ackerman, Seyla Benhabib, Joshua Cohen, Ronald Dworkin, para citar alguns (2011, p.358-359).

152 Tocqueville, conforme menciona Welfort (2001, p. 152), aborda a questão da liberdade e da igualdade necessariamente atreladas à democracia.

a relação entre Estado e *sociedade civil*, por intermédio de novos paradigmas de legitimação política, de modo a introduzir uma gestão compartilhada entre essas duas categorias, combinando democracia representativa e democracia participativa.

Tem-se, portanto, um traço comum aos pensamentos colacionados, o de que a conceituação de democracia envolve sobremaneira a participação da sociedade, dentro de um processo evolutivo.

Precedentemente ao estudo das formas de democracia, convém oferecer sintético bosquejo acerca do aspecto histórico do surgimento da democracia. Vale citar que é muito difundida e frequentemente referida a ideia de que a democracia, historicamente, como regime político, tem suas origens na Grécia, em Atenas.

Todavia, Keane (2010, p. 12) afirma que o tema da democracia está repleto de enigmas e coisas supostamente verdadeiras, e que a “palavra democracia é mais antiga do que os comentaristas clássicos gregos entreviram”. Afirma que suas raízes remontam ao período miceniano, sete a dez séculos antes, à civilização da Idade final do Bronze (c. 1.500-1.200 a. C) que era centrada em Micenas e em outros povoamentos urbanos do Peloponeso, embora não se saiba com certeza como os micenianos aprenderam a usar a palavra *dāmos*, para representar um grupo de pessoas sem poder e a palavra *damokoi* para representar um funcionário que age em nome do *dāmos* (KEANE, 2010, p. 13).

Para Sen (2011, p. 363) no que toca às origens da democracia, a Grécia antiga foi bem singular, embora não possa ser enfatizada quanto a sua contribuição para a forma e para a compreensão do conteúdo da democracia. Porém, adverte para o fato de que o sucesso da democracia ateniense se deve mais ao clima de discussão pública do que à mera votação.

Importante pontuar, ainda com esteio em Keane (2010, p. 18), que a democracia de assembleia, na prática ateniense, consistia na convocação dos cidadãos para deliberar sobre os assuntos públicos de forma direta, reunidos em assembleia, embora com restrição de participação, restrita aos homens descendentes de famílias gregas, estando alijados do processo as mulheres, as crianças e os escravos.

A segunda fase histórica da democracia, segundo narrativa de Keane, do que se extrai breve trecho, ocorreu no século 10 d. C., na região do Atlântico, no triângulo entre as costas europeias a Baltimore e de Nova York ao sul para Caracas, Montevidéu e Buenos Aires. Nasce a ideia, ainda incipiente, de democracia Representativa, expressão atribuída, não com absoluta certeza, ao marquês d'Argenson, nobre francês, que fora ministro do Exterior de Luís XV. Para d'Argenson, na verdadeira democracia age-se por meio

de representantes, cuja autoridade provém da eleição, que irão constituir o poder público. Esses representantes passaram a ser vistos como substitutos positivos ao poder de monarcas e tiranos não eleitos (KEANE, 2010, p.19).

Para os defensores da democracia representativa, este seria um método eficaz para punir a fraca atuação do político, uma forma de estimular a rotatividade da liderança, guiado por mérito e humildade, maneira de criar espaços para minorias políticas dissidentes e nivelar a competição pelo poder, além de monitorar os gastos com dinheiro público, debater tópicos e elaborar leis. (KEANE 2010, p.19). A democracia representativa era um tipo incomum de sistema político, que repousava sobre constituições escritas, da atuação do judiciário e de leis garantidoras de procedimentos que ainda subsistem no sistema atual¹⁵³.

Relevante notar, sobretudo em razão da linha de investigação aqui adotada, que nessa era da representação, também surgiram as *sociedades civis* (g/n) fundadas em hábitos e costumes sociais e novas associações usadas pelos cidadãos para manter o governo afastado, por meio de armas como liberdade da imprensa, petições circuladas publicamente, além de convênios e convenções constitucionais para redigir novas constituições, que mantinham afastado o governo. Nasceu, assim, a “cultura de direitos e deveres da cidadania”. (KEANE, 2010, p. 21).

Sobre a representação, vale registrar Stuart Mill (WELLFORT, 2001, p. 223) em defesa de uma representação mais ampla possível. Assim,

[...] o único governo que pode satisfazer plenamente todas as exigências do estado social é aquele no qual todo o povo participa; que toda participação, mesmo na menor das funções públicas, é útil; que a participação deverá ser, em toda parte, tão ampla quanto o permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade; e que não se pode, em última instância, aspirar por nada menor do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano do estado. Mas como, nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa parcela muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo.

153 Di-lo o autor:[...] invenções como habeas corpus (proibições contra tortura e encarceramento), eleição periódica de candidatos a legislaturas, prazos limitados para mandatos em cargos políticos, voto secreto, referendo e recontagem, colégios eleitorais, partidos políticos competitivos, ombudsmen, sociedade civil e liberdades civis tais como o direito de reunião em público e liberdade de imprensa. Comparada à forma anterior, baseada em assembleia, a democracia representativa ampliou enormemente a escala geográfica das instituições autônomas.”(KEANE, 2010, p. 20)

Em momento mais próximo, as revoluções liberais, a partir do último quartel do século XVIII, iniciaram o processo de governo representativo, imaginado como meio de se institucionalizar a forma aristocrática de governo, com o objetivo de dar efetivo exercício do poder à minoria dos mais capazes, escolhidos por eleição do povo. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 83).

Entrementes, um longo e tortuoso caminho precisou ser percorrido até se alcançar os estágios mais avançados da democracia representativa, que se constitui em um vínculo entre os governados e os governantes, por meio do que estes agem em nome daqueles e assim devem dedicar seu trabalho na realização dos interesses de quem os nomeou para representá-los. Ver-se-á, mais adiante, que esse intento, contudo, foi alvo de deturpações, que levaram o povo à insatisfação com a atuação de seus representantes.

A respeito da classificação dos modos de democracia, é possível apreendê-la, a partir das anteriores considerações. Primeiro a democracia direta, nos moldes exercidos pela democracia ateniense, por meio da qual o povo atuava nas assembleias, com as restrições citadas em relação às mulheres e aos escravos.

Sobre o estágio inicial da democracia representativa, esta que tem sido objeto de ácidas críticas, dá-se por meio da eleição de representantes. Nessa vertente, Tavares (2009, p. 996), leciona:

“A vontade de participar do poder, na democracia representativa, nos moldes atuais, é restritivista, visto que cessa no momento em que ocorre o provimento eleitoral. De maior duração e profundidade é a vontade de exercer o poder na democracia semidireta, na qual se vai além do mero voto, galgando interseções e imbricações necessárias com a esfera pública representativa do exercício do poder pelos representantes do “soberano” (povo).

Consoante Silva (2005, p. 137) a democracia representativa pressupõe a participação popular de forma indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A eleição gera, por conseguinte, o mandato político representativo como elemento básico da democracia representativa. Todavia, essa representação não escapa à sua desaprovação, porquanto “[...] é montada sobre o mito da identidade entre povo e representante popular [...]”.(SILVA 2006, p. 140). Ou seja, há uma ilusória ideia de que este – representante – quando decide o faz conforme a vontade daquele – povo.

Importante registrar, nessa esteira, as luzes lançadas por Bobbio (2015, p. 44) no sentido de que a representação, na democracia moderna se caracterizaria por uma representação política que deveria ser exercida de modo que o representante perseguisse os interesses da nação, sem estar sujeito a um mandato vinculado. Em outros dizeres, não estaria atrelado aos interesses de quem o elegeu. O princípio que norteia a representação política é a antítese do princípio da representação¹⁵⁴ em que o representante defende interesses do representado, denominados “mandatos imperativos”. Entrementes, não obstante fossem normas constitucionais, o princípio da proibição aos mandatos imperativos foi violado às escancaras e o da representação política foi desconsiderado (BOBBIO, 2015, p. 45). A atuação dos representantes, portanto, tornou-se alvo de críticas e descontentamentos por parte da sociedade.

Esse sentimento de descrença e desilusão com a representação política, no Brasil, tem justificado, inclusive, forte defesa da realização de uma reforma política, conquanto se reconheça que poucos possuem conhecimento sobre em que consiste a reforma política. Nas palavras de Moraes (2012, p. 272) “[...] acaba-se por se chegar a uma falsa conclusão de que, simplesmente por meio da lei, chegar-se-á ao bom governo e aos bons costumes políticos”. No entanto, é consabido que as soluções cobram iniciativas mais profundas, providências mais consistentes e duradouras.

No que tange a essa insatisfação com o modelo político brasileiro, Moraes (2012, p.272) firma importante advertência, e sob um certo ângulo, surpreendente, para a constatação de opiniões antagônicas, no sentido de existir um diagnóstico que reforça a tese da falência do modelo político-eleitoral, entretanto, verificam-se posições pelo reconhecimento da estabilização do sistema político brasileiro, apesar da aparente crise, conforme parcela de cientistas políticos e de representantes eleitos pelo voto.

Dentro de um contexto global, por sua vez, Manin (2013, p. 125-126) apresenta uma leitura do processo político sob o enfoque da participação do indivíduo de forma não institucionalizada. Afirma que, conquanto se interprete como crise da democracia representativa o crescimento da intervenção, do ativismo político espontâneo não institucionalizado, por meio de protestos, manifestações e reivindicações diretas, há teóricos que julgam o fenômeno como ‘transformação’ da democracia representativa, eis que essas mudanças das ligações entre cidadãos e governos ocorreram internamente à estrutura institucional da democracia representativa. Sob

154 Bobbio (2013, p. 45) critica a violação da proibição de mandato imperativo, ao condenar a não obediência ao princípio da representação política. O mandato imperativo se dá por meio da existência de uma luta de grupos mais ou menos autônomos que batalham pela supremacia, para fazer valer seus próprios interesses.

esse ângulo ter-se-ia, então, a expansão do acesso à tomada de decisões políticas.

Nesse cenário, aspecto relevante e imprescindível é refletir sobre a questão da legitimidade que se entrelaça com a da democracia, conforme magistério de Moreira Neto (1992, p. 6), para quem legitimidade entendida “como a compatibilidade do poder político instituído na sociedade com os interesses e valores nela prevalentes [...]”. Noutras tintas, o Estado se afasta da sociedade, embora exista em função dela, para agir sem compromisso com esta mesma sociedade. (TAVARES, 2009, p. 1001).

Nota-se, não obstante seus detratores, que a evolução do processo político tem incorporado elementos na democracia representativas que aproximam o povo de seus representantes, como se dá nos partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, que permitem a expressão da cidadania e, conseqüentemente, exercem influência sobre os representantes no sentido de prestarem mais atenção às reivindicações do povo (SILVA, 2006, p. 140).

O modelo de representação, ao que se colhe das opiniões expendidas, ao restringir o papel do cidadão a uma intervenção mínima nos negócios públicos, resumindo-o ao voto, gera as distorções acima delineadas. Ancorado nessa razão, Bonavides (2001, p.18) propõe introduzir a nova legitimidade, cuja base é a cidadania, consubstanciada na democracia participativa, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana. O Estado democrático-participativo, assim proclama, “[...] organizará a resistência constitucional dos países da periferia arvorando a bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social.” (BONAVIDES, 2001, p. 19).

No sentido da participação mais efetiva do povo, reconhecida que a eleição não a realiza, a democracia participativa ou semidireta é apontada como modelo que combina instituições diretas e indiretas, a exemplo de: iniciativa popular, referendo e plebiscito. Essa modalidade parece ser uma extensão da democracia representativa, na medida em que os representantes eleitos pelo voto ditam os rumos do poder. (FERREIRA FILHO, 2006, p. 95).

Por idêntica senda envereda Manin (2013, p. 126) em sua análise sobre a participação política não institucionalizada, ao enfatizar que a democracia representativa convive harmoniosamente com a influência direta dos cidadãos na tomada de decisões políticas. O fenômeno da mobilização popular tem se fortalecido, tornando-se parte do funcionamento comum dos sistemas representativos. O autor defende como sendo um processo de “rejuvenescimento da democracia representativa”.

A democracia participativa é considerada como evolução do sistema democrático, conforme aponta Macpherson, citado por Moreira Neto (1992, p. 10), que divide as fases do desenvolvimento da democracia em protetora, desenvolvimento, equilíbrio e, finalmente, a *participativa*.¹⁵⁵

Sob essa efervescência de ideias, no moderno contexto da democracia participativa, no Brasil, identificam-se, além dos institutos preconizados no art. 14, I, II, III, da Constituição Federal, outras formas, como as consagradas nos arts. 5º, LXXIII (ação popular), 10 (participação dos trabalhadores nos colegiados dos órgãos públicos), 11 (eleição de um representante em empresas com mais de 200 empregados), 31, §3º (controle das contas dos Municípios), 29, XII (cooperação das associações representativas no planejamento municipal), 37, §3º (reclamação dos usuários sobre serviços públicos), 74, §2º (denúncia perante Tribunal de Contas), 103 (ADI), VII, VIII e IX, 129, §1º (ACP por terceiros), 194, VII (gestão quadripartite na seguridade social com a participação dos trabalhadores), 206, VI (gestão democrática do ensino), 216, § 1º (colaboração da comunidade na preservação do meio ambiente cultural), para mencionar alguns.

Não obstante o progresso que tais instrumentos significam, talvez surjam entraves para sua concretização, levando-se em consideração a advertência de Silva (2006, p. 223) de que os parlamentares brasileiros não aceitam passivamente os institutos de participação popular direta no processo legislativo porque, argumentam, enfraqueceria os legisladores. Há de se concordar com o autor que se trata de uma visão muito estreita, míope, do processo democrático, uma vez que a democracia semidireta contribui para o fortalecimento das instituições representativas.

A democracia semidireta ou participativa será objeto de análise no tópico seguinte, a partir do que se fará a interseção com os conceitos de sociedade civil e cidadania e com os dispositivos constitucionais que abrigam a valorização do cidadão no processo político, sobremaneira os arts. 10 e 29, XII, com destaque para as parcerias com o terceiro setor previstas na legislação ordinária, *v.g.*, na Lei n. 9.790/99 e na novel Lei n. 13.019/2014, alterada pela Lei n. 13.204/2015.

155 Ainda na órbita da ideia de transformação da democracia, por que não considerar o que apregoa Robert Dahl (2012, p.496-497)? Para o autor, a visão democrática é tão ousada em sua promessa que convida a todos olhar “para além dos limites existentes nas estruturas e na consciência”. E, assim, considera as transformações democráticas como sendo a primeira a que rompeu os limites dos governos de poucos – monarquia, aristocracia, oligarquia ou da tirania – criando novas estruturas e crenças que sustentaram o governo de muitos; dois milênios depois aconteceria o rompimento com as estruturas e crenças anteriores ao aplicar a ideia de democracia à esfera maior de Estado Nacional (poliarquia). Daí surge sua afirmação de que poderia haver uma terceira transformação democrática com um elevado aumento da participação e justifica com base em três mudanças que poderiam gerar a terceira transformação.

2. SOCIEDADE CIVIL E CIDADANIA NA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Para identificação do conceito de sociedade civil, sob o prisma do desenvolvimento deste estudo, toma-se como referencial a análise teórica de Norberto Bobbio *et al* (*apud* SANTIN, 2015, p. 256) que estabelece a dicotomia entre sociedade civil e Estado, considerando por sociedade civil:

[...] a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolverem, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político.

Sob a ótica de Bobbio *et al* (SANTIN, 2015, p. 256), a sociedade civil está legitimada a defender a vontade dos cidadãos e empreender esforços para impulsionar a concretização das verdadeiras demandas sociais. Para Santin (2015, p. 256) na hodierna crise de paradigmas, a figura das sociedades civis passou a ser muito mais reconhecida por exercer inegável contribuição para a reconstrução da teoria democrática, por meio da luta por “espaços para generalização e da discursividade social na lógica dos mecanismos político-administrativos estatais”.

Depreende-se, portanto, que para o estudo acerca da democracia participativa não se pode dissociá-la da ideia de cidadania e de Estado, para o que se faz necessário empreender uma incursão, ainda que breve, sobre o surgimento do Estado, a partir da transformação qualitativa dos grupos humanos, de comunidade para sociedade, embora não haja consenso sobre o conceito de comunidade, considerado como uma agregação predominantemente instintiva (MOREIRA NETO, 1992, p. 3). A sociedade possui como elemento caracterizador, consoante lição de Malinowski, citado por Moreira Neto (1992, p. 3) “a consciência, no grupo, da existência de interesses derivados comuns que não podem ser satisfeitos individualmente”.

Essa consciência de si próprio faz surgir as instituições sociais qualificadas, por assim dizer, como instituições políticas regendo as manifestações

do poder de direção de uma sociedade que a transforma em uma sociedade política (MOREIRA NETO, 1992, p.4). A sociedade política, portanto, se caracteriza pela objetivação do poder. Esses papéis objetivados, organizados, passaram a se conformar o que se denomina hoje de Estado.

Nos ensinamentos de Bastos (1997, p. 4), o Estado não é senão uma modalidade recente na forma de a humanidade organizar-se politicamente, uma vez que antes do Estado o homem experimentou outras formas de organização do poder político. Assim, portanto, o Estado é uma forma específica da sociedade política, que surgiu das grandes transformações iniciadas a partir do século XVI, aproximadamente (BASTOS, 1997, p. 5).

Entretanto, o poder que surge a partir dessa configuração, com a presença do Estado, não faz excluir a sociedade, que continua a cumprir uma série de funções por ele não desenvolvidas. Nos dizeres de Miranda¹⁵⁶ (1998, T. III, p. 23, 24), falar em comunidade e em poder organizado equivale ao Estado, como o poder institucionalizado, sem significar apenas existência de órgãos, mas, sim, também a de comunidades “[...] predisposição para os seus membros serem destinatários dos comandos vindos dos órgãos do poder. [...]”.O Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois “só o direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão vivencial e, no poder, do facto à instituição (MIRANDA,1998, p.24).

Sob o panorama de sociedade como evolução de comunidade, considere-se o que registra Bonavides (2006, p. 63) no sentido de que o conceito de sociedade sofreu ‘colorações’ ao longo de sua construção histórica, iniciando-se com Rousseau considerado um conceito jurídico (privatista e publicístico); depois econômico, com Ferguson, Smith, Saint-Simon e Marx, e, enfim, sociológico, desde Comte, Spencer e Toennies. O conceito sociológico esforça-se por extinguir a diferença entre Estado e Sociedade, no qual se encontra a redução do Estado a uma das formas de sociedade, “caracterizada pela especificidade de seu fim – a promoção da ordem política, a organização coercitiva dos poderes sociais de decisão, em concomitância com outras sociedades, como as de natureza econômica, religiosa [...]” (BONAVIDES, 2006, p. 65).

Em sua reflexão acerca de democracia como princípio, Comparato (2011, p. 637) assegura que a sociedade política é a mais abrangente de todas e deve ser organizada sempre em busca de alcançar o bem comum do conjunto de seus membros, em vez de apenas representar os interesses próprios de alguns. Conseqüência natural desse princípio é que todos devem

156 É de se inferir que o autor não estabelece diferença conceitual entre comunidade e sociedade, uma vez que em outra passagem trata o Estado sob duas perspectivas – “O Estado-sociedade (ou Estado-coletividade e o Estado-poder (ou estado-governo ou Estado-aparelho) como dois aspectos de uma mesma realidade”.

participar das decisões que dizem respeito às aspirações da coletividade. Em uma curta fórmula, explica o autor, o princípio da democracia é resumido na soberania do povo (COMPARATO, 2011, p. 638). Ao dissecar a compreensão do conceito de soberania, adverte que não pode ser a grande falsidade da democracia moderna, qual seja, a atribuição ao povo de uma soberania puramente retórica ou ornamental. Afirmativa tal é sustentada no fato de que nos regimes ditos democráticos, sob uma leitura histórica, “[...] o mundo moderno criou um arranjo heterodoxo: o povo, embora proclamado soberano oficial, é na prática despido de todos os poderes ativos.” (COMPARATO, 2011, p. 641).

No evoluir da história, a democracia moderna, embora lentamente, experimentou, de um lado, a constante ampliação numérica do povo segundo o princípio do sufrágio universal, com a agregação de outros eleitores, como as mulheres e os analfabetos, deixando para trás o voto censitário; de outro, a progressiva concessão ao povo do direito de tomar diretamente decisões políticas, como por exemplo, o referendo e o plebiscito, principalmente depois da Segunda Guerra Mundial (COMPARATO, 2011).

Nesse andar da história, vence-se o estágio da negação da aptidão do povo para exercer a soberania política e alcança-se o da participação ativa, com a criação de outros mecanismos autorizados ao povo de influenciar nas políticas do Estado, bem identificados na democracia participativa.

No caso brasileiro, importa remarcar, instrumentos tais têm assento na Constituição, consoante indicado alhures. Vale repisar, não somente os do rol do art. 14, I, II, III, da CF/88, como também aqueles preconizados na gama de dispositivos constitucionais.

Mas, é necessário ver o Texto Maior como o meio adequado para se obter a efetiva democracia participativa, sob o manto da Nova Hermenêutica Constitucional. Esta se funda em elementos valorativos capazes de torná-la uma democracia de concretude e da realidade e não do sonho e da utopia; “democracia das massas e não das elites; democracia da cidadania e não do súdito branco, o suposto cidadão dos regimes representativos”. (BONAVIDES, 2001, p. 38).

É reconhecer a Constituição como direito, e não apenas como lei, como o fazia o positivismo legalista, desatando-a do dedutivismo formalista que excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores – matéria prima da Nova Hermenêutica – que formam o substrato material e estrutural da Constituição, conseqüentemente dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2015, p. 613).

Sob a égide dessa Nova Hermenêutica é que se pretende discorrer acerca da participação da sociedade civil, como veículo transformador dos rumos

da política realinhando o Estado aos interesses supremos da coletividade, como verdadeiro exercício de cidadania.

Nessa concepção se insere a democracia semidireta em que a vontade do povo é ouvida não apenas para eleger representantes, mas, também para sair da passividade e ocupar posição ativa, conforme se tem alinhado no decorrer deste artigo. A sociedade civil terá influência no processo político, ainda que não exerça o controle do poder político. No entanto, a representação do povo não será absoluta, tampouco se constituirá único elemento da democracia.

Para Bonavides (2006, p. 296), na democracia semidireta a soberania e o governo estão com o povo, podendo ser identificada sua participação nas matérias mais importantes da vida pública, como por exemplo, no referendo, no plebiscito, na iniciativa, com um poder de decisão “de última instância”. No cenário brasileiro, entretentes, Bonavides (2006, p. 298) aponta o descrédito generalizado nos partidos como determinante para uma “[...] reversão no tocante ao futuro dos instrumentos da democracia semidireta [...], em franca crítica à atuação dos partidos políticos.

Depreende-se o grau de importância da sociedade civil para a pujança de instrumentos de controle e de participação dos cidadãos atualmente previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Permite-se abrir breve parêntese para referir que desde Tocqueville, ao discutir a democracia associada de forma inexorável à ideia de liberdade e de igualdade, reconhece-se a relevância da ação política dos cidadãos como a garantia da real existência das liberdades fundamentais na democracia (WELFFORT, 2001, p. 157). Acresce Wellfort que Tocqueville, não obstante reconheça a necessidade de se institucionalizar a liberdade como direito, por intermédio de leis e instituições, tais medidas se afiguram insuficientes à garantia da liberdade. Esta a razão para defender que é de grande importância a criação e o desenvolvimento “[...] de organizações livres que garantam a manutenção do espaço da palavra e da ação.” (WELFFORT, 2001, p. 157).

Entende-se que a sociedade civil, nesse quadro, como personagem capaz de viabilizar a concretização dos anseios de seus membros, pode sair fortalecida e assumir o reconhecido papel de agente inovador no processo democrático. No Brasil, permite-se observar, ante as mais recentes movimentações, ainda que localizadas e episódicas, que há um avanço no exercício da cidadania, apesar dos dissensos a esse respeito.

Esse processo não é tarefa simples. Convém frisar que a participação da sociedade civil, desde a origem do Estado moderno, enfrentou um processo de alijamento do exercício do poder, haja vista que as teorias dos pri-

meiros contratualistas idealizaram um Estado com integral responsabilidade pela ordem social jurídica, política e econômica, assim como pelo bem comum dos cidadãos. (SANTIN, 2015, p. 247). Essa relação inadequada entre Estado e Sociedade Civil findou por potencializar crises institucionais enfrentadas pelo Estado contemporâneo desde meados do século XXI, porém necessita ser revertida por meio de novos paradigmas de legitimação política que permitam a implantação de uma gestão compartilhada entre esses dois elementos, em uma combinação simbiótica entre a democracia representativa e democracia participativa (SANTIN, 2015, p. 247).

De fato, em sendo o povo o detentor do poder político, deve ser chamado ao verdadeiro exercício desse poder, como já ocorre, na esfera do Poder Executivo, por meio da composição de Conselhos de Políticas, no Poder Legislativo, quando lhe é permitida a iniciativa de leis e no Poder Judiciário, na participação do Tribunal do Júri, bem colocado por Santin (2015, p. 247).

Em idêntica rota de entendimento, Moreira Neto (2015, p. 727) destaca a democracia como um dos grandes paradigmas transformadores da política e do direito na passagem do século XX para o século XXI, ao lado dos direitos fundamentais. Defende a democracia livre do ranço do conceito formal, para se transmudar para o conceito material. Em assim sendo, passa a ser definida “[...] não apenas em razão do sufrágio de pessoas e de programas, mas de uma *carga própria de valores permanente*, que hoje a definem em substância”.

Esse valor democrático tem, entre os seus sustentáculos¹⁵⁷, o argumento da ação comunicativa, a significar que “[...] a mera representação política do cidadão, nos legislativos e nos executivos, não mais comunica suficientemente a sua vontade, não tão livre, específica e perfeitamente como tem condições de fazê-lo na sua *participação* direta ou semidireta nos processos decisórios (argumento da ação comunicativa).” (MOREIRA NETO, 2015, p.728).

Ratifica-se, dessa feita, a participação efetiva, a ação da sociedade nas coisas públicas, sob variadas formas, de modo a marcar positivamente sua presença e fazer valer os direitos fundamentais que lhe são constitucionalmente assegurados. Essa moldura permite avaliar a posição participativa da sociedade no ambiente normativo constitucional, como meio de transformar a forma de interação sociedade-estado.

157 Moreira Neto (2015, p. 727) explicita a nova concepção de valor democrático que por meio de mais três argumentos, além : 1º a simples vontade da maioria não ilide os direitos das minorias (argumento contra majoritário); 2º a presunção de legitimidade originária, que deriva tão somente da forma de investidura, cede ante a evidência tanto da ilegitimidade no desempenho como ilegitimidade na destinação do poder (argumento legitimatório); 3º a manifestação de vontade estatal, ainda que democraticamente recolhida, *se subordina a uma axiologia constitucional* (argumento da constitucionalidade) [...]” (grifos originais)

Impende enfatizar, nesse cenário, que a Constituição Brasileira, quando dispõe que assegura aos trabalhadores a possibilidade de compor colegiados em órgãos públicos (art. 10) ou autoriza o controle das contas do Município (art. 31, §3º), ou permite a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII), por exemplo, deixa de ser um “catálogo de receitas políticas, vagamente obrigatório, para se tornar plenamente relacional, na efetivação dos direitos fundamentais”. (MOREIRA NETO, 2015, p.729). A sociedade, nessas hipóteses, tem a oportunidade de influenciar nos rumos das políticas governamentais, no bom uso dos recursos públicos e na atuação responsável do governante.

Há, ainda, outras formas de se dar essa participação popular. Cite-se o art. 37, parágrafo 3º, c/c o art. 175, parágrafo único IV, da CF/88, que autoriza a reclamação dos usuários sobre serviços públicos, como importante veículo de realimentação, de modo a permitir que se faça valer os direitos dos cidadãos a um serviço adequado. Esse respeito ao cidadão está disciplinado na Lei n. 8.987/95, no art. 6º, que deve ser interpretado a partir do enfoque dos interesses pertencentes à coletividade, uma vez que a prestação dos serviços públicos é delegada em seu favor. Daí a razão de ser do controle a ser efetuado por quem é beneficiário dos serviços públicos. Tem-se no dispositivo constitucional importante mecanismo de concretização da democracia participativa.

Outra forma de se efetivar a democracia participativa se dá por meio da celebração de parcerias com as entidades que compõem o terceiro setor. Essa forma de atuação da sociedade civil não é novidade no âmbito da Administração Pública, eis que atendeu à necessidade de se dar uma resposta positiva às crescentes demandas sociais que se formaram a partir do Estado Social e que levaram às transformações no papel do Estado.

Isto em razão de que, com a superação do liberalismo e a instauração do Estado Social, o indivíduo, que antes não queria a ação estatal, passa a exigí-la (DI PIETRO, 2014, p. 13). O resultado é um crescimento desmesurado da máquina, sem, contudo, conseguir atingir o objetivo de assegurar o bem comum, pela realização dos direitos sociais e individuais nos vários setores da sociedade (DI PIETRO, 2014, p.14).

Surgiu a necessidade de se operar a transformação para o Estado de Direito Social e Democrático sob uma nova roupagem, pois o princípio democrático já se fazia presente nas outras concepções, a de um Estado que acolhesse a “participação popular no processo político, nas decisões do governo, no controle da Administração Pública”. (DI PIETRO, 2014, p. 14).

Sob o prisma da sociedade civil como instrumento de implantação da democracia participativa, no plano infraconstitucional foram editadas as

Leis n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que trata das parcerias com as organizações qualificadas como organizações Sociais; a Lei n. 9.790 de 23 de março de 1999, regulamenta as parcerias com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), por meio da celebração de termos de parcerias e, mais recentemente, a Lei n. 13.019 de 31 de julho de 2014, que disciplina os novos instrumentos de parceria entre o poder público e as entidades da sociedade civil, por meio de termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação.

A novel legislação, de acordo com o art. 5º, tem como fundamentos, entre outros, “a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil”, com vistas a assegurar e fortalecer “o reconhecimento da participação social como direito do cidadão”. Constitui-se, dessa forma um marco importante no ordenamento jurídico como instrumento da democracia participativa. Vale sublinhar, inclusive, que no âmbito da recente legislação, as sociedades civis podem propor planos de trabalho para celebração de termos de fomento, com transferências voluntárias, a fim de atender às necessidades coletivas.

Há um inegável reconhecimento da participação popular nesse contexto, em que pese assinalaras contundentes críticas que se têm lançado contra algumas prescrições legais em favor das entidades e da forma de se estabelecer as parcerias. À obviedade, devem ser ouvidas as ponderações, sobretudo por se entender que se experimenta um novo processo que deve se submeter a constante aprimoramento.

Todavia, faz-se necessário remarcar, a questão primordial que perpassa a criação de mais um mecanismo de integração Estado e Sociedade é, extreme de dúvida, o cumprimento do preceito constitucional preconizado no art. 1º, parágrafo único, da CF/88, constituindo-se em insofismável meio de reconhecimento da valorização da participação popular.

CONCLUSÃO

Consoante demonstrado à farta, a democracia representativa tem sido considerada insuficiente para atender aos anseios do povo, notadamente pela existência de mandatos imperativos, que enfraquecem o sistema de representação. Para fazer frente a essa distorção, tem-se defendido mais fortemente o uso de outras formas de participação popular.

No Brasil, no mesmo sentido, a Constituição preconiza mecanismos além do plebiscito e do referendo, sobretudo aqueles que redundam na efetiva participação espontânea da sociedade, como forma de exercer a plena cidadania. Assim, o cidadão tem oportunidade de participar do processo

democrático por intermédio de medidas administrativas e judiciais: celebração de parcerias, controle do uso de recursos públicos com representação junto aos órgãos de controle interno e externo, fiscalização exercida por meio do acesso à informação, participação em conselhos de políticas públicas, cooperação no planejamento municipal, ação popular, mandado de segurança, júri popular, dentre outros.

Portanto, idealizar uma democracia representativa calcada unicamente no voto para eleição de representantes se tornou pensamento ultrapassado, especialmente diante da linha evolutiva mais atual das concepções teóricas sobre a Constituição, segundo a qual o Texto Maior deve ser compreendido sob a ótica da teoria material. Essa teoria lhe reconhece não só a natureza de lei, mas, principalmente, de direito. A nova hermenêutica se alicerça sobre pilares de princípios e de valores, a conferir ao Direito Constitucional uma supremacia sobre as demais ciências do Direito, nas palavras de respeitáveis nomes da ciência jurídica contemporânea.

Do mesmo modo que restou assentado no desenvolvimento deste estudo, cabe reiterar que esse plano axiológico presente na interpretação da nova ordem constitucional, conduz ao reconhecimento do direito do cidadão à plena liberdade e à total igualdade, que aderem à ideia de democracia, em uma tal interação desses três elementos, de sorte que não podem ser concebidos dissociados uns dos outros.

Nesse contexto, para realização da democracia participativa, a sociedade civil passa a ser vista como agente transformador de uma realidade, capaz de influenciar nas decisões políticas para dar concretude à vontade popular. Como forma de atender aos direitos clamados pelo povo, por ser ele ao mesmo tempo titular e destinatário da ordem jurídica, torna-se indeclinável ouvir a sociedade civil.

O papel desempenhado pela sociedade civil, como instrumento de materialização da democracia participativa, tem se tornado cada vez mais nítido, na medida em que é visto como o meio para se estabelecer o diálogo entre estado e cidadão, este cada vez mais cioso de ver atendidas suas demandas, para fins de realização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

À obviedade, não passa ao largo o fato de que o conjunto normativo que viabiliza essa participação há de ser avaliado constantemente, assim como os meios de participação devem ser igualmente fiscalizados e monitorados, a fim de se evitar inversão do que se almeja e de assegurar sua permanência. Explica-se. Não se há permitir que ocorra a predominância de determinado grupo social em detrimento dos demais, subvertendo, dessa feita, o objetivo buscado por meio do exercício da democracia participativa.

Pontue-se que a sociedade civil, no âmbito da Constituição Brasileira e da legislação ordinária, tem conseguido o reconhecimento de sua importância, ainda que paulatinamente, como agente imprescindível à concretização da democracia participativa.

É, nesse quadro, para exemplificar, que se situa a novidade trazida na Lei n. 13.019/2015, legislação recente nessa seara, ao contemplara possibilidade de participação das sociedades civis para propor celebração de termo de fomento com vistas à implantação de programas ou projetos sociais gestados no seio da sociedade. Constitui-se, extreme de dúvida, importante avanço e que deve servir como mola propulsora ao aprimoramento dos atuais e criação de novos instrumentos para esse fim.

Ante os argumentos minudenciados, entende-se que restou demonstrada importância da sociedade civil como agente de contribuição apta a concretizar o direito fundamental à democracia dentro da Nova Hermenêutica emancipatória, na sociedade brasileira. Dessa feita, permite-se conhecer os anseios sociais e auxiliar na relação com o Estado, de modo que o povo possa opinar e se integrar nas decisões políticas, em clara preponderância da democracia participativa que consulta os verdadeiros interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo**, 13ª ed, Ed Paz e terra: São Paulo, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12 ed. São Paulo. Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 30 ed. Malheiros: São Paulo, 2015.

_____. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa** (Por um Direito Constitucional de luta e resistência – Por uma Nova Hermenêutica – Por uma repolitização da legitimidade). Malheiros: São Paulo, 2001.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7 ed., 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Constituição Federal 1988. São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

DAHL, Robert. **A Democracia e seus críticos.** Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro.; Ver. trad. Aníbal Mari, São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 32 ed. São Paulo. Saraiva, 2006.

KEANE, John. **Vida e Morte da Democracia.** Trad. Clara Colloto. São Paulo. Edições 70, 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Trad. Ivone Catilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandao Cipolla e Vera Barkow, 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MANIN, Bernard. **A Democracia do público reconsiderada.** Trad. Otacílio Nunes. Revista Novos Estudos. Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap). N. 97. São Paulo: Cebrap, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** T. III. 4 ed., Coimbra; ed. Coimbra:1998.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade.** Campinas: Bookseller, 2002.

MORAES, Filomeno. **Participação e representação como instrumentos dos Direitos Políticos na ordem constitucional brasileira.** A problemática dos direitos Humanos fundamentais na América Latina e na Europa – desafios materiais e eficácias. Org. Narciso Leandro Xavier Baez et all. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

_____. **Apontamentos sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas.** In: **Direito Administrativo – Estudos em Homenagem ao Professor Marcos Juruena Villela Souto.** Coord. Sergio Guerra e Celso Rodrigues Ferreira Júnior. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, sociedade civil e legitimação do poder.** Artigo publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 111 | pp. 247-274 | jul./dez. 2015.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada** – 1. O Debate

Contemporâneo. Ed Atlas, São Paulo, 1994.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros: São Paulo, 2005.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. Malheiros: São Paulo, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

WEFFORT, Francisco. **Os clássicos da Política – Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx**. 2 vol., 10ª ed. São Paulo: Ed Ática, 2001.

O Princípio da Unicidade da Representação Judicial dos Estados e do Distrito Federal na Jurisprudência do STF

■ —————
Márcio André Lopes Cavalcante¹⁵⁸

1. CONCEITO

Segundo o princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal serão os únicos responsáveis pela representação judicial e pela consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Em outras palavras, só um órgão pode desempenhar as funções de representação judicial e de consultoria jurídica nos Estados e DF e este órgão é a Procuradoria-Geral do Estado (ou PGDF).

Este “princípio”, que, na verdade, é uma verdadeira regra, encontra-se previsto no art. 132 da Constituição Federal de 1988:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

158 Juiz Federal – TRF da 1ª Região; Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil; Professor de Direito; Autor e Editor do site Dizer o Direito.

2. IMPOSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE PROCURADORIAS AUTÁRQUICAS ESTADUAIS

Como decorrência desse princípio, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não é possível que o Estado-membro – ou o Distrito Federal – crie Procuradorias autárquicas como órgãos distintos da Procuradoria-Geral do Estado.

A situação concreta foi a seguinte: a Constituição do Estado do Ceará previu que o Governador deveria encaminhar à Assembleia Legislativa projetos de lei dispendo sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e das procuradorias autárquicas.

O STF decidiu que essa regra é inconstitucional. Isso porque a Constituição do Estado do Ceará, ao prever que a procuradoria autárquica seria um órgão diferente da Procuradoria-Geral do Estado, violou o art. 132 da CF/88. Veja trecho da ementa:

(...) 5. O art. 152, parágrafo único, da Constituição do Estado do Ceará, ao estabelecer que o Governador do Estado deve encaminhar à Assembleia Legislativa projeto de lei dispendo sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria-Geral do Estado e das procuradorias autárquicas, admite, de forma geral e para o futuro, a existência de órgãos jurídicos, no âmbito das autarquias e fundações, distintos da Procuradoria-Geral do Estado, em clara afronta ao modelo constitucional do art. 132 da Carta Federal. A Constituição Federal estabeleceu um modelo de exercício exclusivo, pelos procuradores do estado e do Distrito Federal, de toda a atividade jurídica das unidades federadas estaduais e distrital – o que inclui as autarquias e as fundações –, seja ela consultiva ou contenciosa. A previsão constitucional, também conhecida como princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos estados e do Distrito Federal, estabelece competência funcional exclusiva da procuradoria-geral do estado. (...)

(ADI 145, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-162 DIVULG 09-08-2018 PUBLIC 10-08-2018)

3. INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA DE CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE PREVEJA A FIGURA DO “PROCURADOR DA FAZENDA ESTADUAL”

Na mesma linha do que acima foi explicado, o STF decidiu, em 2018, que é inconstitucional norma presente na Constituição do Estado do Amapá que previa a competência do Governador para nomear e exonerar o “Procurador da Fazenda Estadual”: STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 (Info 921).

A ideia dessa previsão era a de que o “Procurador da Fazenda Estadual” fosse um cargo em comissão, nomeável e exonerável a qualquer momento.

Corretamente, o STF considerou inconstitucional o dispositivo por violação direta ao art. 132 da CF/88, que determina que a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, incluídas suas autarquias e fundações, deve ser feita pelos “Procuradores dos Estados e do Distrito Federal”, organizados em carreira e somente nomeados após aprovação em concurso público. Assim, só um órgão pode desempenhar esta função e se trata da Procuradoria-Geral do Estado, que detém essa competência funcional exclusiva.

O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta.

4. TÉCNICO SUPERIOR EM DIREITO DE AUTARQUIA ESTADUAL NÃO PODE EXERCER ATRIBUIÇÕES DE REPRESENTAÇÃO JURÍDICA DA ENTIDADE

Veja este interessante caso concreto julgado pelo STF:

O Estado do Espírito Santo editou lei criando o cargo de Técnico Superior do DETRAN (autarquia estadual). O ponto polêmico foi que a Lei previu que os ocupantes deste cargo seriam responsáveis por representar o DETRAN/ES “em juízo ou fora dele nas ações em que haja interesse da autarquia”.

Além disso, determinou que tais servidores teriam a incumbência de praticar “todos os demais atos de natureza judicial ou contenciosa, devendo, para tanto, exercer as suas funções profissionais e de responsabilidade técnica regidas pela Ordem dos Advogados do Brasil OAB”.

Provocado por meio de ADI, o STF julgou que tais previsões são inconstitucionais porque violam o “princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal”, insculpido no art. 132 da CF/88.

A legislação impugnada, apesar de não ter criado uma procuradoria paralela, atribuiu ao cargo de Técnico Superior do Detran/ES, com formação em Direito, diversas funções privativas de advogado. Ao assim agir, conferiu algumas atribuições de representação jurídica do DETRAN a pessoas estranhas aos quadros da Procuradoria-Geral do Estado, com violação do art. 132, caput, da CF/88.

