ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO

DIREITO PÚBLICO:

Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais

Direito Público: Rev. Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG	Belo Horizonte	v.15 - nº 1	p. 1-305	jan./dez. 2018

ISSN 1517-0748

DIREITO PÚBLICO:
REVISTA JURÍDICA DA ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Avenida Afonso Pena, nº 4.000 – Cruzeiro – 30.130.009
Belo Horizonte – MG – Brasil
Fone: (31) 3218-0700 - (31) 3218-0718
http://www.age.mg.gov.br

GOVERNADOR DO ESTADO
Romeu Zema Neto
PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL
Sérgio Pessoa de Paula Castro

CONSELHO EDITORIAL
Prof. Dr. Anderson Santana Pedra (ES – Universidade Federal do Espírito Santo-UFES e Faculdade de Direito de Vitória – FDV)
Prof. Dr. André Mendes Moreira (MG – Universidade Federal de Minas Gerais-UFMG)
Prof. Dr. António Agostinho Cardoso da Conceição Guedes (PORTUGAL - Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)
Profª. Drª. Carla Amado Gomes (Portugal – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa)
Prof. Dr. Carlos Víctor Muzzi Filho (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)
Profª Drª. Élida Graziane Pinto (SP – Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo)
Prof. Dr. Elival da Silva Ramos (SP – Universidade de São Paulo-USP)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PR – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná)
Prof. Dr. Érico Andrade (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito da FUMEC)
Prof. Dr. Fernando Facury Scaff (SP – Universidade de São Paulo-USP)
Prof. Dr. Giovanni Christian Nunes Campos (SP – Superintendência da Receita Federal)
Prof. Dr. Jason Soares Albergaria Neto (MG – Advocacia-Geral do Estado e Faculdade de Direito Milton Campos)
Prof. Dr. José Jairo Gomes (DF – Procuradoria-Geral da República)
Prof. Dr. Juarez Freitas (RS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRS)
Prof. Dr. Juvêncio Vasconcelos Viana (CE – Procuradoria-Geral do Estado)
Profª. Drª. Liana Portilho Mattos (MG - Advocacia-Geral do Estado)
Profª. Drª. Lilian Cordeiro Tenório de Miranda (PE – Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco)
Prof. Dr. Lucas Galvão de Brito (SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP)
Profª. Drª. Luciana Grassano de Gouvêa Melo (PE – Universidade Federal de Pernambuco)
Profª. Drª. Ludmila M Monteiro de Oliveira (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Profª. Drª. Luísa Cristina Pinto e Netto (MG - Advocacia-Geral do Estado)
Profª. Drª. Márcia Carla Ribeiro (PR - Procuradoria-Geral do Estado e Faculdade de Direito da UFPR e PUC-PR)
Profª. Drª. Maria Clara da Cunha Calheiros de Carvalho (PORTUGAL - Escola de Direito - Universidade do Minho)
Profª Drª Mary Elbe Queiroz (SP - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários-IBET)
Profª. Drª. Misabel Abreu Machado Derzi (MG – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais)
Prof. Dr. Paulo Rosenblatt (PE – Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP)
Prof. Dr. Ricardo Lodi Ribeiro (RJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ)
Prof. Dr. Tácio Lacerda Gama (SP – Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP)
Prof. Dr. Tarcísio Diniz Magalhães (HOLANDA – Amsterdã – International Bureau of Fiscal Documentation-IBDF)
Prof. Dr. Ulisses Schwarz Viana (MS – Procuradoria-Geral do Estado)
Prof. Dr. William Byrnes (EUA - Thomas Jefferson School of Law)

COORDENADOR EDITORIAL
Prof. Dr. Carlos Alberto Rohrmann

DIRETOR
Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior

COMISSÃO TÉCNICA
João Leonardo Silva Costa
Lícia Ferraz Venturi

Solicita-se permuta / Pídese canje / On démande l'échange
Si richiede lo scambio / We ask for exchange / Wir bitten um Austausch

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais / Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n. 1, (Jul./Dez. 2004). – Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 2004 - .
Anual
Formada pela fusão de: Direito Público: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Minas Gerais e Revista Jurídica da Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.
ISSN 1517-0748
1. Direito público - Periódico 2. Direito tributário - Periódico I. Minas Gerais - Advocacia-Geral do Estado II. Título.

Bibliotecária: Lícia Ferraz Venturi CRB/6-1913

© 2018 Centro de Estudos - ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.
O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Publicado no Brasil - *Publishing in Brazil*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

DOUTRINA 9

O FEDERALISMO COOPERATIVO E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE NO LEGISLATIVO BRASILEIRO
- Ana Paula Oliva Cardoso; André Almeida Gonçalves; Mariel Orsini Gameiro 11

O FEDERALISMO COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E AS TENTATIVAS DA UNIÃO DE INVADIR A COMPETÊNCIA DO ITCD COMO SINTOMAS DA CRISE DO FEDERALISMO NACIONAL
- Breno Santana Galdino; Pedro Lucas Debelli Marques 29

CONTROLE QUALITATIVO NO CICLO ORÇAMENTÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: um breve ensaio sobre a tensão pendular entre a discricionariedade e a vinculação à luz da Lei 13.655/2018
- Élida Graziane Pinto 43

SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL: suposto conflito de competência entre o tribunal permanente de revisão e o comitê técnico de defesa da concorrência
- Emerson Gabardo; Marcos Viana Custódio 69

O DESEQUILÍBRIO FEDERATIVO E A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO
Felipe Medeiros Guimarães De Faria; Marianne Dolher Souza Baker Rodrigues 85

BENEFÍCIOS FISCAIS, REPARTIÇÃO DE RECEITAS E PRINCÍPIO FEDERATIVO: reflexões críticas sobre a decisão do STF no RE 705.423/SE e do impacto das desonerações tributárias na autonomia dos municípios
- Henrique Machado Rodrigues Azevedo; Janaína Diniz Ferreira de Andrade 101

DESAFIOS NA RECUPERAÇÃO INTERNACIONAL DE ATIVOS
- Homero Andretta Junior 127

O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E A CRISE DO PACTO FEDERATIVO: deficiências oriundas de uma herança ditatorial e proposição de soluções democráticas
- Juliana Santos Moura; Miguel Andrade 147

INTERSEÇÕES ENTRE O FEDERALISMO BRASILEIRO E ALEMÃO: O COMPARTILHAMENTO DE FUNDOS PÚBLICOS E A DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS
- Letícia Reis De Castro Toledo; Marina Koehne De Barros 163

NOTAS SOBRE A REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DO DIREITO NORTE-AMERICANO E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF e STJ
- Luiz Henrique Miguel Pavan 175

A IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE ABONO DE PERMANÊNCIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 40, §§ 4º, II, e 19, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMBINADO COM A LEI COMPLEMENTAR 51 DE 1985, AOS MILITARES DOS ESTADOS
- Marilhane Lopes Cortez Meirelles 201

POSSIBILIDADES AUTOPOIÉTICAS NA CONSTRUÇÃO DA PARADIPLOMACIA PELOS ESTADOS-MEMBROS
- Miguel Ribeiro Pereira 225

O NEGÓCIO JURIDICO PROCESSUAL COMO ESTRATÉGIA PARA A RECUPERAÇÃO FISCAL DO CRÉDITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA: o plano de amortização de débitos
- Paulo Rosenblatt; Rodrigo Tenório Tavares de Melo 257

O CONFRONTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM SEUS LIMITES AUTOPOIÉTICOS: o problema do ativismo judicial alopoiético na teoria dos sistemas
- Ulisses Schwarz Viana 275

ORIENTAÇÃO EDITORIAL 297

APRESENTAÇÃO

A Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais apresenta o décimo quinto fascículo de sua revista e brinda ao público artigos científicos com temas atuais e de grande relevância para o indispensável mas combalido federalismo brasileiro.

Diante de hodiernas controvérsias que afetam os Estados da federação, os textos, elaborados por renomados autores, abordam sob diferentes perspectivas o necessário equilíbrio de poder entre as esferas federativas, a perpassar as temáticas das finanças e das políticas públicas, do direito administrativo, constitucional, processual e tributário.

Aspira-se, mais uma vez, que a Revista da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais alavanque o diálogo e o debate jurídicos, com trabalhos que, no seu conjunto, têm como escopo uma federação mais justa e um Brasil melhor.

Boa leitura!

Procurador do Estado *Onofre Alves Batista Júnior,*
Diretor do Centro de Estudos Celso Barbi Filho da
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

O FEDERALISMO COOPERATIVO E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE NO LEGISLATIVO BRASILEIRO

ANA PAULA OLIVA CARDOSO*

ANDRÉ ALMEIDA GONÇALVES**

MARIEL ORSI GAMEIRO***

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Contexto histórico do federalismo no Brasil e federalismo cooperativo. 3 Federalismo e a competência concorrente legislativa. 3.1 Competência legislativa concorrente e a contextualização de normas gerais. 4 O papel do Senado Federal perante o pacto federativo e a competência legislativa concorrente. 5 Posicionamento do STF. 5.1 Solução hermenêutica. 6. Considerações finais.

Resumo: O artigo analisa o federalismo em seu contexto histórico e prático, face à previsão constitucional da competência legislativa concorrente dos estados-membros e União – inclusive sobre a discussão acerca do termo *normas gerais*, especialmente no que diz respeito ao verdadeiro papel do Senado Federal. Os critérios que compõem o federalismo são trazidos à baila para averiguar se há uma atuação efetiva do legislativo bicameral no país, que possui como essência e objetivo o equilíbrio entre os estados e a proteção ao pacto federativo, à luz também das decisões do Supremo Tribunal Federal. Por fim, discute e conclui quais os possíveis problemas que podem afetar negativamente o federalismo e aponta as críticas ao exercício atual do Senado Federal, bem como aos desdobramentos da nebulosa competência legislativa concorrente prevista na Constituição Federal.

Palavras-chave: Federalismo. Senado. Normas Gerais.

1. INTRODUÇÃO

* Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, bolsista de Iniciação Científica pelo CNPQq na área de Filosofia do Direito Tributário, sob orientação do Prof. Dr. Thomas Da Rosa de Bustamante.

** Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, monitor bolsista da disciplina Teoria do Estado II, sob a orientação do prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior.

*** Mestre pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP/SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC Campinas. Advogada tributarista.

A estrutura brasileira é dada pela Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a forma federativa de Estado, em seu artigo 1º, sendo formado pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Bem como, pelo artigo 18, que trata sobre a organização político-administrativa do país, que garante a autonomia administrativa, política, judicial e financeira de cada ente federado – União, Estados e Município.

No contexto histórico, o sistema federal foi introduzido no país em 1889 e detalhado na Constituição de 1891. Como sabemos, e diferentemente de muitas federações, a constituição brasileira nunca foi uma resposta às clivagens sociais decorrentes de conflitos étnicos, linguísticos ou religiosos. Movimentos separatistas ocorreram apenas durante o período colonial, e no início do século XIX a unidade do país não era questionada.

Por tal razão, as constituições brasileiras não preveem regras para a secessão e a de 1988 estabelece como cláusula pétrea a impossibilidade de abolir a forma federativa do Estado através de emenda constitucional.

A federação foi criada a partir das 20 províncias herdadas do sistema unitário, contando hoje com 26 estados, o Distrito Federal, e cerca de 5.561 municípios, distribuídos em cinco regiões.

Nesse contexto, dada a divisão e descentralização de tais entes, a Carta Magna distribui as competências legislativas respectivas a cada um, e dispõe em seu artigo 24, em favor dos estados-membros e Distrito Federal, a competência legislativa concorrente com a União.

Destaca-se aqui que há uma distinção expressa na norma máxima entre competência privativa, concorrente, e comum, e que não há para os estados-membros regra específica que lhes reserve determinado rol de matérias as quais são atribuídas competência privativa, mas sim, tão somente a forma residual e concorrente.

Embora atribuído apenas de competência legislativa concorrente, os Estados e Distrito Federal são representados através do Senado Federal[1], integrante do Poder Legislativo, que tem como papel fundamental ser o ponto de equilíbrio entre as unidades da federação.[2]

Dessa forma, indaga-se no presente artigo se de fato a estrutura federativa brasileira tem sido preservada com os adventos legislativos ocorridos e se há nesse cenário uma atuação do Senado Federal que condiz com a função primordial de sua gênese no ordenamento constitucional brasileiro.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DO FEDERALISMO NO BRASIL E FEDERALISMO COOPERATIVO

[1]Art. 46, CF. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. Texto extraído de: BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[2] VASCONCELOS, Jarbas de Andrade. O Poder Legislativo na Constituição de 1988. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/publicacoes>. Acesso em: 14 dez. 2018.

O Estado federal surge, com seus aspectos atuais[3], nos Estados Unidos da América, em 1787, quando os chamados *Founding Fathers* (em tradução literal "pais fundadores") reunidos em uma tentativa de aprimorar a união dos Estados assinaram a declaração de independência. Essa conjunção se dá de modo a prover a defesa externa e não cair na zona de influência de outras potências, que os levaria fatalmente à dependência econômica e política[4].

Os Estados Confederados aprovaram a criação da Federação Norte-Americana, na qual cada uma das Treze colônias abriria mão de sua soberania em prol do novo Estado, a Federação Norte-Americana.

Desta forma, o Estado Federal apresentaria uma situação de coordenação e subordinação entre os estados-membros e o Poder Central. Na qual, os estados-membros atuam de forma coordenada entre si, estando, porém, subordinados ao Poder Central, que, apesar de ser formado pela união dos estados-membros, não se caracteriza pela somatória de suas vontades, gozando assim de autonomia também em relação à vontade dos estados-membros.[5]

Nosso federalismo tem sua origem no conhecimento, pelos nossos juristas, da experiência norte-americana [6-7], e conforme já exposto na introdução, é apontado pelo artigo 1º, da Constituição Federal de 1988.

A par desta previsão, a Constituição de 1988 apresenta ao longo de seu texto outros elementos integrantes e caracterizadores do compromisso federativo: a repartição de competências (artigos 22, 23, 24 e 30); a autonomia constitucional e dos poderes reservados aos Estados (artigo 25, § 1º); a autonomia e o poder de auto-organização dos Municípios (artigo 29); a intervenção federal (artigo 34, I a V, a, b, VI, VII, a, b, c, d, e); a organização bicameral do Legislativo (artigos. 44, 45, 46); a cláusula pétrea da forma federativa do Estado (artigo 60, § 4º, I); a existência de Tribunal Constitucional e Federativo (artigo 102, I, a, f, III, a, b, c, d); a repartição da competência tributária (artigos. 145, 153, 155, 156) e; a autorização para que os Estados e o Distrito Federal organizem seu próprio Poder Judiciário (artigo 125).[8]

Em vista da necessidade de dotar os Estados de autonomia administrativa, e de repartir as competências e as rendas, o constituinte de 1988 outorgou aos Estados membros a competência para instituir alguns impostos, sendo o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), imposto sobre transmissão causa *mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), e operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de

[3] SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de. O Federalismo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 53, 2003, p. 407. *Apud* Zippelius traz o entendimento deste de que "os primeiros esboços de uma Teoria do Estado Federal ocorreram em 1661, quando Ludolph Hugo designou o Santo Império Romano-Germânico, na configuração resultante da Paz de Vestefália (1648), como um 'Estado Comum', em cujos diversos territórios se encontrariam, respectivamente, um Estado particular, subordinado a este Estado superior".

[4] PEREIRA, Fábio Franco. *A federação no constitucionalismo brasileiro*. 2005. 213 f. Dissertação (Mestrado)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010. p. 194.

[5] SIQUEIRA, Pedro Eduardo Pinheiro Antunes de, *op. cit*., p. 413

[6] ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Federação. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 110-112.

[7] À diferença do modelo norte-americano, no Brasil, a Federação foi formada a partir de um movimento de dentro para fora, ou, de forma centrífuga. Não resultou da união de vários estados menores, mas da divisão de um estado maior em unidades menores. Neste sentido: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Política e Jurisdição Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 45.

[8] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 479-483.

serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.[9]

Ao lado destes elementos, previu a Carta Magna de 1988, como um de seus objetivos, em seu artigo 3º, inciso III, a redução das desigualdades regionais, dotando a União do dever de articular suas ações de modo a visar o desenvolvimento e a redução das desigualdades regionais.

Dessa forma, percebe-se que o federalismo brasileiro, em princípio, é dotado de mecanismos para que se tenha o que a doutrina chama de federalismo cooperativo, ou seja, instrumentos de solidariedade e cooperação entre os estados-membros no exercício das respectivas autonomias.

3. FEDERALISMO E A COMPETÊNCIA CONCORRENTE LEGISLATIVA

Quando se garante a participação dos entes federados na construção do ordenamento jurídico nacional, há um favorecimento ao equilíbrio do federalismo, e também à integridade do direito como um todo, melhorando a produção legislativa ao favorecer a participação dos interessados na norma como seus coautores.

Nesse sentido, uma das formas de se atingir o fortalecimento do federalismo é a competência legislativa concorrente, que poderá ser o fator de equilíbrio entre as esferas de poder autônomas.[10]

Sobre essa temática é importante resgatar o ensinamento de Geraldo Ataliba sobre a associação de estados:

> Exsurge a federação como a associação de estados (*foedus, foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela autonomia recíproca da União e dos estados, sob a égide da Constituição Federal (Sampaio Dória), caracterizadora dessa igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem suas competências da mesma norma (Kelsen). Daí cada qual ser supremo em sua esfera, tal como disposto no Pacto Federal (Victor Nunes).[11]

Assim, é necessário identificar as peculiaridades e as exigências tanto locais como nacionais para que se compreenda o papel de cada ente na competência concorrente. Antes de

[9]Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) III - propriedade de veículos automotores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993). Texto extraído de: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[10] LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 101, jan./mar., 1989, pg. 89.

[11] ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, *apud*: MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

adentrar a essa discussão, mais uma vez recorremos à Constituição Federal de 1988, em seu artigo 24, onde estão estabelecidas as matérias passíveis da referida competência concorrente:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
> II - orçamento;
> III - juntas comerciais;
> IV - custas dos serviços forenses;
> V - produção e consumo;
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
> XI - procedimentos em matéria processual;
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
> XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
> XV - proteção à infância e à juventude;
> XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.[12]

Uma análise do texto constitucional nos leva a concluir que cabe, portanto, à União estabelecer linhas gerais para nortear os entes federados, que posteriormente podem regulamentar o tema, levando em consideração suas especificidades, sem fugir às características gerais até então delimitadas.

Nesse diapasão, diante da necessária repartição concorrente da competência legislativa, deve-se então analisar a forma como os entes se estabelecem no processo legislativo. Sobre isso, discorre o professor Raul Machado Horta (1995):

> A legislação federal é reveladora das linhas essenciais, enquanto a legislação local buscará preencher o claro que lhe ficou, afeiçoando a matéria revelada na legislação de normas gerais às peculiaridades e às exigências estaduais. A Lei Fundamental ou de princípios servirá de molde à legislação local. É a *Rahmengesetz*, dos alemães; a *Legge-cornice*, dos italianos; a *Loi de cadre*, dos franceses; são as normas gerais do direito constitucional brasileiro.

[12] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, art. 24.

No mesmo compasso, Moraes acrescenta à discussão ao apresentar o conceito de repartição vertical de competências:

> No âmbito da legislação concorrente, a Constituição brasileira estabeleceu a legislação concorrente não cumulativa, ou seja, a chamada repartição vertical, pois dentro de um mesmo campo material (concorrência material de competência), reserva-se um nível superior ao ente federativo União, que deve somente fixar os princípios e normas gerais, deixando-se ao estado-membro a complementação, com a edição de regras específicas.[13]

No entanto, o que se vê na prática, conforme já previamente exposto é um contexto de Parlamento partidarizado e alinhado com a agenda do Poder Executivo Federal, o que promove alargamento da competência da União, não se atendo ao estabelecimento de normas gerais que é previsto, sobre isso, discorrem Alves e Pedra (2018):

> Por ser um Estado federado integrante de uma federação, sua autonomia não pode ser amesquinhada por uma usurpação de sua competência legislativa originária decorrente de uma atuação ilegítima do Congresso Nacional que avança, costumeiramente, na sua produção legislativa, sobre a competência legislativa do Estado federado.[14]

3.1 COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE E A CONTEXTUALIZAÇÃO DE NORMAS GERAIS

Na mesma regra da competência legislativa concorrente do art. 24 da CR/88, encontra-se a limitação da competência da União para estabelecer normas gerais. Nesse contexto, afirma Tércio Sampaio Ferraz Junior, que é de longa data que a expressão "normas gerais" aponta problemas doutrinários aos intérpretes da Constituição.[15] Diante disso, é necessário examinar os conceitos de competência e normas gerais.

De início, a noção de competência aduz à forma de poder jurídico, isto é, de exercício impositivo de comportamentos e relação de autoridade regulado por normas. Essas normas, segundo Alf Ross[16], são normas de competência, em oposição a normas de conduta.[17]

---

[13] MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

[14] ALVES, Alexandre Nogueira; PEDRA, Anderson Sant'Ana. O Senado Federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa Federação. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

[15] FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 90, 245-251. Recuperado de http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296.

[16] FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 90, 245-251. Recuperado de http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296.

[17] Idem.

As normas de competência que estatuem as chamadas competências públicas criam um poder heterônomo, isto é, cujo exercício é um *munus publicum* qualificado, que é restrito para determinados sujeitos, e por ser qualificado, não transferível, podendo apenas e eventualmente ser delegado.[18]

Além disso, as competências do Estado federal são repartidas horizontal e verticalmente. A repartição horizontal ocorre pela atribuição a cada ente federativo de uma área reservada, que lhe cabe, então, disciplinar em toda a sua extensão. A repartição vertical distribui uma mesma matéria em diferentes níveis (do geral ao particular) e a reparte entre os entes federativos. No primeiro caso (horizontal), as competências são comuns ou privativas. No segundo (vertical), temos a competência concorrente.[19]

E, para disciplinar a competência concorrente há duas técnicas conhecidas: a cumulativa, pela qual os entes podem avançar na disciplina das matérias desde que o que lhes é considerado superior não o faça (não há limites prévios, mas a regra da União prevalece, em caso de conflito); a não-cumulativa, em que, previamente, as matérias estão delimitadas por sua extensão (normas gerais e particulares).[20]

Pelo artigo 24, da Constituição Federal, a repartição vertical é não-cumulativa, determinando-se previamente que a União limitar-se-á a legislar sobre normas gerais quanto às matérias que enumera.

Logo, do ponto de vista lógico, quando o texto constitucional atribui à união respectiva competência para legislar sobre normas gerais, a linguagem constitucional pode estar tratando de normas gerais pelo conteúdo, ou de normas universais, isto é, gerais pelo destinatário, cabendo aos Estados e Distrito Federal, correspondentemente, a competência para o estabelecimento de normas especiais e individuais (conforme o destinatário) ou particulares e singulares (conforme o conteúdo).[21]

Contudo, embora a lógico ajude, não resolve inteiramente a questão e distinção tênue entre normas gerais, o que pode ferir o federalismo em sua essência, bem como seu cooperativismo, afetando de forma negativa os estados membros.

Assim, destaca-se que no país as relações intergovernamentais são altamente competitivas, tanto vertical como horizontalmente, e marcadas pelo conflito, e pela disputa clara de poder para legislar sobre determinado assunto –contando de um lado os Estados, e de outro, a União.

E, justamente nesse cenário concorrencial que adentramos no conceito e análise do real papel do Senado Federal, e a contextualização necessária do sistema bicameral instituído no país, considerando o principal objetivo, que é a preservação do federalismo.

[18] Idem.

[19] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira*. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 98.

[20] Idem.

[21] FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 90, 245-251. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296.

4. O PAPEL DO SENADO FEDERAL PERANTE O PACTO FEDERATIVO E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE

Diante da adoção da forma federal de Estado – que atribui a autonomia política, administrativa, legislativa e financeira dos entes federados, e dada a competência legislativa concorrente aos estados-membros discorrida no tópico anterior, é de suma importância que estes estejam presentes na produção legislativa.

Tal presença servirá especialmente para construir o equilíbrio do federalismo nacional, pois quando o estado-membro participa do momento decisório, não se incorre no erro de tomar medidas contrárias ao interesse e à estabilidade do federalismo. Conforme aponta Barbosa (1987), as referências existentes nos Estados federais (como o modelo estadunidense e o alemão) apontam para o estabelecimento de um sistema bicameral. Sobre isso, a experiência histórica ensina que dizer federação é dizer Poder Legislativo bicameral, uma estrutura impõe a outra, pois a Federação é uma composição de Estados – os quais precisam ter, de per si e no seu conjunto, representação política.[22]

Nesse sentido, vale esmiuçar o bicameralismo: a Câmara baixa representa os interesses da população e a Câmara alta representa os interesses dos Estados-membros, na análise de Araújo (2012) pondera-se que não somente a representação política dos entes federados é particularidade atribuída ao sistema bicameral:

> Para além de sua função de contrapeso ao poder da maioria, argumenta-se que a segunda câmara favorece a qualidade da legislação, incrementa a representação de interesses e aumenta a estabilidade das decisões políticas, protegendo-as dos arroubos dos legisladores.[23]

Diante da necessária autonomia e participação dos Estados-membros e do Distrito Federal no processo legislativo nacional, a Constituição Federal de 1988, estabelece em seu artigo 44[24] a composição bicameralista do Poder Legislativo, assim, constitui-se a Câmara dos Deputados de representantes do povo, e o Senado Federal, os representantes dos Estados e do Distrito Federal.

Dessa forma, idealiza-se o papel da Câmara Alta para que se garanta o equilíbrio federativo, de modo a compatibilizar as decisões legislativas nacionais e a vontade dos Estados-membros e do Distrito Federal.

De outro lado, não se pode desconsiderar a recordação de Alves e Pedra, que afirma que não se pode olvidar que o Senado foi criado no Brasil como órgão de moderação, não

[22] BARBOSA, Alaor. Bicameralismo ou unicameralismo. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 93, jan./mar., 1987.

[23] Cf. Hamilton et al., 1979; Tsebelis; Money, 1997; Patterson; Mughan, 1999; Lijphart, 1989; 2003. In: ARAÚJO, Paulo Magalhães. O bicameralismo no Brasil: argumentos sobre a importância do Senado na análise do processo decisório federal. Política & Sociedade, v. 11, n. 21, p. 86, 2012.

[24] Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Texto extraído de: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

cumprindo seu papel originário de Câmara dos Estados com a finalidade de garantir o equilíbrio da federação.[25]

Em contrapartida, ainda que o Senado brasileiro tenha sido instituído com a função de se posicionar como órgão de moderação, à semelhança de estruturas europeias como a Câmara dos Lordes (Reino Unido), no processo legislativo, ainda mais importante é de se considerar a necessária evolução do papel do Senado a fim de favorecer o desenvolvimento nacional e a manutenção do equilíbrio federal.

Por isso, destacamos os dizeres de Barbosa, que no ano anterior à promulgação da Constituição Cidadã reforçou o papel da Câmara alta brasileira: "Câmara alta, o Senado, sim – mas por causa da importância de suas competências e funções. Câmara revisora, sim. Câmara dos estados, sim. Assembleia de revisão, sim. Assembleia da Federação, sim".[26]

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 dispõe que cada Estado-membro e o Distrito Federal elegerão três senadores, independentemente da quantidade de habitantes do território, proporcionando a cada unidade federativa o mesmo número de votos na Assembleia da Federação, o que em teoria eliminaria a possibilidade de decisões contrárias à vontade da Federação, inibindo o crescimento de desigualdades entre Estados e regiões.

No entanto, o que se vê na prática é a existência de um federalismo predatório e o funcionamento de um Senado Federal que não representa efetivamente os interesses dos Estados-membros, mas sim uma mera casa revisora alinhada com a agenda do Poder Executivo Federal. Sobre isso, o estudo de Neiva e Soares nos mostra que:

> Em vez de defender os interesses puramente regionais, ele tem exercido um papel centralizador, imprimindo um caráter mais nacional às decisões tomadas e às políticas implementadas. A impressão que fica no final deste estudo – e os dados nos ajudam nisso – é de que o Senado brasileiro é uma Casa mais preocupada com os assuntos nacionais do que os regionais ou estaduais. Ainda que sejam sensíveis aos interesses de seus estados, os senadores não parecem dar um apoio menor à agenda nacional.[27]

Sendo assim, ao se discutir a competência concorrente da União e dos Estados-membros e do Distrito Federal, deve-se considerar as forças políticas envoltas ao federalismo brasileiro que prejudicam a estabilidade das decisões políticas, a qualidade legislativa e o funcionamento do pacto federativo.

5. POSICIONAMENTO DO STF

[25] SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo legislativo na formação das leis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 76 e 81, apud: ALVES, Alexandre Nogueira; PEDRA, Anderson Sant'Ana. O Senado Federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa Federação. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018).

[26] BARBOSA, Alaor. Bicameralismo ou unicameralismo? *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 93, jan./mar., 1987.

[27] NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, 2013.

Em diversas oportunidades o nosso Pretório Excelso teve a chance de discutir a questão das normas gerais e específicas, porém ainda existe uma dificuldade em delinear precisamente o que são cada uma delas, de modo que não há um posicionamento definitivo sobre o tema. No Recurso Extraordinário 194.704 o relator, Ministro Edson Fachin, se posicionou:

> Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumptionagainstpreemption*). Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clearstatementrule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clearstatementrule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa. (RE 194704, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-261 DIVULG 16-11-2017 PUBLIC 17-11-2017)

É interessante observar que o Ministro trouxe a ideia de que se o Ente federativo indicar que determinado tema não é passível de complementação, os Estados e Municípios devem abster-se de legislar sobre. Mas é importante frisar que o posicionamento preconiza que a esfera federal só deve tolher o poder dos outros entes no caso que for adequado, necessário e razoável.

Apesar de o Supremo Tribunal estabelecer parâmetros que se aproximam com o princípio da razoabilidade de Alexy[28], ideia que surgiu com o pós-positivismo, e que visa atingir a maximização de princípios, definir os limites entre normas gerais e específicas através de uma teoria que está a todo momento aberta a interpretações, é deixar um grande espaço de atuação para a delimitação das esferas de competências de cada norma. Tal fato demonstra a falta de um juízo concreto acerca da diferenciação das regras em questão.

Em outra decisão pertinente ao tema[29], o Supremo Tribunal Federal faz uma clara referência ao federalismo de cooperação, modelo constitucionalmente consagrado na Constituição de Weimar (1919), e que foi adotado pelo Brasil.

Nesse ponto, ressalta-se que cabe aos entes da Federação se comportar, no exercício de suas competências, com lealdade aos demais. É o que a doutrina alemã chama de *Bundestreue* (princípio da lealdade à Federação ou da fidelidade federativa), *Prinzipdesbundesfreundlichen Verhaltens* (princípio do comportamento federativo amistoso)

[28]ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.
[29]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 750, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018.

ou, ainda, nas palavras de Peter Häberle, *Bundesfreundlich* (conduta favorável à organização federativa)[30].

O princípio da lealdade à Federação, extraído da própria existência do Estado Federal, do próprio princípio federativo, foi conceituado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht)* como a obrigação de todas as partes integrantes do pacto federativo de atuar de acordo com o espírito do referido acordo e de colaborar com a sua consolidação, protegendo os interesses comuns do conjunto.

É possível aferir que o Federalismo de cooperação requer reciprocidade entre os entes federados. Ademais o princípio federalista tem como subprincípios o princípio da subsidiariedade, na medida em que o ente de ordem superior não deve interferir nos entes inferiores e pelo contrário, deve apoiá-los na persecução dos seus projetos, garantindo que todos os entes possuam autonomia[31].

Essa é a essência do federalismo de cooperação, e não o que vemos no cenário político atual, é o chamado "Federalismo Canibal", que fere a ideia de federalismo compactuada pela Constituição Cidadã, já que os estados federados estão enfrentando uma verdadeira guerra fiscal entre eles, desestabilizando o pacto firmado.[32]

Consonante com o disposto acima, em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal reafirma a ideia de Federalismo, e principalmente de um Federalismo de cooperação quando veda a incidência de normas que podem levar a Guerra Fiscal.

In casu, na ação Direta de Inconstitucionalidade 2663, padece de inconstitucionalidade o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988.[33]

O caso refere-se ao perigo da invasão da competência legislativa para a harmonia da federação, o que poderia gerar conflitos entre os estados. Nesse sentido, Onofre Batista[34] preconiza que a Guerra Fiscal é o resultado de uma União enfraquecida, omissa e que apenas preza pelos seus próprios interesses. Os Estados-membros, objetivando atrair empresas e investimentos concedem benefícios fiscais, o que gera uma briga entre os entes, uma disputa

[30]HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2001., p. 264.

[31] DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). Estado federal e guerra fiscal no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2). p. 467-495

[32]BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018.

[33] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2663, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 08/03/2017, STF, 2017. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12965010. Acesso em 13, dez, 2018.

[34]BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a "Guerra Fiscal"? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 102, p.305-341, 2011. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/135/130. Acesso em: 11 dez. 2018.

sobre quem oferece as melhores ofertas, o que no final das contas faz com que os Estados arrecadem menos e desestabilizem as bases do nosso federalismo.

Ademais, a decisão, apesar de ter sido favorável ao nosso pacto federativo, ao reafirmar o perigo da Guerra Fiscal, não representa o entendimento do Supremo como um todo. Especialmente porque no julgamento da ADI 2.663, não houve consenso entre todos os Ministros de que a norma específica cunhada pelo Estado do Rio Grande do Sul efetivamente constituísse um risco as estruturas federalistas.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto dissidente, considerou que a Lei regional que dava benefícios fiscais a empresas em uma determinada situação, não caracterizaria uma eclosão da Guerra Fiscal, mas tão somente seria um benefício a empresas que fazem uma boa ação.

Tais entendimentos ainda demonstram uma dificuldade da Corte Suprema de determinar de forma clara quais são os limites das normas gerais e das normas específicas no federalismo cooperativo brasileiro.

5.1 SOLUÇÃO HERMENÊUTICA

Denota-se que o Supremo Tribunal ainda não delineou a relação entre as normas gerais e específicas. Desse modo, cabe-nos recorrer a soluções hermenêuticas, utilizando do princípio da unidade constitucional.

A Constituição deve ser interpretada de forma a evitar antinomias, garantindo um sistema integrado, fazendo com que o intérprete seja obrigado a considerar toda a sua globalidade. O sistema deve ser unitário e deve haver uma integração entre regras e princípios, além de que normas gerais e específicas devem conviver em plena harmonia.

Desse modo, o intérprete nunca deve analisar as normas constitucionais de maneira isolada, para que seja mantida a coesão. Nesse sentido, preconiza Canotilho:

> O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas. Como 'ponto de orientação', 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios.[35]

Utilizando-se do princípio da Unidade da Constituição o intérprete harmoniza tensões e conflitos entre normas que inicialmente parecem contrárias, mas que após um giro hermenêutico apresentam-se como compatíveis. Em uma análise histórica, o princípio mencionado surge para solucionar uma discussão acerca da existência ou não de hierarquia entre normas constitucionais. A Doutrina Alemã concluiu, por fim, a inexistência de tal

[35]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional.* 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina. p. 226.

hierarquia, sobrando o esforço interpretativo de uma conciliação que garanta a máxima efetivação de todo o aparato constitucional.[36]

Nesse sentido, é mister salientar a importância do princípio da unidade constitucional para o tema deste trabalho, de modo que a incidência de normas gerais e específicas, previstas no artigo 24, §§1° e 2° da Constituição Federal de 1988, devem sempre nortear-se pelo princípio constitucional do federalismo, respeitando assim as estruturas basilares da Carta Magna, com objetivo de garantir uma unidade entre as normas constitucionais através de uma interpretação sistemática do nosso ordenamento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, é necessário atentar-se para os princípios que regem e sustentam o federalismo, sendo imprescindível para o pacto federativo a incidência da *lei da participação* e da *lei da autonomia*, considerados como a chave de toda uma estrutura federalista e que garantem que os Estados-membros gozem de autonomia. A primeira, garante aos Estados federados espaço nas tomadas de decisão da federação, já a segunda prevê que os Estados federados possam legislar, modelando o Estado de acordo com as necessidades, que são específicas em cada região.

Adicionalmente, a repartição de competências, longe de ser um mecanismo hierarquizador, tem a função de garantir que todos os entes participem ativamente do processo político. Assim, é de extrema importância garantir que a União não viole os assuntos de interesse local/regional, garantindo um governo local autônomo.

Porém, toda a estrutura anteriormente mencionada só se realiza plenamente em um efetivo federalismo de cooperação, modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. E, infelizmente, no período hodierno o respectivo modelo sofre diversos ataques, comprometendo assim o pensamento constitucionalista originário.

Por isso, é preciso atentar-se à tendência centralizadora, que deve ser evitada ou ainda combatida, para manutenção do modelo federalista. Necessário, então, a operacionalização da estrutura constitucional apoiar-se no pacto federativo, e mais do que isso, ressaltar e de fato executar o federalismo de cooperação. Devemos extirpar a ideia de que a União pode legislar quase que integralmente sobre todos os temas, invadindo a competência dos Estados-membros e tolhendo a autonomia dos entes federados.

Nesses termos, alerta o Ministro Ricardo Lewandowscki na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.645, acerca do risco de se estar caminhando, na verdade, para um Estado unitário descentralizado. Já que haja vista que no âmbito da competência legislativa concorrente cada vez mais vemos esvaziada a competência dos Estados de legislar supletivamente, porque a União, quando legisla, esgota o assunto, não se limitando a editar apenas normas gerais.

[36]FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. Considerações acerca dos princípios instrumentais de hermenêutica constitucional. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acerca-dos-principios-instrumentais-de-hermeneutica-constitucional,46557.html>. Acesso em: 13 dez. 2018.

Sobre essa matéria, vale também rememorar os ensinamentos de BASTISTA JÚNIOR, MAGALHÃES e MARINHO (2016):

> A ideia constitucional de uma 'união de Estados' vem sendo substituída pela contraditória imagem de uma 'nuvem de poder', que promove, por vezes, a 'desunião' ('dividir para conquistar').[37]

Perceptível, portanto, ao longo do presente artigo, quão tênue é a linha que delimita o início do interesse geral e do interesse local.

E, nesse contexto, uma das dificuldades encontradas é a falta de posicionamento e de uma decisão concisa do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, de forma que ficamos à mercê de outros mecanismos, como o princípio da unidade da Constituição, e a utilização de interpretações diversas para diluir as controvérsias surgidas.

Ainda, e em destaque, outra problemática pertinente ao tema é o papel do Senado, que precisa cumprir a sua função de representante dos Estados – conforme dispõe o artigo 46, da Constituição Federal de 1988, sem ceder às tendências centralizadoras da União.

E, para tanto, deve também a União, quanto à produção de normas gerais, respeitar os limites estabelecidos pela Carta Magna, de modo que os temas tratados pelas leis gerais não devem ser esgotados, e tão menos transbordar o caráter principiológico. Dessa forma, permite-se aos Estados e ao Distrito Federal, o exercício real da competência concorrente, para resguardar o verdadeiro sentido da regra, que é a preservação do pacto federativo e da autonomia de tais entes.

O pacto federativo, em toda a contextualização – seja pelo papel que deve exercer o Senado Federal, ou ainda os limites legislativos constitucionais que devem ser observados pela União, dentre outras peculiaridades, tem a razão fundamental do equilíbrio dos entes federados, especialmente através do federalismo de cooperação.

Portanto, é de extrema relevância o delineamento das necessárias mudanças comportamentais no atual cenário legislativo brasileiro em relação ao Senado Federal – que tem agido mais como casa revisora, do que representativa dos estados-membros. Aliado a isso, tem-se a urgência de combate à tendência centralizadora da União, através da defesa da autonomia dos entes federados e dos princípios constitucionais pertinentes ao tema que regem todo o aparato normativo brasileiro, e o funcionamento (ainda que suposto) harmônico da estrutura política, social, econômica e constitucional do país.

REFERÊNCIAS

[37] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; MARINHO, Marina Soares. Estados em calamidade e a necessidade de um colegiado de governadores. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-28/estados-calamidade-ideia-colegio-governadores>. Acesso em: 15 dez. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Federação.* In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

ALVES, Alexandre Nogueira; PEDRA, Anderson Sant'Ana. O Senado Federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa Federação. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.*). O Federalismo na visão dos Estados:* uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ARAÚJO, Paulo Magalhães. O bicameralismo no Brasil: argumentos sobre a importância do Senado na análise do processo decisório federal. *Política & Sociedade*, v. 11, n. 21, p. 86, 2012.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, *apud*, MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA, Alaor. Bicameralismo ou unicameralismo? *Revista de Informação Legislativa*, a.24, n. 93, jan./mar., 1987.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; MARINHO, Marina Soares. Estados em calamidade e a necessidade de um colegiado de governadores. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*. Publicado em 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-28/estados-calamidade-ideia-colegio-governadores>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. Do federalismo de cooperação ao federalismo canibal: a Lei Kandir e o desequilíbrio do pacto federativo. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 217, p. 157-180, jan./mar. 2018.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a "Guerra Fiscal"? Os desafios do Estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte*, v. 102, p.305-341, 2011. Disponível em: https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/135/130. Acesso em: 11 dez. 2018.

BRASIL. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 15/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 2663, Relator(a): Min. Luiz Fux, julgado em 08/03/2017, STF, 2017. Disponível em

http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12965010. Acesso em 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 750, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão.* In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2).

FERRAZ JÚNIOR, T. S. (1995). Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, 90, 245-251. Recuperado de http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67296.

FERREIRA, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho. *Considerações acerca dos Princípios Instrumentais de Hermenêutica Constitucional.* 2014. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,consideracoes-acerca-dos-principios-instrumentais-de-hermeneutica-constitucional,46557.html>. Acesso em: 13 dez. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira.* 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Política e jurisdição constitucional.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

LOBO, Paulo Luiz Neto. Competência legislativa concorrente dos Estados-Membros na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 101, jan./mar., 1989.

MORAES, Alexandre de. *Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados-membros.* In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Orgs.). Estado constitucional e organização do poder. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEIVA, Pedro Robson Pereira; SOARES, Márcia Miranda. Senado brasileiro: casa federativa ou partidária? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 28, n. 81, 2013.

PEREIRA, Fábio Franco. *A Federação no Constitucionalismo Brasileiro*. 2005. 213 f. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

SCAFF, Fernando Facury. A inconstitucional unanimidade do Confaz e o surpreendente Convênio 70. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-

ago-12/contas-vista-inconstitucional-unanimidade-confaz-convenio-70 Acesso em: 14 dez. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Princípios do processo legislativo na formação das leis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 76 e 81, *apud* ALVES, Alexandre Nogueira; PEDRA, Anderson Sant'Ana. O Senado Federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa Federação. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018).

Referência:

CARDOSO, Ana Paula Olive; GONÇALVES, André Almeida; GAMEIRO, Mariel Orsini. O federalismo cooperativo e a competência legislativa concorrente no legislativo brasileiro. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 11-27, jan./dez., 2018.

Title: Cooperative federalism and competitive legislative competence in Brazilian legislation.

Abstract: The article analyzes federalism in its historical and practical context, given the constitutional prediction of the concurrent legislative competence of the member states and the Union - including the discussion about the term general norms, especially with regard to the true role of the Federal Senate. The criteria that compose federalism are brought to the baila to see if there is an effective action of the bicameral legislature in the country, which has as essence and objective the balance between the states and the protection of the federative pact, in light of the decisions of the Federal Supreme Court. Finally, it discusses and concludes the possible problems that can negatively affect federalism and points out the criticisms of the current exercise of the Federal Senate, as well as the unfolding of the nebulous legislative competence competing in the Federal Constitution.

Keywords: Federalism. Legislative competence. Federal Senate.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Abril/2019.

O FEDERALISMO COMO MECANISMO PARA ALCANÇAR A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E AS TENTATIVAS DA UNIÃO DE INVADIR A COMPETÊNCIA DO ITCD COMO SINTOMAS DA CRISE DO FEDERALISMO NACIONAL

BRENO SANTANA GALDINO*

PEDRO LUCAS DEBELLI MARQUES**

SUMÁRIO

1 Justiça Distributiva. 2 Federalismo e a efetivação da Justiça Distributiva. 3 A repartição de competências na Constituição de 1988 preserva o Federalismo? 4 A questão do ITCD: da falta de regulamentação às tentativas da União de suprimir a competência. 5 A Justiça Distributiva e propostas de reforma do ITCD. 6 Conclusões: O Brasil precisa pensar o federalismo.

Resumo: Levando-se em conta a busca de uma Justiça Distributiva, o Federalismo pode ser uma ferramenta importante para sua consecução. No entanto, atualmente, em razão de uma série de atos do poder central brasileiro, o Federalismo no país encontra-se em claro risco. O artigo procura analisar essas relações por meio do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações que, recentemente, foi alvo de projeto de lei que visava tributar heranças e doações por meio do imposto de renda, em clara violação de ditames constitucionais e avançando sobre o já combalido pacto federativo brasileiro.

Palavras-chave: ITCD. Justiça Distributiva. Federalismo. Crise.

1. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A Constituição da República Federativa Brasileira promulgada em 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito e elegeu, em seu art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República, a construção de uma sociedade livre, solidária e justa (inc. I) e a

* Mestrando em Direito Tributário na UFMG.
** Mestrando em Direito Tributário na UFMG.

erradicação da pobreza, da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (inc. III).

Para Onofre Alves Batista Júnior, a Carta Constitucional de 1988 consagra um Estado Tributário Redistribuidor, de molde liberal igualitário, "que pode reclamar, para a eliminação das desigualdades sociais, o uso da tributação para redistribuição efetiva de recursos dos ricos para os mais pobres". A CRFB/88, assim, criou as bases de um modelo institucional no formato do *Welfare State*. (BATISTA JR, 2015, p. 87-88)

Aliás, como explica Reuven Avi-Yonah, os países mais desenvolvidos se valem da função redistributiva da tributação para evitar acúmulos excessivos de riqueza privada, como forma de proteção dos ideais democráticos e de evitar os efeitos negativos provocados por uma desigualdade social crescente. (AVI-YONAH, 2006, p. 10-22)

Assim, atento para os objetivos da República que estava a se construir, o Constituinte trouxe para o Sistema Tributário Nacional os princípios da progressividade, pessoalidade e da seletividade, princípios que, segundo Misabel Derzi, alinham-se àquelas democracias compromissadas com a igualdade e a justiça social e espelham a busca de maior justiça tributária. (DERZI in BALEEIRO, 2010, p.10).

Em um primeiro momento, portanto, atentando-se à carga axiológica desses princípios, poderia se imaginar que no Brasil a tributação se conformaria ao seguinte modelo: o Estado faria com que o ônus tributário recaísse com mais vigor sobre as pessoas de maior capacidade econômica (atendendo ao princípio da capacidade contributiva) e destinaria os recursos obtidos à realização de políticas públicas voltadas, especialmente, para as pessoas de pior condição socioeconômica e, também, ao custeio dos serviços públicos universais (como a saúde, educação, segurança). Assim, o Direito Tributário atuaria como um dos mecanismos de persecução dos objetivos da República.

Entretanto, não é essa a realidade da tributação no Brasil. Em sentido contrário ao que a Constituição da República parece orientar, o sistema tributário brasileiro apresenta-se altamente regressivo, com o predomínio de impostos sobre o consumo em detrimento dos impostos sobre a renda. (CASTRO, 2014, p. 25)

Tomando por exemplo o ano de 2012, os tributos sobre renda e propriedade foram responsáveis por 21,69% da arrecadação, ao passo que os tributos sobre bens e serviços responderam por 49,73% do que foi recolhido aos cofres públicos. (CASTRO, 2014, p. 25)

E esse perfil regressivo é fruto de uma concepção neoliberal, segundo a qual a política tributária deveria se afastar dos objetivos redistributivos, que deveriam ficar a cargo de políticas de gasto público promovidas pelo Estado.

O que se tem, portanto, é um Sistema Tributário que atua de forma a perpetuar as desigualdades sociais. Não por outra razão, o que se verificou no Brasil na primeira década do século XXI foi um aumento do nível de concentração de renda. (MEDEIROS, MARCELO e SOUZA, 2014, p .27)

Nesse sentido, chama atenção que o Imposto sobre a transmissão de heranças e doações, que em outras jurisdições fiscais é efetivamente utilizado como meio de

desconcentração de riquezas, tem seu potencial redistributivo mitigado pela sua atual estruturação.

Inicialmente, a sua alíquota máxima atual, fixada por Resolução do Senado Federal, é de 8%. Além disso, apenas recentemente, em 2013, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o princípio da progressividade tributária, previsto no art. 145, § 1º, da CR/88, seria aplicável ao ITCD, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 562.045/RS.

Nesse contexto, cumpre destacar que as "riquezas vindas do passado progridem automaticamente mais rápido – sem que seja necessário trabalhar – do que as riquezas produzidas pelo trabalho, das quais é possível poupar". (PIKETTY, 2014, p. 369) Como consequência, o que se tem é que a transmissão intergeracional da riqueza acumulada ao longo de toda uma vida é uma das principais causas da desigualdade na sociedade contemporânea. (MURPHY e NAGEL, 2005, p. 195)

Vale observar que o grau de desigualdade social de uma sociedade está relacionado a uma série de indicadores de qualidade de vida, tais como o nível de saúde, de escolarização e de violência urbana. (WILKINSON; PICKETTY *apud* RIBEIRO, 2015, p. 6)

Nesse sentido, é importante destacar as formulações de John Ralws acerca da utilização da tributação como meio de defesa das liberdades básicas dos indivíduos e da igualdade equitativa de oportunidades.