Outro ponto interessante deste precedente. A lei capixaba previu também outras atuações técnico-jurídicas deste servidor no âmbito interno da autarquia, tais como:

- Interagir com as demais unidades administrativas da autarquia na elaboração de normas, instruções, resoluções e demais atos a serem expedidos;
- Interpretar textos e instrumentos legais;
- Elaborar estudos sobre questões jurídicas que envolvam as atividades do DETRAN/ES;
- Elaborar editais, contratos, convênios, acordos e ajustes celebrados pela Autarquia, com a emissão de parecer.

No que tange a essas competências, o STF as reputou legítimas. Tais atribuições podem sim ser exercidas pelos Técnicos Superiores do DETRAN, sem que isso ofenda o princípio da unicidade da representação judicial.

Reitero a relevância deste *distinguishing*: **o STF entendeu que não se pode deslocar qualquer atuação técnico-jurídica da autarquia para a PGE, porque esta não conseguirá fazer frente a essa gama de trabalho, sob pena de ter suas atividades inviabilizadas.**

Nesse contexto, é válida a atuação jurídica dos servidores técnicos no âmbito interno, **sobretudo em atividades de compliance, tais como conceber e formular medidas e soluções de otimização, fiscalização e auditoria.**

Como a ementa oficial ainda não foi publicada, destaco aqui os principais pontos decididos neste julgado e que foram divulgados no Informativo de Jurisprudência nº 927 do STF:

É inconstitucional lei estadual que preveja que servidor de autarquia (no caso, era Técnico Superior do DETRAN) será responsável por:

- representar a entidade “em juízo ou fora dele nas ações em que haja interesse da autarquia”;
- praticar “todos os demais atos de natureza judicial ou contenciosa, devendo, para tanto, exercer as suas funções profissionais e de responsabilidade técnica regidas pela Ordem dos Advogados do Brasil OAB”.

Tais previsões violam o “princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal”, insculpido no art. 132 da CF/88.

Por outro lado, é válido que esses servidores façam a atuação jurídica no âmbito interno da autarquia, sobretudo em atividades de compliance, tais como conceber e formular medidas e soluções de otimização, fiscalização e auditoria (exs: interpretar textos e instrumentos legais, elaborar pareceres sobre questões jurídicas que envolvam as atividades da entidade, elaborar editais, contratos, convênios etc.). Essas atribuições podem sim ser exercidas pelos Técnicos Superiores do DETRAN, sem que isso ofenda o princípio da unicidade da representação judicial. STF. Plenário. ADI 5109/ES, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 13/12/2018 (Info 927).

5. CARGOS EM COMISSÃO PARA O DESEMPENHO DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO

Também como decorrência do art. 132 da CF/88, o STF possui julgados afirmando que não é possível que lei estadual crie cargos em comissão para o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo.

A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados deve ser exercida por Procuradores do Estado, organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos.

Essa exigência, existente por força do art. 132 do texto constitucional, tem como objetivo garantir a necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos.

Assim, é inconstitucional a norma que outorgue a ocupante de cargo em comissão ou de função de confiança o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado.

Podem ser mencionados dois julgados da Corte Constitucional nesse sentido:

(...) 2. A atividade de assessoramento jurídico do Poder Executivo dos Estados é de ser exercida por procuradores organizados em carreira, cujo ingresso depende de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil

em todas as suas fases, nos termos do art. 132 da Constituição Federal. Preceito que se destina à configuração da necessária qualificação técnica e independência funcional desses especiais agentes públicos. 3. É inconstitucional norma estadual que autoriza a ocupante de cargo em comissão o desempenho das atribuições de assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo. Precedentes. 4. Ação que se julga procedente.

(ADI 4261, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-02 PP-00321 RT v. 99, n. 901, 2010, p. 132-135 LEXSTF v. 32, n. 381, 2010, p. 88-93)

(...) É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. (...)

(ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015)

Faço destaque para as palavras do Min. Celso de Mello:

“A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.”

O modelo constitucional da atividade de representação judicial e consultoria jurídica dos Estados exige a unicidade orgânica da advocacia pública estadual, incompatível com a criação de órgãos jurídicos paralelos para o desempenho das mesmas atribuições no âmbito da Administração Pública Direta ou Indireta.

Por essas razões, o STF declarou, recentemente, a inconstitucionalidade de uma lei estadual que transferia essas funções a analista do Poder Executivo estadual:

CONSTITUCIONAL. LEIS 10.052/2014 E 7.461/2001 DO ESTADO DE MATO GROSSO. ANALISTA ADMINISTRATIVO. EMISSÃO DE PARECERES JURÍDICOS. USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO PRIVATIVA DE PROCURADORES DO ESTADO. INDISSOCIABILIDADE DO EXERCÍCIO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E CONSULTORIA JURÍDICA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 69 DO ADCT. INCONSTITUCIONALIDADE. PREVISÃO DA ÁREA DE ATUAÇÃO JURÍDICA PARA ANALISTAS ADMINISTRATIVOS. CONSTITUCIONALIDADE, DESDE QUE NÃO USURPEM FUNÇÕES DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL E DE CONSULTORIA E ACESSORAMENTO JURÍDICOS, CONSAGRADAS COM EXCLUSIVIDADE PARA PROCURADORES DO ESTADO (ART. 132 DA CF).

1. A separação das funções de representação judicial e consultoria jurídica em diferentes órgãos somente é permitida se já existente na data de promulgação da Constituição de 1988 (ADCT, art. 69). Ofende a prerrogativa dos Procuradores de Estado o posterior desmembramento dessas atividades (CF, art. 132). Precedente: ADI 1.679, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 21/11/2003. 2. É vedada a atribuição de atividades de representação judicial e de consultoria ou assessoramento jurídicos a analista administrativo da área jurídica. 3. Ação direta julgada parcialmente procedente.

(ADI 5107, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 27-06-2018 PUBLIC 28-06-2018)

6. EXCEÇÕES

A jurisprudência do STF reconhece a existência de duas exceções ao princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal.

A primeira exceção é uma criação jurisprudencial e consiste na possibilidade de criação de procuradorias vinculadas ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas para a defesa de sua autonomia e independência perante os demais Poderes, hipótese em que se admite a consultoria e assessoramento jurídico dos órgãos por parte de seus próprios procuradores.

O primeiro precedente que se destaca é oriundo do Amapá. A Constituição daquele Estado trouxe a seguinte previsão:

Art. 115. À Procuradoria da Assembleia compete exercer a representação judicial do Poder Legislativo nas ações em que este for parte, ativa ou passiva, sem prejuízo das atribuições da Procuradoria-Geral do Estado.

Parágrafo único. Lei, de iniciativa da Assembleia Legislativa, disciplinará sua competência e o ingresso na classe inicial da carreira, que para todos os fins integra a Advocacia Pública do Estado do Amapá, mediante concurso de provas ou de provas e títulos.

Foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) contra esse dispositivo sob a alegação de que ele violaria o princípio da unicidade da representação judicial e da consultoria jurídica dos Estados e do Distrito Federal, previsto no art. 132 da CF/88.

O STF julgou a ação procedente, mas apenas para dar interpretação conforme à Constituição ao dispositivo “de modo a excluir do plexo de competências e de representação judicial pela Procuradoria da Assembleia Legislativa as causas não relacionadas à defesa das prerrogativas institucionais da respectiva casa” (STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018).

Em outros termos, o Pretório Excelso decidiu que é constitucional a previsão de Procuradoria da Assembleia Legislativa, mas a sua atuação deve ficar limitada à defesa das prerrogativas inerentes ao Poder Legislativo.

Explicando melhor: a representação jurídica do Estado como um todo, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE), tendo em conta o art. 132 da Carta Magna. Assim, é também a PGE quem faz, em regra, a defesa da Assembleia Legislativa em juízo. No entanto, às vezes, há conflito de interesses entre os Poderes, como na hipótese em que o Poder Legislativo cobra do Poder Executivo o repasse de um valor que ele entende devido e que não foi feito. Nestes casos, é possível, em tese, a propositura de ação judicial pela Assembleia Legislativa cobrando a defesa de suas prerrogativas institucionais e

quem irá representar judicialmente o órgão será a Procuradoria da ALE (e não a PGE).

Ainda dentro da análise da primeira exceção, chamo atenção para o fato de que o Supremo já decidiu que é constitucional a criação de órgãos jurídicos na estrutura de Tribunais de Contas estaduais, ou seja, Procuradorias jurídicas dos Tribunais de Contas: STF. Plenário. ADI 4070/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 19/12/2016.

O STF fez, contudo, uma ressalva: esta Procuradoria do TCE não pode ter, dentre as suas atribuições, a função de cobrança judicial de multas aplicadas pelo próprio Tribunal. Isso porque, neste caso, haveria usurpação de uma das atribuições dos Procuradores do Estado. Os Tribunais de Contas não possuem legitimidade para executar suas decisões das quais resulte imputação de débito ou multa. A competência para tal é do titular do crédito constituído a partir da decisão, ou seja, o ente público prejudicado (STF. 2ª Turma. AI 826676 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/02/2011).

A segunda exceção encontra-se prevista expressamente no texto constitucional, mais especificamente no art. 69 do ADCT da CF/88:

Art. 69. Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções.

O art. 69 do ADCT foi uma exceção transitória ao princípio da unicidade orgânica da Procuradoria estadual.

Esta exceção foi prevista com o objetivo de garantir a continuidade dos serviços de representação e consultoria jurídicas que existiam na Administração Pública no período logo em seguida à promulgação da CF/88, quando algumas Procuradorias estaduais ainda não estavam totalmente estruturadas. Em outras palavras, foi pensada como uma forma de evitar lacunas e uma desorganização da Administração Pública.

Vale ressaltar que só foram mantidas as consultorias jurídicas que já existiam antes da promulgação da Constituição.

7. A QUESTÃO DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS

Os Municípios são obrigados a possuir Procuradorias Municipais, organizadas em carreira, mediante concurso público, para o desempenho das funções de representação judicial e consultoria jurídica?

O tema é polêmico. No entanto, lamentavelmente, encontramos duas decisões do STF nas quais, sem enfrentar com profundidade o tema, a resposta foi negativa para essa pergunta. Em outras palavras, decidiu-se que:

Não há na Constituição Federal previsão para que os Municípios instituem Procuradorias Municipais, organizadas em carreira, mediante concurso público.

Não existe, na Constituição Federal, a figura da advocacia pública municipal. Os Municípios não têm essa obrigação constitucional.

STF. Plenário. RE 225777, Rel. Min. Eros Grau, Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 24/02/2011.

STF. 2ª Turma. RE 893694 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21/10/2016.

Tramita no Congresso Nacional uma PEC com o objetivo de “alterar a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público, com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.” (PEC 17/2012).

O entendimento até agora majoritário no STF não é imune a críticas.

O art. 132, de fato, não prevê expressamente os Municípios. Apesar disso, vigora a exigência do concurso público, que é aplicável, em regra, para todos os cargos públicos. Não se pode aceitar que atribuições tão sensíveis, relevantes e típicas de carreiras de Estado sejam exercidas por servidores ocupantes de cargos em comissão, que não gozam das mesmas garantias que servidores concursados e ocupantes de carreiras.

Não se mostra razoável, para ficar apenas em poucos exemplos, que um servidor ocupante de cargo em comissão exare parecer em uma importante licitação municipal ou que ingresse com execuções fiscais cobrando créditos tributários de IPTU.

Vale ressaltar, contudo, que existe uma boa expectativa de que o STF, ao ser chamado a discutir com mais profundidade o tema, altere seu entendimento e decida que é obrigatória a existência de uma carreira de Procuradoria Municipal. Isso porque recentemente a Corte Constitucional decidiu que é devida a equiparação, para fins de regras de teto remuneratório, das carreiras de Procurador do Município com Procurador do Estado. O Min. Luiz Fux afirmou que é indiscutível que os Procuradores Municipais integram a categoria da advocacia pública a que a Constituição denomina de

“funções essenciais à Justiça” e, quanto ao teto remuneratório, devem estar sujeitos às mesmas regras dos Procuradores do Estado: STF. Plenário. RE 663696/MG, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 28/2/2019 (Info 932).

Portanto, penso que a conclusão do STF no RE 663696/MG, ao equiparar as Procuradorias Municipais às Procuradorias do Estado/DF, reforça a tese de que os Municípios devem ter Procuradorias Municipais, organizadas em carreira mediante concurso público. Espero que seja esse o entendimento a prevalecer.

8. CONCLUSÕES

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, nos últimos anos, inúmeros casos envolvendo a previsão do art. 132 da CF/88, que foi cunhado como “princípio da unicidade da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal”.

Em todas as oportunidades, percebeu-se que a Corte Constitucional conferiu o esperado reconhecimento da relevância e grandeza das funções desempenhadas pela advocacia pública dos Estados, que se consolidou, indiscutivelmente, como uma carreira de Estado que carrega consigo todas as prerrogativas, garantias e responsabilidades inerentes a essa nobre função.

Importante ressaltar que não se trata de uma tese criada para reserva de mercado ou para disputa de espaço ou poder. Trata-se de previsão constitucional expressa, oriunda do legislador constituinte originário e que durante anos foi negligenciada ou pouco invocada. Corrige-se oportunamente esta lacuna.

Quem ganha com isso não é apenas a Administração Pública, que tem a certeza de ter em sua representação judicial profissionais competentes, vocacionados e independentes. Ganha o interesse público porque os mecanismos de controle interno, se desempenhados com altivez e tecnicidade, são os instrumentos mais eficientes que existem na luta contra a corrupção. Ganha toda a sociedade porque o Estado demandado em juízo deve ser defendido por profissionais especializados e comprometidos, que não permitam condenações temerárias do Poder Público, que causam prejuízos não a um ente abstrato, mas sim a todos indivíduos que formam o Estado.

A arquitetura de escolha como ferramenta que pode levar às melhores soluções nas resoluções de conflitos da Administração Pública: entre mediação e adjudicação

■
Cristiane Santana Guimarães¹⁵⁹

José Euclimar Xavier de Menezes¹⁶⁰

159 Procuradora do Estado da Bahia, atuando na área fiscal, vice-presidente da Associação de Procuradores do Estado da Bahia e superintendente da Câmara de Mediação e Arbitragem da APEB – CAMAPEB. Graduada em Direito e História pela UFBA e em Administração Pública pela UNEB. Mestranda em Direito, Governança e Políticas Públicas pela UNIFACS. Mediadora e pesquisadora em mediação na Administração Pública, tendo recebido o Prêmio Diogo de Figueiredo *láurea* atribuída pelo artigo “O conflito na Administração Pública pode ser mediado? Uma proposta de giro: da cultura da sentença à cultura da pacificação”.

160 Graduado em Filosofia e Teologia. Especialização Lato Sensu, Mestrado e Doutorado em Filosofia Contemporânea/UNICAMP. Pós Doutorado em Filosofia Contemporânea na Pontificia Università Lateranense/Roma. Instituições em que atuou: PUC.SP, Faculdade Ruy Barbosa, Faculdade Santíssimo Sacramento e na UCSal (Programa de Stricto Sensu, onde também foi Pró Reitora de Pesquisa e Pós Graduação entre 2013 a 2015). Atua na UNIFACS nos mestrados e doutorado: 1. Direito, Governança e Políticas Públicas; 2. Desenvolvimento Regional e Urbano. Atua na graduação e compõe os Comitês de Ética em Pesquisa e o de Diversidade, Direitos Humanos e Cultura da Paz. Está vinculada à Faculdade Social da Bahia no curso de Psicologia; Coordena o PIBIC e é Editora da Revista Diálogos Possíveis (Webqualis). Possui experiência nas áreas da Filosofia, da Psicologia, da Filosofia da Psicanálise, do Direito, e em metodologia (epistemês) nutrindo foco nos seguintes temas: ética, direitos humanos, cidadania, políticas públicas, subjetividade, cognoscitividade, sociabilidade, sujeição, epistemologia, saúde mental, sexualidade, família. Lidera o grupo de pesquisa Políticas e epistemês da cidadania/CNPq/Unifacs. Integra o corpo de pesquisadores do Instituto Jurídico Portucalense, IJP/Universidade Portucalense/Porto/Portugal. Coordena o Programa de Pós Doutorado criado pelo convenio celebrado entre Universidade Salvador/Bahia/Brasil/UNIFACS e Universidade Portucalense/Porto/Portugal/UPT. Dentre outros, publicou *Médicos e loucos no microscópio de Foucault*, pela Editora CRV.

RESUMO

Este artigo se propõe a estudar os fatores que levam a adoção de meios adjudicatórios em detrimento da mediação na solução de conflitos em geral e como ocorre a escolha da melhor alternativa de solução de conflitos na administração pública. Com apoio no referencial teórico da economia comportamental que analisa a irracionalidade do comportamento humano baseado nos vieses cognitivos, os quais conduzem a decisões sub-ótimas, na pesquisa bibliográfica e no estudo de casos, aqui é utilizado o método dedutivo, que pretende analisar em que medida os estímulos de comportamento adotados pelo Estado, mediante uma política pública, pode contribuir para melhorar a conduta individual e coletiva na escolha da mediação de seus conflitos.

Palavras-Chave: paternalismo, libertário, mediação, arquitetura, escolha.

ABSTRACT

This article proposes to study the factors that lead to the adoption of adjudicatory means to the detriment of mediation in the solution of conflicts in general and how the choice of the best alternative of conflict resolution in the public administration occurs. With support in the theoretical framework of behavioral economics that analyzes the irrationality of human behavior based on cognitive biases, which lead to sub-optimal decisions, bibliographic research and case studies, using the deductive method, intends to analyze to what extent the behavioral stimuli adopted by the State through a public policy can contribute to improve the individual and collective conduct in the choice of mediation of their conflict.

Keywords: paternalism, libertarian, mediation, architecture, choice.

1. INTRODUÇÃO

A mediação tem provado ser superior à judicialização em casos de sua adequação e, mesmo assim as pessoas preferem esta última em detrimento da primeira, conforme estudos dos pesquisadores Daniel Watkins, Cass Sustein e Richard Thaler referenciados neste trabalho.

Não é tarefa simples identificar a origem desta predileção, e contudo é de conhecimento público e notório que por séculos, desde a o bacharelismo do século XIX¹⁶¹, como sustenta Vera Cury,

Como consequência, o período entre nós foi marcado por uma cultura jurídica formalista, retórica, individualista e juridicista e foi nesta junção do individualismo político do formalismo legalista que se moldou, ideologicamente, o principal perfil da nossa cultura jurídica: o bacharelismo liberal.

Deste modo, estrutura jurídica firmou-se na sociedade brasileira pela cultura do litígio, com profissionais aptos a movimentar a máquina do judiciário diante de demandas postas por sua clientela sem a oferta de soluções simples e conciliatórias para solução do conflito. Aliado a isto, notemos que a Fazenda Pública sempre utilizou-se dos incontáveis recursos jurídicos para protelar o momento da entrega do quanto determinado na tutela jurisdicional. A justiça gratuita presente nos juizados também pode ser considerada um fator de incremento, em razão da facilidade em que se toma a decisão pela judicialização de questões, as quais em outros países, é rotineiramente resolvida pela negociação, conciliação ou mediação.

Nas últimas décadas, especialmente a partir de 2010, tratou o sistema jurídico atual de fomentar novos modelos de resolução de conflitos para acompanhar as mudanças sociais que velozmente criam novas formas de negócios, em função da tecnologia e da economia compartilhada, que por sua vez, geram conflitos não solucionáveis através do modelo arcaico do sistema de justiça então vigente, produzindo mais insatisfação social e conflitos Inter geracionais. Esse influxo também foi constatado nos Estados Unidos na década de 70, tendo como solução a criação da teoria de um novo sistema de justiça *multidoors* em 1976, preconizado por Peter Sanders.

Nessa toada, em 1996 foi sancionada a Lei de Arbitragem (9.307), em 2010 a Resolução 125 do CNJ, e em 2015 o Novo Código de Processo Civil (13.105) e Lei de Mediação (13.140), legislações que parametrizam comportamentais, orientadas à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, com o destaque para esta última Lei de Mediação que trouxe capítulo específico para regular a autocomposição na administração pública, bem como a alteração da Lei de Arbitragem (13.129/2015) que, de igual modo, passou a disciplinar a aplicação do meio heterocompositivo na esfera pública.

161 CURY, Vera de Arruda Rozo. *Introdução à formação jurídica no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2002.

Assim, indagamos: com todo o aparato normativo acima indicado, resignificado para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente no que tange às controvérsias da administração pública, o que mais impede a administração pública dar o giro necessário para a melhor governança dos conflitos por ela ou em sua função gerados? Por que os seus agentes geram, cotidianamente, na relação com os particulares, controvérsias que, em geral, são judicializadas?

Kahneman e Twersky¹⁶², em estudos da economia comportamental asseguram ser uma tendência de confiar em heurísticas e vieses cognitivos no processo de decisão, de modo a criar atalhos de menor esforço. Segundo esta teoria o homem é conduzido por dois sistemas de pensamento. O primeiro de avaliação básica, intuitiva e o segundo reflexivo, portanto mais demorado. Por óbvio, o cérebro lançará mão do sistema automático para as tomadas de decisão que se processa em segundos, rotineiramente.

Segundo os autores, o processo de pensamento estará submetido a alguns “vieses cognitivos”, a inércia, a procrastinação, o enquadramento (*framing*) da informação, a influência das normas sociais e a disponibilidade.

Tomando como ponto de partida esses vieses, a economia comportamental afasta a aplicação dos paradigmas clássicos da economia aplicada ao direito, a exemplo da racionalidade plena, porquanto tem como certa que as decisões humanas não decorrem dos princípios de oferta e demanda ou de custo benefício apenas, de modo que se põe em questão sobre o fato de que um cidadão em controvérsia com o Estado, mesmo tendo à sua mão informações entre o valor e a utilidade da mediação para solução de seu problema, por falhas cognitivas derivadas de heurística ou de vieses comportamentais, opte pela judicialização.

Assim, mesmo tendo à mão as facilidades estruturais para negociação direta, conciliação e mediação, apesar de possuir a informação do custo benefício do método mais barato e rápido de solução de conflitos, é contumaz na preferência à porta do judiciário.

Para enfrentar a complexidade do debate, o trabalho busca justificativa no aparato teórico da economia comportamental, balizando-se nas obras de Susstein e Thaler¹⁶³, que propõem a teoria do paternalismo libertário como estímulos comportamentais voltados a arquitetura da escolha. Nos casos concretos apresentados, a presença no cenário jurídico das mencionadas legislações autorizativas da mediação na administração pública indicam carecer de mais regulação que definam designs dentro dos quais o mediando possa ter sua situação subsumida

162 KAHNEMAN, Daniel; TWERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. Science, New Series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974. Disponível em: <http://psiexp.ss.uci.edu/research/teaching/Twersky_Kahneman_1974.pdf> Acesso em 15 de nov de 2018.

163 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

naquela arquitetura, de modo a reduzir o contraste como ocorreu nas situações apresentadas, um onde o estímulo comportamental foi exercido para contemplar a mediação finalizada em acordo entre as partes e, outro, em que, embora com todas as informações postas e favoráveis a resolução de seu problema com cerca de 90% de benefícios seus, a medianda, ainda assim, preferiu judicializar.

2. PATERNALISTAS, LIBERTÁRIOS E PATERNALISTAS LIBERTÁRIOS

Os debates sobre políticas tendem a ser estruturalmente semelhantes. Quer o tópico seja cuidados de saúde, a regulação dos mercados financeiros ou a resolução de disputas fornecida pelo governo, duas filosofias opostas aparecem consistentemente: o paternalismo e o libertarianismo.

Os Paternalistas¹⁶⁴ argumentam que parte do papel do governo é obrigar as pessoas a se comportarem de maneira ideal. O governo, segundo os paternalistas, está na melhor posição para determinar quais ações individuais são melhores para a comunidade como um todo – particularmente em áreas como resolução de disputas, onde o governo já desempenha um papel integral. Os paternalistas, portanto, tenderiam a se sentir confortáveis com os programas de mediação obrigatória convertendo um processo voluntário, ideal, em um processo compulsório.

Esse argumento é balizado por Claire Hill¹⁶⁵,

Anti-paternalistas sinalizam que não há uma razão a priori, a partir de uma perspectiva libertária, para privilegiarem o futuro sobre o eu presente. Anti-anti-paternalistas poderiam responder que se engajar em atividades agora que irá limitar as opções mais tarde efetivamente limitam a autonomia. Mas esse argumento pressupõe, sem justificativa, que a autonomia é medida pelo futuro, ao invés de presente. Infere-se disto que, a autonomia consiste importante da capacidade física e mental para fazer escolhas em um determinado ponto no tempo. E o arrependimento? O arrependimento pode parecer dar um argumento para privilegiar o futuro. Mas como podemos saber se o que se sente como arrependimento não é tanto um “erro”

164 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

165 Hill, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. NYU Journal of Law & Liberty, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=956153>

como o que levou à ação a ser arrependida? Arrependimento também poderia ser sentimento barato: Eu quero pensar que eu não sou um hedonista de todo o coração – que eu tenho algum respeito pela minha saúde – mesmo que ontem eu tenha comido muito queijo e não tenha ido à academia.

O contra-ponto ao “anti, anti paternalismo” vem de Watkins¹⁶⁶ quando diz que,

Para os fãs de mediação, a vantagem do sistema obrigatório é óbvia: as partes mediam com mais frequência. No entanto, esta prática vem com pelo menos três custos substanciais. Em primeiro lugar, quando a mediação é vista como parte e parcela do processo de litígio, como a mediação obrigatória é muitas vezes vista, as partes e mediadores tendem a se concentrar desnecessariamente em questões jurídicas. Este aspecto fulmina a oportunidade das partes em chegar a processos criativos extralegais de resoluções. Em segundo lugar, muitas vezes os juízes servem como mediadores nestas sessões obrigatórias apenas para julgar o mesmo caso, se as partes não chegarem a um acordo. Este duplo papel apresenta sérios problemas de imparcialidade, pois o mediador/juiz e as partes litigantes sofrerão uma confusão de papéis tanto nas etapas de mediação como de adjudicação. E, finalmente, há a questão mais ampla de saber se a mediação obrigatória é um oxímoro. Alguns argumentam que porque a autodeterminação está no cerne da mediação, a participação obrigatória é perversa e pode traduzir-se em pressão indevida para resolução do conflito.

Por seu turno, os Libertários¹⁶⁷ argumentam que os mandatos do governo não podem produzir resultados ótimos. Como o governo opera fora do mercado, suas decisões políticas nunca podem alcançar a eficiência, a flexibilidade e a inovação que o mercado produz. Segue-se que, como o livre mercado depende basicamente de uma escolha individual irrestrita, os serviços governamentais, incluindo resolução de disputas, ser tão limitado quanto possível e inteiramente não obrigatório.

166 WATKINS, Daniel, **A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions** (September 12, 2009). *The American Journal of Mediation*, 2010. Disponível em < <https://ssrn.com/abstract=1472470>>. Acesso em 19 nov 2018.

167 *Ibidem*

O sistema anglo-americano de adjudicação vestem-se de brandos libertários. Os advogados privados fazem a maior parte do trabalho e o sistema só impõe um seletivo grupo de normas. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes litigantes, eles são livres para selecionar algum outro método de resolução privada.¹⁶⁸

O sistema de julgamento atual, portanto, atende bem aos libertários. Se a adjudicação não é ideal para algumas partes em disputa, elas estão livres para selecionar algum outro método privado de resolução de disputas. Em seus estudos, Thaler e Sunstein argumentam que as posições libertárias e paternalistas são falhas porque ambas se baseiam em falsas suposições sobre o comportamento humano.

A maior parte da teoria econômica do século XX, segundo Thaler e Sunstein, supunha a compreensão do homem a partir da dimensão econômica, cunhado pelos especialistas como *homo economicus*. Um *homo economicus*, ou *Econ*, é um indivíduo com extraordinária inteligência e força de vontade: “*pode pensar como Albert Einstein, armazenar tanta memória quanto o Big Blue da IBM e exercitar a força de vontade de Mahatma Gandhi*”. De formas diferentes, o libertarianismo e o paternalismo dependem da ideia de que fabricantes são *Econs*. Libertários acreditam que os agentes do mercado são *Econs*, enquanto os paternalistas acreditam que os reguladores do governo são *Econs*.

Mas o campo da economia comportamental revela que vivemos em um mundo não de *Econs*, mas de *homo sapiens*, segundo Watkins, Thaler e Sunstein¹⁶⁹. Enquanto *Econs* são maximizadores de utilidade racional que tomam decisões ótimas sempre que lhes são apresentadas informações perfeitas, os Humanos são humanos. Devido a vieses irracionais e erros cognitivos, eles previsivelmente deixam de fazer escolhas ótimas mesmo quando têm todos os fatos.

Armado com essa percepção, Thaler e Sunstein desafiam a narrativa libertária. Como o mercado livre é composto por seres humanos, não por *Econs*, não devemos sustentar o mercado como uma fonte última de eficiência. Pelo contrário, dada a irracionalidade previsível dos seres humanos, devemos esperar falhas de mercado sempre que os seres humanos sofrerem de preconceitos ou erros ao fazer escolhas de livre mercado. No interesse da otimização, o governo deve intervir no mercado para ajudar os seres humanos a eliminar esses vieses e erros, a fim de fazerem melhores escolhas.

168 WATKINS, Daniel, *A Nudge to Mediate: How Adjustments in Choice Architecture can Lead to Better Dispute Resolution Decisions* (September 12, 2009). *The American Journal of Mediation*, 2010. Disponível em < <https://ssrn.com/abstract=1472470>>. Acesso em 19 nov 2018.

169 *Ibidem*. “But the field of behavioral economics reveals that we live in a world not of *Econs* but of *homo sapiens*, or “Humans”. Thaler e Sunstein, em obra mencionada neste artigo (pp. 6-8), usam o substantivo apropriado “humano” para se referir ao ator econômico postulado pela economia comportamental, uma prática continuada neste trabalho.

Mas Thaler e Sunstein também discordam do paternalismo. Os autores afirmam, corretamente, que o governo deve ter um papel na criação do comportamento ideal. Mas o que os paternalistas não reconhecem é que o governo é composto de humanos, não de Econs. Como todas as políticas governamentais são construídas pelos seres humanos, todas as políticas governamentais estão sujeitas a desvios irracionais distorcidos e erros cognitivos mantidos pelos seres humanos que, por acaso, são formuladores de políticas.

Em suma, a crítica de Thaler e Sunstein ao libertarianismo e ao paternalismo leva a seguinte conclusão: os seres humanos sofrem de preconceitos irracionais ou erros cognitivos, o governo deve intervir para corrigir esses preconceitos e erros, a fim de criar um comportamento mais ideal. Mas o governo deve intervir de tal maneira que os preconceitos irracionais e os erros cognitivos dos seres humanos no mercado não sejam simplesmente substituídos pelos vieses irracionais e erros cognitivos dos seres humanos no governo. Como os formuladores de políticas podem alcançar este objetivo aparentemente impossível?

Em Nudge¹⁷⁰ os autores introduzem um conceito que, paradoxalmente, denominam “paternalismo libertário”. A ideia é simples: é possível respeitar os valores libertários de livre escolha ao implementar medidas que ajudem paternalmente as pessoas a tomar melhores decisões. O paternalismo libertário é libertário na medida em que preserva o poder do indivíduo de escolher. Mas é paternalista porque permite ao governo orientar as pessoas para decisões “melhores”. Para realizar este terceiro caminho, o paternalismo libertário “estimula” os tomadores de decisão em direção a escolhas ótimas, alterando o contexto no qual eles encontram opções – a “arquitetura de escolha”.

O paternalismo libertário expressa-se exclusivamente por meio de alterações na arquitetura de escolha. A arquitetura de escolha adequada facilita a tomada de decisões corretas. Um formulador de políticas paternalista libertário primeiro pergunta o que determinado Humano ou grupo de Humanos quer, mas é incapaz de obter. Dependendo do contexto, pode haver economias suficientes para se aposentar, uma figura mais magra ou uma solução pacífica para uma disputa problemática. Essa resposta é considerada o melhor resultado – o objetivo. O formulador de políticas determina então quais vieses irracionais e/ou erros cognitivos fazem com que o Humano faça escolhas que não atinjam o objetivo ideal declarado.

Finalmente, o formulador de políticas altera a arquitetura de escolha na qual o Humano encontra as opções, a fim de facilitar a escolha da escolha ideal à luz dos vieses e erros do Humano. O resultado é que o Humano mantém sua autonomia decisória, mas agora tem uma chance significativamente melhor de alcançar seus

170 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

próprios objetivos graças ao estímulo comportamental fornecida pela arquitetura de escolha alterada. O fato de o Humano reter sua capacidade de escolher livremente reduz o risco de que os próprios vieses irracionais e erros cognitivos do criador de políticas coloquem o Humano em um sistema sub-ótimo.

3. POR QUE AS PARTES EM DISPUTA NECESSITAM DE UM ESTÍMULO POR MEIO DA ARQUITETURA DE ESCOLHA?

Mesmo quando os tomadores de decisão têm informações perfeitas, asseguram Thaler e Sunstein, os vieses irracionais e erros cognitivos levam a decisões abaixo do ideal, à luz da literatura econômica comportamental e a teoria da escolha.

Vieses irracionais e erros cognitivos em relação aos métodos de resolução de disputas a empregar ajuda a explicar como a mediação pode ser ao mesmo tempo, louvada, bem divulgada e ainda, assim, subutilizada. Os Humanos provavelmente sofrem do viés de disponibilidade irracional, do viés do status quo e de um erro cognitivo de excesso de confiança quando eles decidem entre mediação e adjudicação. Esses vieses e erros significam que a participação na mediação não pode aumentar somente através da disseminação de informações sobre os benefícios da mediação – mesmo a informação estando perfeita nem sempre pode superar vieses irracionais e erros cognitivos. Esses vieses e erros distorcivos podem ser mitigados ou mesmo remediados por meio de uma alteração na arquitetura de escolha em torno da decisão de mediar ou julgar.

Quando os seres humanos encontram uma ideia repetidas vezes, tendem a atribuir uma importância irracional a essa ideia em seus processos de tomada de decisão. Esse fenômeno é chamado de “viés de disponibilidade”. Para ilustrar, Thaler e Sunstein¹⁷¹ apontam para o primeiros dias de viagens aéreas comerciais quando os corretores vendiam apólices de seguro de vida nos aeroportos. Naquela época, os viajantes sofriam de um viés de extrema disponibilidade causado por notícias de acidentes de avião – eles estavam muito mais familiarizados com a ideia de desastres aéreos do que com os ideia de não-desastres de avião. Enquanto uma pessoa Econ calcularia suas chances de morte dividindo o número de acidentes de avião que viu no noticiário no ano passado por uma quantidade estimada de voos bem sucedidos durante o mesmo período e considerou o seguro de vida em voos uma compra extremamente abaixo do ideal, um Humano concluindo que os acidentes aéreos acontecem com frequência e, dado isto, compram as apólices.

171 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

Os humanos provavelmente sofrem de um viés de disponibilidade ao decidir mediar ou litigar. Eles estão muito mais conscientes dos métodos de resolução baseados em direitos, como adjudicação do que métodos de resolução baseados em interesses, como mediação. Dramas de televisão, programas de notícias e até mesmo anúncios elevam a judicialização ou o método adjudicado. Resoluções consensuais que preservam relacionamentos, distribuem recursos eficientemente ou satisfazem necessidades emocionais subjacentes não são nem públicas, nem tão atrativas.

O viés de disponibilidade distorce a capacidade do ser humano de tomar uma decisão ideal ao escolher entre mediação e adjudicação. Isso é particularmente verdadeiro quando um Humano decide se deve buscar a mediação em um contexto anexo ao tribunal. As partes interessadas sentem-se mais familiarizadas com o processo de adjudicação porque ao longo das décadas este modelo foi introduzido, através dos meios de comunicação e, portanto, estarão menos propensas a participar de um processo novo e relativamente desconhecido, independentemente de receberem ou não boas informações sobre os benefícios potenciais da mediação. Veja como exemplo os primeiros viajantes aéreos que escolheram irracionalmente se segurar contra um evento extremamente improvável, as partes em disputa escolhem o julgamento sobre a mediação simplesmente porque a adjudicação é culturalmente difundida.

Segundo Kahneman, estudantes de políticas públicas observaram que a heurística da disponibilidade ajuda a explicar porque questões são muito proeminentes na mente do público, enquanto outras são negligenciadas. As pessoas tendem a estimar a importância relativa das questões pela facilidade com que são puxadas da memória – e isso é amplamente determinado pela extensão da cobertura da mídia. Tópicos mencionados com frequência ocupam a mente, mesmo quando outros fogem à consciência. Por sua vez, o que a mídia decidiu cobrir corresponde à opinião que eles têm sobre o que se passa na cabeça do público.¹⁷²

Outro viés demonstrado em “Nudge” é o do *status quo*. Os humanos se opõem à mudança. Ao decidir entre um padrão e uma alternativa, os humanos tendem a escolher a opção padrão. Mesmo quando armados com informações perfeitas que mostram uma alternativa para ser melhor que um padrão, os humanos muitas vezes selecionam o padrão por causa desse viés irracional. Como prova desse fenômeno, chamado de “viés do status quo”, Thaler e Sunstein apontam para a quantidade extraordinária de planejamento que os executivos de televisão colocam para determinar a ordem na qual os programas são transmitidos. Como esses executivos entendem o viés do *status quo*, eles sabem que

172 KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar, duas formas de pensar*. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

às 20h, o público do programa continuará a assistir irracionalmente ao canal até as nove da noite, em vez de explorar alternativas em outras estações. O sucesso do programa das 21 da noite depende, portanto, do sucesso do programa das 20h. O que torna a decisão de continuar assistindo o mesmo canal às 21 da noite é o pequeno custo de explorar alternativas. Tudo o que é necessário para investigar conteúdo alternativo, talvez superior, em outros canais é pressionar um botão no controle remoto ou consultar um horário de televisão. Enquanto um Econ calcularia rapidamente que a possibilidade de um programa melhor justifica este custo minúsculo, um Humano assiste às 21 da noite. O Humano irracionalmente favorece a opção que não requer mudanças.

Os seres humanos estão provavelmente sujeitos ao viés do *status quo* quando decidem entre mediação e adjudicação. Nos Estados Unidos, a adjudicação é o processo padrão de resolução de disputas. Afinal, a maior parte do mundo conhece a mediação como um método alternativo de resolução de disputas. Assim, os seres humanos automaticamente e irracionalmente escolhem o julgamento sobre a mediação.

Um terceiro viés trazido pelo autores Thaler e Sunstein é o de que os seres humanos tendem a ser excessivamente confiantes¹⁷³ sobre suas chances de sucesso. Eles acreditam que suas chances pessoais são melhores do que aquelas situadas de maneira semelhante no lado oposto. Por exemplo, Thaler e Sunstein destacam um estudo de empreendedores que foram solicitados a avaliar sua probabilidade de sucesso. A maioria respondeu que sua chance de sucesso era de 90%, mas que outros empreendimentos em circunstâncias semelhantes representavam apenas 50% de probabilidade de sucesso.

Esse fenômeno está bem documentado na literatura de resolução de disputas. Tanto os demandantes quanto os réus optam rotineiramente por julgar por causa do otimismo irrealista sobre suas chances de ganhar. Essas decisões subótimas para julgar muitas vezes levam a perdas espetaculares para Humanos excessivamente confiantes. O problema do excesso de confiança é tão prevalente que, na mediação anexa ao tribunal nos Estados Unidos, os mediadores gastam um tempo extraordinário esclarecendo às partes em disputa para ter certeza de que entendem que tipo de coisas o juiz exigirá para decidir a seu favor.

Essa confiança errônea provavelmente torna difícil para um Humano selecionar um método adequado de resolução de disputas. A fim de induzir as partes em conflito a selecionar a mediação sobre a adjudicação, um advogado na mediação deve fornecer evidências de que a mediação não é apenas melhor do que a adjudicação na realidade, mas melhor do que adjudicação no

173 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

mundo de fantasia otimista do qual as partes obtêm suas expectativas de sucesso. Assim, fornecer à parte confiante demais informações perfeitas sobre os benefícios e desvantagens de vários procedimentos de resolução de disputas não pode induzi-la a tomar uma decisão ideal. O humano superconfiante precisa de mais do que informação perfeita para fazer uma boa escolha.

4. MEDIAÇÃO COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS-PADRÃO

Como apresentado acima, a decisão entre mediação e adjudicação¹⁷⁴ é provavelmente distorcida por vieses irracionais e erros cognitivos. Essas distorções significam que a decisão está madura para um ajuste na arquitetura de escolha, a fim de obter resultados mais otimizados. Nudge, Thaler e Sunstein apresentam uma série de alterações na arquitetura de escolha, visando a otimização nas decisões.

Este item considera a adequação de alguns ajustes de arquitetura de escolha e revela que compensar os preconceitos e erros envolvidos na decisão de mediar ou julgar é bastante espinhoso para concluir que uma mudança no método de resolução de disputa padrão é o melhor ajuste para produzir decisões ótimas pelas partes em conflito.

Os estímulos potenciais para opção entre mediação e adjudicação seriam aqueles nos quais a pessoa percebe que há um erro de expectativa ou permite um mapeamento a priori. No primeiro caso, os sistemas de decisão devem ser projetados para esperar esse erro e alertar os humanos sobre o erro o mais rápido possível. É o que ocorre com a mensagem “aperte o cinto” que os carros dão aos motoristas quando eles falham irracionalmente, por terem tomado a decisão sub-ótima de não colocar o seu cinto. Ou as mensagens “olhe para a direita” pintadas na rua em todos os principais cruzamentos de Londres para ajudar os turistas a evitarem ser atingidos pela direita enquanto erroneamente procuram o tráfego que se aproxima à sua esquerda. Ambos são exemplos de sutis estímulos a alteração de suas decisões e permitem aos humanos a superar suas próprias irracionalidades e erros imediatamente após tomarem uma decisão sub-ótima com base nessas irracionalidades e erros.

Um estímulo similar de “erro de expectativa” na decisão entre mediação e adjudicação provavelmente seria ineficaz. O estímulo pode se manifestar

174 Resolução 125/2010 do CNJ. Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13). Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

como uma advertência depois que uma queixa é apresentada informando às partes que a adjudicação é frequentemente uma má escolha e que eles devem considerar a mediação. Mas o sucesso de apertar o cinto de segurança e as passadas de “esperar erros” na faixa de pedestres de Londres depende de um Humano perceber imediatamente que sua decisão foi abaixo do ideal. Devido ao erro de excesso de confiança em particular, as partes em conflito demoram a admitir que sua decisão em optar pela via judicial foi a errada. Uma mensagem de “erro de expectativa” no contexto de resolução de disputas, portanto, falharia em aumentar o uso ideal da mediação.

A arquitetura de boa escolha permite, ainda, que os seres humanos “mapeiem” a conexão entre uma escolha particular e seu bem-estar após essa escolha. Nas sorveterias a variedade de sabores é muitas vezes espantosa. Como alguém pode saber se o sabor A é melhor que o sabor B? Para ajudar a resolver esse problema, muitas sorveterias permitem que os clientes experimentem sabores, uma degustação, antes da compra para melhor “mapear” a relação entre sua escolha de sabor e seu bem-estar após essa escolha.

Não existe uma possibilidade óbvia de “mapeamento” para decisões de resolução de disputas. Em contraste com a amostra grátis na sorveteria, nenhum programa pode dar às partes em disputa um sabor realista do processo de adjudicação. Mesmo os esforços direcionados à educação sobre o funcionamento do sistema legal não podem replicar os riscos, as emoções e a pressão envolvidos na adjudicação real. E quando as partes entram no processo, sair não é fácil. Somente *players* contumazes no sistema de adjudicação são capazes de mapear a relação entre sua escolha para julgar e seu eventual bem-estar. Não há como prover as partes em conflito com um sabor realista do processo de adjudicação, portanto um ajuste na arquitetura de escolhas através do mapeamento é inviável.

5. O ESTÍMULO CERTO: UMA ALTERAÇÃO NO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTA PADRÃO

Para certos tipos de conflitos, a mediação deve substituir a adjudicação como o processo padrão de resolução de disputas como é oferecido pelo sistema de cortes nos EUA.¹⁷⁵

175 O programa de ADR compulsório de Delaware para reclamações inferiores a US \$ 100.000 adotou recentemente esse incentivo de troca padrão. Antes dessa mudança, não havia inadimplência – as partes tinham que escolher afirmativamente arbitragem ou mediação. Provavelmente devido ao erro de excesso de confiança e ao viés de disponibilidade, as partes escolheram esmagadoramente a arbitragem sobre a mediação. Mas agora a mediação é o processo padrão. Uma vez que essa nova política tenha a chance de criar raízes, as estatísticas sobre o uso de mediação devem fornecer um teste conveniente para a eficácia desse ajuste de arquitetura de escolha. Veja-se, em geral, Joshua W. Martin III, Sara E. DiLuzio e Suzanne M. Hill, Mudanças Recentes na Resolução Alternativa de Disputas Compulsória no Superior Tribunal, 10 DEL. L. REV. 199 (2008).

Para julgar, uma parte teria que recusar o processo de mediação. Esta é simplesmente uma versão reversa do esquema padrão de adjudicação atualmente em vigor. Das diferenças que Thaler e Sunstein discutem em *Nudge*, uma mudança no processo de resolução de disputa padrão é a alteração da arquitetura de escolha com maior probabilidade de produzir decisões ótimas entre as partes em conflito. Especificamente, essa inovação atenuará o viés de disponibilidade, o viés de *status quo* e o erro de excesso de confiança que provavelmente levam a decisões abaixo do ideal para julgar em vez de mediar.

Os padrões são poderosos. Por causa do difundido e irracional viés do *status quo*, os Humanos selecionam padrões não necessariamente porque são ótimos, mas porque não requerem um ato afirmativo. Assim, quando uma alternativa se torna um padrão, os Humanos automaticamente se comportam de maneira diferente. Para ilustrar, Thaler e Sunstein examinam um estudo de 2003 sobre doação de órgãos¹⁷⁶. Os participantes foram convidados a imaginar que eles se mudaram recentemente para um novo estado. O primeiro grupo foi informado de que a lei estadual exigia que os residentes optassem por se tornarem doadores de órgãos. 42% optaram por se tornarem doadores de órgãos. O segundo grupo foi informado de que a lei estadual presumia que os residentes consentissem na doação de órgãos, a menos que eles optassem por sair do Estado. Surpreendentemente, 82% tornaram-se doadores de órgãos ao recusar a exclusão. Em ambos os cenários, tudo o que era necessário para aceitar ou recusar era o clique de um mouse de computador.

Uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito. Primeiro, conforme observado, quando a mediação se torna a escolha padrão, o viés do *status quo* funcionará a seu favor. As partes em conflito vão, sem pensar, mas otimamente, selecionar a mediação sobre a adjudicação simplesmente porque isso não exigirá um passo afirmativo. Em segundo lugar, a mediação como padrão atenuará o viés de disponibilidade à medida que as partes se familiarizam com a ideia de ir à mediação, em vez de judicializar. Em terceiro lugar, a mediação mitigará os efeitos do erro de excesso de confiança, pois orientará as partes para longe da adjudicação baseada em direitos e para a mediação baseada em interesses. As partes litigantes terão menos probabilidade de se engajar em cálculos errôneos sobre suas chances de sucesso na adjudicação se não considerarem a adjudicação como a principal arena para a resolução de disputas.

176 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. New York: Penguin Group, 2009

Os sistemas judiciais devem fornecer mediação como padrão de resolução de disputas para as partes mais afetadas por vieses e erros de decisão. Como demonstrado no exemplo de mapeamento supra, demandantes contumazes, como advogados especialistas, são mais capazes de mapear a relação entre a seleção de um determinado método de resolução de disputas e bem-estar final, a fim de superar vieses e erros. Por outro lado, as partes profissionais muitas vezes têm pouca capacidade de prever se a escolha do método de resolução de disputas atenderá às suas necessidades. Os casos de duplo lucro, portanto, parecem ser os mais maduros para um regime de mediação-como-padrão.

Este não é um movimento sem custos. Se a mediação substituir a adjudicação como um padrão de resolução de disputas para determinados casos, mudanças significativas serão necessárias no sistema judicial. Os tribunais precisarão de mais mediadores e mais espaço para as sessões. Mas também devemos ter em mente os custos inerentes em deixar a adjudicação como o método padrão de resolução de disputas. Como Thaler e Sunstein apontam, é impossível para o governo evitar a estruturação da escolha. A questão é se vamos impor os resultados abaixo do ideal da arquitetura de baixa escolha nos seres humanos individuais ou se nós, como sociedade, absorveremos os custos incidentais de estimular os seres humanos para decisões ótimas através de arquitetura de escolha mais cara.

6. CASOS REAIS NOS QUAIS AS PARTES FIZERAM A OPÇÃO INFORMADA NO COMPORTAMENTO

Como uma das vias que oportunizam o estímulo para autocomposição de conflitos (art 3º do CPC) em processo já judicializados nos Sistemas de Juizados, portanto de menor complexidade jurídica, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia tem apoiado, desde 2016, em fase de laboratório, a realiação de Mediações na área fiscal, especialmente no que tange conflitos decorrentes de lançamentos de ITCMD e o IPVA.

Os casos aqui apresentados foram judicializados nos Juizados de Fazenda Pública de Salvador. Em tentativas de mediação pós ajuizamento para redução dos custos dos serviços jurídicos, além da real solução do conflito sem a interferência do juízo, os Autores das demandas aqui denominados Juliet e Jack foram convidados a mediar na Representação Fiscal da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. A narrativa dos casos será acompanhada das soluções apresentadas, inferindo-se os vieses comportamentais e o estímulo dado pela nova arquitetura preordenada por reiteradas decisões judiciais, bem como a necessidade de resolução de conflito padrão da mediação para os casos.

Janet teve seu veículo clonado em 2013 e em razão disso teve imputada contra si notificações de trânsito e pontuações em sua carteira. Em julho de 2017 recebeu autorização do órgão de trânsito para troca de placa. Em dezembro do mesmo ano passou a ter novos problemas com notificações, inclusive em uma das autuações o carro novamente clonado foi detido com o condutor Antonio da Silva, porém liberado. Requer em juízo que liminarmente lhe seja liberado o pagamento do IPVA e Licenciamento anual do seu veículo sem as multas; seja novamente determinada a troca de placa; sejam os réus (Estado, Detran e Antônio) condenados a pagar danos morais.

Convidada à Sessão de Mediação com a Administração Pública, o Estado e o DETRAN concordaram com os pedidos da autora inclusive com atendimento em 48 horas. Ou seja, Janet teria troca de placa, a retirada dos pontos da carteira e a emissão dos boletos de pagamento do IPVA e Licenciamento sem as multas, sem custos pela troca da placa e o bloqueio de circulação do veículo clonado.

Porém Janet insistia que o Estado ali representado fizesse vir à nova sessão de mediação o Antônio da Silva, sendo-lhe explicado que considerando o fato da clonagem, ato criminoso aquela não seria a instância para tutelar aquele seu interesse (nem na mediação, ou no juizado por ela escolhido). Também lhe foi informado que o resultado da tutela judicial seria exatamente a mesma que a administração em ato revisional estaria provendo, só que meses após à referida sessão de mediação. Enfim, que o Juízo da Fazenda Pública também não teria competência para conduzir a questão criminal como era de seu desejo.

Restou evidente que Janet desejava a condução coercitiva do autor das clonagens muito mais que as soluções trazidas pela administração, embora estas resolvessem o seu problema. As mediadoras em validação de sentimento detectou o animo de vingança da própria autora, que insistia em afirmar que o resultado do processo judicial seria mais efetivo porque levaria o autor das clonagens para cadeia e o Estado e DETRAN seriam penalizados pela demora na solução de seu problema.

No segundo caso, Jack alienou o veículo em 1999 sem a efetiva transferência no DUT e foi surpeendido por cobranças do Estado de IPVA em 2011, 2012 e 2013, pagando-as. Requer em juízo a devolução dos valores pagos, a transferência do bem para o proprietário atual, o bloqueio do veículo. Jack se fez acompanhar de advogada na sessão de mediação para colaboração nas alternativas de solução do conflito.

Neste caso, o contributo de advocacia das partes, traquejadas na mediação foi de grande importância para a resolução do conflito. Conhecen-

do das reiteradas decisões nos Juizados da Fazenda Pública, que em casos similares (i) não condena o Estado ou o DETRAN, bem como (ii) exclui da relação o adquirente, sob o argumento da falta de legitimidade de estar naquele juízo, orientou bem a advogada do mediando, dentro deste “frame” estabelecido em reiteradas decisões, pela realização do acordo na mediação. O DETRAN transferiu o veículo para o atual proprietário do bem, conforme informado no processo judicial, ao tempo em que Jack abriu mão da restituição de valores pagos a título de IPVA ao Estado (Fazenda Pública) nos períodos de 2011 a 2013.

Verifica-se da análise do primeiro caso que além da precária informação, Janet sucumbiu a todos os erros cognitivos decorrentes dos vieses comportamentais acima apresentados, a disponibilidade de optar por outra alternativa de solução, o excesso de confiança em que seria vencedora no processo judicial, a preferência pelo *status quo*.

Decerto Juliet teria muito mais vantagens na aceitação do que lhe foi ofertada na sessão de mediação e, neste caso, se fosse esta alternativa padronizada não haveria como hesitar na escolha. Apesar de toda arquitetura ter sido desenhada em seu favor ela não soube discernir como Econs, mas com o Humano, em face do seu rancor, emoção validade em sessão de mediação, em face da demora do Estado em resolver a questão da clonagem e punir o infrator. Em casos como o apresentado, verifica-se o valor da utilização da abordagem do paternalismo libertário na construção de uma arquitetura própria da administração pública com o estímulo comportamental adequado à melhor opção na solução de conflitos, para quem, assim como Janet, não se encontra na condição de escolha (por heurística ou erros cognitivos) este caso a mediação como método e opção padronizada seria ideal, de modo que pudesse, através do facilitadores/mediadores, se construir para alcançar a melhor arquitetura para a escolha da Janet.

No caso Jack, além de muito bem informado e orientado dos desdobramentos na esfera judicial, a opção pela mediação proporcionou a resolução em menor tempo e satisfação do autor/mediando.

Repita-se, em face dos casos apresentados, uma troca de padrão é a melhor alternativa de arquitetura de escolha para decisões de resolução de disputas, pois neutraliza os vieses e erros que afligem as partes em conflito.

7. CONCLUSÃO

Diante dessa lógica é prioritária a mudança das crenças incutidas na sociedade para vencer a inércia provocada pelo problema coletivo. A solução não será a de incentivos nem punições, mas a constatação da necessidade de desenvolvimento de alternativas de regulação de comportamento não limitadas ao modelo do principal-agente. Em vez disso devem ser buscadas soluções propulsoras de mudanças na percepção dos cidadãos sobre a mediação.

O paternalismo libertário é caracterizado pela rejeição do sistema de regulação baseado no comando e controle, consistindo na formulação de políticas preservadoras da liberdade de escolha, embora tornem legítimo o exercício do poder de influência dos arquitetos de escolhas no comportamento das pessoas. Este paternalismo propõe a utilização dos “nudges”, expressão dos autores Thaler e Ssutein, ou seja, os estímulos de comportamento. Para os autores, os estímulos consistem em qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de alterar de maneira previsível a conduta humana, sem proibir nenhuma opção ou oferecer incentivos econômicos.

Assim as descobertas da economia comportamental podem ser vistas como oportunidade de melhorar a eficácia e a eficiência das intervenções do Estado, notadamente pela internalização da potencial irracionalidade do público afetado e, por esta razão, emerge o paternalismo libertário, enfim, conceituado pelos autores:

(...) nós sustentamos que o paternalismo libertário fornece a base para entender e repensar inúmeras áreas do direito contemporâneo, incluindo aqueles aspectos relacionados ao bem-estar do trabalhador, com a proteção ao consumidor e da família. Nossa ênfase é no fato de que, em muitos domínios, faltam às pessoas preferências claras, estáveis e bem ordenadas. O que elas escolhem é um produto dos efeitos do enquadramento, pontos de partidas e regras de *default* estando o preciso significado “preferências”, obscuro.¹⁷⁷

177 THALER, Tichard H. SUSTEIN, Cass S. Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness. New York: Penguin Group, 2009.

REFERÊNCIAS

CNJ. Resolução 125/2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 19 nov.2018.

COSTA, Natalia Lacerda Macedo. **“Nudge” como abordagem regulatória de prevenção à corrupção pública no Brasil.** *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 54, n. 214, p. 91-111, abr./jun. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p91>.

CURY, Vera de Arruda Rozo. **Introdução à formação jurídica no Brasil.** Campinas: Edicamp, 2002.

HILL, Claire Ariane, Anti-Anti-Anti Paternalism. *NYU Journal of Law & Liberty*, Vol. 2, No. 3, 2007; Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-02. Disponível em: < <https://ssrn.com/abstract=956153>>.

JOLLS, Christine; Sustain, Cass R.; Thaler, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics.** Disponível em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765. Acesso em 14 de nov. 2018.

A seletividade do IPI como instrumento de intervenção por indução

Patricia Petruccelli Marinho¹⁷⁸

RESUMO

O presente artigo apresenta as linhas gerais do Imposto sobre Produtos Industrializados, suas características constitucionais, sua regra matriz de incidência tributária, debruçando especificamente sobre o princípio da seletividade em razão da essencialidade que informa toda a instituição e cobrança desse tributo. Por meio de normas tributárias indutoras, o Estado intervém no domínio econômico, possibilitando o acesso de produtos essenciais à sociedade como um todo, e assim, realiza seus objetivos de bem-estar da população e combate à pobreza. Ao mesmo tempo, pelo mesmo princípio, é possível tornar um produto supérfluo e nocivo em patamar de difícil obtenção, aplicando-se a seletividade da alíquota em razão da essencialidade.

Palavras-chave: seletividade, essencialidade, domínio econômico

ABSTRACT

This article presents the general lines of Brazilian taxes of industrialized products, how it appears in Brazilian Constitution, the former law of incidence of this tax, studying specifically the fundamental selectivity in aim of essentiality which informs all the juridical tax relation according to this tax. The Democratic State influences the Market by tax law, turning essential products into easy access by poor population and aiming the constitutional targets of decreasing poverty and

178 Mestranda em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas.

welfare. In the same way, State can turn an unnecessary product into something so expensive by increasing taxation of the object.

Keywords: Selectivity, essenciality, market

1. IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS: REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA

O Imposto sobre produtos industrializados é tributo de competência da União previsto na Carta Constitucional Brasileira em seu art. 153, IV. Como se sabe, a Constituição não institui o tributo, apenas define a possibilidade de sua instituição pelo ente. Cabe à lei indicar todas as características objetivas e subjetivas da exação, possibilitando ao ente de direito público competente a cobrança desse imposto.

A Carta Magna, portanto, apenas autoriza a União a instituir tributo sobre produtos industrializados, delineando alguns contornos do alcance dessa expressão, entre eles o sujeito passivo, o sujeito ativo, assim como a base de cálculo do tributo e a submissão ao princípio da seletividade, objeto do presente estudo, porém, não desce às minúcias necessárias à cobrança do imposto propriamente dita pelo poder tributante, restando ao legislador ordinário a tarefa de identificar todos os demais critérios necessários ao cumprimento da norma constitucional.

Geraldo Ataliba leciona que a *hipótese de incidência* é a descrição legislativa de um fato que determina a gênese da obrigação tributária¹⁷⁹. Para o referido autor, a norma tributária deve conter, como aspectos essenciais da hipótese de incidência, aspectos pessoais, materiais, temporais e espaciais, citando a obra de Augusto Becker para a sua classificação¹⁸⁰.

Paulo de Barros Carvalho¹⁸¹, por seu turno, fala de critérios materiais, temporais e espaciais descritos na *hipótese tributária*. Assim, a regra matriz de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados encontra-se insculpida no art. 46 e seguintes do Código Tributário Nacional, diante das determinações constitucionais mencionadas, sendo os referidos critérios adiante comentados.

Analisando a norma abstrata, tem-se que o critério material, caracterizado pela ação de uma pessoa física ou jurídica, é a modificação da nature-

179 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 73.

180 *Ibid*, p. 75.

181 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 24ª ed., 2012, livro eletrônico.

za ou finalidade de coisa que resulte em produto ou que o aperfeiçoe para consumo. Não se trata aqui de comercialização desse novo produto, mas da sua produção propriamente dita, a industrialização ou qualquer mecanismo suficiente a alterar as suas características naturais.

Nos dizeres de Eduardo Domingos Bottallo¹⁸²:

“Haverá, pois, produto industrializado, na acepção do art. 153, IV, da Constituição Federal e do art. 46, do parágrafo único do CTN, quando um bem in natura passa por qualquer tipo de ação que lhe altere a natureza ou a finalidade ou, mesmo facilite sua utilização para satisfazer uma necessidade humana. Por oposição, não se estará diante de produto industrializado, quando a eventual ação a que um bem venha a ser submetido, não altera sua natureza ou finalidade, nem atende ao propósito de satisfação dessa necessidade.”

O parágrafo único do sobredito art. 46 do CTN é claro ao estabelecer que não é necessária a industrialização, a fabricação de nova coisa, para a incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados. Basta que seja dada nova finalidade ou aperfeiçoamento ao seu uso.

Assim, é correto afirmar que a União pode realizar a cobrança do Imposto sobre produtos de natureza vegetal ou animal, desde que haja esse processo de melhoramento. Exemplo claro disso cinge-se à criação de bovinos, atividade pecuária e não-industrial por excelência. O abate do gado, contudo, quando realizado ato para desossá-lo e resfriá-lo, com latente melhoramento de seu uso, caracterizam atividades de industrialização nos ditames da lei de regência. Por essa razão, encontra-se a carne desossada inclusive na Tabela de Incidência do Imposto Sobre Produtos Industrializados – TIPI, porém com alíquota atualmente zero, em razão da essencialidade.

Existem outras duas ações equiparadas à industrialização para fins de incidência do tributo previstas no art. 46, do CTN, a saber, o desembaraço de mercadoria estrangeira, quando se tratar de produto industrializado, e a arrematação em hasta pública de bem de procedência estrangeira perdido em razão do não-pagamento do tributo.

Referidas ações, na verdade, confundem-se com o próprio aspecto temporal da regra matriz de incidência, já que também caracterizam o momento em que ocorre o fato gerador, quais sejam, o desembaraço aduaneiro e a hasta pública. Assim, aliadas à regra do art. 46, II, do CTN, que estabelece a saída

182 BOTTALLO, Eduardo Domingos. IPI, princípios e Estrutura. São Paulo: Dialética, p. 29.

do estabelecimento o tempo do fato gerador, resta caracterizada o segundo critério antecedente da regra matriz de incidência, o critério temporal.

Esta “saída” do estabelecimento produtor envolve, necessariamente, uma atividade onerosa, cujo intuito seja de lucro. A saída em razão de eventos da natureza (enchentes e enxurradas) ou por ato ilícito humano (furto ou roubo) não se enquadram na expressão abraçada pelo legislador.

Isto se consagra em razão de o fato imponible, segundo a lição de Geraldo Ataliba¹⁸³, ou o fato jurídico tributário, segundo Paulo de Barros Carvalho¹⁸⁴, ser necessariamente um acontecimento fenomenológico lícito praticado pelo homem, não havendo. Em não sendo o evento da natureza decorrente de uma ação humana, e em sendo o furto um ato ilícito, não há como serem enquadrados no rol dos fatos imponíveis¹⁸⁵.

Por fim, o critério espacial diz respeito ao local onde o fato imponible é realizado, e em sendo o IPI um imposto federal, todo o território nacional pode ser o local do fato tributável. Da mesma forma se procede com relação ao desembaraço aduaneiro e a arrematação do bem importado em leilão: em qualquer lugar do território nacional em que haja o desembaraço ou a hasta pública.

Tem-se, assim, finalizado o antecedente da norma tributária, na lição de Paulo de Barros Carvalho¹⁸⁶. Do conseqüente dessa norma, será possível verificar a concretização, no mundo fenomênico, da proposição abstrata descrita no antecedente.

O regulamento do Imposto sobre Produtos Industrializados é anterior à Constituição de 1988. É a Lei n. 4.502/64, que institui o “Imposto sobre o consumo de produtos industrializados”. Esta nomenclatura foi alterada pelo Decreto-lei n. 34/66 que, em seu artigo 1º, determinou que o imposto sobre consumo passava a se chamar “Imposto sobre Produtos Industrializados”.

O critério pessoal identifica o sujeito ativo, que como visto acima, é a União, a quem compete instituir e cobrar o tributo não vinculado. Com relação ao sujeito passivo, o regulamento do Imposto sobre produtos Industrializados admite as duas modalidades de sujeito passivo previstas no ordenamento jurídico brasileiro: o contribuinte, aquele que diretamente pratica o fato imponible, e o responsável, aquele sujeito por lei ao recolhimento do tributo¹⁸⁷.

183 Ibid., p. 64

184 CARVALHO, Paulo de Barros, Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma jurídica à regra matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/para-uma-teoria-da-norma-juridica-da-teoria-da-norma-a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-por-paulo-de-barros-carvalho/>. Consultada em 29/11/2017.

185 TOLEDO, José Eduardo Tellini. O imposto sobre produtos industrializados – incidência tributária e princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 96.

186 CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 24ª ed., 2012, livro eletrônico.

187 A Lei n. 4.502/64, com a alteração dada pela Lei n. 9.30/96, utiliza a expressão “contribuinte substituto”.

Quanto aos critérios matérias, no que tange à base de cálculo, tem-se que a mesma está estabelecida no art. 130, do Regulamento do IPI, que estabelece como base de cálculo o valor total da operação da qual decorrer a saída do estabelecimento industrial ou equiparado à industrial. No que pertine à alíquota, tem-se que as mesmas estão elencadas na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (TIPI), e ali estão inseridas em razão do caráter extrafiscal desse tributo.

Segundo a Carta Política atual brasileira, o IPI não está sujeito à anterioridade, prevista no art. 150, III, b, da Constituição Federal, pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que foi instituído, sendo respeitada apenas a anterioridade nonagesimal (art. 150, III, c). Essa é uma das formas que esse tributo pode realizar a chamada intervenção no domínio econômico por indução, demonstrado o caráter extrafiscal dessa exação.

2. ATRIBUTOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS

Ao iniciar o estudo das características atribuídas pela constituição ao tributo aqui estudado, há que se tecer alguns comentários sobre a distinção entre regras e princípios. O mestre alemão Robert Alexy descreve várias técnicas dessa diferenciação, citando que a mais comumente utilizada é a da generalidade que, “segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das normas é relativamente baixo”.¹⁸⁸ Mais adiante, esse reverenciado autor conclui que a melhor técnica de diferenciação entre regras e princípios baseia-se na crença de que os princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados”¹⁸⁹ e a sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas, ao passo que as regras não admitem essa otimização: ou há sua satisfação ou não. Arremata, afirmando a máxima de que “toda norma é ou uma regra ou um princípio”.¹⁹⁰

As características constitucionais do Imposto sobre Produtos Industrializados são normas de conteúdo axiológico genérico de otimização, uma vez que preveem conteúdo geral que deve ser observado pelo operador do direito na aplicação das regras jurídicas.

Nesse aspecto, temos que o IPI é informado pelos princípios da seletividade em razão da essencialidade, objeto do presente estudo, da não-cumu-

188 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

189 Ibid, p. 90.

190 Ibid, p. 91.

latividade, da isenção sobre as importações e da não-oneração de bens de capital sobre aquisições de contribuintes do imposto. Rechaçamos a ideia compactuada por Leandro Paulsen¹⁹¹, Regiane Binhara Esturilio¹⁹² entre outros citados por essa autora em sua obra aqui comentada¹⁹³ de que a seletividade se trata de um critério de tributação, eis que tal conclusão diminui a abrangência da seletividade ao *status* de regra, quando, como visto acima, trata-se de não um princípio informador e otimizador do tributo, uma vez que permite ao aplicador da norma a plena realização de outro princípio não colidente, a saber, o princípio da capacidade contributiva.

A seletividade, melhor estudada no próximo capítulo, diz respeito à obrigatoriedade do Poder Tributante em escolher as alíquotas incidentes sobre os produtos a serem tributados em razão de sua essencialidade. O Supremo Tribunal Federal entende que essa escolha se realiza de maneira discricionária¹⁹⁴, o que não significa que a escolha deva ser aleatória, apenas que não deva ser justificada **expressamente**, uma vez que toda a alíquota deve guardar proporcionalidade em razão da essencialidade do produto.

O princípio da não-cumulatividade é regra basilar do direito tributário brasileiro aplicável aos tributos sobre o consumo, assim como o IPI. Esse princípio impede que a tributação seja realizada em cascata, creditando-se o contribuinte em cada etapa do processo produtivo, de forma a não haver *bis in idem* relacionado à incidência do imposto sobre o mesmo produto.

Esse princípio recebe influência da seletividade em razão da essencialidade, uma vez que, por vezes, haverá a oneração de determinadas etapas da cadeia produtiva de forma diferente, não havendo compromisso do fisco em manter o mesmo regime de tributação em todo processo produtivo. Este foi o teor do voto condutor do Acórdão no Recurso Extraordinário n. 370682, da lavra do ministro Gilmar Mendes, para justificar a questão da alíquota zero e sua inviabilidade de aplicação em toda a cadeia de produção.

Por fim, tem-se que os princípios da não-oneração da exportação e da redução do impacto na aquisição de bens de capital traduzem-se no incentivo estatal à produção e o compromisso com o desenvolvimento econômico e dele decorrente, que se encontra no bojo da Carta Constitucional.

Por outro lado, a extrafiscalidade não se afigura como princípio, posto que não informa, de forma geral, as relações oriundas do IPI. Trata-se de

191 PAULSEN, Leando. Curso de direito tributário completo, 6ª ed, Livraria do Advogado, 2014, livro eletrônico.

192 ESTURILIO, Regiane Binhara. A seletividade no IPI e no ICMS. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 107.

193 Entre eles, Ruy Barbosa Nogueira, Edvaldo Brito e Zelmo Denari.

194 RE 370682, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/06/2007, DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007 DJ 19-12-2007 PP-00024 EMENT VOL-02304-03 PP-00392.

uma característica intrínseca desse tributo, em decorrência da interpretação do art. 150, §1º, da Constituição Federal, que excepciona ao IPI a observância (aí sim) do princípio da anterioridade de exercício, podendo a alíquota do tributo ser majorada no mesmo exercício financeiro de sua cobrança efetiva, e da legalidade, podendo a alíquota ser alterada por outro ato normativo que não a lei formal, desde que dentro do limite máximo previsto em lei anterior.

Os tributos têm, em sua maioria, o intuito arrecadatório como finalidade de sua instituição. É a característica fiscal do tributo em si considerado e o mecanismo de aparelhamento do Estado para a consecução de seus fins constitucionalmente estabelecidos. Um exemplo clássico de tributo fiscal é o Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor, ou mesmo o Imposto sobre transmissão Causa Mortis, previstos no artigo 155, I e III, da Constituição Federal.

Os impostos extrafiscais, por seu turno, carregam em si outra finalidade que não a arrecadação como determinação precípua. Por meio de sua cobrança, pode haver intervenção no domínio econômico na modalidade de indução, onde há a cobrança do tributo com o intuito de regular o comportamento dos cidadãos estimulando determinada conduta ou inibindo-a.

A Constituição Federal, ao excepcionar a aplicação dos princípios da anterioridade de exercício e da legalidade para o estabelecimento de alíquotas, elegeu o Imposto sobre Produtos Industrializados como tributo extrafiscal, podendo ser utilizado na política público-econômica nacional. É de se ver, contudo, que ao não excepcionar a regra da anterioridade nonagesimal, o constituinte engessou, mesmo que temporariamente, essa intervenção, não sendo possível a indução imediata nos comportamentos necessários à modificação do mercado, diferenciando esse mecanismo de outros tributos extrafiscais, como o Imposto sobre Operações Fiscais (IOF), cujas alterações de alíquotas não se submetem à noventena, sentindo o mercado a sua intervenção de forma imediata.

3. NORMAS TRIBUTÁRIAS INDUTORAS DA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E A SELETIVIDADE

A Constituição Federal, em seu título VII, dedica-se à instituição de normas gerais sobre a ordem econômica e financeira, estabelecendo princípios gerais da intervenção do Estado no domínio econômico. Essa inserção, no texto constitucional, de normas diretoras sobre o mercado e sua regulação, primando pela eficiência, e forjando a chamada “constituição econômica”, seguem a linha do ordoliberalismo, ou escola alemã, tal qual

os ensinamentos forjados em Freiburg, no longínquo período de 1930 a 1945. Essa criação busca um capitalismo humanista, e estabelece que a livre concorrência deve ser protegida pelo estado, por meio de um sistema legal forte.¹⁹⁵

Não há, portanto, como se atingir os objetivos do Estado, e aí se incluem a dignidade humana e os valores do trabalho e da livre iniciativa, se o mercado se comporta de maneira nociva, sem qualquer regulação que lhe obrigue a manter o pilar da concorrência.

Segundo a lição de Eros Roberto Grau, existem três formas de intervenção no domínio econômico, a saber: a) a intervenção por participação, b) a intervenção por direção e c) a intervenção por indução¹⁹⁶. Edvaldo Brito assinala, ainda, uma quarta modalidade de intervenção no domínio econômico, qual seja, os serviços públicos de assistência vital¹⁹⁷, sobre a qual não nos debruçaremos, uma vez que adotamos a classificação de Grau.

No capítulo constitucional dedicado à ordem econômica, verificamos a primeira dessas modalidades, qual seja, a intervenção por participação, segundo a qual o Estado intervém na atividade econômica em si, quando o faz por absorção, em razão do monopólio de determinada atividade, ou por meio de participação, em que o Estado desenvolve atividade em regime de competição com o setor privado.

A segunda forma de intervenção do conceito de Eros Grau é a intervenção por direção, em que o Estado, por meio de normas de intervenção direta, exerce “pressão na economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório, para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”.¹⁹⁸

A última modalidade citada no conceito de Eros Grau é a que toca efetivamente o estudo da seletividade em razão da essencialidade do Imposto sobre Produtos Industrializados, em que podemos verificar a indução comportamental no mercado, razão pela qual será mais aprofundado o seu estudo.

A intervenção por *indução* ocorre quando “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”¹⁹⁹. Quando se vale, dentre os instrumentos possíveis, de normas jurídicas para ultimar a intervenção por indução, utiliza-se de “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são

195 OLIVEIRA, João Paulo Ferraz, “Federalismo e Ordoliberalismo alemão: os entrelaces de 1948 a 1966, em <http://www.uesb.br/eventos/encontroadministracaopolitica/artigos/EAP037.pdf>, consultada em 10/12/2013.

196 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 17ª ed, São Paulo, Malheiros, p. 143.

197 BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21-27.

198 Ibid, p. 143.

199 Ibid, p. 144.

dotados da mesma carga cogente que afeta as normas de intervenção por direção”²⁰⁰.

Na verdade, são normas que não prescrevem uma conduta do ser ou dever ser à ordem econômica em si, fomentando expressamente uma atividade ou proibindo frontalmente uma conduta. São normas que estimulam, incentivam ou mesmo desestimulam determinadas condutas de forma mediata, não havendo sanção para a sua inobservância. Apenas um comando que vai influenciar diretamente na movimentação do mercado.

Desta feita, como bem ressaltou André Elali²⁰¹:

“Assim, as normas indutoras, ao contrário das normas de direção, não impõem um único comportamento. E os agentes econômicos, por consequência, podem não aderir ao comportamento nelas previsto, fazendo um exame de seus efeitos. Nem por isso, falar-se-á e, ilícito, porque o agente tem como escolher entre praticar ou não o comportamento, a partir de uma ponderação de interesses e valores”.

A norma tributária indutora, portanto, deixa de buscar a função precípua arrecadatória, assumindo uma posição na seara extrafiscal, interferindo na ordem jurídica, em especial, na ordem econômica. “Ao lado do aspecto arrecadatório dos tributos, assem relevância, no Estado Social Democrático, suas funções distributiva e alocativa, esta especialmente em seu viés indutor”²⁰².

A indução tributária, num Estado em que se objetiva o desenvolvimento econômico aliado ao bem-estar social, justifica-se a partir dos fundamentos da própria intervenção do Estado na economia, quais sejam: evitar os efeitos nocivos da ausência de regulação do mercado, além de garantir, por meio dessa indução, a consecução dos seus objetivos fundamentais.

Segundo Luís Eduardo Schoueri, a norma tributária indutora se traduz em espécie do gênero extrafiscalidade, ou como o próprio autor resalta, “extrafiscalidade em sentido estrito”²⁰³.

Assim, temos que a seletividade é princípio de observância **obrigatória** ao Imposto sobre Produtos Industrializados, sendo realizada na medida da essencialidade do produto, segundo a dicção da Constituição Federal. Essa determinação constitucional vem demonstrar uma das vertentes da

200 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 144-145.

201 ELALI, André. Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. MP, 2007, p. 105.

202 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

203 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

extrafiscalidade no IPI, uma vez que o Estado, por meio da essencialidade do produto, pode majorar ou diminuir a alíquota incidente, dentro dos valores máximos e mínimos estabelecidos, sem ao menos precisar de lei em sentido estrito para essa elevação.

Não há, portanto, manifestação mais clara da intervenção no domínio econômico por meio de normas tributárias indutoras que na tributação do IPI considerando a seletividade. Ao estabelecer o primado obrigatório da seletividade, de acordo com o apelo social ou não do produto tributado, o constituinte permitiu ao Poder Executivo uma enorme brecha para a consecução do bem-estar social, além de possibilitar a proibição contida de determinadas condutas, sem que houvesse qualquer regulação direta da economia ou do mercado concorrencial.

Na lição de Ricardo Lobo Torres:

“Seletividade em função da essencialidade é o único critério para a incidência do IPI e significa que o tributo recai sobre os bens na razão inversa de sua necessidade para o consumo popular e na razão direta de sua superfluidade. A essencialidade admite graduação, de modo que a alíquota ou não existirá, quando o produto se tornar absolutamente essencial para atender às necessidades primárias, ou será fixada em escala ascendente na proporção em que menor for a sua utilidade social”.²⁰⁴

Diz-se essencial o produto imprescindível, fundamental, indispensável, sem o qual não se pode viver. Assim, os produtos alimentícios que compõem a cesta básica, tais como a carne, o frango, o arroz e o feijão, por essa razão, devem ser tributados à menor alíquota possível, no caso da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados atual, alíquota zero. Não há o que se discutir em caráter essencial sobre esses bens, uma vez que necessários à alimentação de parcela significativa da população. Além disso, também se alcança a consecução dos fins do Estado, uma vez que, desonerando os produtos essenciais dos tributos possíveis, a população pode ter acesso aos mesmos por valores diminutos, e, dessa forma, diminuir-se as desigualdades e combater-se a pobreza.

De uma única desoneração, verifica-se a lição da norma tributária indutora em sua totalidade: a arrecadação é figura secundária na relação jurídica tutelada. A finalidade da norma é alcançada, na medida em que se

204 TORRES, Ricardo Lobo, *Revista Dialética de Direito Tributário* 18, p. 95 *apud* TOLEDO, José Eduardo Tellini. O imposto sobre produtos industrializados – incidência tributária e princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 140.

intervém na economia e se executam os objetivos do Estado do bem-estar social. Está, portanto, caracterizada, a extrafiscalidade-gênero.

Nesse aspecto, curial se faz transcrever a lição de Luiz Eduardo Schoueri sobre a essencialidade como forma de extrafiscalidade:

Daí justificar-se, por conta das normas tributárias indutoras, que se reformule o conceito de “essencialidade”, que deve ter duas perspectivas: o ponto de vista individual dos contribuintes e as necessidades coletivas. Sob a última perspectiva, tal conceito deve ser entendido a partir dos objetivos e valores constitucionais: essencial será o bem que se aproxime da concretização daqueles. Assim, tanto será essencial o produto consumido pelas camadas menos favorecidas da população, dado o objetivo fundamental da República de “erradicar a pobreza e a marginalização” (art. 3º, III da Constituição Federal), como aquele que corresponda aos auspícios da Ordem Econômica, diante do objetivo de „garantir o desenvolvimento nacional (art. 3º, II).”²⁰⁵

Não é demais ressaltar que a seletividade em razão da essencialidade é corolário do princípio da capacidade contributiva, positivado no art. 145, parágrafo único, da Constituição, que orienta a tributação a uma base de justiça fiscal, segundo a qual cada cidadão contribua na medida de sua capacidade econômica. Tem-se, desta maneira, que aqueles que nada tem não devem ser tributados pelo consumo de produtos essenciais a sua subsistência. Da mesma forma, pressupondo que os que tem acesso a produtos supérfluos são os que, tradicionalmente, possuem maior capacidade econômica, realiza-se esse princípio com a oneração tributária desses produtos não-essenciais.

O consumo, portanto, é uma ferramenta de verificação da capacidade contributiva do indivíduo, uma vez que pode determinar sinais aparentes de riqueza ou pobreza, sendo termômetro para a identificação de um produto como essencial ou não, bem como indicativo de capacidade contributiva.

Conclui-se, portanto, que o estabelecimento da seletividade da alíquota do IPI em razão da essencialidade do produto harmonizou a técnica legislativa futura com o supraprincípio da capacidade contributiva, que informa toda a atividade tributária. Não é demais afirmar, portanto, que a extrafiscalidade também se origina do princípio da capacidade contributiva, que por meio dela também se exterioriza.

205 SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas tributárias indutoras e intervenção econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 301.

Doutra banda, e servindo-nos da lição de Eros Roberto Grau, a norma tributária indutora pode ser negativa. Isso acontece quando o Estado onera determinado produto de forma tão elevada que torna difícil e, às vezes, praticamente impossível a sua aquisição.²⁰⁶

E mais uma vez falamos da essencialidade como pedra de toque da seletividade das alíquotas para inibir determinadas condutas pela população. Muito se sabe, hodiernamente, sobre os malefícios trazidos pelo consumo de cigarros. Existe uma crise de saúde causada por esse hábito, eis que o fumo, além de causar dependência, é responsável direto por uma série de doenças crônicas, entre elas a hipertensão arterial e pulmonar. Milhões de brasileiros são atendidos anualmente pelo Sistema Único de Saúde por conta dessas comorbidades causadas pelo cigarro, elevando o gasto público com a saúde.

Intervir nesse microsistema por meio de normas tributárias não é impossível e é utilizado pelo Poder Público. Com efeito, dada o menor grau de essencialidade do cigarro, ou mesmo a sua completa desnecessidade em razão de ser um bem supérfluo, a alíquota do IPI desse bem chega ao patamar de 300% (trezentos por cento), segundo a atual redação da TIPI. Desta feita, o Estado tenta impedir o acesso fácil ao cigarro, tornando-o produto mais caro eis que sua carga tributária é significativamente alta.