Segundo o autor, uma sociedade é bem ordenada quando promove o bem-estar de seus membros e o faz em atenção a uma concepção pública de justiça que seja aceita por todos os seus membros. (RAWLS, 2000, p. 5). Assim, a justiça de um esquema social é dependente da forma como são atribuídos os direitos e deveres fundamentais, as oportunidades econômicas e as condições sociais entre os vários segmentos da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 8)

Diante disso, John Rawls acredita que uma sociedade bem ordenada possuiria dois princípios de justiça: o primeiro princípio exige que "cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para outras". Esse princípio abrange as liberdades individuais: a liberdade política, a liberdade de expressão e reunião, as liberdades da pessoa, o direito à propriedade privada e ao devido processo legal. (RAWLS, 2000, p. 64-65)

Por sua vez, para o segundo princípio "as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos." Tal princípio se aplica à distribuição de renda e riqueza e às instituições que se organizam sobre cargos com diferenças de autoridade e responsabilidade. (RAWLS, 2000, p. 64-65)

Portanto, o segundo princípio de justiça de Rawls admite uma organização da sociedade em que exista diferenças de padrão de vida e riqueza entre grupos sociais diversos. Entretanto, esse sistema só é justificável se, e somente se, as condições que dão causa a essa desigualdade atendam, igualmente, os interesses do grupo mais pobre. Para John Rawls, situações que aumentam as expectativas dos mais favorecidos sem que sejam melhoradas as expectativas dos desafortunados são injustificáveis. "A ideia intuitiva é de que a ordem social

não deve estabelecer e assegurar perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.". É o que o autor chamou de princípio da diferença (RAWLS, 2000, p. 80-84)

Dessa maneira, em razão do princípio da diferença, o segundo princípio de justiça é assim interpretado: "as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condição de igualdade equitativa de oportunidades". (RAWLS, 2000, p. 88)

Entretanto, Rawls reconhece que há um limite para a diferença de riqueza existente entre os indivíduos em uma sociedade bem ordenada:

> Como já foi definido anteriormente, a igualdade equitativa de oportunidades significa um certo conjunto de instituições que assegura oportunidades semelhantes de educação e cultura para pessoas semelhantemente motivadas e mantém as posições e os cargos públicos abertos a todos, levando em conta as qualidades e esforços razoavelmente relacionados com os respectivos deveres e tarefas. São essas instituições que correm risco quando as desigualdades de riqueza excedem um certo limite; e, da mesma forma, a liberdade política tende a perder o seu valor, e o governo representativo só existirá nas aparências. (RAWLS, 2000, p. 307)

Especialmente porque em uma economia capitalista, tão importante quanto a transferência de propriedade dos pais para os filhos para a perpetuação das diferenças socioeconômicas, é a transferência de capital humano, por meio de vantagens educacionais em casa e na escola. (MURPHY, NAGEL, 2005, p. 218-219)

Dessa forma, para evitar a violação aos seus princípios de justiça, Rawls vislumbra que é necessário que o Direito Tributário intervenha na distribuição da renda total aos indivíduos, aproximando a parte recebida por cada um deles, de forma a "corrigir, gradual e continuamente, a distribuição da riqueza e impedir concentrações de poder que prejudiquem o valor equitativo da liberdade política e da igualdade equitativa de oportunidades". (RAWLS, 2000, p. 306)

Ou seja, a ausência de contenções ao poder econômico acaba por reduzir o sistema básico de liberdades da sociedade, e que o sistema tributário deve agir para evitar essas distorções. Há, portanto, boas razões para que o Sistema Tributário positivado passe por uma profunda reforma e se adeque aos ditamos previstos pela Constituição da República de 1988, incluindo aí uma reestruturação do ITCD.

2. FEDERALISMO E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

Estabelecidos os parâmetros acerca da Justiça Distributiva e o papel da tributação de heranças para consecução desse mister, cumpre questionar qual a ligação existente entre o Federalismo e a busca e efetivação dos objetivos de Justiça Distributiva. Começaremos a presente seção, tentando delinear, de forma um pouco acrítica, conceitos necessários ao desenvolvimento do tema.

Federação, conforme pontua MOREIRA (2015, p. 153-154), deriva do latim *foederatus*, que significa pacto, aliança, liga. Em que pese podermos delinear suas origens na antiga Suíça, ainda no século XIII, pode-se afirmar que seu surgimento, da forma ou concepção compreendida modernamente se dá nos Estados Unidos, no século XVIII. É lá que as Treze Colônias, ao declarar sua independência da metrópole inglesa optam por, abrindo mão de parte de seu poder, até então soberano, criar a Federação Norte-Americana, os Estados Unidos da América (MAGALHÃES, 2002, p.77-78). Assim sendo, em definição clássica, podemos qualificar o Federalismo como uma forma de organização de poder do estado em que há uma descentralização administrativa do poder central, marcado pela existência de entes autônomos, que, unidos, ganham representação internacional, em um ente dotado de soberania. Conforme pontua FERNANDES (2018, p. 926) "é aquela forma de Estado em que há distribuição geográfica do poder político em função do território, na qual um ente é dotado de soberania e os outros entes de autonomia."

Esta definição, sem dúvidas baseada no histórico norte-americano, no entanto não se necessita de adaptações ao se pensar o federalismo brasileiro à realidade brasileira. Isto porque, em que pese a existência de algum grau de "autonomia" durante o período imperial às então províncias, a forma federal de Estado, no Brasil, não partiu por opção das então províncias quando da Proclamação da República. Ao contrário a forma federal de estado foi posta na Constituição Federal de 1891, sob forte influência do modelo norte-americano, pelo poder central, em razão da grande extensão territorial do país e a evidente dificuldade administrativa que se impunha. Conforme pontuam BATISTA JUNIOR, OLIVEIRA e MAGALHÃES (2015, p. 18):

> Em 1889, ano da Proclamação da República, o governo provisório publicou o Decreto nº 1, redigido por RUI BARBOSA (1849-1923), sob fortíssima influência do modelo norte-americano instalado mais de cem anos antes, implantando o sistema federativo nas terras brasileiras. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 chancelou a opção do governo provisório, mantendo a forma de governo republicana e de Estado federal. O que se verificou à época foi uma opção do governo central, suscitada por condições histórico-geográficas indeclináveis, em ceder parte de seu poder para as antigas províncias, ora estados federados dotados de autonomia.

O Federalismo Brasileiro, nesse sentido, possui uma raiz histórica (e um funcionamento) completamente diverso daquele adotado pelos Estados Unidos da América. Enquanto alhures, verificou-se que os Estados Membros, dotados de autonomia, abrem mão de seu poder em prol de um governo central, para a busca de objetivos comuns, no Brasil a história aponta para a existência, desde as origens, de um governo central forte (em que pese a ocorrência, em alguns momentos, de alguma descentralização de poder), que, a partir de 1891 optou por uma forte descentralização, conferindo, então, autonomia aos, a partir daquele momento, Estados Membros. Enquanto no modelo Assim sendo, pode-se dizer, conforme os ensinamentos de MAGALHÃES (2002, p. 79), o Federalismo norte-americano é centrípeto, com os Estados Soberanos formando primeiramente uma Confederação e, posteriormente, uma Federação, enquanto o brasileiro seria centrífugo, com a existência de um polo de poder central que compartilha poder com outros polos criados posteriormente. A essa divisão, FERNANDES (2018, p. 929) também denomina, respectivamente, de Federalismo por agregação e por segregação.

Mas por que podemos associar o modelo federalista a uma forma de organização do Estado que privilegia a busca por Justiça Distributiva? Nesse sentido, pontuam BATISTA JUNIOR, OLIVEIRA e MAGALHÃES (2015, p. 12) que:

> Diferentemente, deveríamos pensar a federação como um contrato *social* redigido por indivíduos (ou seus representantes) que compõem um só povo, por mais que cada um possa se sentir parte de grupos menores. Dessa forma, é possível falar na existência de um sentimento nacional que mantenha unidos os diversos habitantes de cada subunidade na consecução de objetivos comuns, como a promoção da justiça e o combate a injustiças sociais (*v.g.*, erradicação da miséria e pobreza) (p12)

Nesse sentido, a solução apresentada pelos autores é a compreensão do federalismo como subsidiariedade, a permitir o alcance da justiça pela sua efetivação. Acerca da subsidiariedade BATISTA JUNIOR, OLIVEIRA e MAGALHÃES (2015, p. 13-14), afirma que o princípio da subsidiariedade pode ser compreendido

> no plano político-jurídico, determina a descentralização do Estado, de modo a conceber e potencializar a eficácia das medidas governamentais dirigidas aos cidadãos. Nesses termos, fica vedada a transferência a uma estrutura mais ampla daquilo que poderia ser facilmente realizado por uma mais restrita.

Uma abordagem do Federalismo como subsidiariedade por este lado, consegue conciliar os problemas apontados pelas teorias contratualistas, quais sejam, a permanência da forma federal em detrimento de uma maior unidade em um governo unitário. Isto porque:

> Assim, nos resta a abordagem contratualista liberal, que segue na mesma direção da concepção de justiça defendida neste trabalho: em primeiro lugar, o princípio da subsidiariedade permite com que as pessoas façam escolhas sobre como conduzir suas próprias vidas, na medida em que garante maior influência política e possibilidades de autogoverno, evitando a sujeição ao controle de outras pessoas e a frustração de expectativas legítimas; em segundo lugar, o princípio da subsidiariedade facilita a deliberação e fomenta a participação (BATISTA JUNIOR, OLIVEIRA e MAGALHÃES, 2015, p. 15)

Concluem então os autores que:

> Portanto, combinando o federalismo como justeza de SCHUTTER com a concepção de subsidiariedade do contratualismo liberal, propomos o modelo "federalismo como subsidiariedade", segundo o qual o Estado federal pode ser compreendido como o resultado de um consenso por interseção, obtido mediante a celebração de um contrato social entre indivíduos livres e iguais. Vislumbrar o federalismo dessa forma é não perder o foco nas necessidades dos indivíduos, garantindo a promoção da justiça. É dizer: paralelamente ao resguardo da autonomia individual (não-intervenção), há uma atuação em prol do coletivo (intervenção). Do princípio da subsidiariedade, não emana apenas uma mera limitação ao poder central; é muito mais do que isso: como sua origem está vinculada à ideia de solidariedade, torna-se inexorável a sua conjugação com formas de incentivo à colaboração entre os entes que compõem a federação.62 Só assim, entendemos ser possível justificar um Estado não unitário, mas que deve permanecer unido, em busca da consecução de um ideal comum de justiça. (BATISTA JUNIOR, OLIVEIRA e MAGALHÃES, 2015, p.15)

Dessa maneira, a preservação e o fortalecimento do Federalismo implica, diretamente, na busca por uma sociedade mais justa. Para sua manutenção, no entanto é necessário preservar a autonomia dos Estados Membros (e dos Municípios, pela opção do Constituinte de 1988), situação que se passa a analisar na sequência.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PRESERVA O FEDERALISMO NO BRASIL?

Analisada a questão de como o federalismo se presta a efetivação da Justiça distributiva, passamos ao ponto seguinte, qual seja, questionar-se se a repartição de competências trazidas pela Constituição de 1988 é suficiente para preservar o federalismo no Brasil. Necessário, antes de tudo, responder a um questionamento: Por que a repartição de competências tributárias é tão fundamental para a preservação do Federalismo?

Para tentar responder a essa questão, iniciemos retomando a definição apresentada de Federalismo, que, em uma acepção clássica, implica na coexistência de distintas formas de governo, nas quais os entes federados são dotados de autonomia. Não restou explicitado, naquele momento, em que consiste a "autonomia" que deve ser garantida aos entes.

Buscando a origem etimológica da palavra, MOREIRA (2015, p. 156) afirma que "o vocábulo 'autonomia' deriva do grego *autos* (si próprio) e *nemein* (governar), querendo significar, do ponto de vista etimológico, 'governar a si próprio'". Nesse sentido, segundo os grandes estudiosos do Direito Constitucional (FERNANDES, 2018, pp. 934-940), a Autonomia de um ente é caracterizada por uma tríplice capacidade: De auto-organização; de autogoverno; de autoadministração. No que tange à autoadministração, ela se traduz no exercício de competências (que são faculdades juridicamente atribuídas para tomada de decisões) administrativas, legislativas e tributárias pelos entes:

a) **Tributárias**, que se traduz na competência de instituir e cobrar tributos;
b) **Legislativas**, que se traduz na possibilidade de elaboração de normas gerais e abstratas, com capacidade de inovação no direito vigente (REALE, 2009, p. 162/163); e
c) **Administrativa**, que se traduz na atividade concreta e imediata que o Estado Desenvolve, sob regime jurídico total ou parcialmente público, para a consecução dos interesses coletivos (DI PIETRO, 2012, p. 57).

Ora, é simplesmente impossível a um ente manter uma situação de autonomia, enquanto auto-organização, autoadministração e autogoverno se não conseguir preservar sua autonomia financeira. Assim sendo, a repartição Constitucional das competências é o parâmetro para a manutenção do Federalismo brasileiro, tendo reservado o Constituinte competências tributários e recursos para que cada um dos Entes Federados possa manter sua autonomia. Nas palavras de MOREIRA (2015, p. 157):

> O aspecto financeiro da autonomia dos entes federados é, sem dúvida, o seu lado mais relevante. Afinal, sem recursos para exercer as funções que lhe são atribuídas, toda e qualquer delegação de poder (administrativo, judiciário, legislativo e político) aos Estados-membros será inócua, porquanto estes dependerão permanentemente das verbas do poder central para o atingimento de suas finalidades.

Tratada a questão da autonomia dos Entes, passemos então, diretamente, ao texto constitucional e a repartição ali trazida. Conforme previsto no Art. 145, da Constituição Federal, poderão ser instituídos pelos entes três tipos de tributos: Impostos, taxas, em razão do exercício do poder de polícia e prestação efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, e contribuições de melhoria em razão de obras públicas. Além disso, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, são também tributos previstos pela Constituição Federal os Empréstimos compulsórios, previstos no Art. 148, e as Contribuições Especiais, no Art. 149, que se dividem em Sociais, de Intervenção no Domínio Econômico e de Interesse das Categorias Profissionais.

Como o escopo do presente artigo não é tratar sobre as minucias e especificidades de cada um dos tipos tributários, avançaremos e trataremos tão somente das competências para instituição de cada um dos tributos previstos. Isto dito, é notável que, em que pese a tentativa (e oportunidade) da Constituição Federal de promover uma grande descentralização administrativa no país, no campo das repartições de competências a descentralização promovida pelo Constituinte foi "tímida", com grande quantidade de competências preservadas nas "mãos" do ente central. FERNANDES (2018, p. 929) qualifica esta tendência como um federalismo centrípeto, com uma maior convergência de poderes para o ente central. Isto porque, ressalvada a competência comum para instituição das taxas, de acordo com o ente com competência para exercício do poder de polícia ou prestação do serviço público (além da taxa ser um tributo com caráter remuneratório, não se prestando a abastecer os cofres públicos), e das contribuições de melhoria, também de nítido caráter remuneratório e de acordo com o ente que realizou a obra, as demais competências exclusivas ficaram assim divididas:

a) União: Impostos – Imposto de Importação; Imposto de Exportação; IR; IPI, ITR; IOF; IPI; IEG; IGF. Empréstimos Compulsórios. Contribuições Especiais
b) Estados: Impostos – IPVA; ICMS; ITCMD
c) Municípios: Impostos – IPTU; ISS; ITBI. COSIT.

Observa-se que, enquanto aos Estados e Municípios foi concedida a competência para instituir apenas 3 impostos cada (ressalvada a competência para instituir as taxas e Contribuições de Melhoria dentro do âmbito de suas competências Administrativas), restando a União com a competência para instituir 9 impostos, além dos empréstimos compulsórios e das contribuições especiais. Dito isso, percebe-se que o Constituinte privilegiou a União no que toca à repartição de competências tributárias. Por outro lado, também não se pode deixar de nota que os impostos sobre o consumo (ICMS e ISS), expressivos em arrecadação, foram deixados à cargo dos Estados e dos Municípios.

Além disso, como forma de amenizar os efeitos da maior competência tributária da União, a Constituição estabelece, nos arts. 157 a 160, a repartição das receitas tributárias, determinando a participação nas receitas dos entes maiores pelos entes menores de uma série de tributos. A repartição pode ser assim dividida:

a) **Aos Estados Membros e Distrito Federal pertencem**: O Imposto de Renda sobre rendimentos pagos por eles, a qualquer título; 20% da renda dos impostos instituídos com a competência residual; 10% do produto da arrecadação do IPI; 29% do produto da arrecadação com a Contribuição de intervenção no domínio econômico sobre

combustíveis; 30% da arrecadação do IOF na origem sobre o outro como ativo financeiro ou instrumento cambial.

b) **Aos Municípios pertencem**: O Imposto de Renda sobre rendimentos pagos por eles, a qualquer título; 50% do ITR relativamente aos imóveis situados em seus limites (Com possibilidade da totalidade no caso do exercício da capacidade tributária ativa, nos termos do Art. 153, §4º, III); 50% da arrecadação do IPVA dos automóveis licenciados em seu território; 25% da arrecadação do ICMS arrecadado pelos Estados; 25% sobre o montante recebido pelo Estado onde está situado a título de arrecadação com IPI; 70% da arrecadação do IOF na origem sobre o outro como ativo financeiro ou instrumento cambial; 25% do montante destinado aos Estados em razão das CIDE-Combustíveis.

Além disso, é previsto pela Constituição a instituição de um Fundo de Participação dos Estados e um Fundo de Participação dos Municípios que será composto por:

a) **Fundo de Participação dos Estados**: 21,5% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto Sobre Produtos Industrializados;

b) **Fundo de Participação dos Municípios**: 23,5% do produto da arrecadação do Imposto de Renda e do Imposto Sobre Produtos Industrializados.

No entanto, a realidade acaba se demonstrando muito diversa da que é prevista no texto constitucional. Isso porque, conforme delineado pelo Estado de Minas Gerais, na petição inicial da ADPF 523, a União tem se valido sistematicamente do aumento dos tributos não compartilháveis (leia-se Contribuições Sociais), com uma erosão da base compartilhável, para afetar a autonomia dos Estados Membros e Municípios. Isto ocorre porque, tais contribuições não são compartilháveis nos termos da constituição, além de estarem submetidas à DRU, Desvinculação de Receitas da União. O que se observa, nesse sentido, é um inchaço da arrecadação do ente central, com um completo atrofiamento das receitas constitucionalmente destinadas aos Estados e Municípios. O resultado, como temos observado, é catastrófico, uma vez que os Estados e os Municípios estão cada vez mais dependentes das verbas concedidas pela união que, por sua vez, em atos de completa mesquinharia, condiciona a concessão dos recursos a adoção de políticas e atos alinhados com o que o poder central deseja. Uma completa deturpação do Estado Federal, nesse sentido.

4. A QUESTÃO DO ITCD: DA FALTA DE REGULAMENTAÇÃO ÀS TENTATIVAS DA UNIÃO DE SUPRIMIR A COMPETÊNCIA

No cenário apresentado, de grande concentração de competências para a União além do fato do ente maior vir adotando, sistematicamente, táticas para se furtar ao compartilhamento de receitas, maior relevo ganham as competências próprias dos entes para instituir seus próprios tributos, como tentativa de manutenção de alguma autonomia perante o ente central.

Nesse sentido, tornamos a tratar do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações, previsto no art. 155, I, da Constituição Federal. Conforme exposto no ponto 1 do presente artigo, a tributação das Heranças e das Doações é de fundamental importância para a

efetivação da Justiça Distributiva. No Brasil, este imposto é de competência dos Estados Membros, mas, desde a promulgação da Constituição, os Estados não têm podido tirar o máximo "proveito" da competência que lhes cabe.

Isto ocorre porque, desde a edição da Constituição, não foi editada Lei Complementar para a regulamentação do imposto. Nesse sentido, até o presente momento o ITCD é regulamentado por resolução do Senado Federal que estipulou a alíquota máxima em 8%, sendo que cada estado pode fixar as suas alíquotas até o limite fixado, observando a capacidade contributiva.

No entanto, além da parca regulamentação a que está submetido o Imposto, em favor dos Estados Membros, com uma alíquota máxima irrisória fixada pelo Senado Federal, existem em trâmite no Congresso Nacional, propostas de lei da união, em seu próprio benefício, que almejam instituir tributação sobre a renda proveniente de heranças e doações. Um dos principais projetos que existem com a temática é o Projeto de Lei nº 5.205/2016, que atualmente encontra-se apensado ao Projeto de Lei nº 6.094/2013 (que trata, dentre outros, sobre atualização da tabela do Imposto de Renda e estabelece a tributação de lucros e dividendos distribuídos por Pessoa jurídica) estabelece, em síntese:

a) A inclusão das alíneas a e b no Inciso XVI do art. 6º da Lei nº 7.713/88, para estabelecer a isenção de bens e direitos adquiridos: por herança e pelas doações em adiantamento de legítima, até o limite de R$5.000.000,00; E das demais doações, até o limite de R$1.000.000,00.

b) Para os limites superiores aos valores estipulados, a incidência do IR, em alíquotas progressivas conforme a tabela a seguir:

	Herança e doação em adiantamento de legítima	Demais doações
15%	R$5 milhões – 10milhões	R$1 milhão – R$2 milhões
20%	R$10 milhões – 20 milhões	R$2 milhões – R$3 milhões
25%	>R$20 milhões	>R$3 milhões

c) A possibilidade de descontos referentes às dividas transmitidas com os bens, do ITCD já recolhido e das despesas com ação judicial necessárias ao recebimento, incluindo advogados.

d) A isenção completa quando o beneficiário da doação ou herança for cônjuge ou companheiro do de cujus/doador.

Para além das diversas inconstitucionalidades técnicas que podem ser levantadas sobre o assunto, como a questão envolvendo a base tributável e o conceito de renda (já devidamente tratados em outro artigo), o que vamos abordar aqui é especificamente como a união fere completamente o pacto federativo com esta tentativa. Isto porque, não há qualquer tipo de consideração, no projeto de lei, no sentido de tentar afastar a ocorrência de invasão de competências. Lado outro, há um certo "conforto" em se propor a tributação sobre algo já tributado (e com determinação constitucional) por outro ente, diante da existência da crise econômica. À situação, soma-se o fato de que os Estados Membros, para conseguirem efetivar

uma tributação mais justa por meio do ITCMD necessitam de Lei Nacional, que, ao que parece, não há qualquer interesse em ser editada pelo Congresso Nacional.

Com efeito, o avanço da União sobre mais essa base tributável concentrará ainda mais recursos em seu poder, mesmo que parcela dessa arrecadação seja repartida com os Estados. E como já explicado aqui, a manutenção do pacto federativo passa, necessariamente, pela autonomia dos entes da federação. E essa autonomia somente é alcançada caso os Estados (e Municípios) possuam recursos suficientes para realizar os serviços públicos que a CR/88 os encarregou.

É importante destacar que a atuação do Senado Federal, nesse caso, poderia evitar esse tipo de distorção do pacto federativo. Como órgão de representação dos Estados no legislativo federal, como já mencionado, o Senado tem limitado o poder tributário dos Estados em relação ao ITCD. Bastaria que houvesse vontade política para que fosse editada Resolução que majorasse a alíquota máxima do imposto e, não menos importante, que projetos de lei como o PL nº 5.205/2016 fossem rejeitados naquela Casa.

Contudo, a formatação do Senado Federal favorece que a atuação dos seus membros ocorra em observância dos interesses de partidos políticos em detrimento da defesa daquilo que seria da vontade dos Estados. (DERZI, BUSTAMANTE, 2015, p. 27)

Assim, agrava-se o desequilíbrio do pacto federativo: os Estados ficam carentes de representação no legislativo federal, de modo que se favorecesse a invasão da competência tributária por parte da União.

5. A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E AS PROPOSTAS DE REFORMA DO ITCD

Diante do que fora exposto até aqui, fica evidente a necessidade de que sejam feitas algumas reformas na estrutura do ITCD. Inicialmente, para que todos os Estados adotassem o mesmo modelo de tributação, seria interessante que fosse adicionado ao art. 155, § 1º da CR/88 a obrigatoriedade de adoção de alíquotas progressivas no imposto.

Nessa hipótese, seria interessante que a progressividade contemplasse tanto o valor do patrimônio transmitido ao beneficiário quanto o seu próprio patrimônio, a fim de conferir maior pessoalidade ao imposto. Também parece razoável adotar modelo parecido com o existente na Alemanha, de forma que as alíquotas incidentes na transmissão levem em consideração o grau de parentesco do herdeiro/donatário com o *de cujus*/doador.

Além disso, deve ser editada Resolução do Senado Federal aumentando as alíquotas atualmente permitidas. A título comparativo, na Alemanha a alíquota máxima do imposto sobre herança alcança 50%, enquanto na França pode chegar até 60%. (DERZI, in BALEEIRO, p. 360-363)

Finalmente, seria importante a edição de Lei Complementar para dirimir potenciais conflitos de competência (conforme art. 146, inc. I, da CR/88) que possam existir entre a União e os Estados e o Distrito Federal. Especialmente porque a "isenção" do IRPF sobre as heranças e doações, prevista no art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 7.713/88, permite a conclusão de que, a

princípio, essas transferências poderiam ser alcançadas pelo Imposto de Renda, de competência da União. Ou ainda, permite concluir que a União entende tratar-se de hipótese de exclusão do crédito tributário, e, por isso, poderia eventualmente ser por ela tributada.

Contudo, não se pode perder de vista que essa base tributável foi destinada, especificamente, aos Estados e ao Distrito Federal. Dessa forma, a edição de Lei Complementar serviria para esclarecer essa destinação e assentar, de uma vez por todas, que não seria hipótese de "isenção" de IRPF, mas de "não incidência tributária".

6. CONCLUSÃO: O BRASIL PRECISA (RE)PENSAR O FEDERALISMO

O presente artigo é escrito como requisito à aprovação de disciplina ministrada ao longo do 2º semestre de 2015, dedicada a discutir o federalismo fiscal sob a ótica dos Estados Membros. Por decerto, sua escrita foi precedida por uma série de discussões, não apenas sobre a temática tratada no presente texto, mas sobre uma série de outros referentes à questão do Federalismo no Brasil. Assim sendo, sem esquecer da temática e da conclusão do presente texto, nos preocuparemos aqui com uma conclusão levando em conta todo o curso ministrado.