4. A SELETIVIDADE DO IPI NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Os contornos da seletividade em razão da essencialidade do produto, no que tange ao Imposto sobre Produtos Industrializados, já foram analisados por diversas vezes no Superior Tribunal de Justiça. Daquele sodalício, obteve-se a célebre interpretação de que enquanto a seletividade é facultativa no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, no que tange ao IPI, a sua observância é **obrigatória**.²⁰⁷

Essa, de longe, é uma das afirmações que mais vinculam o estudo do IPI, e dela derivam inúmeras decisões quanto à valoração das alíquotas previstas na Tabela de incidência sobre produtos industrializados – TIPI.

Sobreleva transcrever parte do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, no REsp n. 1.087.925, que sintetiza a seletividade no IPI:

Por outro lado, em outra linha de argumentação, não se pode olvidar que o IPI é tributo regido pelo princípio da seletividade, nos termos do art. 153, § 3º, I, da Constituição Federal,

206 GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 145.

207 STJ, RMS 28.227/GO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24.3.2009, DJe 20.4.2009.

de modo que suas alíquotas devem, obrigatoriamente, ser reduzidas em virtude da essencialidade do produto e majoradas em face da superfluidade deste. Mais, a própria tabela de incidência do IPI constante no Decreto nº 4.542/02 é fruto de tal preceito, arbitrando alíquotas maiores ou menores conforme a necessidade, a imprescindibilidade do produto para o consumo e para a utilização dos cidadãos.

Dessa forma, mais do que as qualidades intrínsecas e a composição do produto, deve ser considerada, para fins de seu enquadramento e fixação de sua alíquota, a sua destinação, o fim a que se presta. Ora, este é o critério paradigmático nessa seara, o qual permite identificar se um material de consumo serve à própria manutenção da vida de seres humanos ou ao simples prazer e satisfação individual.²⁰⁸

Porém, uma das maiores contribuições do Superior Tribunal de Justiça na questão interpretativa da seletividade diz respeito à caracterização do produto industrializado em si, vez que deve ser verificada a finalidade a que o mesmo se destina para, então, verificar se sobre o mesmo incide o IPI ou outro tributo.

No caso em relevo, a Corte Civil concluiu que a confecção de cartões magnéticos para utilização no sistema de transporte público seria hipótese de incidência de Imposto sobre Serviços, de competência tributária municipal, e não o IPI, uma vez que, a seu ver, a industrialização aí considerada seria absorvida pelo serviço gráfico. Eis a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS DE COMPOSIÇÃO E IMPRESSÃO GRÁFICAS. CONFECÇÃO DE CARTÕES MAGNÉTICOS E DE CRÉDITO INCIDÊNCIA EXCLUSIVA DO ISS. NÃO-INCIDÊNCIA DO IPI. CONCEITO DE PRODUTO INDUSTRIALIZADO. MATÉRIA DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL VIOLAÇÃO DOS ARTS. 96 E 100 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. O conceito de produto industrializado é pressuposto pela Constituição Federal que, como de sabença, utiliza os conceitos de direito no seu sentido próprio, pelo que implícita a norma do art.110 do CTN, que interdita a alteração da categorização dos institutos.

2. Consectariamente, qualificar como produto industrializado aquele que não ostenta essa categoria jurídica implica em

208 STJ, REsp 1.087.925/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 21.06.2011, DJe 30/06/2011.

violação bifronte ao preceito constitucional, porquanto o texto maior a utiliza não só no sentido próprio, como também o faz para o fim de repartição tributária-constitucional.

3. Sob esse enfoque, é impositiva a regra do artigo 153, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, verbis: “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I – Importação de produtos estrangeiros; II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III – renda e proventos de qualquer natureza;

IV – produtos industrializados; (...).”

4. Deveras, a conceituação de produto industrializado encarta-se na mesma competência que restou exercida pela Corte Suprema na análise prejudicial dos conceitos de faturamento e administradores e autônomos para os fins de aferir hipóteses de incidência, mercê de a discussão travar-se em torno da legislação infraconstitucional que contemplava essas categorizações, reproduzindo as que constavam do texto maior.

5. Sobressai, desta sorte, imprescindível a manifestação da Corte Suprema sobre o thema iudicandum, suscitado de forma explícita ou implícita em todas as causas que versam sobre a competência tributária da União, essência manifesta das decisões que tem acudido ao E. STJ.

6. Ademais, a circunstância de o fato gerador vir estabelecido em legislação tributária que não Lei Formal e concluir-se pela inaplicabilidade da mesma, não significa violar os arts. 96 e 110 do CTN, tanto mais que aos mesmos não se referiu o aresto recorrido e por isso ausente o prequestionamento.

7. Recurso especial não conhecido.

(REsp 817.182/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 08/03/2007, p. 170)

É obrigatório falar das posições do Supremo Tribunal Federal quando se fala de interpretação dos tribunais acerca de tributos, já que além de lhe caber a última palavra em interpretação constitucional, o sistema tributário nacional é matéria de cunho constitucional, sendo imperiosa a manifestação daquela corte em diversas situações.

Grande contribuição na discussão das normas indutoras em matéria de Imposto sobre Produtos Industrializados e sua seletividade obrigatória trouxe o julgamento do Recurso Extraordinário n. 592145, em 05 de Abril

de 2017²⁰⁹, em que o Supremo Tribunal Federal admitiu a constitucionalidade da utilização da seletividade o IPI como instrumento de diminuição de desigualdades regionais, numa clara intervenção no domínio econômico por meio de norma indutora.

Nesse julgado, levou-se ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a análise da constitucionalidade do artigo 2º, da Lei n. 8.393/91, cuja dicção previa isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados sobre as saídas do açúcar de cana nas áreas de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE, e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, bem como a possibilidade de redução da alíquota em até 50% (cinquenta por cento) para as saídas realizadas nos estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, desde que para o mercado interno.

Traz-se à baila parte desse julgamento:

Surge constitucional, sob o ângulo do caráter seletivo, em função da essencialidade do produto e do tratamento isonômico, o artigo 2º da Lei nº 8.393/1991, a revelar alíquota máxima de Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI de 18%, assegurada isenção, quanto aos contribuintes situados na área de atuação da Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste – SUDENE e da Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM, e autorização para redução de até 50% da alíquota, presentes contribuintes situados nos Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro” RE 592145, Julgamento de 05/04/2017

No julgamento do agravo regimental em agravo de instrumento n. 729667, de relatoria do Minsitro Dias Toffoli, faz-se alusão ao julgamento do referido RE 592145 pelo plenário do STF, esmiuçando na ementa a possibilidade de utilizar-se o IPI como “instrumento de promoção do desenvolvimento regional e superação das desigualdades sociais”.²¹⁰

Esse julgamento é o melhor exemplo de utilização do Imposto sobre Produtos Industrializados como forma de intervenção no domínio econômico por indução, e sua declarada constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive com a diferenciação de alíquotas pelas regiões em que realizada a operação tributável, converge nessa norma indutora a realização dos objetivos fundamentais da República, insculpidos no art. 3º, da Constituição Federal.

209 Não houve, até a data da apresentação deste artigo, a disponibilização do inteiro teor do Acórdão.

210 STF, AG AI 729667 AgR-AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 01-09-2017 PUBLIC 04-09-2017.

CONCLUSÃO

O Imposto sobre produtos Industrializados é tributo extrafiscal por excelência, sendo permitido ao ente tributante a modificação de alíquotas sem a rigidez constitucional prevista para a maioria dos impostos.

A despeito do engessamento das modificações ágeis no mercado, uma vez que esse tributo está sujeito à anterioridade nonagesimal, o IPI pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro em que for modificado.

A seletividade em razão da essencialidade do produto é princípio de aplicação obrigatória ao imposto sobre produtos industrializados e, por meio dela, a extrafiscalidade se manifesta de forma latente, seja porque estimula determinado setor do mercado, seja porque inibe atividades consideradas nocivas.

O Imposto sobre produtos industrializados é uma arma poderosa para intervir no domínio econômico por meio da indução de comportamentos dos contribuintes e, assim, diminuir desigualdades e promover os objetivos da República. Desta feita, a norma tributária que aumenta ou diminui a alíquota do IPI, que como visto anteriormente, pode ser exteriorizada por meio de Decreto Presidencial, é norma tributária indutora do domínio econômico.

A intervenção no domínio econômico por meio da majoração ou diminuição das alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados é possível, uma vez que a extrafiscalidade é o gênero da qual a indução é a espécie. Sendo o IPI um tributo extrafiscal, a indução de condutas e modificação do mercado é possível com a utilização desse tributo.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da utilização do IPI tanto para intervenção no domínio econômico quanto para diminuição de desigualdades regionais, reforçando o caráter extrafiscal do tributo, de acordo com a Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso de Souza, 2ª ed., 4ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, 2015.

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990

AVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário, 2.ed., São Paulo, Saraiva, 2006

BOTTALLO, Eduardo Domingos. IPI, princípios e Estrutura. São Paulo: Dialética, 2009

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, out 1988.

BRASIL. Lei n. 8.393, de 30 de Dezembro de 1991. Brasília, DF, Dez 1991.

BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. São Paulo: Saraiva, 2016,

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 24^a ed., 2012, livro eletrônico

CARVALHO, Paulo de Barros, Para uma teoria da norma jurídica: da teoria da norma jurídica à regra matriz de incidência tributária. Disponível em: <http://www.ibet.com.br/para-uma-teoria-da-norma-juridica-da-teoria-da-norma-a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-por-paulo-de-barros-carvalho/>. Consultada em 29/11/2017.

ELALI, André. Tributação e Regulação Econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. MP , 2007, p. 105

ESTURILIO, Regiane Binhara. A seletividade no IPI e no ICMS. São Paulo, Quartier Latin, 2008

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 145

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário completo, 6^a ed, Livraria do Advogado, livro eletrônico, 2014

SILVA, Eugenio Nunes. Normas Tributárias Indutoras. Dissertação. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 25 de Maio de 2017. Em <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/22573>, consultada em 27/11/2017.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 32.

TOLEDO, José Eduardo Tellini. O imposto sobre produtos industrializados – incidência tributária e princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 140.

O Niilismo de Nietzsche e a Advocacia Pública

Vitor Hugo Mota de Menezes²¹¹

1. PROPEDEÚTICA

A presente meditação pretende fazer um cotejo entre a teoria desenvolvida por Nietzsche sobre o comportamento niilista e a atividade da advocacia pública em suas multiformes faces e quifazeres institucionais diários distinguidos pela Constituição Federal para o cotidiano da sociedade na contemporaneidade.

Inicialmente, importa esclarecer, que Friedrich Wilhelm Nietzsche, nascido em 15 de outubro de 1844 e falecido em 25 de agosto de 1900, era filho de pastor protestante e como ele mesmo disse em sua obra *ethe homini*, não era alemão. Foi filósofo, filólogo, crítico cultural, poeta e compositor prussiano do século XIX, lugar onde hoje se denomina a atual Alemanha.

Nietzsche escreveu vários textos críticos sobre a religião, a moral, a cultura contemporânea, filosofia e ciência, exibindo uma predileção por metáfora, ironia e aforismo. Suas ideias-chave incluíam a crítica à dicotomia apolíneo/dionisíaca, o perspectivismo, a vontade de poder, a “morte de Deus”, o *Übermensch*²¹² e o eterno retorno.

É bem verde que sua filosofia central se baseia na ideia de “afirmação da vida”, que envolve questionamento de qualquer doutrina que drene uma expansiva de energia, não importando o quão socialmente predominantes essas ideias poderiam ser. Seu questionamento radical do valor e da objetividade da verdade foi foco de extenso comentário e sua influência continua a ser substancial, especialmente na tradição filosófica continental compreendendo existencialismo, pós-modernismo e pós-estruturalismo.

211 Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi di Messina (2018), Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de São Paulo – FADISP (2014), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA (2004), Graduação em Direito pela UFAM (1986). Procurador do Estado do Amazonas. Professor da Graduação e Pós-Graduação do Centro Integrado de Ensino Superior – CIESA. Advogado.

212 Tradução livre: *Além-Homem*, ver: Novo Homem.

Não se pode negar, pela leitura de suas obras, que ideias de superação individual e transcendência, além da estrutura e contexto tiveram um impacto profundo sobre pensadores do final do século XIX e início do século XX, que usaram estes conceitos como pontos de partida para o desenvolvimento de suas filosofias. Mais recentemente, as reflexões de Nietzsche foram recebidas em várias abordagens filosóficas que se movem além do humanismo, por exemplo, o transumanismo.

Sustenta Nietzsche que para fazer justiça à vida é preciso eliminar o pensamento metafísico, porque a pretensão humana de dominar o mundo começa com a procura de uma causa simples para todo fato, fazendo da vida um mundo humano.

Nessa perspectiva, Nietzsche também entende que a moralidade, sobretudo cristã, se estende para os campos políticos e sociais, justamente porque a moralidade cristã, localizada em democracia e socialismo, concebe o trabalho, o rendimento e a produção, assim como a igualdade burguesa de direitos como a única modalidade de instituição de uma sociedade verdadeiramente humana, o que implica, ao menos no plano ideológico, uma condenação moral absoluta da escravidão e da diferença de valor entre homem e homem.

Importa destacar que o filósofo possui um rol extenso de obras escritas, mas as principais compreendem: 1872 – O nascimento da tragédia; 1873 A filosofia na idade clássica dos gregos (publicado postumamente: Verdade e mentira no sentido extra moral; 1878 Humano, demasiadamente humano; 1882 – A gaia ciência; 1883-1885 – Assim falou Zaratustra; 1886 – Para além do bem e do mal; 1887 A genealogia da moral; 1888 – Ecce homo: como me tornei eu mesmo.

Todavia, o que faz com que se busque em sua obra os traços de suas ideias morais, e de sua influência sobre a ética contemporânea, é a frase enigmática por ele lançada em sua autobiografia, que aqui se reproduz: “A questão da origem dos valores morais é, portanto, para mim de primeira ordem porque dela depende o futuro da humanidade”²¹³

Mas é na obra *genealogia da moral e crepúsculo dos ídolos* que se pode penetrar nos traços conhecidos como niilistas, onde o mundo é compreendido como “vontade de poder – e nada além disso”, cujas possibilidades de decisão, que antes questionava-se, surge à revelia do espírito concentrado na alma, concentrado no coração, concentrado no bem, concentrado na virtude.

É justamente diante da vontade “espiritual” engendrada na modernidade ou de seu caráter mais doentio, o niilismo ou o vazio de sentido, que se torna oportuna a pergunta nietzschiana: “se trabalha a serviço de quem?”

213 NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*. Tradução Paulo Cesar Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 131.

Na resposta, Nietzsche conclui: *A degeneração da vida é essencialmente condicionada pela extraordinária capacidade de erro da consciência: ela [a consciência] é menos reificada por instintos e é por isso que ela se engana mais longamente e obscuramente. Medir o valor da existência segundo os sentimentos agradáveis ou desagradáveis dessa consciência: pode-se conceber alguma mais louca extravagância de sua vaidade?*²¹⁴.

A presente meditação segue nesse viés, cujo pensamento niilista será melhor esclarecido no tópico seguinte, e posteriormente, estabelecido um cotejo com a Advocacia Pública, seus princípios, regras e evolução na contemporaneidade.

2. NIETZSCHE E O NIILISMO

O Niilismo é mais fortemente postulado na Idade Contemporânea, em defesa da existência do nada, o filósofo Nietzsche elenca quatro argumentos primordiais da teoria niilista, que consiste: I – nada existe; II – se existe, não pode ser inteligível; III – se inteligível, é não comunicável; IV – se comunicável, é não compreendido. Concluindo: o ser não pode ser fundamentado sob nenhum aspecto. Deste modo, inaugura-se a “filosofia do nada” – o niilismo.

Nietzsche popularizou a expressão Niilismo, não obstante sua originalidade não seja a ele creditada. Certamente quando o termo niilismo é invocado em círculos de discussão sobre a filosofia de Friedrich Nietzsche, dois nomes parecem conjuntamente se apresentar, claro, pela importância que ambos tiveram e ainda têm no recrudescimento da discussão feita em torno da recepção, por Nietzsche, do tema do niilismo: trata-se aqui de Martin Heidegger e Wolfgang Müller-Lauter.

A referência desses estudiosos diz respeito à história da famosa *disputatio* Heidegger-MüllerLauter, especialmente em torno do tema do niilismo, de grande importância para todo iniciante na filosofia de Nietzsche, por constituir um caminho incontornável; talvez mais ainda: tornou-se um ótimo modo de aprender como se deve argumentar, problematizar e, então, transmitir conhecimento em filosofia.

Impende destacar que esse artigo não pretende adentrar nos longos e estreitos corredores desse embate, mas simplesmente tomá-lo (e nesse sentido respeitá-lo) como ponto de partida para uma antiga questão que sempre foi tergiversada pelo direcionamento das pesquisas. A pergunta era a seguinte: por que Nietzsche não teria colocado adequadamente a questão **sobre o sentido do niilismo?** – o que para muitos intérpretes representava o golpe mais radical dado por Heidegger à crítica nietzschiana ao niilismo.

214 NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1985.

A resposta a essa pergunta é saber colocar em questão, não saber problematizar é algo que, no caso da filosofia madura de Nietzsche, soa a um estudioso de seu pensamento acusação gravíssima. No volume segundo da obra sobre a filosofia de Nietzsche, publicada a partir da compilação de suas aulas e seminários, Heidegger é categórico ao afirmar:

Justamente naquilo e por meio daquilo que Nietzsche julga superar o niilismo, a saber, pelo ato de por (*Setzung*) novos valores a partir da vontade de poder, [nisso] apresenta-se apenas o niilismo propriamente. [...] A pergunta (*Frage*) de Nietzsche, o que significa niilismo, é [...] uma pergunta que ainda pensa, por seu lado, de maneira niilista.²¹⁵

Por ter se furtado a um diagnóstico do niilismo como “movimento histórico” do pensamento ocidental na esteira do ocultamento do ser, já que ao invés disso Nietzsche teria apenas pensado o niilismo como mera tendência do pensamento metafísico sustentado por uma autodivinização da razão esclarecida, Heidegger acusa-o de manter pressuposto aquilo que seu pensamento julgava estar problematizando.

Como bem observa MüllerLauter²¹⁶, Heidegger toma como embotecido, antes de mais nada, o modo de perguntar *nietzschiano* pelo sentido do niilismo, justamente porque nele a pergunta pelo ser *como tal* espelhará o modo próprio de perguntar da metafísica, e é nesse sentido que Heidegger afirma, na famosa dissertação *Die seinsgeschichtliche Bestimmung des Nihilismus* (1944-46), que a metafísica *enquanto metafísica* nada mais abrigaria do que um pensamento que pensa de modo niilista, nada mais representaria do que um pensamento que, enquanto pensa o ser *enquanto ser*, pensa-o *enquanto nada* é.

Noutras palavras, Heidegger viria a contrapor, como é sabido, o imobilismo do pensamento do ser *como tal* a uma história fenomenológica, a um modo de perguntar e narrar que se guiaria pelo *vir-a-aparecer do ser*, modelo histórico-descritivo que superaria aquela narrativa metafísica, aquele modo de descrever o ser enquanto *nada* é efetivamente.

Talvez não seja equivocado afirmar que Heidegger se vê forçado, por economia metodológica, a acusar Nietzsche de ocultamento justamente porque ele pensa o ser *como tal*, pensa-o *enquanto vontade de poder*. E aqui novamente Müller-Lauter é bastante preciso ao comentar essa interpretação de Heidegger:

215 HEIDEGGER, M. Nietzsche. 2 Bde. Günther Neske Pfullingen, Fünfte Auflage, 1989, p. 240-1.

216 MÜLLER-LAUTER, W. Heidegger und Nietzsche. Nietzscheinterpretationen III. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000.

Heidegger parte disso, a saber, que Nietzsche entende o niilismo como *Entwertung* dos valores superiores atuais (*der bisherigen obersten Werte*); sua superação do niilismo deve seguir a transvaloração dos valores. O princípio de transvaloração, bem como de todo ato anterior de pôr valor (*Wertsetzung*), é vontade de poder. Com esse princípio, Nietzsche estaria pensando, e esse é o ponto de vista de Heidegger, no ser como tal²¹⁷.

A longa resposta de Müller-Lauter a essa acusação é, a nosso ver, um capítulo ainda pouco explorado pela pesquisa-Nietzsche no Brasil. Evitando discurso laudatório, mas apenas para destacar o rico legado filosófico desse debate, gostaríamos de comentar uma *nuance* dessa supracitada interpretação de Müller-Lauter da interpretação heideggeriana de Nietzsche. Pretendemos retomar aqui, portanto, a própria noção de *Entwertung* (palavra mantida acima, propositadamente, sem tradução) e sua função no argumento de Nietzsche acerca do *significado* do niilismo.

Müller-Lauter sabe muito bem que a assim chamada “*Entwertung* dos valores superiores atuais” é uma das mais decisivas formulações privadas de Nietzsche para o problema do niilismo. No outono de 1887, portanto, na época em que a *Genealogia da Moral* veio à tona, Nietzsche redige, privadamente, a anotação 9[35](27)²¹⁸, que se tornou muito conhecida entre os pesquisadores, mas por outro motivo, qual seja, ela apresenta conceitualmente dois sentidos de niilismo, um passivo e outro ativo. Ele escreve:

1. O niilismo um estado normal.

Niilismo: falta o objetivo, falta a resposta ao “por quê?” o que significa niilismo? – que dos valores superiores se subtrai valor (*daß die obersten Werthe sich entwerthen*).

[...]

ele [o niilismo] põe o valor das coisas nisto, a saber, que ao valor não corresponderia e [não] corresponde qualquer realidade, mas sim apenas um sintoma de força do ato de pôr valor (*Werth-Ansetzung*), uma simplificação para fins da vida (*eine Simplification zum Zweck des Lebens*).²¹⁹

217 Ibidem, p.280.

218 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999.

219 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p. 350-2.

Uma longa parte foi subtraída, talvez a mais conhecida, como dito, aquela na qual Nietzsche explicita os dois sentidos de niilismo, passivo e ativo, e o motivo disso é simples: nossa atenção está direcionada aqui para interpretar e traduzir o verbo *entwerthen*, a fim então de contextualizá-lo com nosso argumento. A razão pela qual não se optou pela simples versão do vernáculo para o nosso *desvalorizar* é que Nietzsche não pensa meramente no processo de rebaixamento, de depreciação dos valores superiores, como nos parece sugerir o verbo *desvalorizar*. O que Nietzsche parece dizer é que, do *ponto de vista do niilismo*, para que algo *engendre valor-niilista é preciso, antes de mais nada, subtrair-lhe todo e qualquer valor*, e é exatamente a isso que Nietzsche chama de “estado normal”.

O estado normal, um estado no qual tudo se encontra como que convencionalizado, pois tudo ali seria “usual” – tal estado é aquele no qual a perspectiva niilista, de modo paradoxal, *põe valor justamente ao subtrair o valor posto por um outro ato*, ao qual Nietzsche denomina ali “superior”. Pelo menos desde *Para Além de Bem e Mal*, especialmente na seção 224, Nietzsche já defendia que nenhum valor pode ser pensado em separado da força que o põe; nenhum ato de valorar pode prescindir de uma afeto de comando que, para se apropriar do objeto, nomeia-o, interpreta-o, confere-lhe sentido segundo seus próprios interesses e desígnios. Nietzsche, aliás, teria chamado isso, no caso exemplar da seção 2 da primeira dissertação da *Genealogia da Moral*, de “direito senhorial” do tipo nobre²²⁰.

Ora, no próprio corpo do apontamento póstumo supracitado, Nietzsche vai aos poucos adicionando material àquela primeira hipótese, qual seja, que o sentido do niilismo é o sentido dos valores adquiridos via *ato de subtração da realidade de um valor posto pelo tipo nobre*, pois é a isso que denomina, a nosso ver, *Entwertung*. Ele afirma que o niilismo não consiste em um movimento que simplesmente “puxa para baixo” o que é superior, antes, consiste em um ato específico de “por valor (*WerthAnsetzung*)”.

Aqui, claramente, cabe se perguntar: ora, mas como se dá o ato de pôr valor niilista, como ele valora, interpreta, dá sentido, com o intuito de se apropriar de algo dito “superior”?

Num primeiro momento, a resposta parece ser genérica, ele afirma que o ato de valorar niilista, enquanto *subtração daquilo que há de superior numa valoração*, representa a extração da realidade do valor, e no aponta-

220 “(Das Herrenrecht, Namen zu geben, geht so weit, dass man sich erlauben sollte, den Ursprung der Sprache selbst als Machtäusserung der Herrschenden zu fassen: sie sagen “das ist das und das”, sie siegeln jegliches Ding und Geschehen mit einem Laute ab und nehmen es dadurch gleichsam in Besitz.)” NIETZSCHE, F. *Genealogie der Moral* 2, KSA 5, p. 260.

mento, havia exemplificado isso por meio dos seguintes valores-conceitos: “verdade em si” e “coisa em si”²²¹.

De modo reiterado, ele sustenta lá que “não há propriedade absoluta das coisas”, e isso, parece-nos, mostra mais precisamente o que para Nietzsche significa subtrair a realidade do valor, a saber, que algo engendra valor por meio de um *ato que visa a atemporalizar o valor de algo*. O que significaria então subtrair a temporalidade de um valor conferido a algo (por exemplo, quando aquele que põe valor concebe algo com valor “em si”)?

Não precisamos ir longe para encontrar uma resposta. Nietzsche trata desse tema na mesma série de anotação póstuma citada, a de número 9[40] (30). Na mesma série do caderno de anotações do outono de 1887, portanto, ele ataca a hipótese de acordo com a qual *sentidos ou significados em si* têm que ser pensados seguindo este pressuposto, a saber, têm que ser pensados enquanto propriedades “totalmente separadas da interpretação e da subjetividade”.²²² Com isso ele quer dizer que todo “em si” supõe, antes de mais nada, um estar-fora de uma série de interpretações ou avaliações historicamente determinadas, e que isso seria, conclui no apontamento 9[40](30), uma “hipótese totalmente inútil”. Cito um trecho central desse apontamento:

Estar-se-ia supondo que o interpretar e o ser-subjetivo não seriam essenciais, que uma coisa, desprendida (*gelöst*) de todas as relações, seria ainda uma coisa.²²³

A irritação de Nietzsche com a adjetivação “em si”, terminologia para um (suposto) valor subtraído de temporalidade, parece ser uma irritação causada por *não entender* como algo poderia, sendo uma interpretação, supor-se fora de toda e qualquer ação de interpretar, fora de todo e qualquer ato de dar sentido, de um sentido que se supõe *neutro ao ato (temporal) de significar*. Não estamos querendo dizer com isso que Nietzsche está aqui simplesmente anulando a interpretação daqueles que supõem que algo possa engendrar valor de modo *neutro*, independente de outros modos de valorar, independente de circunstâncias e condições *no tempo*, independentemente de qualquer série historicamente determinada de valor. Antes, Nietzsche, a nosso ver, busca *entender por que eles entendem assim e não de outra maneira o ato de interpretar*. Em suma: o que sua interpretação quer

221 “Daß es keine Wahrheit giebt; daß es keine absolute Beschaffenheit der Dinge, kein Ding an sich giebt”. KSA 12, 9[35] (27), pág. 352.

222 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, 352.

223 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p.353.

mostrar é, antes de mais nada, que todo ato de pôr valor que supõe o valor para além da *esfera subjetiva*, portanto, além (ou aquém) de uma série de interpretações, é um ato orientado também por uma “vontade de interpretação”, mas uma que se *orienta pela neutralidade axiológica do próprio interpretar*²²⁴.

O problema da atemporalidade do valor, que Nietzsche havia sugerido no citado apontamento póstumo a partir da problematização do “valor absoluto”, isto é, problematização do valor incondicionado pretendido por uma interpretação – tal problema da atemporalidade do valor faz do niilismo, enquanto um estado sob o qual os valores parecem ter adquirido certa estabilidade, inequivocidade de sentido, a rota principal do pensamento ocidental para seu mais decisivo golpe contra todo ato superior de valorar, qual seja, a exigida neutralidade axiológica por parte daquele que interpreta. Ora, vários são os “tipos psicológicos” caracterizados por Nietzsche nesse contexto, mas um em especial nos interessa aqui: o “tipo cientista”.

Isso, aliás, aparece no apontamento 9[35](27), anteriormente citado, que trata do significado do niilismo enquanto *Entwertung*: o ato de pôr valor pelo niilismo, enquanto ato de *subtração* do valorado de contextos interpretativos, de domínios semiológicos, em suma, enquanto subtração da coisa valorada de sua história, representa, aos olhos de Nietzsche, um sintoma de força *desse que interpreta assim*, pois representa um modo de apropriação por parte daquele que coloca o valor *dessa maneira*. Com efeito, também a subtração das condições nas quais um valor surgiu, cresceu e se estabilizou é um ato de apropriação, um querer-poder, justamente porque Nietzsche visualiza por detrás desse ato da *Entwertung* o mais sutil e refinado modo de se apoderar de algo, qual seja, por meio de modos de interpretar e valorar que fossem considerados absolutos, incondicionados, em suma, imunes a contextos e condições históricas²²⁵. E é sob esse aspecto que Nietzsche procura sempre *tipificar* o niilismo na figura de um intérprete, na figura de *alguém que põe o valor nas coisas supondo-o neutro nesse ato* – exemplarmente, o cientista.

Talvez o encaminhamento dado por nossa inflexão já tenha levado o leitor a conceber o “tipo cientista”, como figura decisiva dessa personificação. O tema do ascetismo parece convergir com o tema do niilismo da consciência científica justamente nesta direção, a saber, da suposta neu-

224 Partilhamos conscientemente da noção, tal como criticada por Max Weber, de *Wertfreiheit*. Cf. WEBER, Max Die ‘Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. Johannes Winckelmann, Tübingen 1988.

225 Consultar, sobre esse tema, a seguinte série de apontamentos póstumos: KSA 12, 2[148]; 12, 2[149]; 12, 2 [150] e 12, 2 [151]. Estes são fundamentais para o argumento ora apresentado.

tralidade axiológica reivindicada pelo discurso do cientista; mas Nietzsche sabia muito bem de um outro detalhe: a neutralidade também teria sido reivindicada pelo discurso metafísico, e é sob o pressuposto da neutralidade axiológica – o ato de pôr valor em si – que ambos os discursos poderiam ser aproximados.

Resta ainda, explicar esse ponto, pois aqui reside uma das mais decisivas apostas de Nietzsche nas obras de maturidade: a noção de ciência do século XIX, a orientação positiva do conhecimento, não representa a superação da metafísica, tal como julgava seu fundador, Auguste Comte, mas sim a superpotencialização de seu ideal: a ciência positiva quer a verdade a qualquer custo, *quer* a “verdade como valor em si” – assim soa a clássica afirmação de Nietzsche na seção 24 da terceira dissertação da *Genealogia da Moral*. A ciência alcançaria então a verdade do discurso, a certeza do saber justo ali onde o resultado esperado pelo método é *isento*, ali onde o resultado encontra-se livre de determinações de contextos, circunstâncias, perspectivas, para além de todo e qualquer “aspecto subjetivo”.

Arriscaríamos a afirmar – já que não nos esquivamos a nos comprometer – que o esforço de Nietzsche para decifrar esse paradoxal movimento da cultura europeia inicia-se, com argumentos e objetivos bem delineados, em *Para Além de Bem e Mal*. Seriam muitas as passagens que poderíamos aqui citar que ilustrariam todo o empenho do filósofo para não ceder à sedução niilista, pois, como narra uma famosa passagem inicial dessa obra, a filosofia antes de mais nada é um saber colocar bem a pergunta pelo “em si” de um valor, pela sua autoevidência; filosofar, nesse caso, é saber muito bem quem é Édipo e quem é a Esfinge. Acusar sem mais o pensamento nietzschiano de embotamento ante o “saber por em questão”, ante o “saber bem perguntar”, parece-nos ser simplesmente um *argumentum ad hominem*, pois ataca justo aquilo que constitui a principal fonte energética de sua filosofia madura: *a coragem para o questionar a vontade de verdade, a coragem para radicalizar a experienciada consciência ascética no campo da ciência, a coragem para uma vivência crítica do niilismo*.

Como dito, não seria difícil encontrar em *Para Além de Bem e Mal* os pilares desse projeto de crítica da consciência científica. Por exemplo, na seção 22 de *Para Além de Bem e Mal*, quase sempre a polêmica do “filólogo” Nietzsche com a ciência positiva da natureza é concebida pelos estudiosos de seu pensamento como disputa epistemológica, como se Nietzsche apontasse para a idiosincrasia da interpretação da ciência positiva da natureza ao tomar como “dado”, como um “texto”, a existência de uma *adequação* dos eventos naturais a leis do conhecimento. Cito Nietzsche sobre isso:

Que me sejam concedidas desculpas por ser um velho filólogo, que não pode abrir mão da maldade de colocar o dedo em más artes de interpretação: mas aquela “regularidade da natureza” da qual falam os físicos de modo orgulhoso, como se – [isso] existe apenas devido às interpretações deles e à sua “filologia” ruim, – ela [a regularidade da natureza] não é um fato (*Thatbestand*), não é “texto”, antes apenas um arranjo e distorção de sentido ingênuo e humanitário, com os quais, satisfatoriamente, abriram concessões aos instintos democráticos da alma moderna!²²⁶

Que Nietzsche estivesse pensando numa concepção de ciência vinculada ao poder político de sua época, muito provavelmente a *Real Politik* de Bismarck, só isso pareceria desautorizar aquela compreensão de viés estritamente epistemológico, dominante, aliás, praticamente em todas as intervenções dos intérpretes neste primeiro capítulo de *Para Além de Bem e Mal*.²²⁷ Nietzsche fala como filólogo, como “velho filólogo”, para que o leitor não confunda sua antiga arte de interpretação com a “moderna”, com a má filologia; a dizer, para que o leitor não confunda sua arte filológica com “ciência”.

O ponto de embate encontra-se, a meu ver, no estatuto autoevidente, “factual”, que a perspectiva correspondencial (a adequação da natureza a leis do conhecimento) tem para o saber científico. Que os cientistas possam divergir acerca dos modelos teóricos que explicam tal correspondência, eles jamais duvidariam *do fato dessa correspondência*, isto é, da factualidade de leis da natureza, e disso é testemunho o *Discurso Sobre o Espírito Positivo* de Auguste Comte²²⁸. Ou tais leis naturais são tomadas como “dadas”, ou o próprio conhecimento “científico” (positivo) da realidade seria inviabilizado.

Todavia, a “maldade” do velho filólogo Nietzsche não consiste numa simples rejeição do valor epistêmico que os cientistas supõem em seu conhecimento da natureza, mas antes na realidade que eles pretendem acessar

226 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p.35.

227 Por exemplo, consultar: BURNHAM, D. *Reading Nietzsche. An Analysis of Beyond Good and Evil*. Stocksfield 2007. ACAMPORA, C. Davis and PEARSON, K. Ansell. *Nietzsche's Beyond Good and Evil. A Reader's Guide*. London 2011. LAMPERT, L. *Nietzsche's Task. An Interpretation of Beyond Good and Evil*. New Haven 2001. SCHACHT, R. (ed.). *Nietzsche's Postmodernism. Essays on Nietzsche's Prelude to Philosophy's Future*. Cambridge 2001.

228 “O princípio da invariabilidade das leis naturais só começa realmente a adquirir alguma consistência filosófica quando os primeiros trabalhos verdadeiramente científicos puderam manifestar exatidão essencial a respeito de uma ordem inteira de grandes fenômenos, o que só poderia resultar, de modo suficiente, da fundação da astronomia matemática, durante os últimos séculos do politeísmo. (...) Um primeiro esboço especial do estabelecimento de leis naturais em relação a cada ordem principal de fenômenos foi, em seguida, indispensável para conferir a tal noção essa força inquebrantável que começa a apresentar nas ciências mais avançadas”. In COMTE, A. *Discurso sobre o espírito positivo*. In “Coleção Os Pensadores”. Trad. José Arthur Giannotti. Abril Cultural, 1978, pág. 50.

supondo tal e tal modelo explicativo (a “regularidade da natureza”) *como dado*, como algo que valeria *independentemente de uma série determinada de interpretações*.²²⁹

Tal como em muitas outras passagens de *Para Além de Bem e Mal*, o que está sendo colocado em questão aqui não é o estatuto epistêmico que a ciência pode ter de uma certa realidade, mas o estatuto de um certo modo de interpretar dominante, um certo modo de avaliar a realidade que se supõe *dado*, que se supõe um “texto”, que não pode ser, ele próprio, interpretado. É aí que o dedo do velho filólogo toca com certa maldade, a saber, quando a própria adequação da natureza a leis pretende ser um paradigma científico não passível de interpretação; quando algo passa a valer como *dado*, como um *fato* para o pensamento: eis o exato momento em que a ciência tiraniza, o momento em que ela exerce seu mais forte poder sobre o pensar, ali onde a regularidade da natureza torna-se um valor auto imune à própria reflexão. “Assim é que vocês querem [...]”, afirma Nietzsche na seção 22, “e por isso ‘viva a lei natural!’ – não é verdade?” O tom já é de polêmica, pois visa a problematizar justamente a suposta *ininterpretabilidade* das “leis da natureza”, busca problematizar tudo aquilo que para a ciência vale como “fato”. A ciência como má filologia é a metáfora arranjada por Nietzsche em *Para Além de Bem e Mal* com um intuito claro: *ele almeja diagnosticá-la a partir de seus supostos ininterpretáveis pressupostos*. A ciência seria um tipo de interpretação que não se quer deixar interpretar como tal, isto é, como saber que carece de pressupostos, e a suspeita de Nietzsche é de que isso ocorra exatamente para camuflar as intenções de dominação presentes em seu suposto discurso imparcial.

Numa anotação póstuma de maio-julho de 1885, portanto, preparatória a *Para Além de Bem e Mal*, Nietzsche já havia procurado compreender mais a fundo como a ciência se tornou o modo mais eficaz de reivindicação de poder pelos saberes na modernidade, isto é, como ela veio a ser um modo de interpretação dominante.

Superstição sobre os filósofos confusão com o homem *da ciência*. Como se os valores estivessem enfiados nas coisas e se tivesse apenas que fixá-los. Em que medida eles investigam sob valores *dados* (seu ódio pela aparência, corpo etc.) (...) Por fim, a confusão vai tão longe que considera-se o darwinismo como filosofia: e atualmente o domínio é do homem *cientí-*

229 Nietzsche argumenta claramente a favor desta tese na seção 14 de *Para Além de Bem e Mal* quando escreve: “Es dämert jetzt vielleicht in fünf, sechs Köpfen, dass Physik auch nur eine Welt-Auslegung und Zurechtlegung (nach uns! mit Verlaub gesagt) und nicht eine Welt-Erklärung ist!”. KSA 5, p. 28.

fico. Também os franceses [...] examinam ou julgam examinar sem já ter uma medida de valor. Prostrar-se diante dos ‘fatos’ um tipo de culto. Na verdade, eles *aniquilam* as avaliações morais dominantes. *Esclarecimento* desse mal-entendido: o dominante surge raramente, ele mal-interpreta a si mesmo. *Quer*, por isso, repelir de si a, e se capacitar à (*in die Umstände setzen*), autoridade. (...) Com Schopenhauer, começa a ficar clara a tarefa do filósofo, que trata de uma determinação do valor (...).²³⁰

O texto é escrito de maneira solta, sem qualquer atenção para a pontuação e estilo. Preferimos traduzi-lo assim, com sintaxe por vezes truncada, mantendo o caráter privado de sua escrita. Todos os pontos abordados nesse apontamento foram tematizados em *Para Além de Bem*, obra publicada em 1886, e isso não seria difícil demonstrar. Mas nossa pretensão aqui é bem mais modesta: pretendemos apenas compreender melhor a convergência feita por Nietzsche nesse apontamento entre ciência = fato = valor = autoridade.

Primeiro, é mister compreender o que Nietzsche pretende apresentar como noção de “fato”, pois isso é decisivo para se entender o apontamento no geral. O conceito “fato”, no caso dos “franceses” (a filosofia de Auguste Comte), parece apresentar, numa definição geral, o *conjunto de uma realidade natural e/ou socialmente observável*, ou seja, o domínio dos objetos de análise estritamente científica. A contar por essa concepção de “fato”, que se desprende do contexto positivista, uma caracterização comum, que seria aceita por diversas correntes positivistas especialmente no século XIX, é a de que “fato” emprestaria sentido para uma realidade anterior a qualquer intervenção epistêmica, um conceito para algo, por um lado, não redutível simplesmente à experiência imediata, como objeto isolado dos sentidos, mas que por outro jamais pode ser considerado para além de uma constatação empírica.

Ora, é justamente nesse caso que estar-se-ia tratando aqui da noção de “fato” *como um substrato imediatamente neutro a domínios de interpretação, tal qual uma realidade neutra de valor e sentido historicamente determinados*, pois, enquanto “dado”, enquanto imune a contextos de valores pré-determinados, o “fato” é a noção para o *tornar possível* qualquer interpretação científica da realidade exterior, uma noção, supostamente extra-valorativa,

230 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p.530-531.

para o condicionamento de toda reivindicação do pensamento que vise a acessar, por meio de interpretações, o real “cientificamente”. É como se, para entender o estatuto científico de um “fato”, fosse preciso *pressupor* o próprio fato como objeto (fenômeno) da ciência.

Ao falar de um “culto ao fato”, Nietzsche quer chamar atenção para isto: *o fato, tal como o concebe a ciência (positiva) no oitocentos, tem que ser, num primeiro momento, imune a domínios de interpretação, para então possibilitar interpretações que ofereçam valores às coisas de modo isento, por isso, com grau de certeza e exatidão.* A noção positiva de conhecimento, enquanto um saber que, restringindo-se à observação do conjunto da *realidade dada, factual* (o que é condição de todo experimento nas ciências positivas), alcança metodicamente resultados que podem ser previamente demonstrados – tal noção pressupõe, aos olhos de Nietzsche, que um discurso poderia interpretar a realidade “sem já ter uma medida de valor”. Sob esse aspecto, a noção de “fato”, o sentido próprio de “fato científico” é o conceito decisivo para a neutralidade axiológica nas ciências, e é nessa direção que Nietzsche pretende *dar um valor* para esse modo de julgar científico que se pretende imparcial quando julga. Longe de uma avaliação ingênua, o que Nietzsche parece querer destacar é que, justo pela neutralidade axiológica, o discurso científico adquiriu seu mais forte poder, sua incontestável “autoridade”.

Com a frase citada nesse último apontamento: “Quer, por isso, repelir de si a, e se capacitar à (*in die Umstände setzen*²³¹), autoridade”, Nietzsche aponta para um jogo de forças, um jogo no qual discursos fixam raízes no universo linguístico de uma cultura: pela neutralidade axiológica, o discurso científico pretende *repelir qualquer tentativa de dominação* ao pretender repelir qualquer tipo de parcialidade no julgamento da realidade. Ora, mas é justamente aí que se encontra sua maior força de dominação. Essa dominação se dá, portanto, ali onde o discurso supostamente “livre de *um valor*”, “livre de elementos subjetivos”, pretende repelir qualquer outro acesso ao real, o que quer dizer, qualquer outro modo de interpretação. Esse parece ser o ponto nevrálgico do diagnóstico feito por Nietzsche na seção 204 de *Para Além de Bem e Mal*, onde trata do surgimento do “tipo cientista” a partir do “tipo erudito”, e isso pelo embotamento, na Europa, do espírito histórico.

Em especial, é o olhar dessa mixórdia de filósofos, os quais intitulam-se “filósofos da realidade” ou “positivistas”, que lança perigosa desconfiança na alma de um jovem e ambicioso erudito: sim, eles são, no melhor dos casos, os próprios eru-

231 Tradução livre: circunstâncias.

ditos e especialistas, basta tocar para ver! – sim, eles todos são homens superados e *submetidos* ao domínio da ciência, homens que quiseram mais de si num certo momento, sem ter razão a esse “mais” e sem ter responsabilidade para isso – e eles agora, de modo respeitável, colérico, vingativo, representam, em palavras e ações, a *descrença* na magna tarefa e na soberania da filosofia. Afinal: como poderia isso ser diferente! A ciência floresce hoje e, amplamente, tem boa consciência moral na história, porquanto aquilo que fez com que toda filosofia mais contemporânea afundasse gradualmente nos dias de hoje, esse resto de filosofia de hoje, produz viva desconfiança e frustração, quando não escárnio e compaixão para consigo mesma. Filosofia reduzida à “teoria do conhecimento”, isso de fato nada mais é do que epouquismo e teoria da abstinência (...)²³².

Por pretender tornar a relação entre aquele que interpreta e objeto de interpretação independente de domínios historicamente determinados de valor é que o discurso científico se tornou a forma mais forte de valorar, bem como a mais perigosa – e aqui o tema do niilismo, com o qual iniciamos, pode ser, pouco a pouco, recuperado: se a ciência oitocentista não pode escapar ao fato de que ela mesma apresenta *uma* interpretação da realidade, de que ela é *um modo de valorar que se tornou dominante*, isso tornaria ainda mais complexa a *medida* por meio da qual ela valoriza, a medida por meio da qual ela dá sentido ao mundo.

Mas por que uma medida perigosa? A resposta não é simples: *que ela tenha se tornado a atual medida de todas as coisas, recorrendo, para tanto, à neutralidade axiológica, isso implica também em dizer que ela mesma, a ciência, é o sentido dessa medida, e é nisso que consiste seu mais sorrateiro ideal*. Se nada pode ser “neutro a valor”, como quer Nietzsche, no que consiste, do ponto de vista do ato de valorar, um discurso que domina justo porque se coloca como isento, como um discurso neutro a valores historicamente determinados? Na *negação a valorações temporalmente determinadas*, aquelas que pertencem a uma série de interpretações, residiria o motivo pelo qual o *sentido* oferecido pelo discurso científico dominante *nada precise conter de real*.

Que sentido o discurso científico então busca dar quando subtrai do ato

232 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p. 131-132.

de valorar a própria realidade, sua temporalidade? Talvez Nietzsche responderia assim: *ele visa exclusivamente a impor seu próprio discurso como critério ideal para todo e qualquer ato de dar sentido, todo e qualquer ato de valorar*. O que se valora, o que se interpreta, quando se valora, quando se interpreta, quem e sob que condições valora e interpreta... *nada disso faz sentido*. Enquanto medida para todo e qualquer valor, a ciência almejava apenas ser o valor dessa medida, trata-se de um discurso que *quer ser sentido-único para valores em geral*, tornando-se, portanto, uma espécie de “sentido absoluto”, “sentido imune” a sentidos reais, históricos, temporais, até um grau em que esse “sentido” para todo e qualquer dar sentido possa significar *o que propriamente não existe, o que nada é*. Ora, isso, na verdade, é o que o próprio Nietzsche *literalmente* escreve em um apontamento do final de 1887 – início de 1888, denominado *crítica do niilismo: o niilismo como estado psicológico deverá aparecer primeiramente quando nós procurarmos em todo acontecer um “sentido” que aí não existe*.²³³

Partindo de tais premissas talvez se torne mais clara aquela formulação que no início frisamos, qual seja, o niilismo como *ato de subtração da realidade do valor*. Quando o ato de valorar, bem como a própria coisa valorada, são concebidas para além de domínios de interpretação (como “algo em si”), isso não quer dizer que o valor posto por tal ato seja epistemologicamente mais exato, correto, mas apenas que tal ato é *dominante* justo por ter alcançado suprema autoridade, isto é, por não se permitir interpretar, portanto, ser problematizado, questionado, criticado.²³⁴

Isso traria à tona uma importante implicação: apesar de não existir algo que possa conter significado em si, isso não implica numa rejeição ao ato que procura dar sentido a algo que não existe, que procura em todo acontecer um sentido que ali não existe.

Pelo contrário, pois justo aí Nietzsche busca decifrar o ato niilista de valorar *como* interpretação; que aquilo que se pretende significar pelo ato de valorar niilista não exista efetivamente, isso não quer dizer que algo ainda não permaneça aí “existente”, a saber, o próprio ato de significar, pois, na verdade, é ele próprio que se *impõe* como o que há de real quando *põe valor* em algo que não existe.

A interpretação ou valoração niilista, é um tipo de interpretação cujo

233 NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p.46.

234 Isso é literalmente afirmado por Nietzsche na seção 3 do novo prefácio a *Aurora*. “(...) in Gegenwart der Moral soll eben, wie Angesichts jeder Autorität, nicht gedacht, noch weniger geredet werden: hier wird — gehorcht! So lang die Welt steht, war noch keine Autorität Willens, sich zum Gegenstand der Kritik nehmen zu lassen; und gar die Moral kritisieren, die Moral als Problem, als problematisch nehmen: wie? war das nicht — ist das nicht — unmoralisch? —” NIETZSCHE, F. *Morgenröthe*, Vorrede 3. KSA 3, p. 12.

sentido atribuído por seu ato vale *simplesmente na busca de sentido*, isto é, quando esse modo de dar sentido torna-se, ele próprio, “o objetivo”, torna-se um “ideal”, e isso, mesmo para o caso de o *sentido oferecido por tal interpretação não conter qualquer realidade*, já que para Nietzsche esse sentido para um sentido sem realidade, literalmente, é sim um sentido existente, é um *sentido de nada*.

Ora, com essa perspectiva nos aproximamos novamente da significação de Nietzsche do niilismo como *Entwertung*, como *ato de subtração daquilo que há de real numa valoração*, como ato de extrair não o valor da própria da realidade, mas de conceber a “realidade”²³⁵ como campo infértil para a origem dos valores que devem dominar, o que vale dizer que o próprio ato da *Entwertung* se torna não um valor, mas sim o *sentido de valor*, e que esse sentido, no fundo, tem que convergir com a autoridade do discurso que o põe (no caso, o discurso científico), tornando-se ele o próprio sentido (único) de qualquer medida de valor.

Percebe-se então, que foi Nietzsche quem popularizou o termo niilista, conhecido e estudado por todos os filósofos que o precedeu. Um dado importante sobre esse aspecto, pode ser encontrado na obra “Assim falava Zaratustra”, onde o autor fornece algumas chaves do conhecimento para entender a expressão e a obra. É bem verdade que o termo na concepção de Nietzsche mudou de sentido com um detalhe, ele não diz que alterou o alcance do conceito e somente os iniciados em Nietzsche sabem dessa particularidade.

Na concepção original, o que o filósofo chama de niilista é justamente aquele que pauta a vida por valores, aquele que tem princípios e vive de acordo com esses princípios.

No entanto, atualmente, no Brasil quando se fala em crise dos valores, o que se está dizendo é que a nossa sociedade tende ao niilismo, à erosão dos valores, o que *Lipovetsky* chama de Crepúsculo do Dever²³⁶. Desse modo significa dizer que você vai “deixar a vida lhe levar...” e segue segundo o paradigma de Zeca Pagodinho, ou de Skank, desconsiderando os princípios ou valores superiores.

Como se vê, essa segunda concepção é bem diferente do sentido Nietzscheano, posto que, não obstante seja um abandonar da possibilidade de se decidir o rumo de sua vida, se tem alguns valores, só transfere para o acaso o rumo dela e não se tem responsabilidade com o futuro.

É justamente por isso que Nietzsche dividiu o niilismo em negativo,

235 Recorde-se que Nietzsche cita em *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999, p. 530-31 o corpo, a aparência como exemplos de tais “realidades”.

236 LIPOVETSKY, Gilles. A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005.

reativo, passivo e ativo. O negativo como o próprio nome sugere, nega o mundo em nome dos valores, cria outros mundos para poder suportar este se esta ordem terrena o faz sofrer. O reativo traz a figura do homem capitalista dando um passo adiante, ignorando a verdade fora deste mundo, mas acreditando numa verdade metafísica constituída por um mundo melhor. Já o passivo traduz-se no esgotamento da vontade de potência, onde o homem tem cada vez menos capacidade de afirmar-se, passando para o *nada* de vontade. Enquanto que o ativo caracteriza-se pela negação do próprio niilismo, matando a vontade de potência numa negação das próprias forças reativas.

Mas o que a concepção niilista tem a ver com a Advocacia Pública? É o que veremos no tópico a seguir.

3. O NIILISMO E A ADVOCACIA PÚBLICA

Depois de 1988 a Constituição Federal estabeleceu um novo parâmetro e balizou o atuar na defesa da Fazenda Pública e do erário.

Ocorre que, na condição de agente político o Advogado Público não mais é caudatário das decisões do Poder Executivo, mas sim, seu orientador. Justamente por isso é que hoje, agentes da Defensoria Pública, Procuradorias Estaduais, Ministério Público dos Estados e até Ministério Público de Contas estão protagonizando na vida pública suspendendo contratos e até interrompendo obras em substituição ao Executivo, e muitas vezes atuando sem o *place* do Poder Judiciário, como se autônomos fossem em afronta a usurpação de competência. Parafraseando Mayacovisk²³⁷ pode-se dizer que *um dia impugnaram contas glosaram despesas sem oitiva do parlamento e não fizemos nada, hoje interrompem obras, quebram contratos, suspendem licitações e já não podemos dizer nada, porque não falamos naquela época.*

Tudo isso foi para dizer que se não retornarmos a Constituição aos eixos estaremos brevemente caudatários dos mais afoitos. E como isso seria possível? Cumpramos a Constituição, nas palavras de Clèmerson Cleve²³⁸. Nada mais que isso. Contudo, para que isso se efetive, não se pode atuar de forma niilista e preguiçosa, porque senão se estará abrindo mão das competências procedimentais constitucionalmente recebidas.

A advocacia pública deve ser proativa, usando as ferramentas que a constituição disponibiliza sem abdicar de nenhuma, sem medo e sem temor reverencial aos demais agentes políticos. Não se pode abrir espaços

237 COSTA, Eduardo Alves da. No caminho, com Maiakóvski. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. (Poesia brasileira)

238 CLEVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro (Org.). 3 volumes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

aos entes periféricos e residuais da Constituição e nem abandonar a missão institucional da Advocacia Pública pela teoria do dado, do comodismo, dos modelos padrões confortáveis esquivando-se das responsabilidades e do compromisso que o “novo” atrai.

Além disso, maior acomodação ainda tem sido as concessões de férias em dobro sem previsão legal, auxílio viagem, de preferência internacional auxílio moradia e vai por aí em fora, sem que se tenha a contrapartida institucional. Isso seria legal se direito não gerasse custo.

Nesse ponto, cumpre destacar a obra de recomendação obrigatória às carreiras jurídicas de dois autores norte americanos chamados *Stephen Holmes* e *Cass Sunstein*, intitulada *The Cost of Rights* onde se discute o custo do direito²³⁹.

Na obra, os autores em uma sociedade menos dependente das instituições trabalham esse tema de uma forma cruenta e sem eufemismos, o que talvez, a Advocacia Pública esteja precisando refletir no seu atuar para sair da inércia, voltando-se para a proatividade sob pena de num período não muito distante as Procuradorias fecharem as portas e a Advocacia Privada assumir com uma placa na porta dizendo *aqui jaz o advogado público e que Deus tenha misericórdia*.

Ademais, essa acanhada meditação se propõe a fazer com que se olhe o novo com o olhar do novo e não com o olhar do velho. Como bem leciona Streck²⁴⁰:

“Nessa linha de raciocínio, um novo modelo de Direito foi inaugurado, mais dinâmico, mais comprometido com a transformação social. Sendo assim, a atuação do Direito não pode continuar engessada por moldes antigos de interpretação que somente ensejarão a recusa da história e da realidade social. **“Como se pode olhar o novo, se o novo não pode ser concebido como novo?”** (sem o destaque no original).

É que, como mencionado alhures, a Constituição Federal de 1988, produto de anseios plurais da sociedade em movimento, quando trouxe em seu bojo novas visões, novas bases sobre as quais se assentam a ordem jurídica. Traduz-se na materialização de um novo pacto social entre Estado e Sociedade, implementado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo.

Por esse viés a instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via

239 HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Righth*. New York: Norton Paperback, 2000.

240 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

de consequência, um novo modelo de Direito, de sociedade e de Procuradoria. Nessa ordem, a emergência de um novo paradigma do Direito e, mais especificamente, do Direito Constitucional, apresentou-se ao mundo jurídico rompendo com a dogmática, com a proposta de novas visões, reflexões e interpretações do Direito.

A comunidade jurídica já não nega o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos. Depara-se com a rejeição ao formalismo, bem como com a proposta de métodos mais abertos ao raciocínio jurídico, tais como ponderação e argumentação, aceita de forma geral, a reaproximação entre Direito e Moral. Tais mudanças, antes improváveis, inaceitáveis e até impensáveis, hoje causam a transformação da comunidade e do próprio Direito, trazendo vários questionamentos e com variadas possibilidades de respostas.

Nesse prisma é que o texto constitucional se utiliza de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. Diante desse quadro plurissêmico, a presente resposta apresenta reflexões sobre os caminhos apontados no documento fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à normatização da Advocacia Pública, mais especificamente da Procuradoria do Estado.

Cabe ressaltar, neste ensejo, que a reflexão toma por base a função última, essencial do Estado, e não as periféricas, cujo Estado e seus agentes devem pautar todo o seu atuar nos objetivos fundamentais e respeitar os princípios também fundamentais insertos nos primeiros artigos da Magna Carta, pelo simples fato que eles expressam a ideologia da sociedade para a qual tem o dever de atuar e de buscar o bem comum instrumentalizado pelo poder executivo tendo a Advocacia pública, como orientadora jurídica.

Isso porque a verdadeira conquista estatal é executar a lei, respeitar a Constituição, além de implementar os seus mandamentos, com o intuito de realizar justiça respeitando a Fazenda que os remunera e diligenciando para evitar desperdício de recurso.

Nunca é demais lembrar que a advocacia pública é composta pelo conjunto de funções permanentes, referentes à representação judicial, extrajudicial e de consultoria, com a finalidade de patrocinar o interesse público de pessoas jurídicas de direito público. Em outras palavras, a advocacia pública é a competente para defender os interesses do Estado. De que interesse se trata? Institucionalmente, e não de caprichos e idiossincrasias pessoais. O Estado tem por finalidade precípua o bem daqueles que o formaram e o constituem sendo, portanto, fundamentos de sua existência.

Sabe-se que a Constituição jurídica de um Estado é condicionada histo-

ricamente pela realidade de seu tempo²⁴¹, refletindo o pensamento da época. A ideologia constitucional brasileira é clara no sentido de outorgar aos princípios fundamentais, núcleo essencial, material e formal, a qualidade de normas supremas, embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional²⁴².

Seguindo esse raciocínio, pode-se dizer que a defesa do Estado se pauta na defesa dos interesses públicos indisponíveis, impossibilitando, assim, a atuação de indivíduos segundo a vontade e capricho e conforto próprio, fazendo com que essa atuação seja pautada nos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade, disponibilidade, criatividade e outros que tais.

Noutras palavras e por outro dizer, a advocacia do Estado consiste na defesa dos interesses que a pessoa pública possui o dever institucional de realizar. Inexistindo conquista e nem direito subjetivo a não atuar. O ide constitucional é justamente para fazer sair da inércia e ser proativo.

Dito isso, dessume-se que, havendo divergência entre interesse privado e interesse do Estado, o interesse do individual e/ou até do governo ou do administrador público, somente deverá ser relevado enquanto harmonizado com os interesses e com a finalidade do Estado, sendo que esta deverá sempre visar ao bem comum, respeitando os mandamentos constitucionais.

Não se pode mais, em pleno Século XXI, aceitar que os interesses individuais e de categoria niilista, seja confundido com o interesse de seu administrador ou da Administração Pública.

Ao lado das funções precípua, a Magna Carta contempla as funções essenciais à realização da Justiça que, nesse contexto, deve ser entendida como o cumprimento das finalidades do Estado Democrático de Direito. Portanto, ao Ministério Público, à Advocacia Pública e à Defensoria Pública, denominadas “*procuraturas constitucionais*” por Diogo Figueiredo Moreira Neto²⁴³, incumbe o dever constitucional de zelar pela Justiça, cada um no seu quadrado constitucional.

Nessa esteira, importa observar que a cada uma das instituições foi conferida uma função específica: à Advocacia Pública cabe garantir que a ação

241 BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

242 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

243 MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder, Direito e Estado – o Direito Administrativo em tempos de Globalização. São Paulo, Saraiva, 2016.

estatal e a letargia própria do ser humano²⁴⁴ e acomodado não venham a solapar os interesses de toda a sociedade²⁴⁵.

Tem-se que a importância da defesa dos interesses difusos, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a defesa dos interesses públicos no seio do Estado administração, além da defesa dos interesses dos necessitados são equivalentes e estão situadas em um mesmo patamar constitucional, não havendo, pois, hierarquia entre elas.

A diferença existente entre as funções essenciais à Justiça insere-se no enfoque do interesse público conferido pela Constituição, manifestada na divisão das atribuições segundo as categorias de interesses públicos tutelados: no caso do Ministério Público, o enfoque é a sociedade; no caso da Advocacia Pública, é o Estado e, finalmente, no caso da Defensoria Pública, o enfoque é a defesa dos necessitados, dos excluídos.

Seguindo o raciocínio apresentado, pode-se afirmar, com clareza e segurança, que não existe hierarquia entre as funções entre si e nem entre qualquer uma delas e os Poderes (funções) do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário. Mas temos que ressaltar e valorizar isso.

4. DA PROCURADORIA DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Procuradoria do Estado está contemplada no art. 132 da Constituição Federal, como instituição incumbida da fiscalização da legalidade estatal, de seu controle interno, tendo por objeto a consultoria jurídica e a representação judicial do Estado do Amazonas. Incumbe-lhe cuidar da primazia do interesse público no agir estatal, como realização da própria Justiça. Os mandamentos constitucionais autorizam a assertiva de que as Procuradorias como um todo são competentes para a fiscalização, postulação e correção da realização da finalidade essencial do estado, assim como a valorização do dinheiro público arrecadados dos contribuintes. A prerrogativa institucional tem sede constitucional e não pode ser mitigada por nenhuma legislação infraconstitucional ou desejo pessoal.

244 A morte de Sócrates, condenado a beber cicuta, marcou a vida de Platão (427-347 a.C.) e direcionou sua atividade filosófica, levando-o a escrever, reproduzindo os diálogos e os momentos vividos com o mestre. Platão afirmava que a velhice faz surgir nos seres humanos um imenso sentimento de paz e de libertação.

245 A percepção de Aristóteles acerca da velhice era bem diferente da de Platão. Na verdade, sua visão de ser idoso era deprimente: ele os considerava reticentes, hesitantes, lentos, de mau caráter; dizia ainda que os idosos só imaginam o mal, são cheios de desconfiança e que essas características são consequências da experiência de vida que os humilhou, sendo carentes de generosidade, vivendo mais de recordações do que de esperanças e desprezando a opinião alheia. Na Ética, onde se concentram seus escritos mais famosos, Aristóteles ensina que o ser humano progride somente até os 50 anos. Essa concepção distorcida de velhice fazia-o ver os idosos como pessoas diminuídas, indignas de confiança e por isso precisavam ser afastadas do poder, não devendo exercer cargos de importância política (Crescenzo, 1988).

O Procurador do Estado desempenha uma função de relevância capital para a concretização do Estado Democrático de Direito, que é a fiscalização do cumprimento da lei e da Constituição, é, portanto, o curador do interesse público, interesse da coletividade, superior ao do particular e indisponível pelos respectivos gestores. O seu atuar será sempre no sentido de cuidar da realização do interesse público no atuar administrativo do Estado, seja mediante consultoria, seja mediante representação judicial, inclusive nas varas e tribunais com sustentações orais.

Nesse contexto, sem medo de errar, afirmo que a Constituição impede a omissão, o desleixo, a incúria, o não-fazer, o quedar-se inerte, a fuga e a frouxidão e exigem do Procurador do Estado a coragem e a ousadia de criar as teses contra majoritárias e defendê-las perante o Poder Judiciário. Se assim não fosse, eu vos teria dito, qual será nossa importância no mundo jurídico que se avizinha? Deixaremos de ser protagonistas na formação da jurisprudência para sermos simples indexadores/repetidores das decisões judiciais? E qual será a importância disso no mundo jurídico? É bom lembrar que a remuneração de um profissional é proporcional a sua importância no mundo: quanto menos importante, menor o salário.

É importante esclarecer, que a advocacia pública é definida pelo conjunto de funções permanentes, referentes à representação judicial, extrajudicial e de consultoria, com a finalidade de patrocinar o interesse público de pessoas jurídicas de direito público. Em outras palavras, a advocacia pública é a competente para defender os interesses do Estado. Mas de que interesse se trata? Institucionalmente, o Estado tem por finalidade precípua o bem daqueles que o formaram e o constituem sendo, portanto, fundamentos de sua existência.

Os artigos que inauguram o rol normativo constitucional não deixam dúvidas do vetor a ser seguido pela sociedade e pelos atuantes do Direito. Segundo a Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político e como metas a construção de uma sociedade justa, livre, solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades sociais.

Sabe-se que a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo²⁴⁶, refletindo o pensamento da época. A ideologia constitucional brasileira é clara no sentido de outorgar aos princípios fundamentais, núcleo essencial, material e formal, a qualidade de normas supremas, embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional²⁴⁷.

246 BARROSO, Luís Roberto. O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

247 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Seguindo esse raciocínio, pode-se dizer que a defesa do Estado pautasse na defesa dos interesses públicos indisponíveis, impossibilitando, assim, a atuação do administrador segundo a vontade individual e própria, fazendo com que essa atuação seja pautada nos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade. Em outras palavras, a defesa do Estado consiste na defesa dos interesses que a pessoa pública possui o dever institucional de realizar.

Dito isso, dessume-se que, havendo divergência entre interesse do governo e interesse do Estado, o interesse do governo ou do administrador público somente deverá ser relevado enquanto harmonizado com os interesses e com a finalidade do Estado, sendo que esta deverá sempre visar ao bem comum, toda a sociedade, respeitando os mandamentos constitucionais. Não se pode mais, em pleno Século XXI, aceitar que o interesse estatal seja confundido com o interesse de seu administrador ou da administração.

5. A AUTONOMIA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A PROCURADORIA DO ESTADO

É importante salientar, que o poder político do Estado é uno e indivisível, tendo como seu titular o povo. O exercício desse poder, todavia, pode ser dividido por entre os órgãos que compõem a estrutura estatal. No Estado liberal, a separação do poder político estatal em Poderes atendia aos interesses de reduzir os poderes do monarca e, depois, do próprio Estado, tendo em vista o enfraquecimento deste ante a descentralização ocorrida.

A complexidade crescente das relações existentes na sociedade contemporânea, bem como a nova visão paradigmática inaugural de uma nova racionalidade, não mais permite tal entendimento, tampouco aceitação dessa estrutura compartimentada e especializada, enfraquecedora do ente estatal que também evoluiu, juntamente com as demandas sociais.

O Estado contemporâneo é dinâmico e complexo e deve atender à complexidade social, cada vez mais necessitada de mecanismos de fiscalização e de controle. Respondendo a essa realidade, a Constituição contemplou as funções essenciais à realização da Justiça, juntamente com a contemplação da divisão de suas funções primordiais: legislativa, executiva e jurisdicional, o que se permite afirmar que além de suas funções normais, a Magna Carta previu funções fiscalizatórias e de controle de seu atuar, desempenhadas por instituições autônomas: Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, segundo os interesses públicos tutelados.

A concretização do Estado Democrático de Direito necessita do atuar efetivo das referidas instituições, sendo estas autônomas, não havendo,

portanto, supremacia ou prevalência dos poderes – funções – estatais sobre as instituições que desempenham as funções essenciais à Justiça, ou, ainda, hierarquia entre elas. Todas estão previstas no Título IV – da organização dos poderes – ao lado das funções primordiais do Estado. Todas possuem a mesma importância, para cumprir os misteres constitucionais a cada uma conferidos.

Num breve esboço, destaca-se que os princípios aqui elencados terão o condão apenas exemplificativo, até porque, da interpretação constitucional poderão ser inferidos outros, além dos explicitados nesta meditação.

Procedendo-se a uma interpretação filosófica e principiológica da Constituição Federal de 1988, podem-se extrair alguns princípios, vinculantes, referentes à Advocacia Pública e, especificamente, à Procuradoria do Estado.

Importante salientar que, embora alguns princípios não constem expressamente no texto constitucional, sendo, pois, implícitos, são vinculantes e cogentes como os demais princípios constitucionais fundamentais cuja fundamentalidade decorre da essencialidade da função outorgada à Procuradoria do Estado, e a normatividade emana da própria normatividade da Constituição Federal.

Relevante esclarecer que a interpretação quanto às instituições responsáveis pela Justiça deve ser feita de forma harmônica, tendo em vista a identidade de patamar atribuída pela Constituição Federal, no Título IV “Da organização dos Poderes”, Capítulo IV “Das funções essenciais à Justiça”. Assim, os princípios explicitados para o Ministério Público, por exemplo, são aplicáveis para a Advocacia Pública e para a Defensoria Pública, ainda que para essas não estejam explicitados gramaticalmente.

Relativamente ao Ministério Público, a Constituição, respondendo a anseios sociais pautados em exigências postas pela realidade social brasileira, dispôs detalhadamente sobre a instituição. Não obstante, não se pode afirmar que, pelo fato de a Advocacia Pública não possuir disposições tão detalhadas, a ela não se aplicam os princípios explicitados para o Ministério Público.

Dessa forma, não pode haver nenhum tipo de discriminação entre as três funções essenciais à Justiça, responsáveis pela efetividade do Estado Democrático de Direito. A interpretação constitucional, pois, deve ser no sentido de harmonizá-las no mesmo patamar e sob a ingerência dos mesmos princípios, excetuando-se o que diz respeito às especificidades do interesse público tutelado por cada uma delas.

Extraem-se da interpretação constitucional alguns princípios norteadores das funções essenciais à Justiça – Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública, espelhados nos seguintes:

- i. Institucionalização das Funções Essenciais à Justiça;
- ii. Unicidade orgânica;
- iii. Indelegabilidade da competência funcional;
- iv. Independência de qualquer dos Poderes;
- v. Autonomia técnica, administrativa e financeira.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 institucionalizou a Procuradoria Geral do Estado entendendo-a Função Essencial à realização da Justiça, juntamente com o Ministério Público e Defensoria Pública. A Procuradoria do Estado possui existência garantida pelo ordenamento constitucional, sendo essencial à efetividade do Estado Democrático de Direito.

Como instituição, não pode deixar de ter as características constitucionais e nem de realizar as incumbências a ela impostas, cujos limites materiais encontram-se no conteúdo normativo do artigo 132. Com eficácia vinculante e cogente, a Constituição estabelece que a Procuradoria do Estado, instituição permanente que desempenha uma função essencial à Justiça, deve ter a estrutura organizada em carreira na qual o ingresso dos membros se faz mediante concurso público de provas e títulos, estabilidade funcional após avaliação e decurso de prazo.

Os princípios são todos interconexos e são extraídos da interpretação do texto constitucional, alcançando o caráter normativo e vinculante já comentado. Com referência ao princípio da unicidade orgânica, tem-se que os misteres constitucionais outorgados pela Constituição da República o foram ao órgão Procuradoria Geral do Estado, estruturado em carreira composta por procuradores submetidos a concurso de provas e títulos. Destarte, compete somente ao Procurador do Estado, pertencente ao quadro de procuradores da Procuradoria Geral do Estado, cujo ingresso obedeceu à disposição normativa constitucional, desempenhar as funções de representação judicial e de consultoria dos entes federados.

Em outras palavras, consiste **atribuição exclusiva** dos Procuradores dos Estados a representação judicial e a consultoria jurídica de todos os órgãos da Administração direta, uma vez que esses não possuem personalidade jurídica distinta e, em sendo assim, os atos por eles praticados são atos de Estado. O mandado judicial, diretamente outorgado pela Constituição Federal às Procuradorias, consiste na consultoria e representação judicial dos três Poderes – funções – estatais e não somente do Executivo, pelo fato de que órgãos como Tribunal de Justiça ou Assembleia Legislativa não possuem personalidade jurídica própria, ao mesmo tempo em que integram a entidade Federativa possuidora de tal atributo.

A única exceção havida ao princípio da unicidade é estabelecida pelo próprio texto constitucional, no artigo 69 dos Atos das Disposições Cons-

titucionais Provisórias da Constituição Federal, e importa em permitir a manutenção de consultorias (e não representações) jurídicas separadas das Procuradorias-gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, já houvesse tais consultorias.

Por fim, a competência do Procurador do Estado é delegada constitucionalmente e, portanto, possui fundamento constitucional. A natureza jurídica do cargo de procurador e a competência funcional não permitem que o chefe do Executivo nomeie alguém de fora dos quadros da Procuradoria Geral do Estado para o cargo de Procurador-Geral. O exercício do cargo de Procurador-Geral por pessoa que não tenha prestado concurso público de provas e títulos, e, portanto, não integre a estrutura orgânica dessa instituição, contraria frontalmente os ditames constitucionais.

Há uma diferença patente entre a nomeação de Secretário de Estado e Procurador-Geral, por exemplo. A Secretaria de Estado está vinculada diretamente ao Executivo, integrando a administração direta desse poder. As atribuições do secretário são de natureza técnico-administrativa no sentido de realizar e operacionalizar políticas públicas que são de competência do governador, cuja delegabilidade é permitida. Já as atribuições do Procurador-Geral estão insertas constitucionalmente e, nos termos normativos da Constituição, a Procuradoria é instituição autônoma, não subordinada a qualquer dos poderes e a função constitucionalmente atribuída é indelegável.

As previsões infraconstitucionais em sentido oposto ao mandamento maior são inconstitucionais, porque eivadas de nódoa fatal contra o ordenamento magno do Estado brasileiro. A realidade do Estado brasileiro afasta-se, em muito, dos mandamentos da Constituição Federal, o que não supre a ilegitimidade pela inconstitucionalidade daquela.

Sendo assim, a Constituição Federal consagrou a Procuradoria do Estado como instituição autônoma não integrante de qualquer dos poderes – funções – estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário, cuja função é essencial à realização da Justiça, que, em última análise, é a consecução do Estado Democrático de Direito, mediante a observação da legalidade e da legitimidade do atuar estatal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no início desse artigo, o **niilismo em Nietzsche** é um conceito chave que merece reflexão, não por ser algo misterioso, mas por se diferenciar daquilo que se entende comumente pelo termo. A interpretação mais comum do termo nos leva a generalizar a negação de quaisquer valores, o que se estuda com profundidade a perspectiva de Nietzsche, encontra-se

um caminho diferente, não apenas à negação da vida cotidiana, mas de negação ou inação na vida procuratorial.

O que é a vida procuratorial? É a afirmação e valorização da atividade profissional e de si, é exercício da força, é se desligar do rebanho e se individualizar, é enfrentar o mundo de peito aberto e não se enganar com falsas facilidades e acomodações momentâneas, é amar o mundo do jeito que ele é. O niilista, desta forma, é aquele que acredita em valores que não se confirmam na realidade, é quem deixa de viver o agora em favor de uma suposta vida futura (num paraíso cristão ou numa sociedade ideal anarquista).

Dessa forma, o **niilismo em Nietzsche** não é uma escolha, mas é um processo. É uma situação em que nos encontramos não porque escolhemos individualmente, mas porque fazemos parte de um processo que atravessa a história. Segundo Giacoia Junior²⁴⁸, o niilismo pode ser visto de duas maneiras nas obras de Nietzsche: como resultante da interpretação moral-cristã ou como resultante da crença nas categorias da razão.

Como descrito alhures, Nietzsche deixa clarividente a existência de quatro tipos de niilismos, que se comprazem e se ajustam à Advocacia Pública, a saber:

Niilismo Negativo, que é a negação do mundo real (da vida nos tribunais) por um mundo superior extramundano. É clara a relação deste tipo de niilismo com a inércia e a fuga pelas religiões. O sujeito religioso é castrado da realidade porque deixa de vivê-la e segue regras para ter o privilégio de viver aquilo que seria a realidade verdadeira, o paraíso, o outro mundo. O niilismo negativo tem esse nome porque nega, não porque tem sinal invertido em relação a um niilismo positivo, inclusive a segunda etapa do niilismo não se relaciona com uma afirmação do mundo (essa sim, o contrário da negação), mas com uma reação;

Niilismo reativo, que é a reação em relação ao mundo imperfeito. O mundo não é ideal, não é como deveria ser, por isso, deve ser outra forma, para ser de outra forma, eu vivo a vida como se outra realidade fosse possível no *agora*, embora o *agora* me mostre constantemente que a realidade atual é a única possível. A reação envolve a morte de deus: a ausência da vida extramundana obriga o homem a observar um novo mundo no futuro, não fora do mundo. As novas regras que irão definir como se viver o presente serão regras vindas de um mundo que não é o do agora, mas é imaginado como possível numa situação ideal. No caso do advogado público é pensar que o concurso e a estabilidade o credencia para não fazer nada.

248 GIACOIA JR, Oswaldo. **Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos**. Cap. I em *Metafísica Contemporânea*, por Guido Imaguire, Custódio Luis S. Almeida, Manfredo Araújo de Oliveira (Org), p. 13-39. Rio de Janeiro, RJ: Vozes, 2007.

Niilismo Passivo, que envolve a morte de deus e do sentido do mundo, ou seja, a impossibilidade de um futuro ideal. O mundo é visto como sendo somente o presente, a lógica que rege a vida cotidiana é a lógica presente, envolve o indivíduo agindo sobre o mundo, mas este mundo não tem nenhum sentido. O niilismo passivo é como um convite ao suicídio, um aceno para a morte, ele impede qualquer tipo de vida empolgada ou empolgante, qualquer forma de ação sobre a vida, de criação de valores, de criação artística, de geração de energia. A advocacia pública niilista é a que pensa ter o universo uma dívida de gratidão a si.

Niilismo Ativo, aqui, a depressão do mundo sem sentido é superada pela força da criação de valores, da ação sobre o mundo, da afirmação de si, da arte, da música, da dança que só os deuses podem dançar. O mundo finalmente é visto como um palco para a vida se expandir, para ser criada a cada instante e se tornar permanentemente uma tela renovada pelo branco neutro pronto para ser banhado pela paleta de valores que cada indivíduo passa a ser responsável. Para a advocacia pública seria o criativo, sangue nos olhos, faca nos dentes, para defender o erário que o remunera.

A pergunta pelo valor *de* valores tornados independentes de uma série de interpretações – a pergunta pelo valor em si de um valor – poderia convergir com esta outra pergunta: *como o pressuposto se tornou posto em um interpretar?* Ao argumentar que não há uma interpretação – no caso, a interpretação científica – sem pressupostos, Nietzsche não comete ingenuidades, pelo contrário, ele aprofunda sua questão principal, qual seja: como uma interpretação, um simples ato de pôr-valor, tornou-se dominante ao tornar a si mesmo ininterpretável? Eis aqui um dos mais iminentes perigos do niilismo, do niilismo inerente à interpretação de mundo da ciência, o niilismo enquanto *suposto sentido sem-pressuposto, uma interpretação, nas palavras de Nietzsche, que tem sentido justo ao nada significar.*

Aplicando à advocacia pública essas meditações Nietzscheana/Niilista pode-se constatar que passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou a nova era social, o novo ordenamento jurídico e indicou novos rumos a serem seguidos pela sociedade brasileira, os conteúdos materiais de VIDA existentes na Constituição não podem ser extraídos mediante uma interpretação pautada em uma racionalidade niilista tacanha e preguiçosa, repetidora de chapas de dogmática discutível e descontextualizada.

Tal interpretação correspondeu aos anseios da sociedade do século XIX, entretanto, não mais corresponde à realidade atual do século XXI. Não se pode concordar que a pouca efetividade do Estado Democrático de Direito vigore sustentando a dominação pautada em interesses ou

desinteresses que nada têm a ver com interesses de realização do bem-comum.

As concepções de Estado e de Direito na contemporaneidade são absolutamente diversas, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Inseta nessa nova realidade, mais humana (demasiadamente humana) e em busca da justiça mais efetiva – levar a sério o direito é respeitar os tributos arrecadados pela Fazenda Pública –, a própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo, sendo que os artigos 1º ao 4º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos.

É sabido que a novidade trazida pela Constituição da República não é apreendida nem pela sociedade nem pelos atuantes do Direito de forma linear, sendo necessárias várias experiências e vivências, a fim de que se descubram os caminhos apontados pelo documento magno e se procedam à concretização jurídica necessária à transformação social.

Ademais, essa nova forma de olhar o “novo mundo jurídico” trazido pela Constituição implica remover estruturas há muito sedimentadas no contexto social, político e jurídico do país. É dizer, remover o chão linguístico em que está assentado a inércia.

Um novo olhar é necessário, se a Advocacia Pública quiser viver novos tempos e ser valorizada, precisa se esforçar e sair do “mesmismo” paulificante e sem graça e se reinventar.

Nessa perspectiva, cabe-nos a vigilância de nossos atos para não nos amesquinhamos e abdicarmos de tudo que nos faz importante, porque, no dizer de Elisa Lucinda²⁴⁹ (adaptado):

É da vocação da vida “procuratorial” a beleza;
e a nós cabe não diminuí-la, não roê-la com nossos minúsculos gestos ratos, nossos fatos apinhados de pequenezas;
cabe a nós enchê-la, cheio que é o seu princípio.
Todo vazio é grávido desse benevolente risco;
todo presente é guarnecido do estado potencial de futuro;
Peço aos deuses da justiça popular (Diqué);
aos deuses do olimpo grego e da transformação (Thêmis):
nos livrem do infértil da ninharia, nos protejam da vaidade burra da vaidade “minha” desumana sozinha;

249 LUCINDA, Elisa. Poema Libação. Eu te amo e suas estreias. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

Nos livrem da ânsia voraz, daquilo que ao nos aumentar nos amesquinha.

A vida profissional na procuradoria não tem ensaio mas tem novas chances;

Viva a burilção eterna, a possibilidade: o esmeril dos dissabores!

Abaixo o estéril arrependimento a duração inútil dos rancores [...].

Portanto, não restam dúvidas de que o assunto é complexo e controverso. Não obstante, refletir sobre o perfil hodierno da Procuradoria do Estado tendo como pano de fundo a filosofia sofisticada de Nietzsche é imprescindível para delimitar a sua identidade institucional, suas funções, enfim, o seu papel junto à sociedade e ao Estado.

7. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CLEVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro (Org.). 3 volumes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COMTE, A. *Discurso sobre o espírito positivo*. In “Coleção Os Pensadores”. Trad. José Arthur Giannotti. Abril Cultural, 1978, pág. 50

COSTA, Eduardo Alves da. No caminho, com Maiakovski. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. (Poesia brasileira)

GIACOIA JR, Oswaldo. **Nietzsche: fim da metafísica e os pós-modernos**. Cap. I em *Metafísica Contemporânea*, por Guido Imaguire, Custódio Luis S. Almeida, Manfredo Araújo de Oliveira (Org), p. 13-39. Rio de Janeiro, RJ: Vozes, 2007.

HEIDEGGER, M. Nietzsche. 2 Bde. Günther Neske Pfullingen, Fünfte Auflage, 1989.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Righth*. New York: Norton Paperback, 2000.

LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri, SP: Manole, 2005.

LUCINDA, Elisa. Poema Libação. Eu te amo e suas estreias. Rio de Janeiro: Editora Record, 1999.