Isto posto, é notável no Brasil o movimento de enfraquecimento do Federalismo, sobretudo nas últimas duas décadas. O que tem se observado, cada vez mais é a adoção de comportamentos, sobretudo pelo ente central, que enfraquecem o poder dos Estados e Municípios e tende a concentrá-lo em sua própria esfera. O que se observa, levando em conta os ensinamentos do Direito Administrativo, é que longe de uma Descentralização Administrativa, no Brasil tem acontecido cada vez mais uma Desconcentração Administrativa. Com essas práticas, tem-se criado, cada vez mais, laços hierárquicos entre a União e os Estados e Municípios que, sem verbas, ficam a depender cada vez mais de empréstimos e transferências de recursos da União, gerando dívidas bilionárias e o controle, cada vez maior, dos Entes menores pelo poder central.

Por vezes, tudo soa como se os governantes, em que pese a previsão do princípio federalista desde a constituição de 1891, nunca tivessem pensado de fato o que isso significa. No caso do artigo, vemos que a facilidade com que o Poder Executivo da União propõe a invasão da competência estadual, claramente delimitada pela Constituição (em face de crise econômica, como se esta tudo justificasse) é um claro indício disso. Parece não importar ao ente central a "sobrevivência" dos Estados Membros, desde que garanta a sua própria.

Nesse sentido, o que resta claro é que o Brasil necessita repensar o Federalismo e o que ele significa, máxime observando que sua manutenção implica diretamente na busca por uma Justiça Distributiva. Cumpre rememorar a Constituição, que fala claramente que o ente central é formado pela união dos Estados Membros e Municípios. É mais que a soma de todos conjuntamente, mas, lado outro, não existe sem a presença deles. E que, por meio da descentralização do poder, poderá ser atingida uma maior igualdade material entre os vários membros da sociedade.

REFERÊNCIAS

AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, three goals of taxation. In N.Y.U. *Tax Law Review*, v.60, 2006-2007, pp. 1- 28.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *O outro leviatã e a corrida ao fundo do poço*. São Paulo: Almedina, 2015

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de. MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Que Pacto Federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalismo Fiscal Brasileiro*. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. DERZI, Misabel de Abreu Machado. MOREIRA, André Mendes. (Org) Coleção Federalismo e Tributação. Volume 1. Estado Federal e Tributação – das origens à Crise Atual. 1.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores. Pp. 3-24.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 Dez.2018

CASTRO, Fábio Ávila de. *Imposto de Renda da Pessoa Física: Comparações Internacionais, Medidas de Progressividade e Redistribuição*. Brasília: 2014. (Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16511/1/2014_FábioAvilaDeCastro.pdf. Acessado em 30/05/2016

DERZI, Misabel. BUSTAMANTE, Thomas. *O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão*. In. DERZI, Misabel. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. MOREIRA (orgs.) Estado Federal e Guerra Fiscal no Direito Comparado (Coleção Federalismo e Democracia, v. 2, 2015, p. 467-495.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 10.ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MEDEIROS, Marcelo *et all*. *O topo da distribuição de renda no Brasil:* primeiras estimativas com dados tributários e comparação com pesquisas domiciliares, 2006 – 2012. Disponível em SSRN: http://ssrn.com/abstract=2479685 Acesso em: 2 jun. 2015.

MOREIRA. André Mendes. *O Federalismo Brasileiro e a Repartição de Receitas Tributárias*. In: BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. DERZI, Misabel de Abreu Machado. MOREIRA, André Mendes. (Org) Coleção Federalismo e Tributação. V.1. Estado Federal e Tributação – das origens à Crise Atual. Belo Horizonte: Arraes Editores. p. 151-170.

MURPHY, Liam; NAGEL, THOMAS. *O Mito da Propriedade: os impostos e a justiça*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Tradução: Monica Baumgarten. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita. M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a Reforma Tributária Igualitária no Brasil. *Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento*, v. 3, p. 1-39, 2015.

Title: Federalism as a mechanism to achieve distributive justice and the Union's attempts to invade ITCD competence as symptoms of the crisis of national federalism.

***Abstract*:** Taking into account the search for a Distributive Justice, Federalism can be an important tool for its achievement. However, currently, due to a series of acts of the Brazilian central power, Federalism in the country is in clear risk. The article seeks to analyze these relationships through the Mortis Causa and Donations Tax, which was recently the subject of a bill aimed at taxing inheritances and donations through income taxes, in clear violation of constitutional and advancing on the already combali-Brazilian federative pact.

***Keywords*:** ITCD. Distributive Justice. Federalism. Crisis.

Referência:

GALDINO, Breno Santana; MARQUES, Pedro Lucas Debelli. O federalismo como mecanismo para alcançar a justiça distributiva e as tentativas da União de invadir a competência do ITCD como sintomas da crise do federalismo nacional. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 29-42, jan./dez., 2018.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Abril/2019.

CONTROLE QUALITATIVO NO CICLO ORÇAMENTÁRIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS:
UM BREVE ENSAIO SOBRE A TENSÃO PENDULAR ENTRE DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO À LUZ DA LEI 13.655/2018

ÉLIDA GRAZIANE PINTO*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Um esforço conceitual sobre políticas públicas lidas à luz do ciclo orçamentário. 3. Controle do ciclo da política pública à luz do planejamento setorial e orçamentário: em busca de legitimidade compartilhada nas escolhas alocativas. 4 Algumas linhas conclusivas sobre a discricionariedade e o controle orçamentário.

Palavra-chave: Políticas públicas; Orçamento público; Planejamento; Controle.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo cuida de enfrentar a fragilidade do controle do ciclo das políticas públicas a partir do debate sobre o baixo nível de aderência do gestor ao planejamento, por cuja formulação ele é o primeiro e quiçá o principal responsável.

Em face das normas introduzidas à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pela Lei 13.655/2018, é preciso testar os limites da discricionariedade administrativa por meio do reforço da vinculação do gestor ao planejamento setorial e orçamentário que orienta suas propostas de ação governamental.

Falar em dever de avaliação de consequências, dificuldades reais e rotas alternativas é reconhecer, de saída, que a escolha empreendida pelo gestor deve ser suficientemente madura e estruturada em indicadores e dados empíricos, que apontem para um diagnóstico contextualizado do problema a ser resolvido e da própria solução aviada administrativamente. Ora, só se pode testar conformidade dinâmica das políticas públicas à luz do planejamento que lhe estrutura as metas físicas e financeiras, sobretudo para avaliar a sua execução (ou não) à luz

* Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, Pós-Doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e doutora em Direito Administrativo pela UFMG.

das variáveis situacionais e técnicas que dizem respeito aos atos e às omissões da Administração Pública.

No controle de políticas públicas nenhum desafio é mais contemporâneo, a despeito de antigo, quanto o da qualidade dos serviços e gastos públicos (aqui incluído o gasto tributário). Combate à corrupção e vinculações orçamentárias são temas acessórios àquele, pois a deficiência na sua apreensão amplifica as fragilidades e sobrecarrega as demandas institucionais em face da defesa fragmentada da probidade e da legalidade.

Se soubéssemos coletivamente avaliar programas, mensurando seus resultados em face dos seus custos e contrastando planejado em face do realizado, teríamos maior transparência, eficiência e efetividade no trato dos recursos públicos. O caráter trágico[1] de tal constatação reside no fato de que, a despeito de parecer simples no campo do discurso abstrato, complexo é operacionalizá-la no mundo da vida em sociedade.

É importante, contudo, assumir essa premissa, até para que não percamos de vista o esforço pedagógico de devolver ao gestor a responsabilidade inadiável de planejar e executar bem o enfrentamento dos problemas sociais sob sua alçada. Assim como precisamos devolver para a sociedade o quanto lhe cabe de compreensão do caráter limitado e contingente das escolhas democráticas feitas e executadas em seu nome, já que não é possível resolver tudo, de uma vez por todas, ao mesmo tempo e para todos.

Ora, o desafio é o de superar soluções aparentemente fáceis e que, por isso mesmo, geram perdas para o processo democrático ao infantilizar o gestor, simplificar a dinâmica do controle e substituir o cidadão como o principal agente de pressão por mudanças sociais em todas as instâncias competentes.

Dito de outro modo, os tempos atuais reclamam mudança de mirada para reequilibrar – legitimamente – a relação entre meios e fins no controle da ação estatal e, em especial, das políticas públicas a seu encargo. Infelizmente, contudo, esse não é o escopo estrutural da Lei 13.655/2018, uma vez que não houve ali qualquer reforço ao caráter vinculante do planejamento setorial e orçamentário, inclusive para os fins de avaliação de programas pelo controle interno, na forma do que prevê contundentemente o art. 74, incisos I e II da Constituição de 1988 e o art. 75 da Lei 4.320/1964.

A necessidade de equalizar a tensão entre eficiência e segurança jurídica é o mote que justifica as alterações à LINDB, mas não se avança estruturalmente na noção de que é preciso majorar a própria força normativa das leis que definem o fluxo decisório das políticas públicas, impondo ao gestor maiores ônus argumentativos em relação a mudanças de rota e ao não atingimento das finalidades ali planejadas.

Mal se controlam custos e resultados da ação governamental, na medida em que ainda sobreleva a prevalência dos controles formais, a pretexto de legalidade estrita, contenção da discricionariedade, impessoalidade etc. Tal perspectiva procedimental e formal faz grande sentido em contextos de superação do trato patrimonial da coisa pública, como, aliás, era o período constituinte de 1987 no Brasil. Mas a condição da obediência formal à estrita

[1] A esse respeito, vale a leitura de: SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, S.; SANTOS, W.G.; COIMBRA, M. *Política social e a questão da pobreza.* 4.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 33-63.

legalidade, embora necessária, não é suficiente para, ao longo do tempo, promover aquele equilíbrio entre meios e fins que justificam a atividade de administrar interesse alheio.

O dilema é que a pluralidade de controles de meios e formalidades tende, no médio prazo, a nos conduzir a mais procedimentos formais por serem controlados e mais instâncias de rechecagem. Por outro lado, não podemos admitir que os fins justifiquem a adoção de quaisquer meios, por mais ilegítimos que eles sejam.

Para além desse impasse, fato é que nossa indolência pós-Constituição de 1988 nos leva à cômoda e ingênua crença de que bastam mais leis e mais controles formais do seu cumprimento igualmente formal para que tudo se resolva.

O cidadão que delega poder ao Estado, para que ele aja em seu nome e "resolva" suas demandas, precisa compreender que o alcance satisfatório dos resultados não é consequência imediata do cumprimento da lei, tampouco de decisões judiciais que busquem sua eficácia. A vigilância da cidadania atenta integra e induz ativamente o processo de maior transparência e efetividade da ação governamental.

Eis que emerge o complexo e necessário tema da finalidade, de como alcançá-la, a que custo e dentro de qual dinâmica que lhe confira legitimidade. Nova tragédia? Certamente aqui também não se abrem aos nossos pés caminhos prontos e simples.

O primeiro passo para a compreensão de todo esse imbróglio é, pois, reconhecer nossas sérias dificuldades de, paradoxalmente, compreendê-lo. Precisamos, nesse sentido, assumir como limitadas quaisquer soluções aparentemente universais, abstratas e apriorísticas. Isso porque políticas públicas reclamam escolhas feitas dinâmica e diuturnamente no curso do seu processo de formulação, implementação e avaliação, à luz das nuances e dos interesses envolvidos contextualmente ali.

Daí decorre o segundo passo: para problemas realmente complexos e estruturais, as respostas hão de considerar as circunstâncias contextuais em que hão de incidir. Dito de outro modo, precisamos mitigar um pouco o fetiche das soluções jurídicas criadas em âmbito nacional e controladas como se fosse uma questão de fiel obediência à receita uniforme e padrão.

Melhor seria se os planejamentos intertemporais de cada ente da federação fossem bem formulados, diante de diagnósticos atentos às suas respectivas realidades e demandas sociais, para que, assim, pudessem ser lidos e, por conseguinte, avaliada a conformidade e a efetividade da sua execução.

Nosso déficit consiste na falta de diagnóstico tópico dos problemas, para cujo enfrentamento as respostas sejam refletidas e debatidas socialmente na forma das leis do ciclo orçamentário.

Todavia, ausentamo-nos de compreender o que é necessário fazer e delegamos às vinculações *ex ante*, aos controles formais, ao arranjo federativo que padroniza nacionalmente soluções a pretexto de reduzir a complexidade, como se tais caminhos nos conduzissem automaticamente ao campo do gasto de qualidade.

Há muita ingenuidade e um tanto de inércia preguiçosa nessa nossa forma cultural de agir: soluções normativas universais, abstratas e apriorísticas, se aplicadas sem o devido cuidado da sua contextualização e reflexão sobre os cidadãos afetados, produzem resultados injustos e, paradoxalmente, inefetivos.

Este é o estágio atual do debate sobre o controle da qualidade do gasto público no país: déficit de planejamento suficiente, que, por seu turno, implica execução desidiosa de regras padronizadas, cujo controle formal encerra esse ciclo pobre de reflexão sobre onde queremos chegar.

Não há coerência ao longo do tempo entre o conteúdo dos sucessivos instrumentos de planejamento estatal e a sua ação prática, tampouco o controle é capaz de retroalimentar o planejamento, já que muito precariamente aquele orienta a esse sobre como aprimorar seus déficits de compreensão e cobertura.

Assim superpostas as mazelas, vemos um perfil de gestor, que se revela como um contínuo gerador de respostas de curto fôlego, para problemas longevos, como que mitigando o incêndio daquele dia, de modo a não enfrentar suas causas, apenas remediando suas consequências opacamente.

Desse modo e apenas para fins de paroxismo analítico, o cenário pode ser reduzido à grosseira simplificação, segundo a qual a gestão pública brasileira atende aos controles formais como se fora o bastante e oferta à sociedade um manejo de soluções fundadas na metodologia primária da tentativa-e-erro.

Sem incorporação de aprendizagem e sem continuidade dos serviços públicos, vivemos – a cada mudança de mandatário eleitoral – esforços caudalosos de começar o que já estava em curso, porque não sabemos fazer correções intermediárias e aprimorar planos que alcancem mais de um mandato eletivo.

Precisamos adotar estratégias de comparação de indicadores dentro e fora do país, atrair lições de sistemas bem-sucedidos para replicá-las na medida do possível, bem como depurar práticas de gestão reconhecidamente ineptas. Aprender corrigindo, comparando, enfim, buscando melhor compreender, para só, então, propor soluções mais densas e, por óbvio, mais atentas à realidade em que serão aplicadas.

Ora, tentar e errar sucessivas vezes, trafegando de um extremo a outro no trato do interesse público e no manejo de recursos sabidamente escassos não é uma questão com a qual possamos nos acomodar. A coerência e a responsabilidade temporalmente estendida[2] das políticas públicas reclamam de nós, ao menos, maior apreço pelo caráter autovinculante do planejamento, pela execução aderente ao planejado e pelo controle reflexivo de como superar os erros, para neles não voltarmos a incorrer.

[2] Tal debate pode ser aprofundado em: STARK, David; BRUSZT, Laszlo. *ENABLING CONSTRAINTS:* fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 13, n. 36, fev. 1998. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091998000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 11 maio 2015. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69091998000100002.

Gasto público de qualidade, sob esse prisma de análise, significa gasto bem planejado, cuja execução se revele aderente às estimativas de custo e resultado, sem prejuízo da obediência aos demais filtros de conformidade com o ordenamento. Dito de forma ainda mais direta, gasto adequado é aquele que é resolutivo em face do problema que lhe justificou a realização. Mas para sabê-lo resolutivo, o próprio problema há de estar bem delineado e suas rotas de enfrentamento deverão ter sido intensamente analisadas, sob pena de voltarmos ao ciclo vicioso de não termos clareza sobre o que fazer para não repetirmos os erros do passado.

Aqui chegamos e nos confrontamos com uma constatação que nos impacta e nos conclama institucionalmente no âmbito do controle da Administração Pública. Eis a razão pela qual nos permitimos conduzir o debate a uma inflexão vigorosa, mas agora já em sede de linhas conclusivas.

Somos corresponsáveis pelo cenário em que nos encontramos, tanto pelo muito que já avançamos, mas também pelo quanto ainda precisamos construir coletivamente em busca da responsabilidade estendida no ciclo das políticas públicas.

Se há no ordenamento pátrio um conjunto de órgãos com atribuições que, cotidiana e dinamicamente, é capaz de aferir o fluxo do planejamento e sua execução consonante com a busca de soluções efetivas para os problemas da sociedade, à luz do ciclo orçamentário, bem como à luz da avaliação dos mais diversos atos de gestão, tal arranjo reside nos sistemas de controle interno e externo a que referem os arts. 71 e 74 da CR/1988.

O *locus* adequado para falar em controle de políticas públicas e avaliação da qualidade do gasto público necessariamente se assenta na interface entre os controles interno e externo, ainda que não possamos prescindir da sindicabilidade judicial sobre lesão ou ameaça de lesão a direitos, em diálogo com o controle social e o controle político-legislativo.

Enquanto não formos mais incisivos no controle do planejamento insuficiente e da falta de estruturas de controle interno capazes de avaliar os resultados dos programas elaborados, continuaremos diante de gestores infantilizados pela obediência meramente formal e, por isso, simbólica a ditames legais.

O ciclo tende a se reproduzir de forma viciosa e falaciosa, enredando-nos, sobremaneira em um baixo nível de efetividade das políticas públicas e do próprio papel constitucional do controle da Administração Pública.

Para avançarmos, precisamos assumir nosso escopo pedagógico de retroalimentar o planejamento acerca das suas falhas e insuficiências, devolvendo ao gestor o peso da sua responsabilidade pelo planejamento suficiente e pelo controle interno que reflita o alcance do que foi executado, diante do que propusera à sociedade, na forma das suas leis orçamentárias.

Ora, o ponto nodal, verdadeiro eixo crítico da qualidade do gasto público passa, necessariamente, pela exigência de que os planos estatais, sobretudo as leis do ciclo orçamentário contenham indicadores da sua consecução, atrelados a metas quantitativas de bens, serviços, obras e cidadãos atendidos, o que, por seu turno, implica estimativa de custo unitário e global.

Uma vez, assim, formulado, devemos assumir tal planejamento como vinculante para o gestor, na medida em que sua execução parcial ou inexecução requer motivação consistente, porquanto consentânea com os fatos que intervieram em sua rota.

Assim o controle, além de ser um teste de conformidade com o ordenamento pátrio, cada vez mais assumirá a feição de checagem de aderência entre, de um lado, o planejado e o executado e, de outro, entre o planejado e a sua suficiência com a realidade conflituosa sobre a qual ele incidiu.

Não há receita fácil, nem solução milagrosa. O caminho não passa pela substituição do gestor ou do legislador pelos órgãos de controle, mas por sua progressiva responsabilização intertemporal, em busca de maior coerência entre seu diálogo com a sociedade e os resultados dos programas que lhe foram afiançados como capazes de resolver aqueles problemas eleitos circunstancialmente como prioritários.

Esta é a força pedagógica de todas as instâncias de controle, ao devolverem, tanto quanto possível, para a sociedade o papel de avaliar o curso da ação governamental. A melhor e mais viável forma de fazê-lo, sob o pálio do Estado Democrático de Direito, reside nessa busca pela máxima efetividade do ciclo orçamentário como o eixo garantidor dos direitos fundamentais.

É, em suma, por dentro da legalidade do ciclo orçamentário que se abre o caminho do controle de políticas públicas e, por via de consequência, da qualidade do gasto público.

2. UM ESFORÇO CONCEITUAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS LIDAS À LUZ DO CICLO ORÇAMENTÁRIO

O conceito de política pública pode ser antevisto – direta ou indiretamente – a partir do artigo 6º do Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a obrigatoriedade de as atividades da Administração Federal obedecerem aos princípios fundamentais do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle.

De uma forma muito simples e didática, é possível extrairmos o conceito de políticas públicas, em sua perspectiva cíclica, do artigo 6º do DL 200, a partir da relação dinâmica e processualmente conectada entre planejamento, execução e controle. Traduzindo para a área do Direito de forma um tanto reduzida e quiçá grosseira, a noção de política pública, corresponde a um ciclo decisório, finalística e processualmente voltado ao cumprimento dos ditames constitucionais, organizado em torno dessas três grandes fases: planejar, executar e controlar.

Nosso país planeja mal, porque sequer formula adequadamente diagnóstico dos seus problemas, daí porque não sabe arrolar e avaliar soluções possíveis a pretexto de prognóstico. O curto prazo e o caráter protocolar do planejamento agravam a falta de clareza sobre nossas prioridades sociais e sobre quais rotas de enfrentamento poderiam ser adotadas.

Talvez, o ponto mais frágil do ciclo das políticas públicas resida na transição do planejamento para a execução, com o déficit de coordenação, momento em que deveriam ser

bem distribuídas e avaliadas as responsabilidades a respeito daquilo que foi planejado/ deliberado. Ninguém se sente pessoalmente responsável no Brasil pela execução das prioridades eleitas na etapa do planejamento. Sempre há federativa e politicamente jogos de empurra-empurra e uma forte tendência de captura dos ocupantes de cargo comissionado para atender a finalidades privadas, em detrimento do alcance das metas concebidas republicana e democraticamente nas peças de planejamento setorial e orçamentário.

Em uma espécie de círculo vicioso, quando o Estado precariamente se ocupa de avaliar as possibilidades de execução das escolhas primordiais já feitas nas peças de planejamento, sequer consegue conceber os custos e os riscos acerca das várias formas de descentralização que se lhe apresentam em cada caso.

Para enfrentar tal déficit de planejamento, contudo, o que fez a Lei 13.655/2018? Simplesmente concebeu, no bojo de soluções quase sempre improvisadas e precárias, tendentes à repercussão de dano ao erário, a controversa figura do "compromisso com os interessados" para "eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público", como lemos no art. 26 introduzido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Infelizmente o gestor não sabe aferir a economicidade das diversas possibilidades que a realidade lhe oferta: execução direta pelo poder público, descentralização para a iniciativa privada por meio de parcerias público-privadas, repasses ao terceiro setor, contratos administrativos, fomento ao mercado por meio de renúncias fiscais e créditos subsidiados ou mesmo se coordena federativamente em consórcios públicos etc. Aqui temos um problema colossal de monitoramento da qualidade do gasto público (incluído o gasto tributário) em face do custo de oportunidade de outras formas possíveis de execução da política pública.

A última etapa do ciclo jurídico, por assim dizer, da política pública diz respeito ao controle. Aqui temos um papel extremamente importante e ainda subutilizado na tutela coletiva que é a força pedagógica do controle, o qual tem a sensível capacidade de retroalimentar o ciclo a partir do diálogo que vise construir alternativas e rotas de correções para os erros diagnosticados no planejamento e na execução. O controle não pode ser só repressivo, porque ele é capaz pedagogicamente de retroalimentar todo o ciclo, aprimorando os déficits de cobertura do planejamento e refutando os atos imotivados e abusivos da execução.

Nossa percepção é a de que política pública encerra um rico e plural ciclo de identificação e, tanto quanto possível, de resolução dos problemas atinentes à vida em sociedade, cujo termômetro jurídico mais sensível é o déficit de efetividade dos direitos fundamentais. Tal ciclo, como já dito, perfaz-se em três grandes esforços inter-relacionados e igualmente complexos: planejar, executar e controlar.

À luz do Decreto-Lei 200/1967, bem sabemos que a política pública é um ciclo que se retroalimenta, que deveria se fortalecer dinamicamente. Se a gente tivesse essa leitura íntegra de que política pública é planejar, executar e controlar para melhor corrigir, fundamentar e aprimorar a próxima etapa de planejamento, nós buscaríamos soluções mais sistêmicas, ao invés de só apenas "enxugar gelo" e responsabilizar isoladamente alguns gestores, sem, de fato, enfrentar as causas dos nossos problemas.

Daí decorre que o conceito de política pública seria um conceito dinâmico, semelhante, embora não se esgote no conceito de processo, em que as etapas de planejamento, execução e controle se inter-relacionam, se corrigem, se aprimoram ou se deterioram se não conseguimos efetivamente operar constitucionalmente segundo essa perspectiva.

No âmbito jurídico, pensamos política pública muito pelo prisma reducionista da execução realizada pelo Estado. Talvez seja por isso que não seja oportuno limitar a noção de política pública estritamente como processo (como se fosse uma sucessão de procedimentos como a licitação, a contratação ou a formalização de quaisquer atos de execução orçamentária) ou mesmo só como escolha de programas (algo adstrito ao planejamento).

Melhor seria considerar política pública como ciclo decisório, onde há uma dinâmica experimentação social acerca dos problemas e soluções que afetam a coletividade ou a determinados cidadãos, cuja materialização se dá na interface entre as três grandes etapas do planejamento, execução e controle. Isso porque não podemos resumir política pública à licitação, aos contratos, à desapropriação, às leis do ciclo orçamentário, ao planejamento setorial, tampouco é possível atrelar tal conceito apenas ao controle repressivo, esse controle judicializado. Precisamos integrar e compreender a complexidade da Política Pública.

Se queremos dar um salto qualitativo no controle de políticas públicas precisamos exigir o cumprimento do planejamento setorial, considerando suas metas e estratégias formalmente como obrigações legais de fazer e, portanto, exigíveis no ciclo orçamentário. Talvez seja exatamente esse o grande eixo, o qual, infelizmente, sequer foi explorado nas normas introduzidas à LINDB que pretendem aprimorar a aplicação e interpretação do Direito Público. Não se pode clamar por mais discricionariedade decisória a pretexto de segurança jurídica compartilhada ou controle consensual, como suscitado – em maior ou menor medida – na justificação do Projeto de Lei 7.448/2017 que deu origem à Lei 13.655/2018.