MÜLLER-LAUTER, W. Heidegger und Nietzsche. NietzscheInterpretationen III. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Poder, Direito e Estado – O Direito Administrativo em tempos de Globalização. São Paulo, Saraiva, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. Ecce homo: como cheguei a ser o que sou. Tradução Paulo Cesar Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NIETZSCHE, Friedrich. Crepúsculo dos Ídolos. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1985.

NIETZSCHE, F. *Sämtliche Werke: Kritische Studienausgabe in 15 Bänden*. Hg. G. Colli und M. Montinari. Berlin/New York: Walter de Gruyter/DTV, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WEBER, Max Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis, in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, hrsg. v. Johannes Winckelmann, Tübingen 1988.

Levando o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas a sério

Marco Antonio Rodrigues²⁵⁰

1. A ASCENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO

Vivem-se tempos de neoconstitucionalismo, em que a Constituição vige enquanto norma fundamental e exerce verdadeira filtragem sobre as demais previsões do ordenamento jurídico²⁵¹.

Nesse contexto, destaca-se a ascensão dos direitos fundamentais, que especialmente desde a Segunda Guerra Mundial encontraram gradual ascensão, existindo hoje razoável consenso acerca de sua dignidade normativa e de suas diversas eficácias. Dentre estas, destaca-se a eficácia objetiva, que faz desses direitos valores fundamentais a serem seguidos por todos os Poderes do Estado²⁵².

250 Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual Civil da UERJ. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra/Portugal. Mestre em Direito Público e Doutor em Direito Processual pela UERJ. Professor de cursos de pós-graduação em Direito pelo Brasil. Membro efetivo da *International Association of Procedural Law*, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e do Instituto Português de Processo Civil. Advogado e consultor jurídico.

251 Tratando da efetividade das normas constitucionais, da constitucionalização do Direito e das características do neoconstitucionalismo, remete-se o leitor ao nosso RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *Constituição e Administração Pública: definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao poder regulamentar*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, correspondente à dissertação de mestrado orientada pelo grande professor Paulo Galvão. Nessa linha, vale destacar o entendimento de Luís Roberto Barroso, que elenca os aspectos fundamentais do neoconstitucionalismo: "Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito" (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Mimeo, 2005, p. 8).

252 Afirma Ingo Sarlet, nessa linha, que os direitos fundamentais "(...) não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 147).

Diante da eficácia irradiada pelos direitos fundamentais, assiste-se, nos tempos atuais, a uma grande intervenção do Poder Judiciário na criação e na execução de políticas públicas pela Administração Pública²⁵³, no que se destacam os sobretudo os direitos fundamentais sociais, como saúde, educação e moradia, mas não se resumindo a estes, em razão da necessidade de proteção à dignidade da pessoa humana²⁵⁴.

Ocorre que as muitas ações propostas com a finalidade de controle das políticas públicas administrativas são frequentemente processadas sem que haja uma devida concepção do todo que envolvem, pois mesmo uma demanda individual na defesa de um direito fundamental pode gerar consequências para muitas outras causas propostas com finalidade semelhante. Por exemplo, uma ação proposta em face de um Município com poucas receitas com o objetivo de obtenção de um tratamento de saúde para um determinado jurisdicionado, a depender do montante que o Poder Público Municipal terá de gastar para a efetivação da obrigação em jogo, pode gerar impactos graves no orçamento público, em prejuízo de diversas outras políticas públicas de saúde a serem adotadas por aquele Município.

Diante disso, como muitas vezes a análise do controle jurisdicional de políticas públicas fica ligado à avaliação das questões de mérito, o presente estudo pretende analisar, de outro lado, alguns aspectos processuais que devem ser observados pelo Poder Judiciário nas demandas que envolvem a criação ou execução de políticas públicas.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS QUE SE IMPÕEM NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Controle preferencial por meio de ação coletiva

Nos tempos atuais, existem milhares de demandas que tramitam buscando a implementação de direitos fundamentais, afetando diretamente as políticas públicas já definidas quanto a tais direitos, ou mesmo

253 Trata-se de fenômeno observado não só no Direito brasileiro, como em outros países. Nos Estados Unidos, em 1976 Abram Chayes já cuidava da advocacia de interesse público ("*public law litigation*" ou "*public interest litigation*"), como meio para buscar mudanças sociais (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. 89 *Harvard Law Review*, 1281, 1976), valendo destacar o papel do julgado de *Brown vs. Board of Education*. Cuidando do desenvolvimento da litigância de interesse público nos Estados Unidos e no mundo, vale conferir HERSHKOFF, Helen. Public interest litigation: selected issues and examples. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUS-TINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

254 Diversos autores procuraram definir os contornos da dignidade da pessoa humana, patamar mínimo de fruição de direitos que deve ser assegurado a todos, valendo destacar o trabalho de Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

já impondo políticas que ainda não foram estruturadas. Note-se que, ao lado de ações individuais, buscando pretensões de um único sujeito ou de um grupo em litisconsórcio, encontram-se ações coletivas, visando à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que acabam por discutir o próprio mérito de uma política pública globalmente. Por exemplo, simultaneamente a uma ação proposta por menor, representado por seus genitores, buscando a obtenção de vaga em escola pública no ensino fundamental em determinada região de um Município, pode ser ajuizada uma ação civil pública por algum legitimado, como, exemplificativamente, o Ministério Público, buscando que o Município implemente política pública de disponibilização de vagas para o ensino fundamental em certa área.

O exemplo utilizado deixa claro que a cognição judicial no processo iniciado por um jurisdicionado pode ter consequências sobre a própria política pública adotada pelo ente réu, sendo que, de outro lado, o juiz fica vinculado aos fatos e fundamentos jurídicos – causa de pedir – e pedido deduzidos pelo autor individual. Vê-se, pois, que a análise de uma pretensão individual pode ter eficácia externa direta ou indiretamente sobre terceiros, o que não configura uma novidade, pois a sentença, enquanto ato jurídico que é, pode produzir efeitos sobre terceiros estranhos ao processo, ainda que não forme coisa julgada sobre estes²⁵⁵.

No caso de demandas individuais que visem à efetivação de um direito fundamental, tal eficácia da sentença ganha uma maior relevância, pois como visto, uma ação de um jurisdicionado pode afetar diretamente toda a política pública a ser implementada, sendo que a cognição judicial no caso limitou-se à situação concreta. Imagine-se uma hipótese de demanda individual para internação do autor em hospital público, uma decisão judicial que determine a ocupação de leito pelo autor representará a impossibilidade de que esse leito seja ocupado por outro indivíduo, sendo que a alocação ao demandante foi determinada judicialmente, e não pelos critérios definidos pela Secretaria de Saúde correspondente.

Diante desse impacto que a pretensão individual pode causar na política pública que àquela esteja ligada, chega-se a duas exigências importantes quanto a tais demandas. A primeira, de que em tais casos o julgador não deve se ater à análise pura dos fatos da causa, sendo impositivo que enfrente o impacto que o resultado do processo pode gerar à política pública en-

255 Na esteira do artigo 506 do CPC, a coisa julgada incide sobre as partes da demanda, o que configura um reflexo da necessidade de proteção aos direitos fundamentais ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal de terceiros, os quais não podem ficar atrelados a um julgado cuja formação não integraram.

volvida. Nesse sentido, sobre a complexidade das políticas públicas, afirma Jessé Torres que a formulação e a implementação destas constitui processo a um só tempo político, jurídico e técnico, sendo que suas legitimidade e qualidade possuem raízes históricas e culturais²⁵⁶.

Na esteira do que ora se defende, importante destacar o artigo 20 do Decreto n. 4657/42, acrescentado pela Lei n. 13.655, de abril de 2018, instituindo que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Na análise de ações que envolvam políticas públicas, é preciso, então, que haja essa análise de consequências de eventual julgado, sendo necessária uma análise não apenas do pedido do autor da demanda isolada, mas do impacto sobre a política pública como um todo.

O pedido em jogo exige do Judiciário, portanto, que amplie sua atividade cognitiva, pois a cognição limitada a uma análise isolada do processo pode ser suficiente em demandas relativas a direitos privados, mas é insuficiente nas ações que possam impactar de alguma forma políticas públicas.

A segunda exigência é de que, sempre que possível, a defesa do direito fundamental seja promovida por ação coletiva. Na demanda em que se tutela alguma espécie de direito coletivo, o julgador enfrenta na causa de pedir um verdadeiro questionamento à política pública em jogo, podendo realizar uma macroanálise, a partir de aspectos relativos não apenas à mera implementação de direito, mas também enfrentando elementos orçamentários e de implementação de políticas públicas que podem ser dotadas de igual dignidade normativa. Há, portanto, uma cognição que é mais aprofundada que na ação individual, pois nesta o julgador em geral analisa a pretensão mirando-se apenas no problema em jogo individualmente considerado²⁵⁷.

Por isso, no controle judicial de políticas públicas, a preferência deve ser pelo uso da tutela coletiva, em razão da possibilidade de aprofundamento da análise da política pública. Nas demandas individuais que envolvam o controle de políticas públicas, a postura judicial deve ser *a priori* de autocontenção, no sentido de que deve, em princípio, atentar para as opções administrativas relativas à política envolvida, apenas as afastando em caso

256 PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2012, p. 50.

257 Aluisio Mendes também sustenta que a ação coletiva traz benefícios ao controle de políticas públicas, em relação à ação individual, considerando que a demanda coletiva permite uma maior igualdade de condições entre as partes, bem como evita congestionamentos no Poder Judiciário, o que demonstra ser mais efetiva, sob o ponto de vista do acesso à justiça (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n.163, p. 312, set. 2008). Jessé Torres observa, outrossim, o papel de controle jurisdicional da Administração por meio da ação coletiva, que menciona que outrora era inesperado (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2009, p. 41).

de manifesta antijuridicidade. Não deve ficar limitado a decidir, portanto, pensando na questão fundado apenas nos fatos da causa, ligados apenas ao autor, mas nas consequências de seu pronunciamento para a política pública como um todo.

Nessa linha, vale, ainda, destacar que uma possível medida que pode ser adotada pelo magistrado nas hipóteses em que a ação individual gere impacto para uma política pública é oficiar o órgão da Advocacia Pública do ente público réu, de modo que este informe se existe ação coletiva com o objeto ligado à demanda individual, de modo que o magistrado dê preferência à cognição realizada naquela outra ação.

2.2. O papel do contraditório: necessidade de um contraditório ampliado

Diante da necessária postura do julgador nas demandas individuais ou coletivas que envolvam o controle de políticas públicas, devendo observar os mais diversos aspectos relativos à política em jogo, o contraditório assume papel primordial para a decisão em tais ações. Com efeito, o contraditório é direito fundamental processual, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, que deve ser respeitado em qualquer demanda e, no caso das ações que tragam implicações judiciais às políticas públicas, assume ainda maior relevância.

Tradicionalmente, o contraditório se traduzia no binômio informação-reação, no sentido de que a parte possui o direito de tomar conhecimento dos atos processuais (informação) e de se insurgir em face daqueles que a prejudicarem (reação).

No entanto, a eficácia do contraditório enquanto direito fundamental processual impõe que seja mais do que uma possibilidade de informação-reação. O contraditório deve ser participativo, como um direito de influência das partes na tomada de decisão final. Enquanto direito de influência, o contraditório gera o juiz o dever de permitir às partes uma ampla atuação na formação de seu convencimento²⁵⁸. Nes-

258 Assim já nos manifestamos, ao definir o conteúdo do direito fundamental ao contraditório em RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. Também defendendo o contraditório como direito de influência, de participação na tomada de decisão, pode-se exemplificar LUISO, Francesco P. *Principio Del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 18; GRECO, Leonardo. "O princípio do contraditório". In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 545; THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n.168, p. 107-141, fev. 2009, p. 109; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n.346, p. 9-19, abr./jun. 1999, p. 16.

sa linha, o artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015 claramente parece ter adotado a concepção do contraditório enquanto direito de influência, ao prever a necessidade de que o magistrado ouça as partes sobre possíveis fundamentos que usará para decidir que não foram discutidos no processo, mesmo que se trate de matérias cognoscíveis de ofício.

Assim sendo, tal qual em qualquer demanda, o magistrado tem de possibilitar o amplo direito de influência das partes em sua tomada de decisão. No entanto, nas demandas que de alguma forma controlam políticas públicas, tal exigência se amplia, impondo-se que o julgador busque um aprofundamento do diálogo, a fim de tomar conhecimento mais adequado da política pública envolvida e dos diversos aspectos que a cercam.

Por isso, em tais demandas é possível e recomendável que o magistrado designe audiência pública, de modo a tomar conhecimento pelos participantes desta acerca dos variados pontos que exigem sua atenção na avaliação do pedido formulado por autor individual ou coletivo.

Note-se que, apesar de o Código de Processo Civil não estabelecer uma regra geral de cabimento de audiência pública, nada impede que esta seja designada, em nome do direito fundamental ao contraditório, que estará sendo democratizado com tal audiência. Nessa linha, destaque-se que o artigo 983 desse diploma admite a realização de audiência pública para a análise de questão objeto de incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como o artigo 1038, inciso II, prevê a possibilidade de o relator fixar data para uma audiência pública com a finalidade de ouvir depoimento de pessoas com experiência e conhecimento na matéria em jogo em recurso especial ou extraordinário representativo de controvérsia.

Se é possível ao relator de incidente de resolução de demandas repetitivas perante tribunal ou de recurso representativo perante o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça realizar audiência pública, considerando o impacto que a decisão sobre a questão em jogo pode ter sobre terceiros, da mesma forma nas ações propostas visando de alguma forma um controle de políticas públicas há um possível reflexo sobre terceiros que também necessitam ou usufruem da política envolvida na demanda.

Outro mecanismo que deve ser prestigiado pelo Judiciário nas ações que pretendem controle de políticas públicas é a intervenção do *amicus curiae*, expressamente consagrado no artigo 138 do Código de Processo Civil. Na forma de tal dispositivo, considerando a relevância da matéria,

a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, o juiz poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. As demandas analisadas no presente estudo possuem uma grande relevância, considerando estarem atreladas à proteção a algum direito fundamental, podendo a decisão final destas atingir diretamente outros usuários da política, seja para beneficiá-los, seja para prejudicá-los. Ademais, há uma repercussão social em tais causas, em decorrência dos efeitos que poderão causar à coletividade.

Dessa forma, é recomendável que o Judiciário, ainda que de ofício, se valha de *amicus curiae* na análise da demanda. O Código de Processo Civil de 2015 em boa hora previu a possibilidade ampla do uso de tal intervenção, que até então seria cabível fundamentalmente nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e na análise de recursos especiais e extraordinários representativos de controvérsia.

Por exemplo, é de grande valia que, numa ação que discuta o direito de o jurisdicionado receber medicamento ou tratamento em face de neoplasia maligna, o órgão jurisdicional escute órgãos de saúde especializados ou laboratórios públicos de pesquisa, a fim de saber se o tratamento pleiteado pelo autor possui eficácia comprovada, quais são seus custos e possíveis alternativas de menor custo aos já fornecidos pelo Poder Público.

Dessa forma, nas ações que envolvam uma discussão direta ou indireta relativa a políticas públicas, o contraditório deve ser estimulado por todos os meios possíveis, a fim de evitar que a decisão judicial produza efeitos prejudiciais a outras políticas públicas ou à proteção a direitos fundamentais de terceiros, que não podem ser violados para que apenas um jurisdicionado se beneficie.

2.3 A Impositiva flexibilidade da execução, com ampla participação das partes

A especificidade da execução de longa data foi vista como característica fundamental da atividade executiva. Assim sendo, para cada espécie de execução, existiria um meio executivo adequado. Assim, por exemplo, para as efetivações de obrigações de pagar quantia, seria utilizada a penhora, e para as de entregar coisa diferente de dinheiro, a busca e apreensão ou o desapossamento.

No entanto, de longa data a especificidade não vige mais enquanto princípio geral da execução. A efetivação de obrigação constante de título executivo judicial ou extrajudicial deve utilizar o meio executivo que se afigure mais adequado para a situação concreta. Por isso, pode-se afirmar exemplificativamente que as execuções de obrigação de entrega de coisa móvel podem adotar outros mecanismos, que não apenas a busca e apreensão²⁵⁹, assim como as demais espécies de execução podem utilizar outros meios executivos.

O Código de Processo Civil possui importante regra sobre o poder de efetivação de decisões, configurando verdadeira norma geral quanto a tal poder judicial: é o artigo 139, inciso IV, que prevê que o juiz pode adotar todas as medidas indutivas, coercitivas, subrogatórias ou mandamentais necessárias ao cumprimento de obrigações, inclusive se for caso de obrigação pecuniária. Por isso, também no diploma processual civil vigente possui o juiz o poder geral de efetivação de decisões, não ficando preso a um específico meio executivo, mas podendo adotar aquele que se revele mais adequado ao caso concreto²⁶⁰. Trata-se de norma que demonstra não aceitar a intangibilidade da vontade do devedor, afastando a regra geral de outrora, de que o executado não poderia ser compelido a cumprir um fazer ou não fazer, devendo ser convertida sua obrigação em perdas e danos.

Note-se que, em matéria de controle judicial de políticas públicas, o poder geral de efetivação de decisões é importante ferramenta. No entanto, a execução puramente por meios impositivos não parece a mais adequada para tais espécies de demandas. Nesses casos, o poder executivo do magis-

259 Nessa linha, cumpre salientar que o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes admitindo a realização de “sequestro” de verbas públicas para a efetivação de obrigação de entrega de medicamentos por pessoa jurídica de direito público, tendo inclusive decidido a questão em sede de recurso representativo de controvérsia: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5o. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ. 1. Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. 2. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/2008 do STJ. (STJ, REsp 1069810/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 06/11/2013).

260 Vale registrar que até mesmo medidas executivas que restrinjam liberdades podem vir a ser admitidas com base no poder geral de efetivação de decisões decorrente do artigo 139, IV, do CPC. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui julgados que admitem a possibilidade de que, à luz do caso concreto, sejam adotadas medidas executivas atípicas que realizem alguma restrição a liberdades. Confira-se: “(...) 5. Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica. 6. Nesse sentido, para que o julgador se utilize de meios executivos atípicos, a decisão deve ser fundamentada e sujeita ao contraditório, demonstrando-se a excepcionalidade da medida adotada em razão da ineficácia dos meios executivos típicos, sob pena de configurar-se como sanção processual” (RHC 97.876/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 09/08/2018).

trado deve ser associado a uma cooperação entre os sujeitos do processo, inclusive com eventual cooperação de terceiros²⁶¹.

O Código de Processo Civil estabeleceu, em seu artigo 6º, o dever de cooperação entre todos os sujeitos do processo. Tal dever está diretamente ligado ao contraditório e à boa fé, e deve ser obedecido também na execução²⁶².

Na execução de sentença que impacte de alguma forma uma política pública, fundamental se faz que o juiz, da mesma forma que na fase de conhecimento, confira ampla possibilidade de que as partes influenciem seu convencimento quanto aos limites e modo de efetivação da obrigação imposta na sentença. Tem-se aqui, em nome da cooperação, uma execução compartilhada entre os sujeitos do processo.

Assim sendo, o magistrado deve compartilhar com as partes, sobretudo nas ações coletivas relativas a políticas públicas, a forma de cumprimento do julgado, permitindo que o legitimado coletivo e o ente público possam se manifestar e buscar a definição do modo e dos limites da execução da obrigação.

Muitas vezes a implementação ou a modificação de política pública por determinação judicial gerará diversos ônus à pessoa jurídica de direito público ré, pois esta, por exemplo, terá de fazer alocações na lei orçamentária, mudar prioridades na atuação administrativa, realizar licitações ou contratações diretas, designar muitos servidores para atuar em novos projetos, dentre outras exigências que podem surgir, diante da sentença exequenda.

Por isso, fundamental se faz que o julgador busque a participação do ente réu, a fim de que este, a partir do diálogo, possa expor todas as exigências e necessidades que devem ser atingidas, para que possa dar cumprimento ao julgado, ao passo que o autor também se manifestará sobre a razoabilidade dos argumentos trazidos no âmbito da execução – ambas as partes cooperarão para a prolação de pronunciamento justo. O contraditório permitirá, por sua vez, a influência do réu e do autor, para que o juiz defina prazos e modos de efetivação da obrigação constante do título executivo.

Dessa maneira, a execução compartilhada evita que o julgador persiga um cumprimento de julgado de modo ou com prazos infactíveis, e que

261 Também criticando a realização da execução-sanção nas ações em que se realiza o controle de políticas públicas, THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 224, p. 121, 2013; COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 212, p. 25-56, 2012.

262 Analisando o sentido do dever de cooperação e suas ligações com o contraditório e a boa fé, RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

acarretará o uso de meios executivos que podem ter baixa efetividade nas circunstâncias concretas. Tome-se por exemplo a imposição de construção de um presídio. É evidente que, via de regra, o Poder Público não tem condições de efetuar tal construção em um prazo de trinta dias, pois é necessário contratar – por licitação ou de forma direta –, o que demanda tempo de tramitação do procedimento administrativo, bem como a própria construção, que é de grande porte, envolve tempo. Assim, a imposição de multa coercitiva, com base no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil, vai ser inócua, acabando por punir o réu sem que este tivesse verdadeiras condições de dar cumprimento ao julgado no prazo fixado pelo juiz.

Nas ações que versam sobre políticas públicas, é uma verdadeira exigência, então, o estímulo ao contraditório e à cooperação, para que o cumprimento do julgado possa se dar de forma adequada e razoável à luz das necessidades reais para a sua efetivação.

Destaque-se, também, que é possível até mesmo que, com base no artigo 190 do Código de Processo Civil, venham as partes a celebrar negócio jurídico processual, no uso da cooperação e exercendo suas autonomias de vontade, estabelecendo as condições e os prazos para o cumprimento do julgado. A execução de pronunciamento judicial que seja objeto de negócio processual terá muito maior probabilidade de ser realizada sem intercorrências e com a plena satisfação dos interesses das partes, do que uma efetivação impositiva sobre executado e exequente²⁶³.

Nessa mesma linha, deve o magistrado estimular o uso da mediação²⁶⁴ para a efetivação das decisões judiciais relativas ao controle de políticas públicas, pois, na forma do artigo 165, § 3º, do CPC, tal meio consensual de solução de controvérsias buscará restaurar o vínculo entre as partes, para que estas cheguem juntas a uma resolução para o conflito de interesses. Note-se que, embora o interesse público seja indisponível, é cabível o uso de meios consensuais que busquem a proteção a tal interesse, não havendo uma indisponibilidade da decisão adjudicada pelo Judiciário²⁶⁵.

Por isso, nas ações que envolvam de alguma forma o controle de políticas públicas, e que comumente estão sujeitas a uma efetivação com a ado-

263 Sobre o importante papel dos negócios processuais na efetivação de políticas públicas, confira-se: RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017, p 141 e ss.

264 Na mesma linha, COSTA, Eduardo José da Fonseca. A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 212, p. 25-56, 2012.

265 Discorrendo sobre o cabimento do uso dos meios consensuais de solução de controvérsias pela Fazenda Pública, confira-se o nosso RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

ção de medidas estruturantes, deve ser estimulada a execução flexibilizada pelo juiz, com amplo incentivo ao contraditório, à cooperação e à mediação. Ademais, os negócios jurídicos processuais em sede executiva de tais demandas geram maior correspondência de tais fases de efetivação com a realidade do conflito de interesses em jogo e com as dificuldades materiais porventura enfrentadas pelo executado.

CONCLUSÕES

Os tempos de neoconstitucionalismo levaram ao aumento da relevância dos direitos fundamentais enquanto valores fundamentais da comunidade, que devem ser seguidos por todos os Poderes do Estado.

Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a controlar de forma mais profunda a criação e implementação de políticas públicas pela Administração, sendo que a falta de sistematização legal traz exigências processuais às demandas que realizem de alguma maneira tal controle.

Em primeiro lugar, deve haver uma preferência pelo uso da ação coletiva, para o controle de políticas públicas. A ação individual analisa a causa de pedir e o pedido autoral, que em regra tratam da pretensão de um indivíduo ou de algumas pessoas em litisconsórcio, sem que avaliem um direito coletivo propriamente dito ou a política pública como um todo. A demanda coletiva permite que o julgador tome em consideração mais aspectos para a sua tomada de decisão, aprofundando os elementos de cognição e evitando um julgamento que não observe as consequências da decisão final para a comunidade.

Ademais, o contraditório, que é um direito fundamental processual, assume ainda maior importância em tais demandas, a fim de que as partes tenham a possibilidade de amplamente influenciar a tomada de decisão pelo julgador, considerando as drásticas consequências a toda a coletividade que podem surgir com as sentenças dessas ações.

Finalmente, a execução em tais demandas deve ser flexível, buscando o órgão jurisdicional o meio executivo adequado para a satisfação da finalidade pretendida, com estímulo à mediação, ao contraditório e à cooperação. Esta última permite, outrossim, que a execução seja negociada pelas partes, evitando-se que o juiz utilize desnecessariamente e de forma inadequada meios executivos coercitivos e sub-rogatórios, que poderiam ser evitados com a comparticipação dos sujeitos do processo.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Mimeo, 2005.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. 89 *Harvard Law Review*, 1281, 1976.

COSTA, Eduardo José da Fonseca . A 'execução negociada' de políticas públicas em juízo. *Revista de Processo*, v. 212, p. 25-56, 2012.

GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

HERSHKOFF, Helen. Public interest litigation: selected issues and examples. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/PublicInterestLitigation%5B1%5D.pdf>>. Acesso em 21 de agosto de 2015.

LUISSO, Francesco P. *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*. Milano: Giuffrè, 1981.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Efetivação dos direitos fundamentais mediante ação civil pública para implementar políticas públicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n.163, p. 312, set. 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n.346, p. 9-19, abr./jun. 1999.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2009.

_____. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2012.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

_____; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Marco Félix. *Processos estruturais*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Constituição e Administração Pública: definindo novos contornos à legalidade administrativa e ao poder regulamentar*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 224, p. 121, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n.168, p. 107-141, fev. 2009.

Defesa administrativa apresentada a destempo e a arguição de tempestividade como preliminar: efeitos no processo administrativo tributário

Omara Oliveira de Gusmão²⁶⁶

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Aspectos Gerais do Processo Administrativo Tributário – 3. Conceito e princípios informadores do processo administrativo tributário – 3.1. Princípio da legalidade objetiva – 3.2. Princípio da verdade material – 3.3. Princípios do contraditório e da ampla defesa – 3.4. Princípio do devido processo legal (due process of law) – 4. O processo administrativo tributário federal e os efeitos da impugnação extemporânea apresentada nos moldes do § 2º do Decreto n. 7.574, de 29 de setembro de 2011 – 5. A impugnação caracterizadamente intempestiva com preliminar de tempestividade e apresentada após a inscrição do débito em Dívida Ativa – 6. A suspensão de exigibilidade prevista no art. 150, III, do CTN *versus* o § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011: necessidade de base legal para previsão de hipótese de suspensão de exigibilidade – 7. Conclusão – 8. Referências.

266 Advogada Pública. Procuradora da Fazenda Nacional. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Membro do Conselho Científico da Academia Brasileira de Direito Tributário – ABDT. Professora de Direito Tributário e Processual Tributário da Faculdade Martha Falcão Devry. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário da Faculdade Martha Falcão Devry.

1. INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa, analisamos o art. 151, III, do Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172, de 25.10.1966, que trata da suspensão de exigibilidade do crédito tributário, especificamente nos de casos de apresentação de impugnação ao lançamento tributário no âmbito do processo administrativo tributário federal, cotejando-o com o Decreto n. 70.235/1972 e com o § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011, que prevê a possibilidade de suspensão de exigibilidade da exigência na hipótese de impugnação apresentada a destempo, desde que caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.

Trata-se aqui de impugnação ao lançamento de ofício, em regra veiculado por via de auto de infração, uma vez que o lançamento por homologação por depender cem por cento da participação do contribuinte não abre a oportunidade para o debate na via administrativa, considerado confissão de dívida e, como tal, o inadimplemento do tributo declarado e não pago, ou pago a menor, enseja a imediata inscrição em dívida ativa. Entendimento este sufragado pela jurisprudência pátria.

Portanto, a discussão empreendida neste trabalho é voltada para o lançamento sujeito à impugnação bem como para as questões que envolvem os efeitos de apresentação da defesa pelo contribuinte na via administrativa.

É igualmente objeto de análise a validade do § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011 para versar sobre hipótese de suspensão de exigibilidade.

Este artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas suscitar o debate sobre este importante aspecto do processo administrativo fiscal federal, tanto para o sujeito passivo quanto para o fisco.

2. ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Antes de adentrarmos no tema, importante se faz um rápido olhar sobre o processo administrativo tributário. No Brasil o processo tributário se desenvolve perante os órgãos da Administração e do Poder Judiciário. Daí advém as expressões processo administrativo tributário e processo judicial tributário.

A solução das lides administrativas é fruto de lenta evolução legislativa, consubstanciada primordialmente nas normas contempladas pela Constituição Federal de 1988, no Código Tributário Nacional, no Decreto n. 70.235/1972, na Lei n. 9.784/1999 e nas legislações estaduais e municipais²⁶⁷.

267 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 135-136.

O que nos interessa no presente estudo é o processo administrativo tributário, em especial o aspecto voltado à impugnação administrativa ao lançamento no âmbito federal.

O Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172, de 25.10.1966 não disciplinou o processo administrativo tributário, embora os institutos nele previstos apliquem-se aos processos que tramitam na esfera administrativa, a exemplo da suspensão de exigibilidade prevista no seu art. 151, III, objeto do presente artigo.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, LV, revigorou o processo administrativo ao consagrá-lo como garantia fundamental do cidadão, determinando a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, não mais subsistindo a antiga discussão sobre a sua natureza, se processo ou procedimento. Filiamo-nos à corrente que entende, no Direito Tributário, tratar-se de procedimento os atos necessários à consecução do lançamento, inclusive fiscalização tributária e imposição de penalidades. O processo, assim, seria visto como meio de solução administrativa dos conflitos²⁶⁸.

Anterior ao próprio dispositivo constitucional, na órbita federal o processo tributário administrativo está disciplinado pelos seguintes diplomas: Decreto n. 70.235, de 06.03.1972, baixado por delegação do Decreto-lei n. 822, de 05.09.1969 (art. 2º); Lei n. 8.748, de 09.12.1993; Lei n. 9.430, de 27.12.1996 (Processo Administrativo de Consulta); Lei n. 9.532, de 10.12.1997; Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001; Lei n. 10.522, de 19.07.2002; Lei n. 11.196, de 21.11.2005; Lei n. 11.457, de 16.03.2007; Lei n. 11.941, de 27.05.2009; Lei n. 12.844, de 19.07.2013; Lei n. 12.865, de 09.10.2013; Lei n. 13.097, de 19.01.2015; Lei n. 13.140, de 26.06.2015, e demais alterações posteriores.

3. CONCEITO E PRINCÍPIOS INFORMADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Podemos conceituar o Processo Administrativo Tributário como sendo uma cadeia ordenada de atos administrativos por meio do qual a Administração Tributária apura e exige o crédito tributário, bem como, expressa sua relação com o sujeito passivo ou terceiro, ou oferece resposta à consulta a respeito da aplicação e interpretação da legislação tributária.

Este relacionamento entre fisco e sujeito passivo que se desenvolve no âmbito do processo administrativo tributário é norteado por princípios constitucionais que espraiam seus efeitos por toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municí-

268 Idem, p. 143.

pios, consoante determina o art. 37 da Constituição Federal de 1988, com redação da Emenda Constitucional n. 19, de 1998, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da garantia estabelecida no art. 5º, LV que determina a observância do contraditório e da ampla defesa²⁶⁹.

A Lei n. 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, inseriu no sistema do Direito positivo importante referencial principiológico ao ordenar a observância dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No âmbito da doutrina, igualmente se extrai considerável quantidade de princípios informativos específicos do processo administrativo tributário, que de toda sorte emanam daqueles citados. James Marins buscando um núcleo lógico-jurídico dos princípios comuns ao procedimento e ao processo administrativo, conclui pela observância obrigatória, em ambas as fases percorridas pela administração desde a formalização da pretensão até o julgamento da eventual lide tributária, de seis princípios que conferem coesão à atividade tributária estatal: princípio da legalidade objetiva, princípio da vinculação, princípio da verdade material, princípio da oficialidade, princípio do dever de investigação e princípio do dever de colaboração²⁷⁰.

Para o tema ora tratado, no qual de um lado privilegia-se o direito de defesa do sujeito passivo, a busca pela verdade material e o dever de colaboração do interessado, e de outro o direito do ente público em conferir eficiência na sua atuação na cobrança do crédito tributário para o atendimento das necessidades públicas, somente alguns dos princípios citados serão objeto uma rápida abordagem em nome da concisão necessária aos objetivos do presente artigo.

3.1. Princípio da legalidade objetiva

Os princípios são verdadeiras vigas mestras que sustentam todo o ordenamento jurídico. E como não podia deixar de ser têm função primordial no campo do Direito Tributário, incluindo aqui o Processo Administrativo Tributário.

O princípio geral da legalidade está inserto na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso II, que proclama que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Dele é corolário o princípio da legalidade com aplicação à Administração Pública (art. 37, *caput*) e da legali-

269 MELO, José Eduardo Soares de. *Processo Tributário Administrativo Federal, Estadual e Municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 66.

270 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pp. 154-155.

dade tributária (art. 150, inciso I), que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

José Souto Maior Borges leciona que “(...) Legalidade e isonomia tributárias devem, sem contraindicação alguma, ser descritas e explicitadas como um só princípio: todos são iguais diante da lei tributária. A legalidade é a morada da isonomia”²⁷¹.

Acrescenta-se ao comentário do insigne professor que o princípio da legalidade é a morada de todos os demais princípios constitucionais, pois por via de sua aplicação exterioriza-se o verdadeiro “Estado de Direito”, desde que produzam a vontade popular, no dizer de Eduardo Garcia de Enterría²⁷².

No âmbito do processo administrativo tributário o princípio é denominado de legalidade objetiva com o fim de destacar o caráter objetivo e impessoal do agente público, alinhando-se com o princípio da legalidade estrita do Direito Tributário material.

Nesse passo, tem-se que a atividade administrativa é plenamente vinculada como reiteradamente determina o Código Tributário Nacional em seu art. 3º e parágrafo único do art. 142.

Assim sendo, a observância aos ditames legais deve presidir todo o quadro procedimental e processual dos atos administrativos realizados, mormente pela autoridade administrativa e pelo julgador dos processos administrativos. Ressalte-se que a aplicação do citado princípio, como sustenta Paulo de Barros Carvalho, não objetiva beneficiar qualquer das partes, antes pressupõe objetivo cardeal de efetivar os comandos legais, nos seus precisos e estritos termos²⁷³. Todos os demais princípios decorrem deste princípio maior.

3.2. Princípio da verdade material

O procedimento administrativo de lançamento tem como finalidade primordial a investigação dos fatos tributários, com vista à sua prova e caracterização. A investigação submete-se ao um princípio inquisitório enquanto a valoração dos fatos a um princípio da verdade material. Todos estes princípios em busca da verdade material não podem fugir da observância do princípio da estrita legalidade que norteia o Direito Tributário e da legalidade objetiva, norteador do processo administrativo tributário, e menos ainda ao da inderrogabilidade das normas tributárias, não podendo

271 BORGES, José Souto Maior. Princípios constitucionais tributários, aspectos práticos e aplicações concretas. In: *V Congresso Brasileiro de Direito Tributário*, São Paulo, RT, 1991, p. 45.

272 *V Congresso Brasileiro de Direito Tributário*, São Paulo, RT, 1991.

273 CARVALHO, Paulo de Barros. Processo administrativo tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 282/283.

o fisco dispor do seu direito, ou renunciar a aplicação do tributo, a sua cobrança ou qualquer outra medida diversa da expressamente contida na lei.

Dessa feita, quando aplica-se o direito material, por meio do procedimento ou do processo administrativo, a ele também é pertinente as regras da indisponibilidade do crédito tributário, vedando-se, ao Fisco e ao sujeito passivo, sem a devida autorização legal, qualquer medida tendente a desonerá-lo, tais como a confissão, desistência, transação, haja vista que estas só podem incidir quando recaem sobre direitos disponíveis.

Portanto, a busca da verdade material, ou seja, da veracidade dos fatos praticados pelo contribuinte, deve, por dever de ofício, ser impulsionada (princípio da oficialidade), investigada (princípio inquisitório) pelo Fisco, podendo este utilizar-se dos meios legais para encontrá-la, incluindo a exigência dos deveres dos contribuintes, tais como, o de prestar informações, manter escrituração contábil, não opor embaraço à ação fiscal, agir com boa-fé, colaborar com a administração tributária etc.

Não obstante o princípio da verdade material se diferencie da verdade formal aplicada pelas autoridades jurisdicionais com formas dos atos, prazos e a sistematização dos procedimentos rigorosamente obedecidos²⁷⁴, não se pode prescindir que a flexibilização em busca da realidade factual atinjam o fim público que preside todo o processo administrativo de apuração do crédito tributário.

3.3. Princípios do contraditório e da ampla defesa

Ab initio, é de suma importância que estes dois princípios sejam analisados conjuntamente pela forte interligação que possuem e, até mesmo, pela disposição como se encontram insertos no texto constitucional.

Reza o art. 5º, inciso LV, da nossa *lex mater* que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Depreende-se do texto constitucional, que o legislador pretendeu entender ao processo administrativo as garantias asseguradas no processo judicial (na Constituição anterior só havia referência ao princípio da ampla defesa e não havia destaque para o processo administrativo – art. 153, § 15).

Note-se, portanto, que no processo administrativo tributário deve ser dado, ao sujeito passivo, amplo direito de contestar tudo o que lhe estiver sendo imputado, inclusive, fatos ou documentos novos que surgirem no decorrer do processo (princípio do contraditório).

274 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 47.

Dessa feita, nada poderá ser subtraído da manifestação do contribuinte. É claro, a não ser que este permaneça inerte. Mas a administração deve provocá-lo à defesa sempre que necessário.

Por outro lado, insta salientar, que os agentes do fisco também devem ser convocados a pronunciar-se a respeito da defesa do contribuinte.

O Prof. Hugo de Brito Machado, com propriedade, assevera que “Assim, se em face da impugnação do auto de infração, ao prestar informações, o agente do Fisco faz qualquer afirmação nova, não contida no auto de infração, ou oferece qualquer documento, sobre aquela afirmação, e sobre o documento deve ser ouvido o contribuinte. Nada que seja relevante para o julgamento pode ser colocado nos autos do processo por uma das partes, sem que a outra tenha conhecimento, e tenha oportunidade de sobre aquilo manifestar-se, antes do julgamento”²⁷⁵. Eis aqui a essência do princípio do contraditório, que é um meio de exercer-se também a ampla defesa.

Por ampla defesa entende-se que o sujeito passivo ou contribuinte e até terceiro possam ter a seu dispor todos os meios de defesa e recursos **legalmente** previstos no processo administrativo.

Tudo o que até aqui foi dito é meio de exercício da ampla defesa. Deve o contribuinte ter oportunidade de demonstrar que o crédito tributário contra ele constituído é indevido, seja por meio de provas, diligências etc.

Insta salientar, no entanto, a fim de subsidiar a questão que mais adiante será abordada (a impugnação apresentada a destempo com preliminar de tempestividade), que o exercício da ampla defesa não pressupõe, de forma alguma, procedimentos que a lei não lhe faculta. É com esta afirmação que será abordado em tópico próprio a questão de fundo. Amplo não significa ilimitado.

3.4. Princípio do devido processo legal (*due process of law*)

Os direitos da ampla defesa e do contraditório são, acertadamente conforme magistério do Prof. Alberto Xavier, manifestações do princípio mais amplo do Devido Processo Legal, consagrado no XIV aditamento à Constituição dos Estados Unidos da América²⁷⁶.

Por intermédio do princípio do devido processo legal dá-se primazia ao Estado de Direito, conquista inarredável dos que primam pela justiça social, motivo pelo qual dele não deve afastar-se a administração tributária, submetendo todos os fatos imputados ao sujeito passivo da relação tributária à lei e à jurisdição.

275 MACHADO, Hugo de Brito. O devido processo legal administrativo tributário e o mandado de segurança. In: *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 83.

276 XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 161.

Dessa arte, para que o procedimento administrativo se coadune com o princípio do devido processo legal devem ser observados, pela autoridade, o direito de o sujeito passivo ser ouvido, ampla publicidade, manifestação expressa da autoridade administrativa tributária, dever de decisão da administração, devidamente fundamentada, direito à produção e participação de provas antes das decisões, etc.

Desse modo, observando os princípios que norteiam o processo administrativo tributário, mais que o controle dos próprios atos administrativos, a administração tributária está a garantir o Estado de Direito e a Justiça Fiscal.

4. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL E OS EFEITOS DA IMPUGNAÇÃO EXTEMPORÂNEA APRESENTADA NOS MOLDES DO § 2º DO DECRETO N. 7.574, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011

No âmbito federal, o processo administrativo fiscal é regulado pelo Decreto n. 70.235/72, que ora ostenta *status* de lei ordinária, em razão de seu lastro em atos institucionais vigentes ao tempo de sua edição. Nesse sentido leciona Leandro Paulsen:

“O Decreto 70235/72 (Lei do Processo Administrativo-Fiscal – PAF), editado sob a égide de Atos Institucionais que delegavam ao Executivo tal competência e recepcionado como lei ordinária pela Constituição de 1988, dispõe sobre o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União.”²⁷⁷

O art. 23 do Decreto 70.235/72²⁷⁸ estabelece as formas de intimação dos atos da administração tributária, fazendo prever a intimação pessoal, por

277 PAUSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 395.

278 Art. 23. *Far-se-á a intimação:*

I – pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n. 9.532, de 1997)

I – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei n. 9.532, de 1997)

III – por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei n. 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n. 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei n. 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improficuo um dos meios previstos no caput deste artigo ou quando o sujeito passivo tiver sua inscrição declarada inapta perante o cadastro fiscal, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)I – no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005)II – em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005)III – uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei n. 11.196, de 2005)
(...)

via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo, por meio eletrônico e por edital na hipótese de restar improficuo um dos meios anteriormente citados.