A título de exemplo, vale lembrar que as obrigações constitucionais e legais de fazer são materializadas nas metas e estratégias dos planos de saúde e de educação e vinculam o conteúdo substantivamente dos gastos mínimos em tais sensíveis políticas públicas, inclusive para fins de perfazimento finalístico do piso constitucional que rege a matéria.

Tanto nas etapas do planejamento, da execução e do controle, o eixo é a integração clara, consistente, nuclear do planejamento setorial com a previsão e a execução dos recursos orçamentários correspondentes. Porque todo o restante, os processos licitatórios, os contratos celebrados, os convênios, a contratação de mão-de-obra (seja por concurso para provimento de cargos, empregos e funções públicas, como contratos temporários quaisquer, terceirização), enfim quaisquer opções, tudo isso decorre desse eixo inicial. Mais ou menos atuação direta, mais ou menos parceria com o terceiro setor, mais ou menos renúncias fiscais como fomento indireto à atuação do mercado são consequências que decorrem dessa escolha inaugural feita no plano setorial de cada política pública em cada ente da federação.

Precisamos fincar a origem do debate atual sobre a inefetividade dos direitos fundamentais, especialmente, da saúde e da educação na fragilidade do planejamento. Nós não exigimos a máxima vinculação do gestor ao planejamento que ele elabora. Precisamos dizer ao gestor, ao legislador e à sociedade: “suportem o planejamento que vocês fizeram”.

São os gestores, os legisladores e a sociedade que democraticamente aprovam os planos setoriais e orçamentários, ora, é preciso, pois, que eles suportem o planejamento que fazem, devendo os primeiros serem chamados a motivar qualquer ato de execução que implique desvio de rota. Em tais instrumentos normativos encontramos as nossas linhas estruturais de identificação jurídica sobre quais são as prioridades no Estado para os direitos fundamentais e que, uma vez definidos em lei como tal, são obrigações constitucionais e legais de fazer que materializam o conteúdo do direito fundamental, inclusive para fins de perfazimento do dever de gasto mínimo em tais setores.

Nada há de mais prioritário, mais estrutural do que esse conjunto de metas e estratégias que devem ter previsão orçamentária suficiente e que depois, durante a execução orçamentária, o seu descumprimento deve exigir motivação, caso elas não sejam cumpridas. A discricionariedade orçamentária precisa ser controlada, inclusive a partir do dever de motivação sobre as rotas de descumprimento e/ou de afastamento em relação ao planejado na forma da lei.

Por fim, o controle tem se assumir o pedagógico papel de abordar o déficit de cobertura. Ora, a série histórica de demandas judiciais tem que ser lida, no mínimo, como um diagnóstico de déficit de cobertura do planejamento, para que, na próxima etapa, a sociedade consiga enxergar como enfrentá-lo.

Não é dado ao gestor gastar de qualquer jeito, por exemplo, o dinheiro da saúde e da educação. É para cumprir as obrigações legais e constitucionais previstas no planejamento setorial. E, na etapa da execução, o descumprimento tem que ser motivado sob pena de desvio de finalidade e, por conseguinte, de abuso de poder.

Precisamos ter em mira a busca por um controle capaz de retroalimentar o planejamento, apontando os seus déficits de diagnóstico, mostrando que o planejamento, às vezes, deixou algum volume expressivo de beneficiários a descoberto. Eis um ponto de partida muito importante porque o controle institucional pedagógico, juntamente com a participação da sociedade, é capaz de induzir um ciclo virtuoso de aperfeiçoamento da política pública.

Mas como fazê-lo? Como não se deixar levar pela agenda que reclama ainda maior discricionariedade interpretativa em prol dos administradores públicos, se eles mal se vinculam ao planejamento setorial e orçamentário que eles formulam? Esse é o desafio crítico aberto pela Lei 13.66/2018, cujo horizonte de médio prazo parece almejar apenas a intensidade e o alcance do controle que a sociedade tem experimentado incipientemente nas políticas públicas.

Ao nosso sentir, o caminho há de ser o do reforço da força normativa e, portanto, vinculante do planejamento fixado em lei para o ciclo orçamentário e para cada qual das políticas públicas.

3. CONTROLE DO CICLO DA POLÍTICA PÚBLICA À LUZ DO PLANEJAMENTO SETORIAL E ORÇAMENTÁRIO: em busca de legitimidade compartilhada nas escolhas alocativas

Nesse contexto, urge retomar a perspectiva de que falar em controle das contas públicas é tratar – pela interface da previsão orçamentária e da efetiva alocação de recursos

financeiros – do custeio de políticas públicas. Embora seja esse um raciocínio primário e até intuitivo, cumpre não perder de vista que o orçamento é, além de instrumento de controle, uma peça imprescindível de planejamento e definição das prioridades do Estado.

As políticas públicas integram o núcleo normativo definidor das atividades-fim do Estado. São, em última instância, a representação – organizada em diretrizes gerais e dentro de projetos e atividades – das funções constitucionalmente atribuídas à Administração Pública. Exemplo disso são os deveres de segurança pública, de saúde, de educação, de proteção ao meio ambiente, de tutela à criança e ao adolescente, de garantia da estabilidade da moeda e das relações econômicas etc. Certo é que o Estado se desincumbe de tais deveres por meio de estruturados planos de ação governamental, aos quais podemos individualmente chamar, grosso modo, de política pública.

Se se considerar que o regime de orçamentação adotado no Brasil é o de orçamento-programa (de acordo com o art. 22, IV da Lei nº 4.320/1964), tem-se que o conceito de política pública envolve – ainda que implicitamente – o desempenho de programas de trabalho nas mais diversas funções[3] sob incumbência do Estado (como o são a função de acesso à justiça, a legislativa, a de educação, a de saúde etc.).

Os programas de trabalho, por seu turno, pressupõem a interação dinâmica de meios de que o Estado dispõe (no que se inclui pessoal, bens, verbas, prerrogativas e processos) para o cumprimento de determinadas finalidades públicas. Não se trata apenas de planejar a ação estatal, mas de assegurar a sua consecução, dentro das metas físicas e financeiras inscritas na lei de orçamento.

O modo pelo qual são associados – de forma sistematizada – todos os meios disponíveis, ao longo do tempo, para que sejam atingidas tais metas deve ser adequado e proporcional à finalidade pública que se espera cumprir.

O que há de complexo na execução de políticas públicas resulta da perspectiva de que é preciso administrar cada qual dos aludidos meios (na forma de gestão de patrimônio, gestão orçamentário-financeira, gestão de pessoal etc.) para múltiplas demandas, tendo de selecionar prioridades alocativas a cada exercício financeiro e durante o próprio curso da execução orçamentária.

Exatamente porque a inferência do que seja atividade-fim do Estado (*government by policies*) não se trata de um exercício apriorístico e absoluto é que se chega à necessidade contingente de definir o que seja prioridade governamental por meio de processos que garantam, tanto quanto possível, maior correspondência do que o Estado faz com o que a sociedade lhe atribui como devido.

A passagem de um raciocínio ao outro – ou seja, a passagem do processo democrático que garante legitimidade à definição das políticas públicas até a própria apreensão

[3] Não é sem razão que a classificação que leva ao nível mais concreto de detalhamento da despesa, na LOA, é chamada de "funcional-programática". Ou seja, trata-se de classificação orientada por funções (e dentro dessas, sub-funções) e por programas de trabalho, os quais subdividem-se em projetos e atividades, conforme se tratarem, respectivamente, de ações transitórias ou permanentes.

substantivo-republicana do que deva ser política pública – é um dos maiores desafios ao constitucionalismo contemporâneo.

Por mais que se saiba haver muito o que fazer, o Estado não tem como abarcar a responsabilidade pela solução de todos os conflitos sociais, seja porque não pode se fazer substituir aos cidadãos em sua esfera de autonomia[4], seja porque dispõe de recursos limitados, quando, então, passa a ter de definir com clareza onde e com que intensidade atuará. Aliás, do ponto de vista orçamentário e financeiro, tal realidade é determinante.

O controle sobre a definição do que o Estado faz (e dentro de qual linha de prioridade) passa a ser, desse modo, tema umbilicalmente vinculado à equação havida entre as receitas de que aquele dispõe e as despesas a que está autorizado a promover.

O orçamento é primeiro espelho – e quiçá o mais transparente – do destino das ações estatais, por mais que se diga que a peça orçamentária comporta margem de alocação discricionária para administrar a complexidade das demandas sociais ao longo do exercício financeiro.

Ocorre, contudo, que a discricionariedade[5] dada nos limites da lei para o administrador executar políticas públicas com remanejamentos e novas definições alocativas só pode ser exercida como faculdade controlada pelos fins públicos e não como liberdade privada. Notadamente, na seara orçamentária, o Legislativo desempenha papel decisivo, o qual não se trata apenas de controle *a posteriori*. São conferidas ao Parlamento as atribuições de aprovação, de acompanhamento da execução do orçamento público e de controle por meio da apreciação das contas.

Teoricamente a participação do Legislativo não é apenas uma aquisição histórico-institucional, mas uma questão de pressuposto democrático. A fixação das prioridades governamentais para sociedades complexas é desafiadora porque, como Sartori[6] diria, os riscos (da não participação de todos os interessados) são inversamente proporcionais aos custos da abertura ao maior grau de envolvimento na definição do que o Estado deva cumprir como função precípua sua. Em linhas muito simplificadas, tem-se que quanto maior o número de pessoas decisoras, mais difícil, demorada e onerosa é a decisão sobre a alocação de recursos estatais em face das prioridades sociais postas em discussão. Por outro lado, decisões rápidas tomadas por poucas das pessoas afetadas são mais arriscadas para aqueles que têm de se fiar na figura de um representante.

Para fazer frente ao desafio de definir o rol de fins a que se volta o Estado, o Direito agregou importante contribuição na mitigação dos riscos da relação de representação entre

[4] Nesse sentido, é célebre a crítica habermasiana ao Estado do Bem-Estar Social (HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987), na medida em que a relação paternalística de concessão de direitos sociais tutelados pelo Estado ("verdadeiro Estado Administrativo") tornou a sociedade dependente das prestações estatais.

[5] Vale chamar a atenção para o alerta de Bucci, para quem "a idéia de discricionariedade há muito deixou de ser sinônimo de insuscetibilidade de controle jurisdicional". (BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 265)

[6] SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994.

governantes e governados, qual seja, o princípio da legalidade. A lei passa a ser baliza significativa, embora não suficiente do que devam ser os fins públicos.

Em importante contribuição, Bucci[7] assevera que

> As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos.

O processo de formulação das políticas públicas – direta ou indiretamente – é lastreado em leis que tanto trazem os planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento, como também veiculam a organização sistêmica de algumas delas (exemplos notórios são a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde – SUS e a Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que organiza a Assistência Social), quanto, enfim, inscrevem programas no ciclo orçamentário (PPA-LDO-LOA).

Essas leis inauguram uma rota basilar de controle, embora não consigam fixá-la em patamares plenamente vinculantes. Por essa razão é que Bucci suscita ser possível retomar os pressupostos de fato e de direito da ação governamental ordenada por políticas públicas, já que o processo de elaboração dessas permitiria que se conhecesse importante fio condutor para densificação, no caso concreto, da finalidade pública perseguida.

Com isso, não haveria que se falar aprioristicamente em discricionariedade intangível às instâncias de controle externo e judicial, pois, diante do caso concreto e dos pressupostos da política pública (extraídos do processo de sua formulação e execução), caberia analisar a adequação das ações governamentais ao ordenamento constitucional. Mais do que nunca é preciso reforçar o cumprimento da lei, muito embora se saiba que as balizas dadas pelo legislador no planejamento setorial e orçamentário são soluções parciais e tímidas para problemas complexos.

Substantiva e processualmente o que emerge como atividade-fim do Estado é sempre fruto de uma apreensão politizada, cuja institucionalização por dentro do próprio Estado confere-lhe o status de lei. Por outro lado, não basta estar sob o pálio do princípio da legalidade, porque a maior ou menor distância entre a previsão e a execução dos dispositivos legais depende, obviamente, das condições de sua aplicabilidade. Novamente aqui surge, em segundo plano, o tema da discricionariedade e da vinculação do administrador público frente aos comandos que regem seu agir.

Se é certo que não há comando normativo que possa ser aplicado independentemente das nuanças do caso concreto, quando outros princípios e variáveis são analisados e integram o complexo quadro que está a demandar solução dentro do ordenamento jurídico. Por outro lado, também não se pode admitir como crivo de controle da adequação constitucional o mero processo de tomada de decisão por parte do gestor público, já que há balizas substantivas que devem ser asseguradas no curso daquele.

[7] BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 265.

Trazendo o raciocínio em pauta para a seara das finanças públicas, pode-se pontuar que o orçamento não será tido como "público" se, por exemplo, independentemente do caso concreto de calamidade pública, for considerada como nula de pleno direito toda e qualquer contratação de pessoal na forma do parágrafo único do art. 21 e do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). É necessário que haja razoabilidade e coerência com a motivação do caso concreto.

Por outro lado, o simples processo de aprovação das peças orçamentárias (PPA-LDO-LOA) junto ao Parlamento tampouco lhes confere legitimidade inquestionável como documento de definição de prioridades governamentais construído publicamente, já que é perfeitamente possível que o Legislativo, por vezes, comporte-se como mero ratificador das decisões já tomadas no Executivo, sem sequer discuti-las, sem investigar a consistência das metas físicas e financeiras ali concebidas de forma meramente protocolar, sem efetivo diagnóstico junto aos cidadãos interessados.

Por vezes, o administrador público esquiva-se de efetivar direitos constitucionalmente assegurados sob o pálio da argumentação de que falta fonte de custeio. Realmente o Estado não tem como assegurar direitos indefinidamente sem uma respectiva fonte de custeio, tal como o próprio art. 167, II, da Constituição de 1988 determina. Ocorre, contudo, que o custeio geral do aparato administrativo do Poder Público advém de receitas que lhe são autorizadas por lei e que abarcam todas as atribuições constitucionais a que o Estado está adstrito, e dentre essas, cumpre citar a atribuição de garantir normativa e materialmente os direitos fundamentais.

Daí decorre que o raciocínio econômico pretensamente irrefutável de que "sem fonte de custeio, não há direitos" deve ser relativizado para absorver a perspectiva de que o custeio de políticas públicas deve ser previsto na lei orçamentária anual e ali pode haver remanejamentos.

Se houver omissão ou subestimativa de créditos para o atendimento de direitos fundamentais (como o é o direito à vida e à saúde, por exemplo), caberia controle (até jurisdicional) para assegurar o direito, obrigando a Administração Pública a gerir adequadamente o custeio necessário à sua tutela.

Em raciocínio calcado pela analogia, Santos[8] lembra que os responsáveis por decisões coletivas se comportam como Édipo que, apesar de saber de seu fim, não conhecia os rumos pelos quais ele seria levado a vivê-lo, daí porque não conseguiu se furtar a esse, por mais que tivesse tentado. Assim ocorre com os intérpretes do Direito na busca por Justiça, já que também vêem esquivar-se por entre os seus dedos a justeza de quaisquer critérios procedimentais lógico-científicos ou pactos substantivos (estabelecidos *a priori* e pretensamente aplicáveis automaticamente), quando diante da premência por solucionar um conflito entre princípios mutuamente excludentes.

Em outras palavras, a busca de caminhos que se apresentem racionalmente os mais justos, na prática, pode acabar sendo responsável pela eleição de medidas as mais perversas e tiranas. Pelo foco da eleição de políticas públicas e da sua consecução orçamentário-financeira,

[8] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. p. 33-63.

o que se tem são primárias definições de algumas funções que devem ser priorizadas em relação às demais (como, por exemplo, saúde, educação e seguridade social), sem que, contudo, tais definições possam ser confrontadas no curto prazo com uma situação emergencial de estabilização monetária.

É preciso que se diga que há como que uma inevitabilidade do fracasso de qualquer tentativa racionalmente absoluta de realizar ideais de justiça, o que, não obstante, é processado simultaneamente ao dever inafastável de seguir, no mínimo, tendo de calcular politicamente os "dissensos toleráveis"[9] a respeito das decisões tomadas.

Fato é que, de toda a tragédia em pauta e em meio a tantos embates não solucionáveis por fórmulas dadas racionalmente, Santos[10] alerta para a perspectiva de que "o caráter trágico do drama social não decorre do desconhecimento da existência de efeitos perversos, mas da incerteza radical sobre quando e onde vão se desenrolar."

O que se pode fazer diante de um cenário como esse, a princípio paralisante, mas ao mesmo tempo extremamente desafiador, é justamente assumir que a noção de justo é sempre uma noção construída e reconstruída diante da complexidade social e das contingências por serem assumidas no cálculo político-jurídico dos dissensos toleráveis.

[9] Traduzir a locução de Wanderley Guilherme dos Santos (1987) – "dissensos toleráveis" – para o Direito não se trata de tarefa fácil. Focando o problema tratado por Santos quanto à "trágica condição das políticas sociais", o paralelo possível passa pela consecução dos direitos fundamentais de segunda geração (mais conhecidos como direitos sociais). Se é certo que não se admite o descumprimento de deveres e desrespeito a direitos, notadamente, aos direitos fundamentais, como lidar com sua eficácia (se sua prestação se dá em caráter progressivo)? Outrossim, vale perguntar como seria possível controlar as alterações normativas que decorressem das mudanças sociais, para que não houvesse retrocesso?
Tal locução ("dissensos toleráveis") cunhada no âmbito da Ciência Política pode, diante do Estado legiferante e da Administração Pública interventiva na consecução de direitos fundamentais, ser relacionada, em alguma medida, com o princípio constitucional da proporcionalidade, também chamado de "vedação de excesso" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 403).
Em sede do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário seria chamado, assim, a apresentar os limites – em cada caso concreto – da atuação estatal, quando estivesse sendo afetado direito fundamental de forma desproporcional no que se refere ao emprego de meios pouco hábeis ao cumprimento de determinados fins.
Especialmente preocupado com o controle da atividade legiferante, Barroso leciona que "a atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará diante de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade [para o autor, esta é usada como sinônimo de proporcionalidade] é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.
Esta razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. [...]
De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravier valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente." (BARROSO, Luís Roberto. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.* Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/barroso2.html>. Acesso em: 13 mai. 2018)

[10] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987, p. 51.

Como O'Donnell[11] bem explicita, diferentemente dos que crêem haver uma racionalidade técnica e apolítica na interpretação do Direito, "a lei, em seu conteúdo e em sua aplicação, é basicamente (como é o Estado do qual ela faz parte) uma condensação dinâmica de relações de poder, não apenas uma técnica racionalizada para ordenar as relações sociais."

É justamente dessa conformação política nada estática, a que o Estado Democrático de Direito deve se submeter, que emerge um novo elemento trágico: o dever de, todos os dias, renovar a tentativa de rolar a pedra de Sísifo até o topo da montanha, ainda que se saiba que, ao final, ela rolará de volta ao chão, devendo voltar, portanto, a ser novamente empurrada para cima a cada novo dia...

A prática cotidiana de tentar realizar ideais de justiça, por mais que se saiba demasiadamente frágil, apresenta-se como uma verdadeira compulsão, uma necessidade inafastável tal como ocorrera na trágica história de Sísifo.

É preciso continuar a dizer do justo e do injusto, do direito e do não-direito, porque, como a pedra sisífica sempre a retomar o ponto de antes e a exigir que fosse rolada novamente ao topo, não há outra sorte para a humanidade que assumir as suas complexidade e contingência como dados a inviabilizar soluções definitivas e totalizantes.

O aprendizado democrático que aqui se revela possível, então, caminha exatamente para tornar o peso, por assim dizer, da pedra sisífica rolada – que seria a Justiça – distribuído por todos, como, de fato, acabou por acontecer naquela tragédia grega.

Seja na feliz expressão de Santos[12] do "cálculo do dissenso tolerável", seja na também pertinente noção de O'Donnell[13] de "condensação dinâmica de relações de poder", o embate do estabelecimento social do justo pressupõe necessariamente o contexto no qual ele se insere e um profundo comprometimento, tanto quanto possível – e espera-se que cada vez mais a fronteira do possível alargue-se –, de todos os interessados com a avaliação da complexidade social e das contingências postas.

Nesse sentido, o chamamento à consciência de todos os envolvidos para se saber precário o justo, vale dizer, na tragédia sisífica, a "distribuição do peso", ademais de tornar menos ilusória a busca por justiça, na medida em que afasta critérios apriorísticos, faz com que as "escolhas trágicas" sejam, de fato, produto de uma deliberação refundante da sociabilidade democrática.

Adotando a célebre analogia luhmanniana, tal mudança de concepção do Direito permitiria a todos os seus aplicadores deixarem de lado a sedutora perspectiva de fazer dele uma "varinha-de-condão" de realização do justo, o que causa tantas frustrações e deixa a descoberto seus riscos tirânicos, para passarem a assumir-se como "cegos guiados por um

[11] O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n. 51, jul. 1998, p. 54.
[12] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. p. 33-63.
[13] O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*. São Paulo, n.51, p. 37-61, jul. 1998.

bastão", bastão esse que lhe dá a dimensão dos seus limites, das complexidades e das contingências.

A imagem da "tragédia" e da mutabilidade que cerca o mundo do Direito, como já se disse aqui, deve alertar para os limites interpretativos mais do que para a proposta, a princípio, encantadora de fornecer respostas padronizadas aos problemas oriundos de um tecido social cada vez mais hiper-complexo. Em se dividindo o peso da pedra, a democracia, no mínimo, possibilita ao Direito a administração dos riscos ou o cálculo dos dissensos toleráveis, conforme se queira.

Independentemente do instrumental de participação adotado, a construção do interesse público pela Administração será menos pública do que deveria ser à luz do marco do Estado Democrático de Direito, se a própria Administração não buscar cotidiana e consistentemente absorver a ressonância dos fluxos comunicativos oriundos da sociedade civil.

Aqui se mostra um ponto de confluência e profunda semelhança entre a Reforma do Estado empreendida no bojo da Emenda 19/1998 e as alterações introduzidas pela Lei 13.655/2018 na LINDB: ambas invocam a necessidade de robustez e grande liberdade decisória na atuação do Estado, de modo que nelas reside a mesma demanda por revisão das balizas constitucionais que limitam a discricionariedade decisória na Administração Pública. Tal demanda latente há décadas clama, como condição de eficiência gerencial, um Executivo forte, sem constrangimentos, capaz de responder rapidamente às imprevisíveis pressões do mercado[14].

Vinte anos se passaram e ainda hoje se busca ampliar a progressiva legitimação de um Executivo cada vez mais forte, até mesmo legislando costumeiramente mediante medidas provisórias, na proporção em que, simultaneamente, coloca-se em xeque a própria necessidade das garantias estatuídas pela ordem constitucional vigente; essas, por seu turno, tidas como "engessadoras do aparelho estatal"[15].

Em contextos administrativos ditos de crise, ao deslegitimar o texto constitucional de 1988 e os órgãos de controle, o Executivo ganha peso e capacidade para reformar[16], sem um mínimo de coerência política e de definição de aonde se pretende chegar, partes significativas (algumas até cláusulas pétreas) da Constituição.

No Brasil, a "reforma do Estado" da década de 1990 e também os marcos recentes da Emenda 95/2016 e da Lei 13.655/2018 se deram em um jogo ardoroso de redesenho

[14] Como pertinentemente debatido por BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 49, n. 1, p. 141-163, jan./mar. 1998; DINIZ, Eli. *Crise, reforma do estado e governabilidade.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997. e também por STARK, David; BRUSZT, Laszlo. 'Enabling constraints': fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo: ANPOCS, v. 13, n. 36, fev. 1998.

[15] Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República/ Câmara da Reforma do Estado, 1995, p. 27.

[16] Haveria, se se estivesse em searas, de fato, democráticas, de causar indignação a perplexidade levantada por Barroso (1998, p. 24) de que "por paradoxal que possa parecer, a reiterada sucessão de emendas revela uma preocupação nova: a de não descumprir a Constituição, de não *atropelá-la*, como de nossa tradição, mas reformá-la na disputa política pelo *quorum* qualificado. É consolo pequeno. E é preciso reconhecer que, nesse particular, o ciclo do amadurecimento institucional brasileiro ainda não se completou."

institucional[17]. A bem da verdade, a busca pela expansão da "flexibilidade gerencial" no regime jurídico administrativo tem sido realizada por meio de elevado número de emendas constitucionais, assim como pela edição e, por vezes, reedição sucessiva de medidas provisórias.

Ao longo de incessantes (e grande parte das vezes fracassadas) tentativas de estabilização econômica, todo o poder – dado pela imensa abrangência das medidas provisórias – foi disponibilizado aos Executivos nacionais.

É tal fenômeno de enclausuramento das decisões políticas na alta burocracia estatal, sem transparência e debate com a sociedade, que Diniz[18] critica como uma continuidade das premissas do regime ditatorial, já que,

> ao contrário do que ocorreu em alguns países, em que políticas de ajuste dos anos 80 apoiaram-se em pactos de ampla envergadura, a opção das elites estatais brasileiras privilegiou **vias coercitivas de implementação**, o que se traduziu pela preferência por instrumentos legais capazes de garantir a precedência do Executivo em face do Legislativo.

Tais Executivos imbuídos da "missão" de resolver a aludida crise de governabilidade, apesar de progressiva e inacreditalvemente mais fortes, somente faziam desacreditar a Constituição da República de 1988 para não desacreditarem a si próprios.

Pela absoluta falta de responsabilidade política estendida[19] no contexto brasileiro, os Executivos brasileiros do período supracitado somente se preocuparam com a pretensa meta última de reformas econômicas de fundo, sem respeitar as salvaguardas constitucionais aos direitos individuais e garantias públicas. É este o mesmo alerta feito por Faria[20]:

> Esse bloqueio [da própria dinâmica do processo de pós-transição democrática] fica nítido quando o padrão de governabilidade imposto em nome da 'salvação nacional' requer uma separação autoritária entre a gestão 'administrativa' da economia e a formação política da 'vontade geral', a pretexto de neutralizar a explosão de reivindicações, e/ou exige uma 'conciliação' cooptadora entre diferentes setores

[17] No sentido propugnado em TSEBELIS, George. *Jogos ocultos:* escolha racional no campo da política comparada. São Paulo: EDUSP, 1998.

[18] DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 120, n. 2, maio/ago. 1996, p. 9, grifo nosso.

[19] Trata-se de conceito visualizado por Stark; Bruszt, para quem "trazer a sociedade de volta à política no momento da formulação da política significou que os administradores públicos não confrontaram a sociedade apenas no momento da implementação das políticas. Ao contrário as discussões aumentaram a compreensão dos formuladores das decisões, provendo informações críticas que os ajudaram a antecipar conseqüências econômicas, políticas e sociais futuras de suas ações. A responsabilidade política estendida, portanto, *estendeu o horizonte temporal dos atores estatais chave,* corrigindo erros de cálculo de antemão e os encorajando a pensar vários passos à frente nos jogos estratégicos da política de reformas. Como as deliberações os forçaram a ser mais responsáveis *ex ante*, as linhas de política pública resultantes já estavam delineadas de forma coesa e coerente, o que facilitou respostas rápidas e adaptações responsáveis com a alteração das circunstâncias." (STARK, David; BRUSZT, Laszlo. 'Enabling constraints': fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo: ANPOCS, v. 13, n. 36, fev. 1998, p. 27, grifo dos autores)

[20] FARIA, José Eduardo. A eficácia do direito na consolidação democrática. *Lua Nova*: Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC, n. 30, ago 1993, p. 37, grifo nosso.

> sociais – o que perverte a transição e a consolidação democráticas ao convertê-las numa continuidade disfarçada do regime político anterior.

Se se retomar a questão em uma perspectiva histórica, ela se mostrará mais problemática, quando se lembrar que a legitimidade da ordem política consolidada na Constituição de 1988 emergira de um contexto contraditório, mas plural de reconstrução democrática.

Justamente por serem as propostas de reforma do Estado (Emenda 19/1988) e da interpretação do direito público (Lei 13.655/2018) no Brasil, carentes de uma imersão crítica no processo maior de consolidação democrática é que elas pecam tanto pelo desrespeito à Constituição de 1988 e alimentam a própria crise de (in)governabilidade naquela[21] e de insegurança jurídica nessa última referência normativa.

Há que se dizer também da univocidade da percepção sobre a crise do Estado e como esta repercutiu em processos de reforma míopes (ênfase em tamanho do aparato estatal), porquanto só se voltassem para o controle administrativo-financeiro da aludida crise. Ora, a dissociação entre o projeto de ampliar a discricionariedade decisória do Executivo e o fortalecimento das instituições democráticas se funda, em última instância, na própria incapacidade governamental de negociação e problematização do "processo de constituição dos fins, necessariamente múltiplos"[22].

Segundo Diniz[23], o ciclo de "rarefação do poder público" é gerado, desta forma, a partir da "lacuna deixada pela omissão do Estado no atendimento às necessidades fundamentais, bem como pela inexistência de políticas sociais efetivas". Essa lacuna, por sua vez, "abre o espaço para a proliferação de práticas predatórias e a disseminação da insegurança generalizada". E é neste contexto que "as áreas social e territorialmente periféricas criam sistemas paralelos de poder que tendem a alcançar níveis extremos de violência e arbitrariedade."

Ao excluir da esfera pública a tematização da proposta de revisão do papel do Estado, a Administração Pública formula mal suas escolhas alocativas e se contenta com a realização de diagnósticos formais realizados tão somente com suas instâncias técnicas, daí porque não são consistentes, tampouco efetivos os prognósticos apresentados para os problemas que são afetos ao conjunto dos cidadãos.

Tal processo decisório é realizado diuturnamente na tensão entre "flexibilidade" e "segurança jurídica", sendo que – em sua defesa perante os órgãos de controle – os gestores

[21] Diniz assevera que "com o advento da Nova República, tais problemas seriam agravados pelo estilo tecnocrático de gestão que se tornou dominante. Assim, a tensão entre as formas de alcançar os objetivos da nova agenda pública (estabilização econômica, reinserção internacional e institucionalização da democracia) tornou-se parte constitutiva da crise do Estado, já que os meios postos em prática para realizar as metas econômicas dificultariam o aprimoramento das instituições democráticas. Eficácia na administração da crise e consolidação democrática foram conduzidas como alvos contraditórios." (DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 120, n. 2, maio/ago. 1996, p. 11)

[22] REIS, Fábio Wanderley. Constituição, pacto e poder: ou de uma constituição a outra melhor com engenho e sorte. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo: ANPOCS, v.1, n. 1, p. 22-29, jun. 1986.

[23] DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 120, n. 2, maio/ago. 1996, p. 15-16.

públicos invocam o discurso da ingovernabilidade, da insegurança jurídica, dos "excessos" do controle e da necessidade de maior discricionariedade administrativa, mais uma vez considerando cidadãos como "clientela destinatária" de mudanças não deliberadas discursivamente.

Daí decorre a reprodução de um ciclo vicioso de baixa aderência do gestor ao planejamento formulado por ele, sem maior diálogo social e interinstitucional, em uma execução abusiva e imotivada de atos erráticos de gestão. Em face do controle, ao final, esse mesmo gestor espera agora invocar a ausência de dolo ou erro grosseiro para afastar qualquer responsabilidade pessoal (art. 28 da Lei 13.655/2018) pela imperícia, negligência ou imprudência na gestão empreendida.

4 ALGUMAS LINHAS CONCLUSIVAS SOBRE A DISCRICIONARIEDADE E O CONTROLE ORÇAMENTÁRIO

Como debatido até aqui, vimos que os programas de governo inscritos no orçamento são políticas públicas tanto avalizadas pelas eleições de determinado governante e seu partido, como também fruto de um processo formal de aprovação de diretrizes do chefe do Poder Executivo para transformá-las em disposições legais. Em ambas as interfaces, os programas de governo encontram-se submetidos ao crivo de sua constitucionalidade.

Como a política vive sob o império da lei (para além do governo de homens), não se pode olvidar que a baliza legal funciona como indicador de ação; acima de tudo, atua como fronteira última, dentro da qual o administrador deve se mover conforme os pressupostos do caso concreto.

Decorre desse entendimento a perspectiva de que a previsão discursiva das receitas estimadas e das despesas autorizadas no ciclo orçamentário – feito conjuntamente por Legislativo e Executivo – deve ser retomada também no processo de sua execução.

As contingências econômico-financeiras do Estado –como pressuposto de fato – para uma execução parcial das despesas autorizadas devem ser controladas concomitantemente à realização da receita, porque o balanço geral anual – na via do controle *a posteriori* – não consegue demonstrar os limites da discricionariedade administrativa.

Tanto é assim que o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal determina ser necessária a limitação de empenhos conforme se der a frustração das metas de arrecadação, para que não sejam afetadas as metas fiscais inscritas na lei de diretrizes orçamentárias. Com a retomada da arrecadação e com o horizonte de cumprimento das metas de resultado primário e nominal, torna-se possível recompor o patamar de despesas autorizadas na lei orçamentária. Esses são pressupostos de direito que devem ser explicitados diante do quadro concreto, para que a inexecução de políticas públicas previstas no orçamento não decorra apenas da ineficiência alocativa do Estado, ou de omissão deliberada do gestor público no cumprimento de seus deveres constitucionais.

De acordo com o art. 75 da Lei nº 4.320/1964, o controle da execução orçamentária compreenderá a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da

despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações; bem como abarcará a fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos. Por fim, mas não menos importante, caberá controle também sobre o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Não bastassem as previsões dos incisos I e II do art. 75 da Lei nº 4.320/1964, a fronteira do controle sobre a execução orçamentária estendeu-se sobre o cumprimento do programa de trabalho. Ou seja, não é dado ao Poder Público deixar de executar disposições da lei orçamentária, arguindo discricionariedade alocativa, sem que haja prestação de contas sobre o que não foi feito parcial ou integralmente.

Para Machado Jr. e Reis, tal controle "não é só legalístico, mas a verificação do cumprimento do programa de trabalho, estabelecido em termos físico-financeiros. Na prática, porém, este tipo de controle ainda não evoluiu como seria de desejar e a maioria dos órgãos de controle, no Brasil, contenta-se com os controles jurídico e contábil-financeiro."[24]

A crítica tecida por Machado Jr. e Reis não é gratuita, já que, embora a CR/1988 tente articular o controle interno (art. 74) e o externo (art. 71) na apreciação da prestação de contas da Administração Pública, a apreensão prática de tais balizas jurídicas ainda precisa ser estendida no tempo e no foco de sua análise.

O cidadão, que é parte legítima para denunciar qualquer irregularidade (art. 74, § 2º, da CR/1988), é chamado de forma indireta a participar do controle da execução orçamentária, que, segundo o art. 77 da Lei nº 4.320/1964, será feito prévia, concomitante e subsequentemente àquela. Vale lembrar, nesse sentido, que a LRF trouxe a exigência de transparência e controle na forma, entre outras perspectivas, de dois relatórios periódicos que visam a demonstrar o curso da execução orçamentária, quais sejam, o Relatório Resumido de Execução Orçamentária (arts. 52 e 53 da LC nº 101/2000) e o Relatório de Gestão Fiscal (arts. 54 e 55).

O problema da emissão de tais relatórios reside na própria dificuldade denunciada por Machado Jr. e Reis de ir além da prestação de contas meramente contábil, o que formalmente cumpre a lei, mas materialmente deixa a descoberto o conhecimento da realidade operacional e gerencial na Administração Pública. De acordo com os aludidos autores, "uma das grandes dificuldades da Administração é reunir a prestação de contas com a realização de programas."[25]

Em se dando vazão ao controle a que se refere o art. 75, III, da Lei nº 4.320/1964, exercido primordialmente pelos órgãos de controle interno – na forma do art. 79 da aludida Lei –, a avaliação do cumprimento de programas não só buscaria corrigir desvios, como retroalimentaria o planejamento no ciclo orçamentário.

Aqui cumpre fixar atenção sobre o caráter sistêmico do controle, já que a Constituição de 1988 fala em fiscalização da gestão contábil, financeira, orçamentária,

[24] MACHADO JR. José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal. 30.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, p. 160.
[25] MACHADO JR. José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001, p. 167

operacional e patrimonial promovida pela Administração direta e indireta, de modo a aferir-lhe a legitimidade, legalidade e economicidade.

Mas dúvida persiste na consecução cotidiana do acompanhamento discursivo das contas públicas: como a integração dos controles interno e externo poderia suscitar o estreitamento da margem de liberdade de que goza o administrador público diante do caso concreto? A avaliação do cumprimento de programas – porquanto seja ato de competência dos próprios órgãos responsáveis pela feitura do orçamento (segundo o art. 79 da Lei nº 4.320/1964) – faz com que o controlado tanto seja retroalimentado de informações para a elaboração de novas peças, quanto seja o seu próprio controlador. Ou seja, a efetividade de tal controle (especialmente em se observando o ponto de vista do cidadão) é passível de ser confrontada com a sua parcialidade.

Do ponto de vista orçamentário, a defesa de políticas públicas inclusivas e o próprio controle de constitucionalidade das omissões é desafio posto na ordem do dia não só para todas as arenas institucionais de controle, como, sobretudo, também para a própria sociedade.

Como controlar o Executivo diante da eleição de prioridades inscritas na lei orçamentária anual é impasse que faz renovar nossa atenção sobre o tema do controle da discricionariedade administrativa, até porque é esse um verdadeiro "calcanhar de Aquiles" para o tema do controle da Administração Pública. Hans Huber – em célebre analogia citada por García de Enterría; Fernandez[26] – noticia ser a discricionariedade um verdadeiro "Cavalo de Tróia", atrás do qual se escondem os riscos da apropriação privada da coisa pública.

Novamente o ponto de inflexão da capacidade de controle de políticas públicas passa pelo viés do seu financiamento e, antes disso, do planejamento definidor das prioridades orçamentárias. A esse respeito, a dogmática emancipatória proposta por Clève suscita ser possível identificar na CR/1988 uma "ossatura institucional[27]" capaz de atribuir ao Estado competências das quais ele deva se desincumbir progressiva e consistentemente.

Do texto constitucional vigente no Brasil, é possível extrair políticas públicas que são "deveres do Estado". Notadamente, há que se arrolar as políticas públicas que se voltam para a tutela dos direitos fundamentais, nessa qualidade (Título II), sem prejuízo das políticas que se voltam especificamente para o cumprimento das competências atribuídas a cada ente da federação.

Porque não são passíveis de terem "solução" de uma única vez e de uma vez por todas, as políticas públicas de natureza prestacional são tidas como de eficácia constitucional progressiva. Ou seja, elas devem ser empreendidas em um processo de satisfação/ emancipação progressiva dos cidadãos, já que, de início, deve-se garantir a subsistência em caráter primordial e sucessivamente (o que não significa dizer cronologicamente) vão sendo promovidas, entre outras, políticas de inclusão cultural, desportiva e laborativa.

[26] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

[27] Como se pode ler em CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. Tal locução de Clève diz respeito aos diversos instrumentos normativos de garantia dos direitos fundamentais e de consecução progressiva das políticas públicas que lhes correspondem.

Mas aqui cabe o aviso de que de nada adianta sair do espaço das propostas inconsistentes do Executivo para caminhar para o balcão paternalístico de direitos que não podem, orçamentariamente, ser universalizados por meio de intervenções judiciais que pretendam solucionar, de uma única e imediata vez, problemas distributivos da sociedade.

Não havendo solução que não seja construção histórico-social para o avanço dos indicadores de desenvolvimento humano, o Direito consegue ordenar apenas a linha intertemporal[28] de planejamento e de execução de políticas públicas inclusivas. Ou seja, como bem lembra Clève, "pode o Estado, sim, implantar políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional."[29]

Diferentemente do que normalmente se alega quando se usa a metáfora do "cobertor curto", não se trata de adiar a execução dos direitos fundamentais para o campo indefinido de "quando o bolo crescer". O haver escassez de recursos e restrições orçamentárias implica eleger prioridades alocativas, mas daí não decorre – como interpretação conforme a Constituição – a ideia de que podem restar inefetivos alguns direitos fundamentais enquanto outros são implementados.

Nesse sentido, cada vez mais sabemos ser preciso impugnar a existência de discricionariedade orçamentária que, por desconhecer a finalidade legal que lhe legitima a existência, torna-se mero arbítrio, hipótese que não é admitida no ordenamento constitucional brasileiro.

Em se tratando de um horizonte de prestações progressivas, nada mais adequado – do ponto de vista orçamentário – que efetivamente cobrar que as políticas públicas sejam controladas conforme o processo de sua elaboração plurienal. As leis que instrumentalizam os programas de ação governamental (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei de orçamento anual) são nortes, cuja execução é balizada pela capacidade financeira do Estado. Uma vez cumpridas as metas fiscais discutidas com o Legislativo, as leis orçamentárias devem ser executadas sob a máxima impositividade, já que não deve haver margem para subalocação de recursos em um orçamento transparente e real.

Clève mais uma vez defende que o debate sobre a obrigatoriedade de execução das peças orçamentárias é um exercício de "vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais", já que não assegurar materialmente tais direitos dentro de um horizonte temporal elastecido, mas progressivo – em nome de uma pretensa discricionariedade orçamentária – seria, por si só, um ato desconforme com a Constituição. Ou seja, o atendimento aos direitos fundamentais, para o aludido autor, constitui-se como verdadeiro "parâmetro de constitucionalidade, invalidando atos, inclusive normativos, posteriores e anteriores à Constituição (por inconstitucionalidade ou por revogação) quando contrastantes"[30].

[28] Tal como o fez o art. 165 da Constituição com a disposição sobre planos quadrienais a serem revisitados anualmente por meio de leis especiais, além da lei de diretrizes orçamentárias e da lei de orçamento.
[29] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, jul./dez. 2003, p. 25.
[30] CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, jul./dez. 2003, p. 27.

Logo de pronto, passa-se da interpretação de que o Estado deve assegurar uma "eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais" à apresentação dos instrumentos processualmente disponíveis para a tutela judicial daqueles.

Conforme Vianna[31] pondera, tal passagem, embora natural para o campo do Direito, não é propriamente isenta de conflituosidade para a institucionalidade democrática, pois subsiste o risco da judicialização da política se tornar uma via substitutiva das arenas político-representativas de deliberação do interesse público. Tampouco é possível atribuir isolada ou exclusivamente a qualquer órgão de controle (como, por exemplo, o Poder Judiciário) todas as pretensões de controle democrático sobre a Administração Pública, sob pena de o grande controlador restar, ele próprio, sem controle.

Sem nos olvidarmos dos riscos suscitados por Vianna, precisamos pensar na expansão dos agentes de controle por toda a tessitura social e especialmente pelas próprias relações horizontais de controle entre os Poderes e os órgãos auxiliares: Tribunal de Contas e Ministério Público.

Quanto mais ficamos às voltas com o tema do controle de políticas públicas – especialmente pelo seu viés orçamentário-financeiro –, mais ressurge a perspectiva de que o que vivemos é um estágio de "indigência analítica", como diria Santos[32].

Bem ou mal, como linha de conclusão deste capítulo, reconhecemos que não há como inferir uma linha consistente de controle a ser promovida estritamente por qualquer instância isolada de controle. O que podemos demandar (e, mais do que nunca, é preciso que demandemos) é a extensão do horizonte de controle sobre o cumprimento dos programas de trabalho inscritos na lei anual de orçamento à luz das metas e estratégias do planejamento setorial (além da apreensão unilateral tal como previsto no art. 79 da Lei n.º 4.320/1964) e sobre as motivações apresentadas para eventuais distanciamentos entre o orçado e o executado.

Tal controle estendido deve ser exercido durante o curso da execução orçamentária e não apenas pelos órgãos que detêm formalmente a competência de controle externo – uma vez que a integração entre controle interno (art. 74 da CR/1988) e externo (art. 71 da Constituição) já é princípio que ordena as finanças públicas no Brasil –; mas também deve estar ao alcance da cidadania que, no exercício do seu direito de representação (arts. 5º, XXXIV, "a", e 74, §2º da CR/1988), poderia garantir discursivamente – em sua condição difusa, efervescente e plural – o caráter democrático da execução das peças orçamentárias em todos os níveis da federação.

Ora, a fixação das políticas públicas é agenda republicana construída democraticamente, por isso não é inferível racionalmente sem a imersão no espaço de sua aplicação, tampouco controlável fora do embate político-constitucional do que sejam as atividades-fim do Estado.

[31] VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

[32] SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987. p. 33-63.

Como tema inerentemente publicístico, sobreleva o controle a ser dividido entre todos nós cidadãos. A melhor forma de dividir o controle é vedar que haja um único grande controlador (algo que a Lei 13.655/2018 oportunamente insere na pauta contemporânea de debates). Até porque grandes controladores tendem, por si só, a se tornarem incontroláveis, daí porque a lógica multissecular de separação de poderes reside na perspectiva de pesos e contrapesos. Trata-se de mais uma pedra sisífica a ser rolada cotidianamente como exercício coletivo de se saber precária relação entre governantes e governados.

Enfim, repisamos: por mais óbvio que pareça, não há como legitimamente promover uma alocação de recursos públicos em prioridades governamentais inscritas no orçamento, sem que tal processo corresponda a uma definição discursiva do que seja interesse público, feita em público.

Ora, do outro lado da moeda, encontramos o controle, pois quem delega poder, necessariamente deve controlá-lo, sob pena de vê-lo alienado a finalidades diversas das que motivaram a delegação. Inscrevemos, nesse cenário, a necessidade de ampliar os fluxos de controle sobre todo o ciclo da política pública em face dos seus correspondentes pilares fixados no planejamento setorial e orçamentário.

A avaliação de alternativas, consequências, dificuldades e mesmo a construção de compromissos interpretativos são estratégias previstas na Lei 13.655/2018 que só tenderão a ampliar a legitimidade decisória da Administração Pública se as próprias identificação e execução das metas que lhe orientam a ação forem aprimoradas. É ingênuo, pois, supor que majoração da discricionariedade e contenção do controle produzem – por geração espontânea – eficiência e segurança jurídica.

Ao invés disso, o ciclo da política pública reclama maior vinculação ao planejamento, para que tenhamos uma execução orçamentária mais motivada e aderente ao prognóstico positivado em lei como obrigação de fazer. Daí é que decorre a legitimidade do percurso adotado pelo gestor como capaz de resolver os problemas diagnosticados junto à sociedade como prioridades de ação governamental.

Nesse escopo reflexivo, o controle assumiria o seu primordial papel (pedagógico) de retroalimentar o planejamento, aprimorando o exame dos problemas sociais e das possíveis soluções eleitas democraticamente como prioridades de ação governamental para o próximo ciclo da política pública.

REFERÊNCIAS

BURSZTYN, Marcel. Introdução à crítica da razão desestatizante. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 49, n. 1, p. 141-163, jan./mar. 1998; DINIZ, Eli. *Crise, reforma do estado e governabilidade.* Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba: UNIBRASIL, n. 22, jul./dez. 2003.

DINIZ, Eli. Governabilidade, *governance* e reforma do estado: considerações sobre o novo paradigma. *Revista do Serviço Público.* Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público, v. 120, n. 2, maio/ago. 1996.

FARIA, José Eduardo. A eficácia do direito na consolidação democrática. *Lua Nova:* Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC, n. 30, ago 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo.* Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MACHADO JR. José Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*: com a introdução de comentários à lei de responsabilidade fiscal. 30.ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2000/2001.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e (in)efetividade da lei na América Latina. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

PLANO Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Presidência da República/ Câmara da Reforma do Estado, 1995.

REIS, Fábio Wanderley. Constituição, pacto e poder: ou de uma constituição a outra melhor com engenho e sorte. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo: ANPOCS, v.1, n. 1, p. 22-29, jun. 1986.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A trágica condição da política social. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme dos; COIMBRA, Marcos Antônio. *Política social e combate à pobreza*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1987.

STARK, David; BRUSZT, Laszlo. 'Enabling constraints': fontes institucionais de coerência nas políticas públicas no pós-socialismo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* São Paulo: ANPOCS, v. 13, n. 36, fev. 1998.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos:* escolha racional no campo da política comparada. São Paulo: EDUSP, 1998

VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Referência:

PINTO, Élida Graziane. Controle qualitativo no ciclo orçamentário das políticas públicas: um breve ensaio sobre a tensão pendular entre a discricionariedade e a vinculação à luz da Lei 13.655/2018. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 43-68, jan./dez., 2018.

Title: Qualitative control in the budgetary policy of public policies: a brief test on the pending tension between discricionariety and linkage according the federal rule 13.655/2018

Keywords: Public policy; Publica budget. Planning. Control.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL: SUPOSTO CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO E O COMITÊ TÉCNICO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

EMERSON GABARDO*

MARCOS VIANA COSTÓDIO**

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Sistema de Solução de Controvérsias do MERCOSUL – Tratado de Assunção e Protocolo de Brasília; 3. A nova regulação pelo Protocolo de Olivos; 4. Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul; 5. Experiência Brasileira – Conflito CADE X BACEN; 6. A suposta incompatibilidade normativa entre o Protocolo de Olivos e o Acordo de Defesa da Concorrência no Mercosul; 7. Considerações Finais e; 8. Referências.

Resumo: O presente artigo acadêmico examina a suposta existência de conflito positivo de competência para julgamento de conflitos, em matéria concorrencial, entre o Tribunal Permanente de Revisão – órgão supremo no sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL – e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência – CT n. º 5, instituído na Comissão de Comércio do MERCOSUL. A questão do suposto conflito de competência revela-se interessante, na medida em que, no Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Banco Central – BACEN travam disputa acirrada para estabelecer quem detém a competência privativa para análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica entre Instituições Financeiras. A metodologia aplicada ao presente artigo compreende o método hipotético-dedutivo, descritivo e comparativo, expondo-se o problema do conflito positivo de competência "brasileiro" entre o CADE e o BACEN e a aparente incompatibilidade normativa entre o Protocolo de Olivos e o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, partindo-se da hipótese, no plano teórico-normativo, da suposta existência desse último conflito normativo. Ao final, conclui-se que esta incompatibilidade normativa pode ser superada por meio da aplicação do art. 2.º do Protocolo de Olivos, que admite a submissão do conflito a outro foro. Contudo, o problema hipoteticamente tratado no âmbito do MERCOSUL, gera absoluta

* Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Pós-doutor em Direto Público Comparado pela Fordham University School of Law – N.Y. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. E-mail: e.gab@uol.com.br

** Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: marcos@cecadv.com.br

insegurança jurídica ao interessado, seja pelo procedimento a ser adotado, seja pelo foro competente, tal qual o problema vivenciado no Brasil entre o CADE e o BACEN, o que revela a extrema importância da edição sistemática de normas e a revogação expressa de normas antinômicas.

Palavras-chave: Mercosul, Tribunal Permanente de Revisão, Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, Conflito de competência, Concorrência.