A determinação e exigência do crédito tributário possui duas fases: a contenciosa e a não-contenciosa. Se o sujeito passivo ao ter contra si lançado o crédito tributário, pagar ou nada fizer não há o litígio na via administrativa. No entanto, no caso de não se conformar com a imputação que lhe é feita pelo lançamento e apresentar a devida impugnação, tem início a fase litigiosa do procedimento, consoante prevê o art. 14 do Decreto 70.235/72²⁷⁹. No art. 15, o referido decreto estabelece que a impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, a contar da data em que for feita a intimação da exigência²⁸⁰.

Portanto, será tempestiva a impugnação formulada por escrito pelo sujeito passivo até 30 (trinta dias) após a regular intimação do lançamento.

Os efeitos da impugnação tempestiva são aqueles estabelecidos no art. art. 151, III, e art. 206 do CTN, quais sejam, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário e a possibilidade de obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa. *verbis*:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

279 Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.

280 Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, **será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias**, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Há de ser ressaltado que a apresentação da impugnação no prazo previsto na legislação tributária permite que o sujeito passivo tenha o direito ao julgamento de sua insurgência.

E a impugnação apresentada a destempo? Quais os seus efeitos? O art. 21 do Decreto nº 70.235/1972 deixa evidente a consequência da inércia ou da desídia do sujeito passivo, quais sejam, o prosseguimento da cobrança administrativa e posterior execução fiscal:

*Art. 21. Não sendo cumprida **nem impugnada a exigência**, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável. (Redação dada pela Lei n. 8.748, de 1993)*

(...)

*§ 3º **Esgotado o prazo de cobrança amigável** sem que tenha sido pago o crédito tributário, o órgão preparador declarará o sujeito passivo devedor remisso e **encaminhará o processo à autoridade competente para promover a cobrança executiva.***

Como a impugnação é que desencadeia a discussão do crédito na via administrativa, a defesa apresentada a destempo não caracteriza impugnação, não inaugura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário, nem comporta julgamento de primeira instância. Por consequência, não autoriza a emissão de certidão positiva com efeito de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.

No âmbito federal, em 1996, a Coordenação Geral do Sistema de Tributação editou o Ato Declaratório Normativo Cosit n. 15, de 12 de julho de 1996, no qual fez prever que a apresentação de impugnação a destempo, pelo sujeito passivo, em que conste a **alegação de tempestividade**, tem o condão de caracterizar impugnação, instaurar a fase litigiosa do procedimento, suspender a exigibilidade do crédito tributário bem como direito ao julgamento de primeira instância, conforme abaixo:

*“Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal, às Delegacias da Receita Federal de Julgamento e aos demais interessados que, expirado o prazo para impugnação da exigência, deve ser declarada a revelia e iniciada a cobrança amigável, sendo que eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, **não instaura a fase litigiosa** do procedimento, **não suspende a***

exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar.”

Em 2011, a regra foi alçada ao *status* de regulamento por via do art. 56, § 2º, do Decreto n. 7.574, de 29 de setembro de 2011, que assim dispõe:

Art. 56. A impugnação, formalizada por escrito, instruída com os documentos em que se fundamentar e apresentada em unidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil com jurisdição sobre o domicílio tributário do sujeito passivo, bem como, remetida por via postal, no prazo de trinta dias, contados da data da ciência da intimação da exigência, instaura a fase litigiosa do procedimento (Decreto no 70.235, de 1972, arts. 14 e 15).

(...)

§ 2º Eventual petição, apresentada fora do prazo, não caracteriza impugnação, não instaura a fase litigiosa do procedimento, não suspende a exigibilidade do crédito tributário nem comporta julgamento de primeira instância, salvo se caracterizada ou suscitada a tempestividade, como preliminar. (GN)

Pode-se inferir da regra administrativa transcrita que os fundamentos para o julgamento da impugnação extemporânea com preliminar de tempestividade está fincado na observância ao direito de defesa do sujeito passivo, na busca da verdade material e na possibilidade de saneamento do processo com vistas a evitar condenações do ente público na seara judicial na hipótese da probabilidade de procedência do mérito da impugnação.

No entanto, cabe questionar se há limites para que a impugnação serôdia, mas que contenha arguição de tempestividade e mesmo sem mencionar nenhum argumento objetivo em relação à suposta apresentação no prazo previsto pela legislação tributária, possa ter efeito suspensivo e, assim, oportunizar o direito ao contencioso administrativo fiscal.

Entendemos que há limitações a serem observadas, não sendo qualquer impugnação intempestiva, de início, na qual contenha destaque de tempestividade, mas sem qualquer fundamentação, que propiciará direito ao julgamento no âmbito administrativo fiscal, dentre outros efeitos.

A norma veiculada no Decreto 7.574/2011 evidencia claramente a preocupação relacionada com os limites da competência do órgão preparador e aos efeitos da impugnação administrativa apresentada fora do prazo legal.

Nesse contexto, o regulamento estabelece condutas que devem ser observadas pelas partes interessadas no litígio, a saber, a administração tributária e o próprio sujeito passivo. Assim, quando a impugnação for apresentada intempestivamente, o órgão preparador não deve encaminhá-la à autoridade julgadora de primeira instância nem considerar suspensa a exigibilidade do crédito tributário respectivo, salvo se o administrado caracterizar ou suscitar a tempestividade em caráter preliminar. Por outra banda, especialmente nas situações em que a tempestividade da impugnação suscitar dúvida, impõe-se ao impugnante o ônus processual de antecipar-se à autoridade administrativa, indicando expressamente que sua impugnação atende a esse requisito temporal extrínseco²⁸¹.

É clarividente que a norma é categórica ao expressar o cuidado no sentido de que as impugnações manifestamente intempestivas não venham desencadear os efeitos próprios das defesas tempestivas, a exemplo da suspensão de exigibilidade do crédito tributário, insculpido no art. 151, III, do CTN, dentre aqueles anteriormente citados. Por outro lado, permite que o sujeito passivo exerça o seu direito de defesa, fincado no art. 5º, LV, da CF/88, ao excepcionar a possibilidade de dar andamento à impugnação em que seja caracterizada ou suscitada a tempestividade em preliminar.

No caso da impugnação com preliminar de tempestividade, pela excepcionalidade, com mais vigor deve ser observado o art. 16, III, do Decreto n. 70.235/72, o qual preconiza que a impugnação mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas necessárias para comprovar os argumentos declinados. Importa dizer que a alegação genérica de tempestividade não desencadeia os efeitos da impugnação tempestiva, ou seja, não poderá suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Nesse sentir, a interpretação que se extrai do §2º do art. 56, do Decreto 7.574/2001, cotejando-o com o art. 16, III, do Decreto n. 70.235/72, é a da proibição da arguição de tempestividade sem fundamentação, cabendo ao impugnante o ônus processual de comprovar a alegação da defesa apresentada a destempo.

Dessa forma, não parece razoável entender que ao ser editada a norma excepcional, a autoridade administrativa e o Chefe do Poder Executivo, **teriam condicionado a recepção de uma impugnação extemporânea**, com os efeitos próprios de uma impugnação tempestiva, **a uma mera formalidade**, a um simples expediente de referência à tempestividade do recurso.

281 Solução de Consulta Interna n. 16 – Cosit, de 30 de julho de 2014. Origem: DRF Goiânia. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/SolucoesConsulta/2014/5C/Cosit162014.pdf>. Acesso em: 28 out. 2016.

Dito de outra maneira, não se pode conceber que a administração tributária, nos dois momentos que teve a oportunidade de regulamentar a matéria, não tenha imposto o ônus processual de ser fundamentada e comprovada a alegação de tempestividade, com as razões de fato e de direito que a justificariam, a fim de propiciar o julgamento de mérito da demanda administrativa e atribuir o efeito suspensivo à defesa, contentando-se com a mera alegação de tempestividade.

À luz do acima exposto, fixa-se um entendimento inicial que a norma contida no art. 56, §2º, do Decreto 7.574/2011, poderia ser aplicada aos casos concretos desde que a impugnação extemporânea contivesse alegação de tempestividade em preliminar, acompanhada dos motivos de fato e de direito em que se fundamenta, com os documentos comprobatórios pertinentes, nos termos do art. 16, III, do Decreto n. 70.235/72.

5. A IMPUGNAÇÃO CARACTERIZADAMENTE INTEMPESTIVA COM PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE E APRESENTADA APÓS A INSCRIÇÃO DO DÉBITO EM DÍVIDA ATIVA

Não obstante a regra estampada no art. 56, §2º, do Decreto 7.574/2011 não pretenda conferir deliberadamente à impugnação com preliminar de tempestividade os efeitos da impugnação tempestiva, como assentado acima, observa-se, todavia, que o comando normativo regulamentar possui lacuna que fragiliza a cobrança do crédito tributário, pois faz prever que caracterizada ou suscitada a tempestividade, a impugnação apresentada a destempo desencadeia os efeitos próprios da defesa tempestiva, deixando, no entanto, de dispor sobre medidas eficientes, na hipótese de estar, ao contrário, devidamente caracterizada a intempestividade.

Nesse sentir, a impugnação com arguição genérica de tempestividade ou abusiva, porquanto comprovadamente intempestiva, posterga indevidamente o ingresso dos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, cria óbice à cobrança eficiente do crédito tributário e estimula a fraude e o engodo, afrontando o princípio da confiança que preside as contemporâneas relações entre o fisco e o contribuinte, além de atentar contra o princípio do dever de colaboração na formalização tributária.

Leandro Paulsen preconiza que o dever de colaboração, a exemplo do dever de pagar tributos, igualmente está assentado no Estado de Direito Democrático e Social, compreendendo toda a ampla variedade de outras obrigações e deveres estabelecidos em favor da Administração tributária

para viabilizar e otimizar o exercício da tributação, por isso mesmo tem base e legitimação constitucional.²⁸²

James Marins bem delinea o dever de colaboração no processo administrativo, fincado na Lei n. 9.784/99:

“No plano do Processo Administrativo, a Lei n. 9.784/99 (LGPAF – Lei Geral do Processo Administrativo Federal), em seu art. 4º, tornou explícito os seguintes “deveres do administrado” que se alinham, a modo genérico, com o *dever de colaboração do indivíduo* para com a Administração e evidenciam seu conteúdo ético: I – **expor os fatos conforme a verdade**; II – **proceder com lealdade**, urbanidade e **boa-fé**; III – **não agir de modo temerário**; IV – prestar as informações que lhe forem suscitadas e **colaborar para o esclarecimento dos fatos (...)**”²⁸³

Na norma contida no art. 56, §2º, do Decreto 7.574/2011 não se verifica nenhuma menção à medida que possa evitar a delonga indevida na cobrança do crédito tributário e na lide administrativa, na hipótese de o sujeito passivo não se portar com lealdade, boa-fé, em descumprimento ao seu dever de colaboração com a administração tributária e ao dever fundamental de pagar os tributos necessários a que o Estado cumpra os seus fins.

Noutra toada, é de se ponderar a ausência de um prazo para que a alegação de tempestividade possa ser suscitada sob pena de ferir-se a segurança jurídica e outros comandos normativos, ainda que na via administrativa sobressaia princípio da verdade material.

A título de exemplo, cite-se impugnação apresentada nos moldes do art. 56, §2º, do Decreto 7.574/2011, após a inscrição do débito em Dívida Ativa. Nesta hipótese, embora o decreto não estabeleça para a impugnação extemporânea, não haveria nenhuma possibilidade de ser suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III, do CTN.

A inscrição em Dívida Ativa formaliza título executivo extrajudicial, dotado de certeza e liquidez, nos termos do art. 204 do CTN²⁸⁴, com o fim de aparelhar a competente execução fiscal. A certidão de inscrição em dívida ativa, assim, é o título extrajudicial hábil para, em juízo, promover a concretização do crédito tributário.

282 PAUSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa: princípio de direito tributário para obrigações acessórias e de terceiros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 31.

283 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 161.

284 Art. 204. *A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.*

Revestindo-se de liquidez e certeza o título somente pode ser atacado pelo sujeito passivo no âmbito judicial por via de Embargos à Execução Fiscal (ou exceção de pré-executividade, como admitido pelos tribunais), nos termos do art. 16 da Lei n. 6.830/80, ou por ação autônoma, a par do que dispõe o art. 38 do mesmo estatuto legal.

A jurisprudência também reconhece que a inscrição em Dívida Ativa, cuja CDA goza de presunção de liquidez e certeza, é marco que autoriza a execução fiscal:

PROCESSIONAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE DO LANÇAMENTO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DESNECESSIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. O ato de inscrição na Dívida Ativa goza de liquidez e certeza do crédito inscrito. Conforme prescrevem o art. 202 do CTN e o art. 2º, §5º, da Lei 6.830/80. 2. Conforme consignado na sentença, a CDA apresentou os requisitos obrigatórios previstos no artigo 2º, §5º, da Lei n. 6.830/80, não havendo nenhuma irregularidade a justificar sua anulação. 3. **No que tange à alegação de ausência de notificação do lançamento em processo administrativo, a orientação desta egrégia Corte é no sentido de que: “A instrução da petição inicial com certidão de dívida ativa é o quanto basta para o regular processamento de execução fiscal, descabida a exigência de comprovação de prévia notificação ao devedor em processo administrativo para pagamento ou impugnação do débito”.** (AC 2007.33.00.001287-0/BA, Desembargador Federal José Amílcar Machado, 7ª Turma, decisão: 21/06/2016, publicação: 08/07/2016) 4. Destaca-se que a multa aplicada ao embargante se deu por inobservância ao procedimento previsto no art. 57 da Lei n. 3.857/60, segundo o qual a oposição do empregador à fiscalização dos preceitos da referida lei constitui infração grave, passível de multa, cujo valor, na hipótese, foi de R\$ 1.659,83 (mil e seiscentos e cinquenta e nove reais e oitenta e três centavos), conforme CDA acostada aos autos da execução fiscal, anexa, razão pela qual não há que se falar em ausência de fundamento legal da natureza da infração. 5. Apelação não provida. Sentença mantida. (AC 2007.01.99.036208-1, DESEMBARGADOR FEDERAL HERCULES FAJOSÉS, TRF1 – SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:07/10/2016 PAGINA:.)

Assim, ainda que o decreto, ora analisado, expressamente não contenha um prazo para que a impugnação com manifestação de tempestividade em preliminar seja apresentada, há clara limitação temporal no ato de inscrição do débito em Dívida Ativa.

Nas hipóteses analisadas não se pode interpretar o disposto no art. 56, § 2º do Decreto n. 7.574, de 2011, na suposta literalidade do dispositivo, seja em razão do lapso temporal decorrido desde a ciência até a inscrição do débito em Dívida Ativa ou mesmo para servir de suporte a fatos que não correspondam à realidade e que amparam a suposta alegação de tempestividade.

Por mais que a norma seja preta, a impugnação com alegação de tempestividade em preliminar, mas eivada de má-fé e apresentada após a inscrição em Dívida Ativa, equivale a não apresentação desta e não tem o condão suspender exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, III, do CTN, nem de desencadear os efeitos próprios da impugnação tempestiva.

6. A SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 150, III, DO CTN VERSUS O § 2º DO ART. 56 DO DECRETO N. 7.574/2011: NECESSIDADE DE BASE LEGAL PARA PREVISÃO DE HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE

Não obstante a discussão do §2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011 gire em torno das questões apontadas anteriormente há aspecto relevante que merece abordagem: a validade do dispositivo mencionado para atribuir efeito suspensivo à impugnação intempestiva que contenha preliminar de tempestividade.

Havendo a ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária se concretiza e a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilização funcional deve desempenhar a atividade correspondente ao lançamento para declarar e constituir o crédito tributário.

No entanto, nos casos elencados no art. 151 do Código Tributário Nacional²⁸⁵, dentre os quais se inclui “as reclamações e os recursos, nos termos

285 Art. 151. *Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:*

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001).

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001).

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

das leis reguladoras do processo tributário administrativo”, o crédito não pode ser exigido do contribuinte.

O citado art. 151 do CTN remete a disciplina da suspensão de exigibilidade do crédito tributário nos casos de reclamação (impugnação) e recursos, às **leis** reguladoras do processo administrativo tributário.

A regra da suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre do art. 141 do CTN que expressamente dispõe:

Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.

Por sua vez, o art. 97, VI, do CTN determina que a suspensão de exigibilidade somente pode ser tratada por lei:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Assim, não resta dúvida que a base para a previsão de hipótese de suspensão de exigibilidade é legal, mesmo quando se trate de dispor sobre as reclamações e os recursos administrativos.

Pois bem, no âmbito federal a impugnação administrativa apresentada nos termos do art. 15 do Decreto n. 70.235/72²⁸⁶ (formalizada por escrito, instruída com documentos em que se fundamenta e apresentada em 30 dias, contados da intimação do lançamento) é a que atende ao disposto no art. 151, III, do CTN.

Como visto anteriormente, o Decreto n. 70.235/72 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária. Os atos institucionais n. 5, de 13.12.1968 e n. 12, de 01.09.1969, conferiram legitimidade para a edição do Decreto-Lei n. 822/69 que, em caráter de delegação, atribuiu ao Poder Executivo competência para regular o processo administrativo fiscal:

286 Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador **no prazo de trinta dias**, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Art. 2º O Poder Executivo regulará o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários federais, penalidades, empréstimos compulsórios e o de consulta.

No exercício da atribuição conferida, o Poder Executivo editou o Decreto n. 70.235, de 06.03.1972. Consoante firme jurisprudência dos tribunais pátrios, a delegação tratada, constitucional na época de sua previsão, não foi recepcionada pelas Constituições posteriores, inclusive pela atual Carta, sendo a matéria reservada à lei ordinária, conforme AMS 106.747/DF, julgado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos.

A posição hierárquica de lei ordinária do Decreto n. 70.235/72 tem sido reiteradamente sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça nas diversas decisões por ele proferidas nos casos em que se discute norma de hierarquia inferior que inove o processo administrativo fiscal federal. Observe-se nas decisões, abaixo declinadas, a semelhança com o caso ora tratado, versando sobre hipótese de suspensão de exigibilidade por via de decreto:

.EMEN: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO COM BASE NO ART. 37, § 3º DO DECRETO 70.235/72. HIPÓTESE DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 151 DO CTN. REVOGAÇÃO PELO DECRETO 75.445/75. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESTRITA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. 1. **A delegação legislativa constante do DL 822/69, art. 2º, exauriu-se com a edição do Decreto 70.235/72, que regula o Processo Administrativo Fiscal**, razão pela qual eivada de ilegalidade a supressão do “pedido de reconsideração”, previsto no art. 37, § 3º do mencionado diploma legal, pelo Decreto 75.445/75. (Precedentes: REsp 219.651/SP, DJ 06.11.2000; REsp 73.245/PR, DJ 01.07.1996; REsp .395/DF, DJ 13.08.1990; REsp .957/DF, DJ 06.11.1989) 2. Destarte, assim dispõe o Decreto 70.235/72: “Art. 37. O julgamento nos Conselhos de Contribuintes far-se-á conforme dispuserem seus regimentos internos. (...) § 3º. Caberá pedido de reconsideração, com efeito suspensivo, no prazo de 30 dias, contados da ciência: I – De decisão que der provimento a recurso de ofício; II – De decisão que negar provimento, total ou parcialmente, a recurso voluntário.” 3. **O Código Tributário Nacional prevê, em seu art. 97, VI, a imprescindibilidade de lei formal para versar sobre a exclusão, suspensão e extin-**

ção de créditos tributários, encerrando o princípio da estrita legalidade tributária, razão pela qual encontra-se eivada de ilegalidade a supressão, pelo Decreto 75.445/75, do “pedido de reconsideração”, previsto no suso mencionado dispositivo legal.

4. Impende salientar que o Decreto 70.235/72, por ser fruto de delegação legislativa, ostenta natureza de lei ordinária, o que implica que o pedido de reconsideração nele previsto tem origem e caráter legal, traduzindo manifestação de índole legislativa, razão pela qual não poderia ser suprimido por legislação de hierarquia inferior, que ostenta natureza meramente regulamentar.

5. A título de argumento *obiter dictum*, verifica-se que o pedido de reconsideração só passou a ser vedado quando da edição da Lei 8.541/92, sem efeitos retroativos para atingir ato praticado na vigência de contexto normativo próprio e diverso, *in verbis*: “Art. 50. Não será admitido pedido de reconsideração de julgamento dos Conselhos de Contribuintes”.

6. Recurso especial desprovido. ..EMEN: (RESP 200601840185, RESP – RECURSO ESPECIAL – 877352 – LUIZ FUX, STJ – PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:15/09/2008 ..DTPB:.)

No mesmo sentido: REsp 219.651/SP, REsp 73.245/PR, REsp 395/DF, REsp 957/DF, dentre outros.

Registre-se a existência de norma no âmbito federal que atribui o efeito de suspensão de exigibilidade ao crédito tributário, atendendo ao disposto no art. 151, III, do CTN. Trata-se da manifestação de inconformidade, e respectivo recurso, no âmbito da compensação tributária, prevista na Lei n. 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei n. 10.637, de 2002) (Vide Decreto n. 7.212, de 2010) (Vide Medida Provisória n. 608, de 2013) (Vide Lei n. 12.838, de 2013)

§ 11. A manifestação de inconformidade e o recurso de que tratam os §§ 9º e 10 obedecerão ao rito processual do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e enquadram-se no disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 –

Código Tributário Nacional, relativamente ao débito objeto da compensação. (Redação dada pela Lei n. 10.833, de 2003)

A situação descrita acima, como deve ser, está veiculada por lei e enquadra-se na hipótese de suspensão de exigibilidade prevista no art. 151, II, do CTN.

Noutro giro, ressalte-se que a norma contida no art. 35 do Decreto n. 70.235/72²⁸⁷, que prevê a possibilidade de julgamento administrativo de recurso perempto, também caracteriza situação diversa da que ora se analisa, uma vez que igualmente possui base legal (assim considerado o *status* do referido Decreto n. 70.235/72).

Destarte, a parte final da regra contida no § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011, ao estabelecer que possui os mesmos efeitos da defesa tempestiva, eventual impugnação extemporânea na qual seja caracterizada ou suscitada a tempestividade como preliminar, veicula verdadeira hipótese de suspensão de exigibilidade sem base legal, contrariando o art. 97, VI do CTN.

Poderia ser alegado que, na verdade, a hipótese ventilada pelo Decreto n. 7.574/2011 não inova a lei processual administrativa (Decreto n. 70.235/72), pois apenas regula o tratamento que deve ser dado à impugnação tempestiva quando, por qualquer motivo, seja impossível à administração tributária aferir a tempestividade no momento próprio. Não procede o argumento.

A hipótese capaz de suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, III, do CTN, é aquela prevista no art. 15 do Decreto n. 70.235, consubstanciada na defesa apresentada no prazo de até 30 (trinta) dias, contados da intimação da exigência.

Observe-se que ao ser apreciada a preliminar de tempestividade, na hipótese tratada, se o julgador administrativo posteriormente entender pela intempestividade da demanda o crédito tributário estaria indevidamente suspenso entre o interregno da apresentação da defesa serôdia e a decisão administrativa, sem contar o lapso temporal decorrido desde o término do prazo previsto no art. 15 do Decreto n. 70.235.

Assim sendo, o conteúdo do Decreto n. 7.574/2011 encontra seus limites regulatórios no texto do Decreto nº 70.235/72, recepcionado pela Constituição Federal como lei ordinária, na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro submete o regulamento à lei, nos precisos termos do art. 49, V, da Carta Maior.²⁸⁸

287 Art. 35. O recurso, mesmo perempto, será encaminhado ao órgão de segunda instância, que julgará a perempção.

288 Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Nessa linha de raciocínio, é patente que a parte final do § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011 criou nova regra de suspensão de exigibilidade do crédito tributário não prevista no Decreto n. 70.235/72, em clara afronta ao princípio constitucional da legalidade, da estrita legalidade, e da legalidade objetiva, a teor do que dispõe o art. 97, VI, do CTN. Sendo assim, não se enquadra na hipótese de suspensão de exigibilidade prevista no art. 151, III, do CTN.

7. CONCLUSÃO

Oportunizar o direito de ampla defesa ao sujeito passivo, em observância ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, é finalidade essencial no âmbito do processo administrativo tributário. No entanto, a concretização da garantia constitucional deve observar todo o feixe normativo vigente no ordenamento jurídico, sob pena de não se atingir o fim almejado.

Sob esse prisma, sobressai a fragilidade da regra contida na parte final do § 2º do art. 56 do Decreto n. 7.574/2011, que permite ao sujeito passivo ter julgada a sua impugnação, e suspensa a exigibilidade do crédito, nos termos do art. 151, III, do CTN, mesmo que transcorrido o prazo de trinta dias, contados da intimação do lançamento, desde que caracterizada ou suscitada a tempestividade em preliminar.

Ainda que se possa entender que o decreto citado é apenas regulatório, a regra padece de lacunas que criam óbices à cobrança eficiente do crédito tributário por não prever medidas para combater o caráter protelatório de defesas administrativas abusivas, como a alegação de tempestividade quando esta não existe, ou pela ausência de previsão de marco temporal expresse que aparentemente permite a apresentação da impugnação até mesmo depois da inscrição do débito em Dívida Ativa. Mais ainda: a fragilidade da regra, em se tratando de suspensão de exigibilidade, é potencializada por demandar base legal e, no entanto, verifica-se que foi veiculada por instrumento de hierarquia inferior.

Nestes termos, não prevalece o princípio da verdade material, buscado pela norma, em comento, ou outros que norteiam o processo administrativo tributário, porquanto em confronto com o Princípio da Legalidade, estrita e objetiva.

A regra, assim, merece ser aperfeiçoada para que o processo administrativo tributário possa cumprir seu papel de instrumento de justiça fiscal e expressão do Estado de Direito.

8. REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. Princípios constitucionais tributários, aspectos práticos e aplicações concretas. *In: V Congresso Brasileiro de Direito Tributário*, São Paulo, RT, 1991.

BRASIL. *Códigos 3 em 1: Tributário, Processo Civil e Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto-lei n. 822, de 05 de setembro de 1969. Extingue a garantia de instância nos recursos de decisão administrativa fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 07 set. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del0822.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

BRASIL. Decreto n. 70.235, de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 07 mar. 1972. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 24 set. 1980. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6830.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

BRASIL. Lei n. 9.430, de 22 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 30 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 01 fev. 1999 e retificado em 11 mar. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

BRASIL. Decreto n. 7.574, de 29 de setembro de 2011. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília – DF, 29 set. 2011.

lia – DF, 30 set. 2011 e retificado em 08 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7574.htm>. Acesso em: 28 out., 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Processo administrativo tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1979, pp. 282/283.

COORDENAÇÃO GERAL DE TRIBUTAÇÃO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. DF. Solução de Consulta Interna n. 16 – Cosit, de 30 de julho de 2014. Origem: DRF Goiânia. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/SolucoesConsulta/2014/SCICosit162014.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. O devido processo legal administrativo tributário e o mandado de segurança. In: *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1997.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MELO, José Eduardo Soares de. *Processo tributário administrativo federal, estadual e municipal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PAUSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa: princípio de direito tributário para obrigações acessórias e de terceiros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. *Curso de direito tributário completo*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Análise de padrões dos litígios ambientais no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e a atuação do Ministério Público Estadual: uma aproximação à teoria da agência²⁸⁹

Bruno de Souza Cavalcante²⁹⁰

RESUMO

O Ministério Público dispõe de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, com vistas a dirimir administrativa e extrajudicialmente, alguns tipos de contendas, tal como os crimes ambientais. Para tanto, uma vez identificada a conduta ilícita perpetrada contra o meio ambiente, o Ministério Público instaura procedimento para apurar o fato, e, ao final, propor a mitigação do dano, através de um instrumento transacional chamado TACA – termo de ajustamento de conduta ambiental. Ocorre que, conforme evidências levantadas no presente estudo, o Ministério do Público do Estado do Amazonas não tem se limitado a encerrar esses casos com a subscrição do TACA, mas, promovendo no judiciário a respectiva Ação Penal. Esse comportamento sugere que o Ministério Público age

289 Trabalho para obtenção de grau parcial no programa de DINTER UCB/FLS

290 Professor de Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas. Mestre e Doutor em Economia pela Universidade Católica de Brasília. Advogado.

com redundância na sua atuação, com significativo impacto tanto para si, quanto para o Judiciário. Além de desestimular o criminoso a firmar o TACA, aumenta do estoque de ações no Judiciário, e incrementa os custos de transação da Justiça. O presente trabalho analisa esse fenômeno, aproximando-o da Teoria da Firma, com ênfase na relação do Agente e do Principal.

Palavras-chave: Litígios ambientais. Padrões estatísticos. Teoria da Firma. Jurimetria.

1. INTRODUÇÃO

Realizamos, em 2012, uma análise estatística explicativa acerca do estoque de 1961 (mil novecentos e sessenta e uma) ações judiciais, em matéria ambiental, que tramitavam junto à Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias – VMAQA, no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – TJAM. Foi analisada uma amostra temporal que compreendeu o período de Janeiro de 1997 até outubro de 2011.

Dentre outras informações, extraídas da análise dos dados buscados junto à base do TJAM, ficou evidenciado que o Ministério Público do Estado do Amazonas é o principal demandante nas ações analisadas, responsável, à época, por 64% (sessenta e quatro por cento) dos litígios em tramitação.

Essa observação sugere que MPE-AM pode estar atuando de forma redundante no que diz respeito à sua atividade persecutória, já que, em sede de crimes ambientais, o MPE dispõe de mecanismos administrativos para resolução de conflitos dessa natureza, especificamente, o Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental – TACA.

O TACA se constitui num instrumento pré-processual, pois dispensaria o ajuizamento de uma ação penal, na medida em que têm a função precípua de mitigar o aumento de demandas judiciais, eis que possuem natureza jurídica de título executivo judicial. É dizer, caso sejam descumpridas alguma, ou algumas das cláusulas do TACA, caberá ao MP promover sua execução em juízo.

Entretanto, esse instrumento tem sido levado a uma aparente ineficiência, na medida em que, ante a ocorrência de crime ambiental, que culmina com a instauração de Inquérito Civil – IC, e posterior oferta de transação através da subscrição do TACA, o MP tem proposto ação penal contra o poluidor pagador.

Esse movimento evidencia uma dupla penalização ao ofensor, que assume a obrigação administrativa de pagar pelo dano ambiental, presumindo o exaurimento da contenda, e se vê, posteriormente, processado judicialmente

pelos mesmos fatos, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial de n. 1294980 MG 2011/0292433-2, que consolidou o entendimento de que a subscrição do TACA não afasta do MPE o dever de promover a correspondente Ação Penal.

Inobstante, a finalidade da resolução do conflito na esfera administrativa se mostra inócua. A uma, pois o consectário ajuizamento de uma ação penal tende a desestimular o ofensor a assinar o TACA, já que terá a oportunidade de transacionar em Juízo, por expressa disposição legal. A duas, pelo inegável incremento no estoque de ações no judiciário, e seus reflexos operacionais e econômicos.

Diante do exposto, o estudo se orienta a partir do seguinte problema de pesquisa: o comportamento do MPE-AM, na sua atuação frente aos crimes contra o meio ambiente, tem se mostrado redundante, conquanto, a despeito da celebração dos TACA como forma de inibir e recompor, o risco e o dano causados pelo poluidor pagador, ainda promove a Ação Penal para apurar a responsabilidade criminal do ofensor?

A resposta a esse questionamento instiga a analisar os dados obtidos junto à base de dados do MPE-AM, para o fim de comprovar se há ou não maximização de sua função persecutória, bem como, se esse comportamento induz a ineficiência dos TACA.

A presente pesquisa faz um cotejo do acervo legal aplicável ao caso, com a finalidade de demonstrar os incentivos que induzem a atuação do MPE-AM dentro do campo investigado. De forma complementar, a investigação proposta contribui com a geração de conhecimento de forma transdisciplinar envolvendo as áreas do direito, da economia e da estatística.

O presente artigo está dividido em quatro seções, sendo, a primeira, uma abordagem sobre a atuação do MPE frente aos crimes ambientais; a segunda, uma aproximação da Teoria da Firma ao modo de atuação do MPE; a terceira, o levantamento dos dados obtidos, seu tratamento e resultados obtidos. A quarta seção conclui o artigo.

2. A ATIVIDADE DO MPE E OS CRIMES AMBIENTAIS

Por disposição legal, na seara de atuação do Ministério Público, as questões que envolvem matéria ambiental, especificamente aquelas que se encontram no campo do risco e do dano ao meio ambiente, e são tipificadas como crimes ambientais, são precedidas por procedimento administrativo chamado Inquérito Civil – IC.

Via de regra, decorre do processamento do IC a proposição de um Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental – TACA, e/ou o ajuizamento de uma

Ação Civil Pública²⁹¹ ou uma Ação Penal com fins a reprimir a conduta ofensiva e/ou obter reparação ao dano ambiental causado. É o teor dos artigos 27 e 79-A da Lei de Crimes Ambientais (Lei n. 9605/98) que assim dispõem:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

(...)

Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, **ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.** (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.163-41, de 2001) [sem negrito no original]

Há um iter que leva o Ministério Público a propor a formalização de um TACA, e tal se verifica sempre que chega ao conhecimento do MP notícias de crimes ambientais. Esses crimes podem ser representados por uma série de fatos: poluição sonora, poluição hídrica, poluição atmosférica, queimadas, desmatamentos, entre outros. Por se tratar de ofensa a um bem jurídico considerado como transindividual, o crime contra o meio ambiente é pressuposto para ajuizamento da Ação Civil Pública.

De acordo com a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), os TAC, do qual o TACA é uma espécie, são assim prescritos:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I – o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

291 Consoante previsão expressa na Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) o Inquérito Civil é pressuposto do ajuizamento da ACP. Os dados obtidos no IC poderão ensejar ou não a ACP. Contudo, no presente caso, tem se observado que, necessariamente, as ações penais são ajuizadas.

(...)

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

(...)

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (Incluído pela Lei nº 8.078, de 11.9.1990) (Vide Mensagem de veto) (original sem destaque)

Pela dicção do dispositivo acima, resta claro que o TACA se insere dentro do campo da discricionariedade do MP, que poderá, ou não, propor o ajuste. Isso porque, segundo lição de Fernandes (2008), a natureza jurídica do TACA é de contrato administrativo típico, baseado na peculiaridade do caso que ensejou o IC, a saber:

“...o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico, resultando na avença consensual, geralmente preventiva de litígio, na qual a Administração buscará a reparação do bem ambiental lesado e a restauração do equilíbrio da qualidade de vida, observadas as peculiaridades do caso e da perícia técnica que conferirão maior ou menor grau de discricionariedade na estipulação das cláusulas obrigacionais, bem como da valoração do interesse público e sua satisfação para a propositura ou não da ação civil pública.”

Dado que os crimes ambientais previstos na Lei 9.605/98 são crimes de ação penal pública incondicionada, estes subordinam o comportamento do Ministério Público ao princípio da indisponibilidade da Ação Penal e da obrigatoriedade. Nesse sentir, Nucci (2008) defende ser inarredável a persecução criminal, consoante seu magistério:

“...não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia.” (original sem negrito)

E esse comportamento é tido como absolutamente normal à luz da Instituição, de seus agentes, e de boa parte da doutrina. Ainda que exista um Ministério Público com atuação “resolutiva” na esfera administrativa, prevalece a atuação “demandista”. No dizer de Alves e Berclaz (2014) essa atuação é reflexo do princípio da indisponibilidade, a saber:

*“Ainda que a **judicialização** de determinadas situações, por vezes, constitua medida indisponível em relação a qual não existe margem para outro caminho (exemplo: necessidade de responsabilização de agente público ímprobo por desonestidade e desvio de recursos públicos), certo é que muitos outros problemas relacionados à realização de outros direitos coletivos podem passar muito mais pelo diálogo e tentativa de construção de uma ação positiva com os demais poderes constituídos do que, simplesmente, pela busca precoce da prestação jurisdicional sem antes tentar exercitar o uso de outros meios e mecanismos com capacidade de resolução do conflito estabelecido.” (original sem negrito)*

Por outro lado, há vozes que defendem uma atuação mais moderna do Ministério Público, com ênfase na busca de resolução de conflitos fora da esfera jurisdicional, tal como sustenta Rodrigues (2012), para quem uma postura “resolutiva” é mais produtora e ajustada aos tempos de hoje.

*“Passados mais de vinte anos da Constituição, a primeira onda de entusiasmo esvaiu-se, mas a missão foi cumprida. No entanto, todo o lastro teórico que serviu para impulsionar essa primeira vaga, defrontada com a nova realidade política, social e cultural, perdeu vigor e já não consegue atender às necessidades evolutivas da instituição. **A ênfase dada à ação cobra sempre um preço: o da contínua elaboração teórica. Surge um novo movimento**, uma nova onda, que poderíamos denominar de a segunda onda da era contemporânea do Ministério Público. É o **movimento da eficiência, da busca por resultados e legitimidade social, de um novo perfil institucional** mais adequado à quadra histórica de aprofundamento e amadurecimento democrático: **o perfil do Ministério Público resolutivo (conceito/representação e realidade observável em si mesma).**” (original sem negrito e sem destaque)*

Convém dizer que o tema no entorno do comportamento inflexível do MP, justificado por um aspecto axiológico, consubstanciado nos princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade, enfrenta controvérsias. A principal, no que tange a relativização dos princípios em destaque, ante aqueles que norteiam o Direito Ambiental. Assim, tem-se o entendimento manifestado por Hasemamm (2010) quanto à natureza do delito ambiental, e seu reflexo na atuação do MP:

“...diante dos princípios basilares do Direito Ambiental de prevenção e reparação do dano da forma mais célere e efetiva possível, pela desnecessidade da intervenção do Direito Penal (que é a *ultima ratio* em matéria de responsabilização), **em regra, nos casos de ajuste de conduta, anterior ao oferecimento da denúncia, integralmente cumprido pelo compromitente, sem que isso tenha o condão de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública no ordenamento brasileiro, na medida em que este não afasta a valoração jurídica dos fatos**, pelo membro do Parquet, bem como se exige a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação para seu exercício.” (original sem negrito)

O advento da Lei 9.605/98 trouxe para o campo do Direito Penal, ainda que forma moderada, a tutela de novos direitos significativamente relevantes para a sociedade. Ademais, a referida lei tem o condão de prestigiar a pena pecuniária ou restritiva de direitos, ao invés da restritiva de liberdade. Extrai-se de seu conteúdo, que a *ratio essendi* dessa norma é a de conduzir o fiscal da Lei, na espécie em análise, o Ministério Público, para uma postura mais “resolutiva” do que “demandista”.

Para Freitas e Freitas (2006, p. 290,291), uma das principais motivações para que a Lei de Crimes Ambientais prestigie mais as penas pecuniária e restritiva de direitos, deve-se ao entendimento do legislador quanto a falência das prescrições restritivas de liberdade:

Ao possibilitar, na grande maioria das infrações penais, a aplicação de punições restritivas de direitos, o novo Diploma concorre para a consecução de outra finalidade da pena, qual seja a de recuperar o dano ambiental. (...)

Ao possibilitar sanções pecuniárias, seja através da pena de multa ou mesmo pela pena restritiva de direito da prestação pecuniária, procurou o legislador a ressocialização do condenado, atingindo seu patrimônio e não sua liberdade (FREITAS; FREITAS, 2006, p. 291).

Fazendo um contraponto com o chamado princípio da oportunidade, Hasemmam (2010, p. 4) diz que o sistema de resolução alternativa de conflitos deve ser aprimorado, com vistas ao descongestionamento da atividade judiciária:

“Consignou-se, pois, que o instrumento, previsto precipuamente na Lei nº. 7.347/1985, promove o ajuste entre o infrator ambiental e o órgão público legitimado à propositura da ação civil pública competente, que deve abranger tudo aquilo que for necessário à total e efetiva prevenção e/ou reparação do dano, formando-se título executivo extrajudicial (ou judicial).

Após, estudou-se o **princípio da obrigatoriedade, evidenciando-se que o dever de agir do órgão de acusação em ações penais públicas surge quando presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, bem como não exclui a valoração jurídica dos fatos.** Nesse sentido, caso o Ministério Público entenda pelo não preenchimento dos requisitos expostos, deve requerer o arquivamento da investigação ao magistrado. Se proposta a ação penal, cabível, entretantes, sua impugnação pela defesa, com base nos argumentos transcritos anteriormente.

Teceu-se, ato contínuo, breves considerações acerca do **princípio da oportunidade e da chamada oportunidade regradada e as interpretações de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira, concluindo-se que a Lei nº. 9.099/1995 somente concedeu ao órgão ministerial a opção entre as sanções especiais previstas na lei para propor ao acusado por ocasião da transação penal, sendo esta direito subjetivo daquele, quando preenchidos os requisitos legais.**”

(...)

Optou-se pelo entendimento que defende a interdependência entre as esferas de responsabilização, uma vez que é a forma mais conveniente e convincente de **aproximar os ditames do Direito Ambiental, no que tange à reparação e prevenção do dano, e do Direito Penal, no que toca à intervenção mínima, bem como atende a demanda em descongestionar o Poder Judiciário, repensando-se o modelo clássico punitivo com a busca por soluções consensuais dos conflitos.**

Necessário dizer, contudo, que o entendimento manifestado pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial de n. 1294980 MG 2011/0292433-2, a assinatura do TACA não afasta a conduta criminal do agente causador do dano ambiental, e, por esse motivo, não impede o ajuizamento da ação penal pertinente, reforçando o comportamento “demandista” do MP, conforme se observa do trecho do ementário da jurisprudência em destaque:

“PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ASSINATURA DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. ILICITUDE DA CONDUTA APOSTADA COMO DELITUOSA NÃO AFASTADA.

1. A assinatura do termo de ajustamento de conduta, firmado na esfera administrativa, ente o Ministério Público Estadual e o suposto autor de crime ambiental, não impede a instauração da ação penal, diante da independência das instâncias, devendo ser considerado seu eventual cumprimento, quando muito, para fins de redução do quantum das penas a serem impostas.

2. A assinatura do termo de ajustamento, *in casu*, não revela ausência de justa causa para a ação penal e, por ausência de previsão legal nesse sentido, não constitui causa de extinção da ilicitude da conduta potencialmente configuradora de crime ambiental.” (original sem negrito)

Posto isso, o entendimento do STJ conduz à conclusão que a atuação administrativa do Ministério Público, em matéria ambiental não se confunde com sua atuação acusatória/persecutória na esfera judicial e, por tal motivo, os TACA não inibem propositura das ações judiciais.

A consequência imediata desse entendimento é o aumento do número de ações judiciais associadas aos procedimentos administrativos em comento, com impacto no estoque de ações em matéria ambiental, e reflexos na morosidade do judiciário, pois, no presente caso, o TJAM possui uma única vara especializada para esse tipo de demanda.

Entendido que o MP não pode dispor, *a priori*, da proposição de ação penal em sede de crimes ambientais, e sob uma perspectiva estratégica, o suposto causador do dano não terá o incentivo para firmar o instrumento transacional.

E isso se deve, pois, somando-se os princípios da indisponibilidade, obrigatoriedade e o entendimento de que a celebração do TACA não afasta

o dever do MP em propor a ação penal, cria-se uma estrutura de incentivos que serve, *prima facie*, de desestímulo para que o ofensor (poluidor-pagador) firme a transação no âmbito administrativo.

Já que não terá qualquer ganho, porque firmar o TACA? Essa decisão é perfeitamente compreensível sob o prisma econômico pelo qual os agentes sempre buscam maximizar seus ganhos (TABAK et al, 2015), e perfeitamente demonstrável à luz da Teoria dos Jogos.

Em resumo, a celebrada teoria apresenta um método pelo qual o jogador possa deduzir qual é a melhor decisão a ser tomada quando este se encontra diante de um dilema. A escolha, dita estratégica, deve considerar a estratégia que pode ser adotada por outro jogador. No dizer de José Augusto Carvalho:

“A teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica”. (CARVALHO, 2007, p. 215)

E arremata:

“[...] instala-se um conflito de interesses, o que obriga a que cada participante do jogo escolha a melhor estratégia para si, mas considerando, também, a melhor estratégia para cada um dos demais jogadores” (CARVALHO, 2007, p. 215). Nesse sentido, como afirma Alecsandra Almeida (2006, p. 01), “[...] através dessa teoria os jogadores se posicionam da melhor forma para obter o resultado desejado”.

Assim, considerando que o jogador conhece a estratégia do outro jogador, o primeiro adotará a decisão que lhe traga mais benefício, ou, que lhe traga menos custo.

Transpondo a relação para o caso em exame, sendo o poluidor pagador conhecedor das estratégias a serem adotadas pelo MPE, qual seja, (i) oferecer uma composição via TACA – postura “resolutiva”, e, posteriormente, (ii) propor ação penal contra esse sujeito – postura “demandista”, a melhor estratégia a ser adotada é a de não aceitar o TACA. Motivo: uma vez que fato será submetido à apreciação da justiça em virtude do entendimento manifestado pelo STJ e, amparado pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, não haverá vantagem para o acusado.

Essa relação pode ser descrita, aplicando-se à cada tomada de decisão um valor. Assim, por exemplo, se a decisão tomada pelo infrator for vantajosa para ele e não para o MP, o valor da decisão será (α) para o infrator e $(-\beta)$ para o MP; Se a decisão for vantajosa para o infrator e para o MP, o valor será (α') para o infrator e (β) para o MP; Se a decisão for desvantajosa para o infrator e vantajosa para o MP, o valor será $(-\alpha)$ para o infrator e (β') para o MP. Consequentemente, a relação entre esses valores deve ser assim compreendida:

$$-\alpha < \alpha' < \alpha \text{ e } -\beta < \beta < \beta', \text{ onde } \alpha > -\beta; \alpha' = \beta; \text{ e } -\alpha < \beta'$$

Posto isso, convém descrever, na figura a seguir, o modelo do jogo travado entre o infrator (I) e o MP. Considerando que (I) sabe as estratégias do MP, e considerando os *pay offs* a que está sujeito, por certo, não escolherá o TACA. Observe-se o esquema abaixo:

Modelo de jogo entre o Infrator (I) e o Ministério Público (MP)

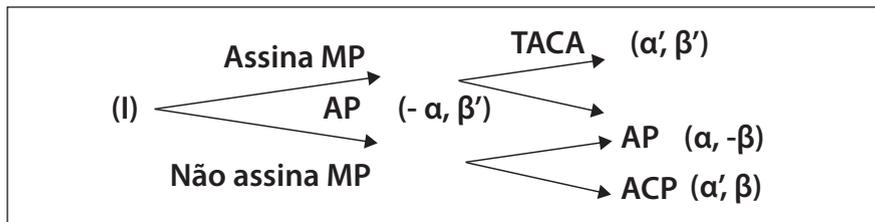


Figura 01

O resultado do modelo acima indica que a melhor estratégia para o infrator é não aceitar o TACA $(\alpha, -\beta)$, e se submeter ao crivo da ação penal (AP). Enfrentar uma ACP seria, secundariamente, uma alternativa vantajosa (α', β) , mas, nesse caso o MP pode ou não ajuizar a ACP, a depender da natureza e grau de dano ambiental. Como o foco dessa pesquisa são as ações penais decorrentes dos fatos que ensejaram a oferta de TACAs, nesse aspecto, responder ao processo penal pode ser economicamente mais vantajoso.

E isso se deve por um fato simples, haverá oportunidade para firmar nova transação em juízo, ou seja, o acusado não terá estímulo para uma composição administrativa, o que se explica pela oportunidade de fazê-lo judicialmente, a um custo menor, inclusive. Aliás, na lição de Tabak e Aguiar (2015, p. 9) “Os agentes econômicos levam em consideração as normas legais que estão em vigor ou sendo discutidas para tomarem suas decisões.”

Ou seja, no cotejo das normas aplicáveis aos crimes ambientais, ação civil pública e a atuação “demandista” do MP nessa área, a escolha do infrator será sempre aquela que lhe for menos onerosa. Em breves linhas, se o causador do dano terá que pagar advogado e desembolsar valores, tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, é elementar que a escolha desse indivíduo será no sentido de suportar esse custo apenas uma vez, no judiciário.

E mais, considerando, portanto, que a solução dos TACA serve ao propósito, tão somente, de mitigar economicamente os efeitos danosos causados ao meio ambiente, sem afastar a conduta criminal do agente, tem-se que o número de ações judiciais em tramitação aumenta.

Sendo assim, é provável que atuação “demandista” do Ministério Público, nesses casos, se aproxime ao do fenômeno descrito pela Teoria do Principal-Agente, ou Teoria da Agência ou da Firma.

3. A TEORIA DA FIRMA

3.1. Considerações iniciais

De acordo com Jensen e Meckling (1976), a sociedade atua como um conjunto de contratos que formam uma rede. Esses contratos estabelecem de forma unilateral e bilateral uma série de funções, direitos e deveres aos integrantes dessa rede (stakeholders).

Em apertada síntese, a teoria da agência revela que o principal (dono do negócio) induz o agente (gestor) a agir com base no seu interesse (maximização do lucro). O principal, porém, é desprovido do mesmo nível de expertise que detém o agente sobre as nuances e peculiaridades do negócio que fomenta. Além disso, não conhece plenamente todas as variáveis que o afetam seu negócio.

O primeiro representa o centro das relações contratuais, o segundo, é o sujeito contratado para exercer determinada função dentro ou fora da firma, pode ser um cliente interno (empregados) ou um cliente externo (acionistas, fornecedores, poder público).

De fato, o principal não dispõe de uma possibilidade real de dirigir o comportamento do agente, que está disposto a incorrer em grandes riscos, já que o seu incentivo (uma bonificação, por exemplo) depende de resultado, mas o prejuízo é só do principal.

Levando-se em conta que o agente sempre agirá no próprio interesse, o incentivo (bônus) se constituirá na sua mais importante prioridade, tornando-se, assim, suficientemente atrativo para induzir o agente a se relacionar com o principal. A considerar que no âmbito dessas relações, os atores

possuem interesse distintos, a hipótese da teoria em análise é que cada um se sente motivado a maximizar seus objetivos.

O resultado prático desse comportamento é o que os autores da teoria chamam de “assimetria de informações”, caracterizada pelo fato de que o agente possui informações das quais o principal não dispõe. Exemplo: o dono de um banco que contrata um expert em finanças para aumentar os ganhos da atividade por si explorada. O resultado é alcançado, contudo, o *know-how* é exclusivo do financista contratado e o dono do banco, *a priori*, não tem acesso a essa expertise.

Pois bem. A Teoria da Agência estabelece três condições para descrever essa relação entre o agente e o principal: 1) O agente pode adotar diversos comportamentos; 2) Esses comportamentos poderão afetar tanto o principal como o próprio agente; 3) Há assimetria de informações porque as ações do agente não são percebidas pelo principal.

Por conta dessa assimetria informacional surgem os conflitos de agência, ou custos de agência, que implicam na adoção de medidas de monitoramento do agente e outras salvaguardas de controle. Todo esse aparato gera um custo para a firma. (EISENHARDT, 1988, p. 489)

Para JACOBSON (2009, p.4) o pensamento de Eisenhard pode ser sintetizado, com a afirmação de que a Teoria da Agência é centrada em transações contratuais entre o principal e o agente, assumindo a existência de racionalidade limitada e oportunismos dos indivíduos (assimetria de informações).

A origem desses conflitos surge na separação da propriedade e da gestão das organizações. O principal, objetivando maximizar seus lucros, delega ao agente o poder de comandar o empreendimento, estabelecendo metas de resultados esperados e limites de riscos admissíveis, responsabilidades e alçada.

O foco da literatura sobre a problemática da teoria do principal-agente é o estabelecimento de um contrato ideal entre os dois atores, levando-se em conta o comportamento *versus* resultado.

Assim, a problemática da teoria repousa na busca por mecanismos que equalizem a relação entre o principal e o agente, de modo a incentivá-lo, reduzindo os riscos ou os custos de transação na economia, sem impor um padrão rígido de sancionamento ante as ações tomadas pelo agente, na execução de suas atribuições.

3.2. O comportamento do MPE/AM nos litígios ambientais

A fim de demonstrar que a relação existente entre o MP, o Judiciário e a Sociedade se aproximam da relação existente entre o agente, a firma e o

principal, é que algumas considerações serão tecidas para justificar a comparação.

Inicialmente, de se considerar que as funções do agente consistem em desempenhar atividade específica, voltada a um determinado objetivo, tendo como contrapartida uma bonificação²⁹². O principal, por sua vez, depende do agente para obter o resultado desejado. A firma serve de meio para que os objetivos das partes sejam alcançados.

Comparativamente, o MP desempenha a função precípua de fiscalizar o cumprimento da lei. A sociedade espera que essa atividade seja desincumbida. Havendo descumprimento da lei por algum integrante da sociedade, espera-se que o MP promova a medida eficaz para coibir e inibir a reprodução desse comportamento indesejado.

Para tanto, deverá fazer uso do Judiciário, que receberá a ação específica, e tal como numa firma, irá processar o caso para dar uma solução que resulte no interesse da sociedade.

E isto se deve pela semelhança no comportamento existente entre os elementos descritos na teoria da agência, e a relação existente entre o MPE/AM, a sociedade civil, o Poder Judiciário, em especial nas questões que versam sobre direito ambiental, na medida em que o primeiro se comporta como o agente, o segundo como o principal, e o terceiro como a firma²⁹³. Observe:

O principal é a sociedade, a esperar que o Ministério Público – MP atue com vistas a perseguir e inibir condutas ilegais e nocivas a todos, com eficiência, para garantir a manutenção da Lei e da ordem.

O Ministério Público é o agente, que atua no interesse do principal, fiscalizando o cumprimento da Lei, e agindo quando a mesma é violada, através de processo judicial, instrumento de manutenção da paz social.

A firma é o Judiciário, função do Estado através da qual os conflitos jurídicos são analisados e julgados. É no âmbito do Judiciário que o MP concretiza sua missão institucional, promovendo as medidas necessárias para a correta observância da norma.

O contrato entre os atores deriva de uma combinação das normas que regulam a atuação ministerial, bem como, os princípios que norteiam essas

292 É de conhecimento público que o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP é o órgão de controle das atividades do MP no Brasil. Posto isso, anualmente o Conselho juntamente com CNJ, estabelece metas para a resolução de conflitos. Dentro do escopo dessas metas, está a produtividade, indicador que implica, em muitos casos, dar vazão aos casos sob análise dos MPs, o que se traduz, *prima facie*, em incentivo (bônus) à maximização da atividade do MP. Vide <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/enasp>>

293 Para sustentar a comparação entre esses atores e os elementos subjetivos descritos na Teoria da Agência, necessário considerar que esse marco teórico apresentado por Jensen e Meckling (1976 apud ESCUDER, 2006, p.32) aponta que problemas de agência são decorrentes de conflitos de interesses existentes em atividades de cooperação entre os indivíduos, quer ela ocorra ou não em situações de hierarquia entre o principal e o agente.

normas, e as decisões emanadas pelos Tribunais Superiores, acerca dos limites dessa atuação²⁹⁴.

Observando-se a relação do MP com a Sociedade, e destes com o Judiciário, de se admitir que o entendimento manifestado pelo STJ, quanto a eficiência dos TACA, em matéria ambiental, constitui vetor de incremento de demandas judiciais, a induzir o MP a promover ações penais, mesmo em face da existência de um instrumento de resolução de conflitos na esfera administrativa, com significativo impacto no Judiciário.

O resultado dessa decisão é o aumento do estoque de ações judiciais, com respectivo reflexo na morosidade do julgamento desses casos, tornando o tempo de resposta menos eficiente em função do incremento de demandas, se leva em conta o anseio social por efetivação da Justiça, no caso presente, o resultado esperado pelo principal.

E mais, a considerar que, no campo das estratégias esse comportamento do MP é esperado, o eventual infrator provavelmente abrirá mão de firmar o instrumento transacional na seara administrativa, optando, a rigor, por aguardar que um acordo lhe seja oferecido na esfera judicial.

Na Lição de Tabak e Aguiar (2015, p.09), “a teoria econômica prevê que os agentes deverão se comportar de modo a maximizar seus benefícios líquidos em suas tomadas de decisão”.

A fim de embasar o conteúdo da presente pesquisa, foi feito um levantamento junto à base dados do MPE-AM, disponível no endereço <<http://www.mpam.mp.br/publicacoes-sp-1171425943/relatorios-de-atividades-funcionais/relatorio-de-atividades-funcionais-resolucao-no-03308-c-nmp>>. Essa página dá acesso aos relatórios das atividades desenvolvidas pelo MPE-AM, desde janeiro de 2009 até, na presente data, o mês de setembro de 2017. Acessando os relatórios, é possível observar as diversas áreas de atuação do MPE-AM, em especial na seara ambiental.

Como as questões ambientais recebem tratamento tanto na esfera cível quanto na esfera criminal, e com a finalidade de adotar uma visão profilática dos dados obtidos, optou-se por dividir essas informações em dois grandes grupos, Criminal e Cível. A partir daí, estabeleceu-se subdivisões em cada grupo, um, para as demandas administrativas, outra para as judiciais, em primeira e segunda instâncias de julgamento. Observe-se a figura abaixo que esclarece o critério utilizado para estratificação dos dados.

294 Transpondo esse fenômeno para campo de atuação do Ministério Público – MP em matéria ambiental, e sua relação com a sociedade, observa-se que este, dadas suas atribuições (artigos 127 a 135 da Constituição Federal), atua como agente fiscalizador da Lei, e titular da Ação Penal, agindo no interesse da sociedade, que exterioriza sua vontade através da norma.

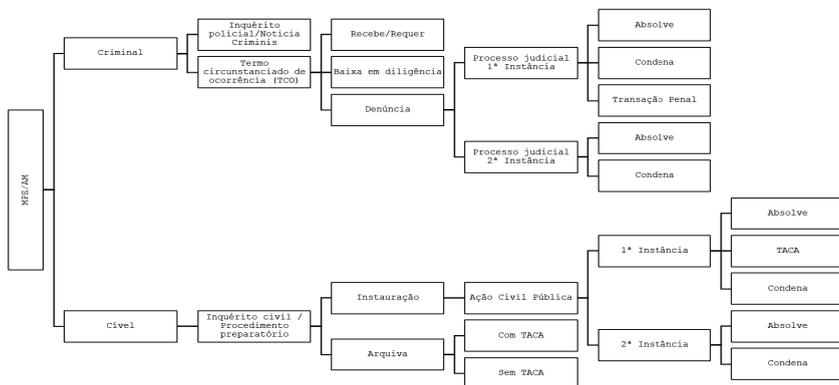


Figura 02

No primeiro grupo (Criminal) encontramos os Inquéritos Policiais (IP) recebidos²⁹⁵ e instaurados pelo MPE-AM e as *Notitia Criminalis*²⁹⁶ (NC), os Termos Circunstanciados de Ocorrência²⁹⁷ (TCO), e os casos remetidos ao judiciário em primeira (1G) e segunda (2G) instâncias. No segundo grupo (Cível), encontramos os Inquéritos Cíveis (IC) e os Procedimentos Preparatórios (PP), que poderão culminar com arquivamentos com e sem TACA, ou ainda, em uma Ação Civil Pública (ACP). Segue, ainda, as ações cíveis ajuizadas (1G), bem como, os recursos (2G).

MPE/AM																									
MÊS	CRIMINAL										CÍVEL														
	IP/NC				TCO			Proc. Jud. 1G			Proc. Jud. 2G			IC/PP		Proc. Jud. 1G		Proc. Jud. 2G							
	Rec/Req	Diligência	Trans pe	Denúncia	Rec/Req	Diligência	Trans pe	Denúncia	Rec/Ins	Absolve	Condena	Rec/Ins	Absolve	Condena	Instau	Arq CTA	Arq STA	ACP	Req In	Absolve	Condena	Req In	Absolve	Condena	

Figura 03

A amostra abrange um período de 105 meses. Da observação dessa base de dados algumas evidências foram identificadas, e associadas à pesquisa feita na dissertação de mestrado do autor da presente tese.

295 Em regra, são enviados pela Delegacia à Autoridade Ministerial. Em outros casos, a instauração se dá por iniciativa do MP.
 296 Comunicação feita ao MPE, dando conta da prática de algum ilícito ambiental.
 297 Comunicações feitas pela Autoridade Policial ao MPE, relativa a crimes ambientais de menor potencial ofensivo.

Considerando que, até outubro de 2011, haviam 1961 processos ativos no judiciário, desses, 1253 eram de iniciativa direta do MPE-AM, ou seja, 64% das demandas em tramitação.

É possível observar, ainda, a resposta do judiciário ante as demandas que lhe são enviadas no decorrer do período em que a base de dados abrange, evidenciando, num primeiro momento, desproporção entre os casos que são levados para conhecimento da justiça e a resposta desta quando de seu julgamento, quer pela condenação, quer pela absolvição.

Utilizando a base obtida junto ao sítio do MPE-AM, e ajustando as informações na tabela utilizada nesta pesquisa, vê-se que de janeiro de 2009 a setembro de 2011, o MPE-AM ajuizou 1.358 ações criminais e 360 ações cíveis, totalizando 1718 ações. Destes números, no mesmo período, foram julgados 103 casos, o que leva a um índice de ações ativas de 1615 ações, e um desvio para maior, da ordem de 20% entre as informações obtidas até outubro de 2011 e as informações levantadas juntos ao site do MPE.

Pois bem. No campo destinado aos processos cíveis, é possível observar na coluna IC/PP, foram instaurados no período, 3.981 procedimentos, dos quais, 150 foram arquivados²⁹⁸ sem TACA, 1038 foram arquivados com TACA. Ainda, em relação ao total de procedimentos, 570 se tornaram ACPs, e na Justiça, quer por iniciativa do MP, quer por terceiros, foram ajuizados mais 1081 processos, num total de 1.631 processos ajuizados entre os anos de 2009 até setembro de 2017.

Interessante observar, que neste mesmo período, o total de ações julgadas em primeira instância corresponde a 193 casos. Em segunda instância, tem-se 9 processos julgados em grau de recurso. Não registro de recursos interpostos para a instância de tribunais superiores.

Dos 193 casos julgados em primeira instância, 111 resultaram em absolvição, os demais em condenações. Ainda, assim observa-se que o MPE recorreu, ou contra arrazoou²⁹⁹, em 152 casos. Não é possível identificar se o MPE recorreu das 111 absolvições, muito menos, quais os casos em que os condenados em primeira instância recorreram.

Com essa breve leitura da base de dados, vê-se o contorno de que o MPE possui postura demandista, porquanto, mais da metade das questões cíveis que são instauradas ou recebidas pelo órgão se tornam demandas judiciais.

Em que pese apontar para os casos de arquivamento com e sem TACA, resta plausível que nos demais casos, que perpassam pelo campo da tentativa de solução de conflito pela via administrativa, e se tornaram medidas ju-

298 O arquivamento em referência diz respeito aos casos que foram encerrados, sem desdobramento na via judicial.

299 Hipótese na qual o condenado recorre, cabendo ao MPE apresentar contrarrazões às razões do recurso.

diciais, tiveram em seu nascedouro a recusa do infrator em firmar o TACA, ou, até mesmo, a não oferta, pelo MPE, quanto ao instrumento transator.

De se observar que de uma amostra de 3981 procedimentos, 1.188 foram arquivados, com e sem subscrição de TACA. É provável que os demais processos não foram objeto de TACA, ou, se o foram, resultou infrutífera a proposta, eis que acabaram por ensejar o ajuizamento de 2.093 ações cíveis, de natureza ambiental, no período de tempo analisado. Ou seja, 52% dos casos apurados pelo MPE acabam se tornando demandas judiciais.

Fazendo um paralelo com as demandas criminais, até que porque, à semelhança do que acontece na esfera cível, o MPE propõe a chamada transação penal, observa-se que nos IPs e NCs recebidos pelo MPE, num total de 3.544 procedimentos, 197 são objeto de transação penal, e 1.58 são convertidos em demandas judiciais, através das denúncias oferecidas pelo Órgão. De se considerar que, mesmo diante da oferta de transação penal, o MPE ainda oferece denúncia.

No que diz respeito aos TCOs, originados junto à autoridade policial, de um total de 4.124 casos, 573 foram objeto de transação penal, e 559 foram objeto de oferecimento de denúncia pelo MPE. De um modo geral, considerando os números dos procedimentos em tela, tem-se que, 2.137 casos foram objeto de denúncia, e dentro deste número, 770 eram casos em que a transação penal foi proposta pelo MPE, o que representa 36% das denúncias ajuizadas.

Patente, portanto, que a postura do MPE é muito mais demandista do que resolutive. Ainda que haja possibilidade de acordo, quer na esfera cível, através dos TACA, quer na esfera criminal, através da transação penal, é provável que casos assim se tornem objeto de demanda judicial, a desestimular o ofensor a aceitar as propostas que lhe são feitas.

3.3. Tratamento de dados

Com o propósito de investigar os números obtidos junto ao MPE, fez-se necessário apurar os dados em comento. Para tanto, e a considerar que o mote da presente pesquisa é demonstrar, ou não, a maximização da função demandista do MPE, estabeleceu-se alguns critérios para averiguar se as denúncias formuladas pelo MPE resultam em Absolvição, Condenação ou Transação Penal. O mesmo se diga em relação às Ações Cíveis Públicas ajuizadas, e se as mesmas resultam em Absolvição ou Condenação.

Em seguida, utilizando o modelo de regressão PROBIT, busca-se analisar a relação entre as denúncias e a quantidade de condenações e absolvições obtidas. O modelo de regressão foi escolhido pois é necessário ao deslinde desta pesquisa verificar se duas ou mais variáveis estão relacionadas de alguma forma.

O PROBIT é um método estatístico que tem por finalidade a verificação de dose críticas em ensaios de dose-resposta, conforme detalha Bliss (1935). Esse método afere onde uma determinada droga é administrada em k diferentes doses (níveis), d_1, d_2, \dots, d_k em, respectivamente, m_1, m_2, \dots, m_k indivíduos, em um período específico, para determinar quantos y_1, y_2, \dots, y_k indivíduos apresentam mudanças em seu quadro, como, por exemplo, cura ou morte.

Transpondo o modelo para o caso em exame, será analisado se as denúncias formuladas, ao longo de um período de 105 meses pelo MPE levam à absolvição, à condenação ou à realização de transação penal. Frise-se, com a finalidade de demonstrar se os casos que envolvem crimes ambientais – e que poderiam ter solução na esfera administrativa – resultam em maior ou menor volume de absolvições, condenações ou transações penais.

Se o volume de condenações for inferior ao número de absolvições ou transações, será possível intuir que essas denúncias careciam de elementos robustos para induzir uma condenação, o que, por certo, representa um incremento desnecessário no número de ações em tramitação na VMAQA.

Sendo uma forma de regressão, esta modelagem ajudará a entender como determinadas variáveis influenciam outra variável. Para a análise dos dados oriundos da esfera criminal, admite-se que “denúncia” deve ser a variável dependente, sendo as explicativas as variáveis “absolvição”, “condenação” e “transação penal” (Denúncias³⁰⁰, Absolv, Conden, Trans_Pen³⁰¹), dispostas da seguinte forma:

Denuncias	Conden	Absolv	Trans_pen
-----------	--------	--------	-----------

Ordenadas as variáveis, as mesmas serão explicadas através do modelo PROBIT, utilizando-se a seguinte designação: Variável X = Absolvição, ou Condenação, ou Transação penal (para os casos que envolvem crimes ambientais), Y= Denúncias.

Nestes cenários, havendo Denúncias, o quanto isso impacta nas Absolvições, ou nas Condenações, ou nas Transações Penais.

300 Corresponde ao total de denúncias formuladas na esfera criminal.

301 Corresponde ao total de transações penais realizadas na esfera criminal.

Sendo a ordem dos fatos: 1- Denúncias, 2a-absoluções, 2b-condenações, 2c-transação penal, optou-se pelo uso do modelo PROBIT³⁰²³⁰³³⁰⁴, para analisar os seguintes cenários:

Primeiro, para os casos de natureza criminal:

Variável X = Absolvção, Condenação, Trans penal, Y = Denúncias

Segundo, para os casos de natureza cível, havendo ACPs, o quanto isso impacta nas Absoluções ou nas Condenações? Se impactar nas absoluções, o MPE está promovendo ações sem o devido embasamento. A ordem dos fatos é 1- ACP, 2a-absolvção, 2b-condenação, onde:

Variável X = Absolvção ou Condenação, Y = ACPs

Para fins de aplicação desses cenários no modelo PROBIT, utilizou-se do software GRETL³⁰⁵. O passo seguinte foi isolar os dados necessários para o exame dos processos na esfera criminal, da seguinte forma:

Nº	ID	Variável	Descrição
0		Const	Constante
1		Denuncias	Denúncias
2		Conden	Condenações
3		Absolv	Absoluções
4		TransPen	Transações Penais

Figura 04

Após a inserção das variáveis, as mesmas foram editadas para se tornarem variáveis discretas. A seguir as variáveis foram tratadas e convertidas em variáveis dummy, para ser confrontada com as demais. Assim é que, após aplicação do modelo PROBIT, obteve-se o seguinte resultado, no cenário “Denúncias x Condenações”:

302 Disponível em <<https://www.amazon.com/Microeconometrics-Methods-Applications-Colin-Cameron/dp/0521848059>>. Acesso em 29 mar. 2018.

303 Disponível em <https://www.amazon.com/Microeconometrics-Using-Stata-Colin-Cameron/dp/1597180734/ref=sr_1_1?s=books&ie=UTF8&qid=1522345385&sr=1-1&keywords=microeconometrics+stata>. Acesso em 29 mar. 2018.

304 Disponível em <https://www.amazon.com/Econometric-Analysis-Cross-Section-Panel/dp/0262232588/ref=sr_1_1?krmr0_1?s=books&ie=UTF8&qid=1522345415&sr=1-1-fkrmr0&keywords=woodridge+cross+section+panel+data>. Acesso em 29 mar. 2018.

305 <http://gretl.sourceforge.net/>

Modelo 1: Probit, usando 105 observações

Variável dependente: DDenuncias_164

Erros padrão baseados na hessiana

	coeficiente	erro padrão	z	inclinação
const	-2,14086	0,451582	4,741	
Conden	-0,105781	0,213656	-0,4951	-0,00124462

Média var. dependente	0,009524	D.P. var. dependente	0,097590
R-quadrado de McFadden	0,045489	R-quadrado ajustado	-0,308545
Log da verossimilhança	-5,392209	Critério de Akaike	14,78442
Critério de Schwarz	20,09234	Critério Hannan-Quinn	16,93529

Número de casos 'corretamente previstos' = 104 (99,0%)

f(beta'x) na média das variáveis independentes = 0,012

Teste de razão de verossimilhança: Qui-quadrado(1) = 0,513949 [0,4734]

		Previsto	
		0	1
Efetivo	0	104	0
	1	1	0

Teste da normalidade dos resíduos –

Hipótese nula: o erro tem distribuição Normal

Estatística de teste: Qui-quadrado(2) = 71,6756, com p-valor = 2,72801e-016

Dando sequência à análise, fez-se a correlação entre “Denúncias x Absoluções”, com os seguintes resultados:

Modelo 2: Probit, usando 105 observações

Variável dependente: DDenuncias_164

Erros padrão baseados na hessiana

	coeficiente	erro padrão	z	inclinação
const	-2,21113	0,387753	-5,702	
Conden	-3,86975	1917,37	-0,002018	0,000000
Média var. dependente	0,009524	D.P. var. dependente	0,097590	
R-quadrado de McFadden	0,062293	R-quadrado ajustado	-0,291740	
Log da verossimilhança	-5,297278	Critério de Akaike	14,59456	
Critério de Schwarz	19,90248	Critério Hannan-Quinn	16,74543	

Número de casos 'corretamente previstos' = 104 (99,0%)

f(beta'x) na média das variáveis independentes = 0,000

Teste de razão de verossimilhança: Qui-quadrado(1) = 0,703811 [0,4015]

	Previsto	
	0	1
Efetivo 0	104	0
1	1	0

No terceiro modelo, analisa-se a relação entre “Denúncias x Transações Penais x Acordos”:

Modelo 3: Probit, usando 105 observações

Variável dependente: DDenuncias_164

Erros padrão baseados na hessiana

	coeficiente	erro padrão	z	inclinação
const	-2,97541	0,761729	-3,906	
TransPen	0,0588281	0,0434454	1,354	0,000625032
Acordo	-0,0137915	0,0413312	-0,3337	-0,000146531

Média var. dependente 0,009524 D.P. var. dependente 0,097590

R-quadrado de McFadden 0,210519 R-quadrado ajustado -0,320531

Log da verossimilhança -4,459923 Critério de Akaike 14,91985

Critério de Schwarz 22,88173 Critério Hannan-Quinn 18,14616

Número de casos 'corretamente previstos' = 104 (99,0%)

f(beta'x) na média das variáveis independentes = 0,011

Teste de razão de verossimilhança: Qui-quadrado(2) = 2,37852 [0,3044]

	Previsto	
	0	1
Efetivo 0	104	0
1	1	0

Teste da normalidade dos resíduos –

Hipótese nula: o erro tem distribuição Normal

Estatística de teste: Qui-quadrado(2) = 94,773, com p-valor = 2,63213e-021

Analisando, agora, o segundo cenário, das ações cíveis de natureza ambiental, representadas pela variável $y = \text{ACPs}$, e $x = \text{ArqCeSTACA, Acordos, Conden, Absolv}$, tem-se que:

Nº	ID	Variável	Descrição
0		Const	Constante
1		Conden	Condenações
2		Absolv	Absolvições
3		ArqCeSTACA	Arquivamento com e sem TACA
4		Acordos	Acordos Judiciais

Figura 05

Após a inserção das variáveis, a variável “Denúncias” foi transformada numa dummy, para ser confrontada com as demais. Assim é que, após aplicação do modelo PROBIT, obteve-se o seguinte resultado:

Modelo 4: Probit, usando 105 observações				
Variável dependente: DACP_96				
Erros padrão baseados na hessiana				
	coeficiente	erro padrão	z	inclinação
const	-4,60872	4,03613	-1,142	
Conden	-5,58957	3713,30	-0,001505	0,000000
Absolv	-3,57801	6820,84	-0,0005246	0,000000
ArqCeSTACA	0,135369	0,155053	0,8730	0,000000
Acordos	0,00756349	0,0186394	0,4058	0,000000
Média var. dependente	0,009524	D.P. var. dependente	0,097590	
R-quadrado de McFadden	0,550729	R-quadrado ajustado	-0,334354	
Log da verossimilhança	-2,538013	Critério de Akaike	15,07603	
Critério de Schwarz	28,34583	Critério Hannan-Quinn	20,45321	
Número de casos ‘corretamente previstos’ = 104 (99,0%)				
f(beta’x) na média das variáveis independentes = 0,000				
Teste de razão de verossimilhança: Qui-quadrado(4) = 6,22234 [0,1831]				

		Previsto	
		0	1
Efetivo	0	104	0
	1	1	0

Excluindo a constante, a variável com maior p-valor foi 7 (Absolv)

Teste da normalidade dos resíduos -

Hipótese nula: o erro tem distribuição Normal

Estatística de teste: Qui-quadrado(2) = 15,0698, com p-valor = 0,000534113

Os resultados foram significantes para a variável $X = \text{Absolv}$ (absoluções), evidenciando que o ajuizamento das demandas cíveis (ACPs), geralmente têm como resultado, a absolvição do acusado.

Ao fim e ao cabo, fica evidente a maximização das funções do MPE, enquanto encarregado de fiscalizar o cumprimento das normas, em especial, as de cunho ambiental, posto que, na esfera cível, mais de 50% dos casos se torna ação judicial, e quase 40% dos casos é transformado em ação penal.

Estatisticamente falando, para cada dois casos que chegam ao conhecimento do MPE, em matéria ambiental, um se tornará ação judicial, e sob tal perspectiva, nenhum incentivo parece subsistir, ainda que tenha por finalidade dirimir pela via administrativa o conflito jurídico instaurado.

E não é só, analisando mais detidamente os dados constantes na base de dados da presente pesquisa, observa-se que há significâncias que evidenciam, a despeito da propositura de diversas ações pelo MPE, muitas das quais poderiam ser resolvidas na instância administrativa, que essas medidas, por vezes, não são acolhidas pelo Judiciário, numa evidência de que as demandas carecem de elementos capazes de induzir o Juízo a condenar o infrator em matéria ambiental.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o escopo de apontar que a postura demandista do MPE-AM, nas questões de cunho ambiental, sejam elas de caráter cível ou criminal, leva a um comportamento similar ao verificado na Teoria da Agência, em especial, quando o agente maximiza suas funções com vistas a obter vantagens para o principal.

E isso se deve nos casos em que o MPE-AM, dispondo de instrumentos de resolução de conflitos administrativos, opta ou não por celebra-los, e, ainda, quando o faz, seja através de um TACA, ou da oferta de uma transação penal, invariavelmente, acaba transformando o caso em uma nova ação judícia, cível ou criminal, incrementando o estoque de ações na Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias – VMAQA.

A evidência de tal constatação se dá através da análise dos dados obtidos junto ao MPE-AM, em seu sítio, através do Relatório de Atividades Funcionais, no qual é possível observar os números alusivos aos serviços prestados pelo MPE nos casos que envolvem material de direito ambiental.

Por meio de uma estratificação desses dados, foi possível observar que aproximadamente 52% das questões cíveis, de cunho ambiental, acabam por se transformar em demandas judiciais, o que, por certo, induz a perda de eficácia dos TACAs propostos pelo MPE. Explica-se, pelo percentual encontrado, de cada dois casos que chegam ao MPE, um se torna ação. Ademais, os números encontrados em relação aos TACA que encerram procedimentos são muitos modestos em relação ao volume que chega ao Judiciário.

Posto isso, a assimetria de informação consubstanciada na postura demandista do MPE, que acaba por levar ao judiciário, toda e qualquer questão passível de resolução na esfera administrativa, induz o ofensor, por uma questão meramente econômica, a optar pela não aceitação de subscrever um TACA, haja vista que, na esfera judicial, terá oportunidade a oportunidade de transacionar, a um menor custo.

Esse comportamento demandista conduz ao desprestígio da resolução alternativa de conflitos, a uma aparente ineficácia dos TACAs, que deixam de ser utilizados por uma questão estratégica de cunho econômico, bem como, e por irrefutável, aumento o número de ações em trâmite no Judiciário, aumentando, por presunção, os custos operacionais do Judiciário na tratativa dessas questões.

Por certo, uma confrontação entre a base de dados obtida no MPE, com uma base de dados obtida no TJAM, revelará que a relação entre MPE, Sociedade e Judiciário se aproxima da Teoria da Agência, podendo revelar, ainda, um aumento nos custos de produção.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aleksandra Neri de. *Teoria dos jogos: as origens e os fundamentos da Teoria dos Jogos*. 2006. Disponível em

<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/diaadia/diadia/arquivos/File/conteudo/artigos_teses/MATEMATICA/Artigo_Aleksandra.pdf> Acesso em: 25 out. 2017.

ALVES, Leonardo Barbosa Moreira. BERCLAZ, *Ministério Público em ação*. 2014. Disponível em < <https://d24kgseos9bn1o.cloudfront.net/edito-rajuspodivm/arquivos/leia-algumas-paginas-ministerio-publico-em-acao-corrigido.pdf>> Acesso em 25 out. 2017.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. *Introdução à teoria dos jogos no Direito*. In: Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 15, n. 132, p. 213-234, Abril/Junho, 2007.

EISENHARDT, Kathleen. *Agency – and Institutional – Theory Explanations: The case of retail sales compensation*. Academy of Management Journal, Volume 31. 1988. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/256457>> Acesso em 10 jan. 2016.

EISENHARDT, Kathleen. *Agency Theory: An Assessment and Review*. Academy of Management Review, Volume 14. 1989. Disponível em <http://www.toorenborg.net/timbv/Adviesgebieden/outsourcing/principal-agent-theorie/Agency%20Theory,%20An%20Assessment%20Eisenhardt,%20AMR%201989.pdf/at_download/file> Acesso em 10 jan. 2016.

ESCUDE, Sérgio. *Governança Corporativa e o Conselho Fiscal como instrumento de geração de valor aos acionistas*. Dissertação de Mestrado. 2006. Disponível em <http://biblioteca.unisantos.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=26> Acesso em 10 jan. 2016.

FERNANDES, Rodrigo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2008.

HASEMANN, Ariane Maria. *O termo de ajustamento de conduta ambiental e o princípio da obrigatoriedade*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2715, 7 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17990>>. Acesso em: 25 out. 2017.

JACOBSON, Dax. *Revisiting IT Governance in the Light of Institutional Theory*. 42th Hawaii International Conference on System Sciences. IEEE Computer Society. 2009. Disponível em <<http://csdl2.computer.org/comp/proceedings/hicss/2009/3450/00/09-10-02.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2016.

JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. Journal of Financial Economics. October, 1976, V 3, No. 4. pp 305-360. Disponível em <<http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>> Acesso em 10 jan. 2016.

LUNARDI, Guilherme Lerch. *Um Estudo Empírico e Analítico do Impacto da Governança de TI no Desempenho Organizacional*. Tese de Doutorado. 2008. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10183/13248>>. Acesso em 10 jan. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47-48.

RODRIGUES, João Gaspar. *Ministério Público precisa de novos paradigmas*. 2012. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-abr-16/ministerio-publico-novos-parametros-paradigmas-atuacao>>. Acesso em 25 out. 2017.

STIGLITZ, Joseph E., WALSH, Carl E. *Introdução à macroeconomia*. Tradução da 3 ed. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar de. Introdução. In: TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar (Org.) *Análise econômica do Direito. Uma abordagem aplicada*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2015, p. 9.

Lei 7.347 de 24 de julho de 1985. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 25 out. 2017

<<https://www.amazon.com/Microeconometrics-Methods-Applications-Colin-Cameron/dp/0521848059>>. Acesso em 29 mar. 2018.

<https://www.amazon.com/Microeconometrics-Using-Stata-Colin-Cameron/dp/1597180734/ref=sr_1_1?s=books&ie=UTF8&qid=1522345385&sr=1-1&keywords=microeconometrics+stata>. Acesso em 29 mar. 2018.

<https://www.amazon.com/Econometric-Analysis-Cross-Section-Panel/dp/0262232588/ref=sr_1_fkmr0_1?s=books&ie=UTF8&qid=1522345415&sr=1-1-fkmr0&keywords=woodridge+cross+section+panel+data>. Acesso em 29 mar. 2018.



Este livro foi editado e impresso na Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, em Minion Pro e impresso sobre papel Offset 75g/m² em junho de 2019 na capital do Amazonas.

Art. 23 – Ao Procurador do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

I – representar o Estado, privativamente, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância e extrajudicialmente nos assuntos jurídicos de seu interesse.

*Lei Orgânica da Procuradoria
Geral do Estado*