1. INTRODUÇÃO

Em 1991, por meio do Tratado de Assunção, criou-se o Mercado Comum do Sul – MERCOSUL. Presidentes do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai fundaram um bloco econômico, com o propósito de promovê-lo à União Aduaneira, semelhante à União Europeia, sob a premissa-base de que a livre circulação de bens, serviços e pessoas permitiria a integração regional e consequentemente o desenvolvimento econômico e social dos Estados Partes.[1] O referido Tratado serviu para formalizar a vontade já existente entre os países membros, que desde a Associação Latino Americana para Integração – ALADI, pretendiam alcançar à eficiência econômica e incentivar a concorrência internacional, por meio da cooperação e com foco no regionalismo.[2]

A questão do desenvolvimento econômico regional sempre direcionou todos os debates envolvendo a constituição do MERCOSUL. Em razão disso a adoção de mecanismos para a solução de controvérsias entre Estados Partes, bem como a elaboração de legislação específica com o objetivo de combater condutas anticoncorrenciais, praticadas pelos Estados Partes, tornaram-se imprescindíveis. A propósito, no anexo III do Tratado de Assunção, estabeleceu-se um sistema provisório para solução de controvérsias entre os Estados Partes, baseado na composição amigável entre os países, por meio de negociações intragovernamentais diretas. Caso o procedimento amistoso não lograsse êxito, os Estados Partes submeteriam à questão ao Grupo Mercado Comum (GMC), podendo contar com o assessoramento técnico de peritos, o qual apontaria recomendações aos envolvidos. Na hipótese de as partes não alcançarem a tutela satisfatória, poderiam levar a controvérsia ao Conselho de Mercado Comum (CMC), que seria a entidade competente para encerrar a contenda e apresentar a recomendação definitiva aos países envolvidos no conflito de interesses.

Como o sistema de solução de controvérsias, estabelecido pelo anexo II do Tratado de Assunção, era provisório e não previa um órgão máximo competente para resolução dos conflitos, em 17 de dezembro de 1991 firmou-se o Protocolo de Brasília, em que se inaugurou um procedimento baseado na sistemática da designação de Tribunais Arbitrais Ad Hoc – TAH, os quais seriam instaurados com o objetivo de resolver a controvérsia entre os Estados Partes.

[1] Atualmente, é Estado Parte além dos já mencionados, a Venezuela (suspensa em 05/08/2017) e Estados Associados, o Chile (desde 1996), Peru (desde 2003), Colômbia e Equador (desde 2004), Guiana e Suriname (ambos desde 2013).

[2] DATHEIN, Ricardo. "Mercosul: antecedentes, origem e desempenho recente". *Revista de Economia*. Editora UFPR, Curitiba, 2005, p. 7-40. Sobre o assunto, ver também o artigo: ANDREU, Mirta Gladis Sotelo de. "Tratado de Asunción - mercado comum del sur integración de los regímenes institucionales y jurídicos". A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.2, n. 9, 2002, p. 61-84.

O grande problema é que tanto o sistema desenvolvido pelo Tratado de Assunção quanto este último instaurado pelo Protocolo de Brasília eram provisórios e não garantiam segurança jurídica necessária à solução dos conflitos. Desta feita, em 18 de fevereiro de 2002 os Estados Partes assinaram o Protocolo de Olivos, promovendo o aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsia então vigente e tornando-o definitivo.

Por meio do Protocolo de Olivos, criou-se uma instância jurisdicional permanente - o Tribunal Permanente de Revisão (TPR) - com o objetivo principal de garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos jurídicos fundamentais do processo de integração. Segundo o Protocolo de Olivos, o Tribunal Permanente de Revisão poderá ser tanto a instância única ou a instância final, bem como o órgão consultivo para os esclarecimentos de questões pré-contenda.[3]

Não obstante a existência de um sistema de solução de controvérsias devidamente estabelecido pelo Protocolo de Olivos, quando envolve matéria concorrencial, o Estado Parte interessado deverá observar as normativas previstas no Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, firmado em Foz do Iguaçu no dia 16 de dezembro de 2010. Referido acordo determina como entidade competente para julgamento de condutas anticompetitivas, praticadas por Estados Membros, no âmbito do MERCOSUL, o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, instituído no âmbito da Comissão de Comércio do MERCOSUL. Assim, certamente há uma incompatibilidade normativa entre o Protocolo de Olivos, que instituiu o Tribunal Permanente de Revisão como sendo a autoridade máxima para julgamento de contendas envolvendo os países integrantes do MERCOSUL e o "Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul", que atribui ao Comitê Técnico de Defesa da Concorrência a "palavra final" em matéria de Direito da concorrência.

A partir desta suposta incompatibilidade normativa, no plano teórico, entre o Protocolo de Olivos e o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul e comparando à realidade brasileira, é que se pretende examinar neste artigo, se o TPR e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência experimentam o mesmo problema que o Banco Central do Brasil - BACEN e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE a respeito da competência privativa para análise prévio e julgamento de ato de concentração econômica, entre instituições financeiras, o qual ainda se mantém sem solução do ponto de vista de uma adequada normatização legal.

Diante disso, o presente artigo se dedica a examinar, no plano teórico-normativo, o aparente conflito de competência entre o TPR e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência em matéria concorrencial, mediante a aplicação dos métodos hipotético-dedutivo e descritivo-comparativo, em que se apresenta o sistema de solução de controvérsias instaurando pelo Protocolo de Olivos e pelo Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul e identifica se existe um conflito positivo de competência entre os órgãos do MERCOSUL, em matéria concorrencial, tal qual ocorre entre CADE e BACEN, na experiência do Direito interno brasileiro, partindo-se da hipótese do reconhecimento desta incompatibilidade normativa existente entre o Protocolo e o Acordo citados.

[3] TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. *Evolução do Sistema de Solução de Controvérsias.* Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/hist_controv.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

2. SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL – TRATADO DE ASSUNÇÃO E PROTOCOLO DE BRASÍLIA

O anexo III do Tratado de Assunção prescreve o compromisso de os Estados Partes adotarem, até o dia 31 de dezembro de 1994, um sistema de solução de controvérsias definitivo, determinando a criação ou não de um Tribunal Administrativo competente para julgamento das contendas entre os países signatários do MERCOSUL, bem como a fixação do procedimento comum para conferir a segurança jurídica necessária aos envolvidos.

O provisório sistema de solução de controvérsias, inaugurado pelo anexo III do Tratado de Assunção, fundamentava-se em negociações diretas entre os Estados Partes e não havendo a composição amigável, a questão seria levada ao conhecimento do Grupo do Mercado Comum, que em sessenta dias, com apoio de especialistas, formularia algumas recomendações para resolução da contenda. Se as recomendações fossem ineficazes, a controvérsia seria levada ao Conselho do Mercado Comum para "dar a última palavra" sobre o assunto encaminhado a sua apreciação.

Em seguida, foi idealizado um novo procedimento para solução de controvérsias entre os países signatários do MERCOSUL. A premissa-base do Protocolo de Brasília, firmado em 1991, era que os conflitos pudessem ser resolvidos de modo pacífico e diplomático, a fim de demonstrar a boa-fé e transparência na relação entre os países envolvidos no bloco econômico, garantindo a cooperação multilateral, em atendimento aos princípios da não discriminação e da indivisibilidade.[4]

No procedimento adotado pelo Protocolo de Brasília, os Estados Partes do MERCOSUL, em consenso, realizavam negociações diretas e empenhavam seus esforços em convencer a outra parte sobre a certeza e correção de seus interesses. Assim, neste cenário, a diplomacia da relação entre os países resolveria a questão, por meio do diálogo eficiente dos envolvidos. Contudo, quando as partes não alcançassem êxito em suas negociações, o Protocolo de Brasília previa a intervenção do Grupo do Mercado Comum (GMC).

Devidamente notificado, o Grupo do Mercado Comum, com o auxílio de especialistas, reunia-se em grupos de trabalhos para analisar a contenda e, ao final, determinar recomendações aos países objetivando resolver o assunto, podendo as partes adotar ou não os conselhos, não havendo qualquer penalidade na hipótese de descumprimento das sugestões do Grupo do Mercado Comum.

Na hipótese de não ocorrer a pacificação de interesses, o Protocolo de Brasília previa a possibilidade da constituição de um procedimento arbitral, mediante a instituição de um Tribunal Ad Hoc – TAH, devendo os Estados Partes notificarem a Secretaria Administrativa do Mercosul para que fossem indicados três árbitros para julgamento da demanda, sendo dois árbitros de cada país envolvido nas controvérsias e o terceiro escolhido em comum acordo pelas partes. Não se alcançando um consenso, o arbitro seria nomeado pela própria Secretaria Administrativa. Se houver litisconsórcio dentre os litigantes, são escolhidos três árbitros, os quais representam os países que estão do mesmo lado e, de igual modo, havendo ausência de consensos na nomeação do terceiro árbitro, este será indicado pela Secretaria Administrativa.

[4] HERZ, Monica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais:* história e práticas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

A propósito, a designação de um Tribunal Ad Hoc para julgamento dos litígios entre os países foi objeto de severas críticas, pois tendo em vista que a sua dissolução ao final do julgamento, impedia-se que houvesse uniformidade das decisões e nas interpretações legislativas, redundando na insegurança jurídica dos Estados Partes.[5] Por outro lado, em comparação com os diferentes sistemas de solução de controvérsias então existentes, o procedimento adotado pelo Protocolo de Brasileira foi considerado pioneiro, diante da inexistência de mecanismos similares em outros processos de integração.[6]

Portanto, no sistema de solução das controvérsias do Protocolo de Brasília, o Tribunal Ad Hoc designado seria a instância final, não havendo qualquer possibilidade recursal para rediscutir a decisão ali tomada, tendo sua decisão (laudo) caráter vinculante e de obrigatoriedade para os envolvidos e, na hipótese de descumprimento das suas recomendações definitivas, o Estado Parte vencedor poderia requerer a devida compensação e indenização pelas perdas.Diante da provisoriedade dos sistemas de solução de controvérsias até então instaurados, iniciaram-se as tratativas para se desenvolver um modelo definitivo e efetivo para a solução dos conflitos no âmbito do MERCOSUL, sob a perspectiva de que a obrigatoriedade de cumprimento e recepção das recomendações impostas e apresentadas pelos Tribunais, bem como a necessária uniformização da aplicação e interpretação dos regramentos do MERCOSUL, produziriam a perquirida segurança jurídica. Neste contexto, emerge o Protocolo de Olivos, cuja pretensão principal seria o de instituir um sistema de solução de controvérsias definitivo com um Tribunal permanente.[7]

3. A NOVA REGULAÇÃO PELO PROTOCOLO DE OLIVOS

Atualmente, o sistema de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL é regulado pelo Protocolo de Olivos e seu regulamento. Firmado em 18 de fevereiro de 2002, o Protocolo de Olivos promoveu a edificação de um Tribunal Permanente de Revisão – TPR, com a função tanto de instância final, como também de órgão consultivo pré-contencioso, que evitaria e mitigaria os riscos de uma contenda, bem como uniformizaria a interpretação de leis e tratados firmados no âmbito do MERCOSUL. Contudo, o Protocolo de Olivos não se olvidou da função precípua de qualquer bloco econômico que é a solução pacífica de seus litígios, estabelecendo, portanto, como fase inaugural ao procedimento, a etapa da negociação direta entre os Estados. Segundo o seu artigo 1.º, "as controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no presente Protocolo".

[5] MONFREDO, Cintiene Sandes. *Sistemas de solução pacífica de controvérsias em perspectiva comparada: O Modelo do Mercosul para o projeto de integração*. Tese (Doutorado em História Comparada) – Universidade Federal do Estado do rio de Janeiro. São Paulo. 2016.

[6] BRESSAN, Regiane Nitsch. A institucionalização do Mercosul e o sistema de solução de controvérsias. *Perspectivas,* São Paulo, v. 42, pp. 17-39, jul./dez., 2012

[7] TAVARES, Sérgio Maia; VASCONCELOS, Raphael Carvalho. La Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: legitimación y objeto. *Revista do Tribunal Permanente de Revision,* v. 2, pp. 117-134, 2014.

Da leitura do mencionado artigo, constata-se o âmbito de aplicação do Protocolo de Olivos, como sendo todas as controvérsias entre os Estados Partes, fruto de dúvidas decorrentes do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

Em relação ao procedimento adotado pelo Protocolo de Olivos para solução das controvérsias, identifica-se a existência de duas etapas: a primeira não contenciosa e a segunda contenciosa. O Art. 4.º do Protocolo de Olivos prescreve que é dever dos Estados Partes resolver amistosamente seus conflitos, mediante negociações diretas. Portanto, esta norma de caráter coercitivo e vinculante, obriga aos Estados Partes a resolver seus litígios sem a intervenção dos órgãos existentes do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL (etapa não contenciosa). Ocorrendo a impossibilidade da negociação amigável entre os Estados Partes, eles poderão tanto submeter o litígio diretamente ao Tribunal Ad Hoc (etapa contenciosa), como também ao Grupo do Mercado Comum (etapa não contenciosa). Se a questão for levada ao conhecimento do Grupo do Mercado Comum (etapa não contenciosa), o Grupo avaliará a situação, dando oportunidade às partes na controvérsia para que exponham suas respectivas posições, requerendo, quando considere necessário, o assessoramento de especialistas, o qual, após análise da temática, formulará recomendações. Se, ainda assim, não for obtida a solução da demanda, a questão poderá ser submetida a um Tribunal Arbitral Ad Hoc – TAH, constituído para este julgamento (etapa contenciosa).

O Tribunal Arbitral Ad Hoc é composto por três árbitros, sendo um da mesma nacionalidade de cada Estado Parte e o terceiro escolhido em comum acordo pelos litigantes, não sendo possível o consenso, a Secretaria seleciona um árbitro que presidirá a demanda. Os árbitros escolhidos serão aqueles já inscritos em uma lista permanente contida na Secretaria Administrativa do Mercosul. O Tribunal Arbitral Ad Hoc emitirá o laudo num prazo de sessenta dias, prorrogáveis por decisão do Tribunal por um prazo máximo de trinta dias, contado a partir da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul às partes e aos demais árbitros.

Se, ainda, a decisão exarada pelos árbitros designados pelo Tribunal Ad Hoc, não for suficiente para pôr um fim no litígio, a parte insatisfeita poderá apresentar Recurso de Revisão, no prazo de quinze dias, ao Tribunal Permanente de Revisão – TPR. O TPR (etapa contenciosa) é a inovação do Protocolo de Olivos, podendo tanto ser considerado um mecanismo de revisão do laudo emitido pelos Tribunais Ad Hoc ou usado diretamente por solicitação dos litigantes, como também órgão consultivo dos Estados Partes.

Portanto, dentro do sistema de solução de controvérsias estabelecido pelo Protocolo de Olivos, o Tribunal Permanente de Revisão se prestaria tanto à uniformização da intepretação de leis e tratados do MERCOSUL, quanto a ser a última instância no procedimento de solução de controvérsias entre os Estados Partes, envolvendo dúvidas decorrentes do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

Contudo, quando se trata de matéria concorrencial, o TPR também seria o organismo competente para julgamento ou a competência seria do Comitê Técnico de defesa da concorrência? Há, de fato, uma aparente incompatibilidade normativa ou as competências

não se confundem? Estas são questões que se colocam perante a realidade prática que envolve a normatização em abstrato da matéria.

4. ACORDO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL

Ainda que existem outras justificativas para a reunião de países em determinado bloco, o objetivo principal de qualquer união econômica entre Estados é permitir o desenvolvimento econômico regional e o fortalecimento do mercado no respectivo espaço de atuação dos envolvidos. Neste contexto, é imperioso que o Direito tenha uma atuação eficaz no sentido de reprimir qualquer conduta dos agentes econômicos que venha a prejudicar e restringir o mercado financeiro em seu bom funcionamento.

No MERCOSUL as normas comunitárias têm como precípuo objetivo de permitir a preservação dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, impedindo a prática de condutas discriminatórias ou de proteção nacional, seja pelo privado ou pelo Estado Parte.[8]

A matéria antitruste, no âmbito do MERCOSUL, ainda está em processo de desenvolvimento. O Tratado de Assunção não possui sequer uma norma reservada a tratar especificamente da matéria concorrencial, apenas estabelecendo, genericamente, que devem ser respeitadas as condições adequadas de concorrência e as equitativas de comercio, aplicando-se a legislação nacional dos Estados Partes par combater as condutas anticoncorrenciais.[9]

Diante dessa omissão do Tratado de Assunção, o Tratado de Fortaleza, firmado em 1997, surgiu com o intuito de normatizar o tema concorrencial, definindo e caracterizando quais as condutas consideradas restritivas de concorrência, bem como elegendo o Comitê de Defesa da Concorrência, como a entidade responsável para avaliar a existência de pratica de conduta anticoncorrencial e impor a devida penalidade. Entretanto, o Protocolo de Fortaleza ainda não foi o mecanismo suficiente e efetivo para garantir a não ocorrência de práticas anticoncorrencias no MERCOSUL, diante da inexistência de órgãos jurisdicionais supranacionais[10] que impusessem a observância das regras de comportamento instituídas pelo Tratado.[11]

Assim, em 2010, em Foz do Iguaçu, foi firmado o Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL com os objetivos de "promover a cooperação e a coordenação entre os Estados Partes no tocante à aplicação das leis nacionais de concorrência, prover assistência mutua em qualquer matéria relativa à política de concorrência necessária, assegurar a consideração cuidadosa pelos Estados Partes de seus relevantes interesses recíprocos, na

[8] PRADO, Martha Asunción Enriquez. Aplicação do direito da concorrência na união européia e o protocolo de fortaleza para o Mercosul. *Scientia Iuris (UEL)*, v. 12, p. 117-138, 2008.
[9] MONTANA, Linda Rios. El pacoto de exclusividad desde la óptica de la nueva ley de defesa de competência". *Revista do Tribunal Permanente de Revisión*. Ano 4, nº 7, Maio, pp. 378-392, 2016.
[10] GABARDO, Emerson. A soberania constitucional enquanto obstáculo à institucionalização judiciária do Mercosul. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.3, n. 12, jan.-mar., pp. 167-174, 2003.
[11] VERONESE, Thabata Biazzus Veronese. *Direito Concorrencial no Mercosul: Evolução e Perspectiva.* Disponivel em: <http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoanterior/2013/downloads/Artigo%207.pdf.>. Acesso em: 15 abril. 2018.

aplicação das respectivas leis de concorrência e eliminar práticas anticompetitivas por meio da aplicação das respectivas leis de concorrência" (art. 1.º do Acordo).[12]

No referido acordo, os Estados Partes comprometem-se a combater qualquer prática anticompetitiva, qualquer ato de concentração econômica e qualquer infração às normas de Direito concorrencial, sendo, inclusive, admitida a possibilidade de consulta ao Comitê do Comércio, a fim de verificar se determinada conduta é considerada como violadora às normas de antitruste no âmbito do MERCOSUL.

Portanto, o que se observa é a constante evolução legislativa do MERCOSUL no sentido de atender todas as necessidades das relações entre os países signatários, seja mediante: (i) a adoção do sistema de solução de controvérsias, instituindo um órgão máximo responsável pela uniformização de decisões e da interpretação de leis e tratados – garantindo segurança jurídica aos países envolvendo numa disputa, (ii) a adoção de normas regulamentadoras de direito concorrencial, (iii) a instituição de um órgão responsável para análise das condutas e punição dos infratores.

Não obstante o reconhecimento desta evolução legislativa, que revela a atenção dos Estados Partes do MERCOSUL em combater as práticas anticoncorrenciais, há uma evidente incompatibilidade normativa, ao menos no plano teórico, entre o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência e o Tribunal Permanente de Revisão, em matéria concorrencial.

Este aparente conflito guarda sensível semelhança ao conflito positivo de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e o Banco Central Brasileiro – BACEN, em análise prévia e julgamento de atos de concentração econômica, envolvendo Instituições Financeiras. E, sobre este conflito brasileiro, é que se dedica o próximo item.

5. EXPERIÊNCIA BRASILEIRA – CONFLITO CADE X BACEN

A Lei do Sistema Financeiro Nacional, nº 4.595/1964, prevê expressamente que as instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares à execução das políticas econômicas estabelecidas pelo governo federal e a atuação direta do Estado por meio de bancos públicos federais (ex: Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) não se daria por meio do regime de serviço público, mas corresponderia a sua atuação excepcional, por força do que dispõe o artigo 173 da CF/88, em que a atuação estatal na economia só será permitida quanto necessária aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo. Por outro lado, apesar da atividade financeira constituir-se como exploração direta da iniciativa privada, via regime de livre iniciativa e livre concorrência, o seu acesso ao exercício não é livre, havendo diversas restrições legais. Essa restrição justifica-se por diversos motivos, como bem assinala José Wilson Nogueira de Queiroz: (i) eficiência do mercado; (ii) escassez de recursos; (iii) equidade nas relações entre agentes; (iv) segurança do mercado; (v) fomento ao sistema financeiro; (vi) prevenção da concentração do poder econômico.[13] É em relação a esta última justificativa para

[12] MERCOSUL. *Acordo de Defesa da Concorrência no Mercosul*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/internacional-anexos/cooperacao-multilateral/dec_43-10_pt_revisao-protocolo-de-defesa-da-concorrencia-do-mercosul.pdf.>. Acesso em: 15 abr. 2018.
[13] QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito econômico*. Forense: São Paulo, 1982. p. 194.

restrição de acesso ao Sistema Financeiro Nacional - prevenção da concentração do poder econômico – que emerge a temática da discussão de competência havida entre o CADE e o BACEN. Como visto, se o Banco Central é a entidade reguladora do Sistema Financeiro Nacional, também o será para apreciação e julgamento de ato de concentração econômica, envolvendo Instituições Financeiras?

Há uma evidente incompatibilidade entre a Lei nº 12.529/2011, que atribui ao CADE a competência para julgamento de todo ato de concentração econômica, e a Lei nº 4.595/1964, a qual confere ao BACEN a prerrogativa para fiscalização do sistema financeiro e, portanto, permitindo-o julgar atos de concentração econômica entre instituições financeiras.

Quando provocada, a Advocacia Geral da União entendeu pela competência privativa do Banco Central do Brasil para a apreciação de atos de concentração econômica das instituições financeiras. O primeiro fundamento para o entendimento da AGU é o artigo 18, parágrafo 2º da Lei nº 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências, segundo o qual: *"*O Banco Central da República Federativa do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos da lei". Ainda, o artigo 10, X, "c" da referida Lei prescreve competir privativamente ao Banco Central "conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas".

Por sua vez, o artigo 192 da Constituição Federal de 1988 prevê que o sistema financeiro nacional só pode ser regulamentado por lei complementar. A Lei nº 4.595/1964, que regulava o Sistema Financeiro Nacional anteriormente a Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada como lei complementar, razão pela qual só poderia ser revogada por lei de igual hierarquia. Nesse sentido, a antiga lei da concorrência nº 8.884/1994, em se tratando de lei ordinária, não teria revogado as normas instituídas por lei complementar. Outro argumento articulado pela Advocacia Geral da União - AGU para justificar seu parecer é no sentido de que diante da existência de conflito de normas deve-se adotar o critério especial em relação ao geral, por essa razão também deve prevalecer o entendimento de que a lei específica da regulação de instituições financeiras aplica-se preferencialmente em relação à lei geral da concorrência. Por fim, o derradeiro argumento usado pela AGU para fundamentar seu entendimento determina que no caso específico das instituições financeiras, o Banco Central do Brasil tem poderes análogos aos do Conselho de Administração de Defesa Econômica. É certo que o legislador ao prever na Lei nº 4.595/1994 penalidades para atos infracionais, inclusive da concorrência, e a Constituição Federal de 1988 ao tê-la absorvido como lei complementar, atribui ao BACEN expressa competência para o julgamento de atos de concentração de instituições financeiras.

De outro lado, há juristas que defendem a aplicação da lei de defesa da concorrência para os casos de ato de concentração econômica em que são partes instituições financeiras,[14] sob os mesmos fundamentos. Asseveram, inicialmente, que o artigo 192 da Constituição determina não somente que a regulação do Sistema Financeiro Nacional deve ser feita por leis

[14] Carlos Ari Sundfeld, Cassio Scarpinella Bueno, Odete Medauar são exemplos de juristas que defendem a tese de que a competência do BACEN e do CADE são complementares e não se confundem. "O CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições previas de concorrência no sistema financeiro. O CADE, apenas e tão somente, aplica a lei n. º 8.884/94.Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou. Vê-se, portanto, que os dois órgãos exercem funções distintas, atreladas cada qual à respectiva racionalidade e exigindo *expertises* próprios." SUNDFELD. Carlos Ari. *Concorrência e Regulação do sistema financeiro.* São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 34.

complementares, mas também estabelece os princípios gerais que devem ser obedecidos pelo Banco Central. Em razão disso, o BACEN exerceria a função regulatória e o CADE função adjudicatória. Ou seja, não haveria qualquer conflito de competência entre os órgãos, mas sim, relação de complementaridade: a competência de um não excluiria a do outro. Enquanto o BACEN desempenha a sua função fiscalizatória e regulatória do mercado financeiro, o CADE aplica as normas relativas ao aspecto concorrencial.

Outro argumento diz respeito à finalidade da Lei do Sistema Financeiro (Lei nº 4.595/1964), que não é a de proporcionar a defesa da concorrência econômica, mas, ao contrário, a regulação e a fiscalização do mercado. Por conta disso, estaria inapta para a tutela da concorrência nessa matéria.

Os defensores da inexistência de conflito de competência refutam a ideia de que a Lei do Sistema Financeiro nº 4.595/1964, por se tratar de lei com *status* complementar só pode ser revogada por lei complementar. As normas possuem âmbito material diferente, não há que se falar em conflito entre elas, reforçando o caráter de complementaridade entre estes diplomas legais. Enquanto a Lei nº 8.884/94, que disciplina a concorrência, tem fundamento no artigo 170 e 173, 4º da Constituição Federal de 1988, a lei do mercado financeiro possui raiz constitucional no artigo 192. Por fim, argumenta-se que estabelecendo o critério da especialidade para solução do conflito de normas, deve-se entender, em matéria de concorrência, a lei antitruste como especial prevalecendo, portanto, sobre a lei geral do sistema financeiro.

Assim, analisando as premissas expostas acima, constata-se que ambos os posicionamentos são consistentes. Por conta disso, o tema do aparente conflito de competência entre o BACEN e o CADE em matéria de atos de concentração econômica no mercado financeiro gera bastante repercussão no âmbito do direito administrativo empresarial brasileiro. Porém, existe conflito similar entre o TPR e o Comitê Técnico da Defesa da Concorrência do MERCOSUL, em matéria concorrencial?

6. A SUPOSTA INCOMPATIBILIDADE NORMATIVA ENTRE O PROTOCOLO DE OLIVOS E O ACORDO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

Como visto anteriormente, o Protocolo de Olivos e seu regulamento, que instituiu o sistema de solução de controvérsias no âmbito o MERCOSUL, estabelece em seu artigo 1º que "as controvérsias que surjam entre Estados Partes sobre interpretação, a aplicação, ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo do Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul serão submetidas aos procedimentos estabelecidos" no Protocolo.

Da leitura do mencionado artigo, constata-se que seu âmbito de aplicação é bastante abrangente, justamente na tentativa de alcançar todas as possibilidades de violação às normas reguladoras das relações entre os Estados Partes do MERCOSUL. Com base neste sistema de solução de controvérsias, o Tribunal Permanente de Revisão é a autoridade suprema e detém a competência para julgamento final do tema submetido a sua apreciação, via litígio, e ao

esclarecimento das consultas, provocadas pelos Estados Partes, sobre a interpretação e/ou aplicação de normativas, tratados, acordos e protocolos.

A propósito, vale o registro que o Brasil já regulamentou a solicitação de consultas ao Tribunal Permanente de Revisão. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já determinou o procedimento para realização de consultas, por meio da emenda regimental nº 48, de 3 de abril de 2012, que fez incluir em seu regimento interno, no artigo 7º, o inciso VIII, bem como no artigo 354 as letras de "h" a "m".[15]

A amplitude do âmbito de abrangência permite concluir que toda e qualquer matéria poderá ser submetida à apreciação do Tribunal Permanente de Revisão, se os Estados Partes assim entenderem. Inclusive porque o sistema foi idealizado dessa forma, conferindo competência ao Tribunal Permanente de Revisão tanto para revisar as decisões de instâncias inferiores, como também para responder a consultas promovidas pelos Estados Partes, permitindo a uniformização da interpretação e aplicação das normas do bloco econômico e fortalecer a estrutura institucional do MERCOSUL.[16]

Por outro lado, o artigo 4.º do Acordo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, firmado em Foz do Iguaçu, no ano de 2010, e já internalizado pelo governo brasileiro, estabelece que compete ao Comitê Técnico da Defesa da Concorrência a prerrogativa para julgamento da matéria de infrações à ordem econômica e aos Estados Partes o julgamento dos atos infracionais que produzam efeitos internamente. Referido Acordo exemplifica e enumera quais as condutas que são consideradas com violadoras às normas concorrências, apresentando a necessária aplicação das penalidades pela prática das condutas ilegais pelos Estados Partes.

Da análise dos dois diplomas normativos sinalizados, emerge a dúvida que justifica o presente artigo acadêmico: mas se os Estados Partes estão envolvidos em um litígio, cuja matéria é relacionada ao direito concorrencial, aplica-se o Protocolo de Olivos com base no seu extenso âmbito de abrangência e a temática é submetida ao conhecimento do TPR ou aplica-se o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul e se leva a questão ao conhecimento do Comitê Técnico de Defesa da Concorrência?

Hipoteticamente, um Estado Parte que sustentar que outro membro do MERCOSUL esteja praticando determinada conduta anticoncorrencial e, assim, prejudicando o bom funcionamento do mercado regional. Nesse cenário hipotético, o Estado Parte vítima deverá adotar o sistema de solução de controvérsias previsto no Protocolo de Olivos ou fundamentar seu pleito com base no Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, firmado em Foz do Iguaçu, direcionando seu pedido ao Comitê Técnico de Defesa da Concorrência do MERCOSUL?

A temática é bastante pertinente, porque em se tratando de bloco com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico da região e permitir a livre circulação de pessoas, produtos e serviços, permite-se que as empresas multinacionais promovam atos de concentração econômica, por exemplo, a fim de garantir um maior espaço do mercado regional. Portanto, certamente ocorrerão práticas de condutas anticoncorrenciais por empresas nacionais

[15] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 abr. 2018.
[16] LAWAND, Arthur Miguel Ferreira. Novo protocolo de Olivos**.** *Jus Navigandi***,** Teresina, a.8, n.175, 28 dez. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4685>. Acesso em: 16 de fev. 2018.

dos Estados Partes, sendo imprescindível a expressa determinação de um órgão competente e fora de dúvidas, a fim de evitar insegurança jurídica na operação.

A falta de segurança jurídica é experimentada no Brasil no conflito de competência entre CADE e BACEN para análise prévia e julgamento de ato de concentração econômica, envolvendo Instituições Financeiras. Na mesma medida, há a existência de normas aparentemente incompatíveis entre si, que permitem interpretações distintas, e conferem absoluta insegurança jurídica àquela parte que pretende resolver seu conflito de interesses. Inclusive, as soluções para resolução do conflito positivo de competência, podem ser os mesmos.

Uma das soluções sugeridas pelos doutrinadores para resolução do conflito de competência entre o CADE e o BACEN é o critério de especialidade, pelo que uma lei especial prevaleceria em relação à lei geral. Utilizando-se deste critério para resolução do hipotético conflito positivo de competência entre o Tribunal Permanente de Revisão e o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, poderia se interpretar que o Comitê está previsto como autoridade máxima na lei concorrencial específica para regulação da matéria, deveria prevalecer em relação à lei geral do TPR.

Admitir-se-ia também que o Tribunal Permanente de Revisão possui a função regulatória, medida a solução de consultas realizadas pelos Estados Partes e, o Comitê teria a prerrogativa adjudicatória. Assim, o sistema de solução de controvérsias estabeleceria o procedimento e o Comitê julgaria o caso, com fundamento na sua *expertise*.

Outra solução para o suposto conflito normativo entre o Protocolo de Olivos e o Acordo de Defesa da Concorrência, já aplicado ao conflito CADE e BACEN, diz respeito à finalidade do sistema de solução de controvérsias, idealizado pelo Protocolo de Olivos. O sistema do Protocolo não é a de proporcionar a defesa da concorrência econômica, mas, ao contrário, a sistematização do procedimento para solução de conflitos entre as partes componentes do MERCOSUL. Por conta disso, o Protocolo estaria inapto para a tutela da concorrência nessa matéria.

Diante do exposto, certamente o aparente conflito de competência pode ser superado, por meio da aplicação do art. 2º do Protocolo de Olivos, que admite a submissão do conflito a outro foro. Contudo, o problema hipoteticamente tratado no âmbito do MERCOSUL gera absoluta insegurança jurídica ao interessado, seja pelo procedimento a ser adotado, seja pelo foro competente, tal qual o problema vivenciado no Brasil entre o CADE e o BACEN, o que revela a extrema importância da regulação legal expressa do tema ou ao menos a sua regulamentação por atos administrativos abstratos, revogando-se normas antinômicas incidentes.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para garantir o sucesso da antiga aspiração por melhor integração regional entre os países signatários do MERCOSUL,[17] é imprescindível o estabelecimento de um procedimento

[17] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A integração regional: perspectivas e aspirações. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.3, n.11, jan./mar., p. 37-41, 2003.

definitivo e seguro para a solução de controvérsias que eventualmente surjam entre os Estados Partes, ainda que se defendam que os conflitos entre os seus membros devam ser resolvidos pela negociação direta entre eles.

O Protocolo de Olivos estabeleceu o sistema de solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL, trazendo consigo diversas inovações em relação ao antigo sistema, instituído pelo Protocolo de Brasília, especialmente criando um Tribunal Administrativo Permanente – TPR, tendo o papel de instancia final nas contendas entre os Estados Partes e servindo como órgão consultivo esclarecendo eventuais dúvidas acerca da interpretação e aplicação das normas comunitárias.

Não obstante a evolução no sistema de solução de controvérsias, por outro lado, o extenso rol de matérias abrangidas pelo Protocolo de Olivos provoca dúvidas sobre seu âmbito de aplicação, diante da existência de normas que regulam outras matérias, tais como se exemplifica pelo Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul. No referido Acordo, a autoridade máxima para julgamento da matéria relacionada ao direito concorrencial é o Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, instituído no âmbito da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

Certamente a aparente incompatibilidade normativa pode ser resolvida por meio da aplicação do art. 2.º do Protocolo de Olivos, que admite a submissão do conflito a outro foro. Por outro lado, a assinalada incompatibilidade entre o Protocolo de Olivos e o Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, provoca dúvida ao interessado em submeter sua contenda a determinado sistema de controvérsias tanto sobre o procedimento quanto sobre a autoridade para julgamento. Nesse sentido é que a incompatibilidade normativa, no âmbito do MERCOSUL, guarda sensível semelhança com a existente no Brasil entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Banco Central Brasileiro sobre a autarquia competente para julgamento de ato de concentração econômica entre instituições financeiras.

REFERÊNCIAS

ANDREU, Mirta Gladis Sotelo de. Tratado de Asunción - mercado comum del sur integración de los regímenes institucionales y jurídicos. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.2, n. 9, 2002, p. 61-84.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. "A integração regional: perspectivas e aspirações". A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a.3, n.11, jan./mar., 2003, p. 37-41.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRESSAN, Regiane Nitsch. *A institucionalização do Mercosul e o sistema de solução de controvérsias. Perspectivas,* São Paulo, v. 42, jul./dez., 2012, p. 17-39.

DATHEIN, Ricardo. "Mercosul: antecedentes, origem e desempenho recente". *Revista de Economia*. Editora UFPR, Curitiba, 2005, p. 7-40.

GABARDO, Emerson. A soberania constitucional enquanto obstáculo à institucionalização judiciária do Mercosul. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, jan./mar., 2003, p. 167-174.

HERZ, Monica; HOFFMANN, Andrea Ribeiro. *Organizações internacionais:* história e práticas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

LAWAND, Arthur Miguel Ferreira. Novo protocolo de Olivos**.** *Jus Navigandi***,** Teresina, a.8, n.175, 28 dez.2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4685>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MERCOSUL. *Acordo de Defesa da Concorrência no Mercosul*. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/internacional/internacional-anexos/cooperacao-multilateral/dec_43-10_pt_revisao-protocolo-de-defesa-da-concorrencia-do-mercosul.pdf.>. Acesso em: 15 abr. 2018.

MONFREDO, Cintiene Sandes. *Sistemas de solução pacífica de controvérsias em perspectiva comparada: O Modelo do Mercosul para o projeto de integração.* Tese (Doutorado em História Comparada) – Universidade Federal do Estado do rio de Janeiro. São Paulo, 2016.

MONTANA, Linda Rios. El pacoto de exclusividad desde la óptica de la nueva ley de defesa de competência. *Revista do Tribunal Permanente de Revisión*. Ano 4, nº 7, Maio, pp. 378-392, 2016.

PRADO, Martha Asunción Enriquez. Aplicação do direito da concorrência na união européia e o protocolo de fortaleza para o Mercosul. *Scientia Iuris* (UEL), v. 12, pp. 117-138, 2008.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. *Direito econômico*. Forense: São Paulo, 1982.

SUNDFELD. Carlos Ari. *Concorrência e regulação do sistema financeiro.* São Paulo: Max Limonad, 2002.

TAVARES, Sérgio Maia; VASCONCELOS, Raphael Carvalho. "La Competencia Consultiva del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR: legitimación y objeto*"*. *Revista do Tribunal Permanente de Revision*. v. 2, 2014, p. 117-134.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISÃO. *Evolução do Sistema de Solução de Controvérsias.* Disponível em: <http://www.tprmercosur.org/pt/hist_controv.htm>. Acesso em: 15 abr. 2018.

VERONESE, Thabata Biazzus Veronese. *Direito concorrencial no Mercosul: evolução e perspectiva.* Disponível em: <http://www.aems.edu.br/publicacao/edicaoanterior/2013/downloads/Artigo%207.pdf.>. Acesso em: 15 abr. 2018.

Título: Mercosur dispute settlement system: suffect conflict of competence between the permanent court of review and the technical committee on defense of competition

Abstract: This academic article examines the alleged existence of a positive conflict of competence for the adjudication of conflicts in competition matters between the Permanent Review Tribunal - supreme body in the dispute settlement system in MERCOSUR - and the Technical Committee for the Defense of Competition - CT n. 5, established in the MERCOSUR Trade Commission. The question of the alleged conflict of jurisdiction is interesting in that, in Brazil, the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the Central Bank of Brazil (BACEN) are in a heated dispute to establish who has the exclusive jurisdiction for prior analysis and judgment of acts of economic concentration between Financial Institutions. The methodology applied to the present article includes the hypothetical-deductive, descriptive and comparative method, exposing the problem of the positive conflict of "Brazilian" competence between CADE and BACEN and the apparent normative incompatibility between the Protocol of Olivos and the Agreement of MERCOSUR Competition, starting from the theoretical-normative hypothesis of the supposed existence of this last normative conflict. At the end, it is concluded that this normative incompatibility can be overcome through the application of art. 2 of the Protocol of Olivos, which admits the submission of the conflict to another forum. However, the problem hypothetically treated within the MERCOSUR, generates absolute legal uncertainty to the interested party, either by the procedure to be adopted or by the competent forum, such as the problem experienced in Brazil between CADE and BACEN, which reveals the extreme importance the systematic edition of norms and the express revocation of antinomic norms.

Palavras-chave*:* Mercosul, Tribunal Permanente de Revisão, Comitê Técnico de Defesa da Concorrência, Conflito de competência, Concorrência.

Key-Words*:* Mercosur, Permanent Review Tribunal, Technical Committee for the Defense of Competition, Conflict of jurisdiction, Competition.

Referência:

GABARDO, Emerson; CUSTÓDIO, Marcos Viana. Sistema de solução de controvérsias no Mercosul: suposto conflito de competência entre o tribunal permanente de revisão e o comitê Técnico de defesa da concorrência. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 69-83.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019

O DESEQUILÍBRIO FEDERATIVO E A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO

FELIPE MEDEIROS GUIMARÃES DE FARIA
MARIANNE DOLHER SOUZA BAKER RODRIGUES

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A Constituição Federal de 1988. 3 A conformação do Sistema Tributário Nacional em sintonia com o Princípio Federativo. 4 A desvinculação de receitas relativas a contribuições sociais. 5 O entendimento do STF acerca da constitucionalidade da DRU. 6 A DRU como Fraude à Constituição. 7 Considerações Finais.

Palavra-chave: Federalismo; Orçamento público; Receita; Desvinculação.

1. INTRODUÇÃO

Conquanto sejam imprecisas as origens do federalismo[1] (por exemplo, se na liga hanseática ou confederação helvética, dentre outras possíveis), o Federalismo Brasileiro deita raízes na Carta de 1891, segunda carta política do Brasil e a primeira republicana, capitaneada por Prudente de Morais e por Ruy Barbosa.

Aqui, ao contrário do que ocorreu em países como Alemanha e Estados Unidos, estados federais resultantes da união de estados já existentes (federalismo por agregação), ocorreu o chamado "federalismo por segregação", uma vez que decorrente da descentralização de um estado unitário[2].

[1] Do Latim *foedus, foederis*: aliança, união.
[2] ROTHMANN, Gerd Willi. *Tributação do Consumo*: reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável" (Consumption Taxes: Reflections on Economically Rational and Politically Viable Tax Reform), in "Estado federal e guerra fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica" (The Federal State and Tax Wars: A Legal and Philosophical Perspective), coord. by Misabel Derzi, Coleção federalismo e tributação, 4 v., Arraes Editores, 2015.

Ante a ruptura do regime imperial, era necessário que se assegurassem receitas financeiras que garantissem a autonomia dos estados e municípios para subsidiar a nova forma de organização política. Nesse sentido, destaca-se:

> Foi adotado o regime de separação de fontes tributárias, sendo discriminados os impostos de competência exclusiva da União e dos estados. Ao governo central couberam privativamente o imposto de importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxas de correios e telégrafos federais; aos estados, foi concedida a competência exclusiva para decretar impostos sobre a exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre a transmissão de propriedades e sobre indústrias e profissões, além de taxas de selo e contribuições concernentes a seus correios e telégrafos. Quanto aos municípios, ficaram os estados encarregados de fixar os impostos municipais de forma a assegurar-lhes a autonomia. Além disto, tanto a União como os estados tinham poder para criar outras receitas tributárias.[3]

Embora já houvesse um ideal regionalista antes do advento da aludida carta, a autonomia dos estados e municípios foi acentuada pelo seu viés federalista. Houve forte influência norte-americana (com destaque para a Convenção da Filadélfia de 1787), passando-se do regime monárquico para um sistema dual no qual havia autonomia dos governos locais em matéria fiscal. As oligarquias regionais dominavam financeiramente o governo central.

Há de se destacar que não havia o enfoque numa redistribuição de receitas de modo a combater as desigualdades econômicas locais, já que o governo central se encontrava enfraquecido no âmbito fiscal. Outrossim, o governo central era liberal na teoria, uma vez que na prática, diuturnamente, se mobilizou para combater as crises do setor cafeeiro, sustentando seus preços no mercado internacional e protegendo a renda dos exportadores, o que aumentava o gasto público, fomentando o processo de "socialização dos prejuízos" e, por conseguinte, do desequilíbrio fiscal[4].

Posteriormente, ocorre a crise de 1929, que teve fortes consequências no território nacional, promovendo abrutas quedas no preço do café e o enfraquecimento da denominada "política dos governadores", fomentando mudanças estruturais no Brasil, o que provocou, somada ao tenentismo, a Revolução de 1930.

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, ainda que inicialmente a crise econômica tenha se aprofundado, se viu a aceleração do processo de industrialização nacional, já que se deslocou o parâmetro basilar do eixo do crescimento econômico das exportações para o mercado interno.

O novo governo, após a Revolução Constitucionalista de 1932, combateu as estruturas dos poderes locais (oligarquias), promovendo a centralização de poder e das decisões econômicas no Poder Central. Conquanto a Carta de 1934 tenha tido importante marco para o Federalismo (atribuição constitucional de competência tributária para os municípios e distribuição das receitas tributárias entre os entes federados), foi logo abalroada pela Ditadura Vargas. Nesse sentido, destaca-se:

[3] VARSANO, Ricardo. *Evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século: anotações e reflexões para futuras reformas*. Rio de Janeiro: IPEA, 1996.
[4] OLIVEIRA, Fabricio Augusto de. *A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro*: 1889-2009. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

> o sopro democrático que percorreu o país nos primeiros anos da década e circulou, ainda que brandamente na Constituição de 1934, começou a perder força com os embates travados entre os quadros da Ação Integralista Brasileira (AIB), da direita, e a Ação Libertadora Nacional (ALN), da esquerda, e foram paralisados com o movimento conhecido como Intentona Comunista, em 1935, que forneceu a justificativa para o golpe de Estado dado por Vargas, em 1937, instaurando no país o que ficou conhecido como Estado novo – um regime autoritário que se manteria até 1945[5].

Foi sintomática "a queima de bandeiras dos Estados" na praça Roosevelt no Rio de Janeiro (então capital do Brasil, em 1937), demonstrado o caráter centralizador que se avizinhava. Nesse diapasão, há de se destacar:

> Diferentemente do pré-1930, quando o governador era eleito e próximo das classes dominantes locais, no pós-1930 o interventor era nomeado e subordinado ao presidente da República. Grosso modo, os primeiros interventores eram vinculados ao tenentismo, podendo-se afirmar que, nos primeiros anos do processo revolucionário, ocorreu o fenômeno da "militarização das interventorias."[6]

Com a queda da Ditadura Vargas, temporariamente se arrefeceu a concentração de poder por parte do executivo, ganhando importância o Congresso Nacional com a Constituição de 1946. O mesmo se deu em relação aos estados, que recuperaram parte da autonomia, ainda que não correspondesse àquela da primeira república. O grande destaque foi o fortalecimento dos municípios ("viés municipalista") na nova Constituição.

Todavia, a Constituição de 1946, que, conforme destacado alhures, tinha o objetivo de reforçar as finanças municipais, não concretizou tal objetivo. Os estados não transferiam aos municípios os 30% do excesso de arrecadação determinado. Além disso, recebiam a participação no IR com valores corroídos pela inflação[7].

Com a criação do BNDES (em 1952) houve aumento das despesas que não foi acompanhado pelo das receitas. Com a crise decorrente de tal cenário, foi criada a Comissão da Reforma do Ministério da Fazenda, em 1963. Após a revolução ocorrida no ano seguinte, houve a implantação de um novo sistema tributário. Veja-se:

> Um novo sistema tributário foi paulatinamente implantado entre 1964 e 1966, concedendo-se prioridade para as medidas que, de um lado, contribuíssem de imediato para a reabilitação das finanças federais e, de outro, atendessem de forma mais urgente os reclamos de alívio tributário dos setores empresariais, que constituíam a base política de sustentação do regime: a administração fazendária federal foi reorganizada; o IR sofreu revisões que resultaram em vigoroso crescimento de sua arrecadação; e o imposto de consumo foi reformulado dando origem ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), com resultado semelhante. A Emenda Constitucional nº 18/65 que, com algumas alterações, incorporou-se ao texto da Constituição de 30

[5] REZENDE; F.; OLIVEIRA, F.; ARAÚJO, E. *O dilema fiscal*: remendar ou reformar? Rio de Janeiro: FGV, 2007.
[6] PANDOLFI, Dulce Chaves. Os anos 1930: as incertezas do regime. In FERREIRA, J.; DELGADO, L.A. N. O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007. p. 20.
[7] VARSANO, Ricardo. *Op. cit*. p. 9.

> de janeiro de 1967 e o Código Tributário (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966) são os documentos legais que marcam o fim dos trabalhos desta reforma.[8]

Ocorre que a estratégia reformista adotada era orientada pela centralização das decisões econômicas por parte do governo federal. Além das limitações ao poder de tributar dos estados, o Ato Complementar 40/68 reduziu o repasse proveniente da arrecadação do IR e do IPI de 10% para 5% aos Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios[9]. Os Atos Institucionais entabulados pelo Regime Militar, em destaque o de n. 5, amesquinharam o Federalismo, que é instrumento de evasão do poder vertical, o que, por óbvio, não interessava a um regime antidemocrático.

Os estados e municípios iniciaram reação à falta de autonomia, o que ensejou o advento da EC 5/75, que aumentava os repasses aos fundos de participação. Mas tal aumento, todavia, não se concretizou. Veja-se:

> É interessante observar que as iniciativas no sentido de promover a desconcentração de recursos através de medidas legais, como a mencionada Emenda Constitucional nº 5/75 e a nº 17/80, não surtiram qualquer efeito até 1983. Estas emendas elevaram progressivamente os percentuais do produto da arrecadação do IR e do IPI destinados ao FPE e ao FPM que, de 5% em 1975, atingiram 10,5% em 1982 e 1983. Nesse ano, as participações da União tanto na arrecadação como na receita tributária disponível do setor público alcançaram picos históricos. Em outras palavras, a cada ação no sentido de descentralizar os recursos corresponderam reações da União que as neutralizaram. O total das transferências tributárias da União para estados e municípios manteve-se, desde 1976 até 1983, ano a ano, na faixa de 8,5 a 9,5% da sua receita tributária, a despeito do aumento dos percentuais de destinação de recursos aos fundos[10].

Nesse contexto, as reformas apresentavam coisas boas e novas. Mas as novas não eram boas, e as boas não eram novas. Apenas na teoria se propunha a aludida evasão do poder vertical. Tal cenário não passou despercebido pelo Constituinte Originário da Carta de 1988. É o que se extrai de suas respectivas atas. Veja-se:

> Ao longo dos anos, a criação de outros impostos pela União, na medida em que esta detinha a competência residual exclusiva de certa maneira foi reduzindo proporcionalmente a base sobre a qual eram aplicadas as transferências estaduais e municipais. Ou seja, como proporção da receita tributária da União como um todo, os recursos do Fundo de Participação foram reduzindo-se ao longo dos anos, dos a partir de 1968, quando se deu o primeiro corte. É verdade que em momentos mais recentes, principalmente a partir da segunda metade dos anos 1970, as porcentagens do Fundo de Participação voltaram a crescer, chegando hoje a 31% no seu conjunto total. Mas esse índice percentual apresenta mais ou menos, como proporção da receita tributária federal como um todo, os 20% originalmente concebidos em 1967. Ou seja, apesar do aumento das alíquotas do Fundo de Participação, o que se conseguiu como resultado desse processo, ao longo dos anos, foi voltar aos níveis de 1967 em termos de montante dos fundos transferidos. Então, a primeira sugestão com relação a esses fundos compensatórios é no sentido de que seja o Fundo de Participação calculado com base no total da arrecadação federal e não apenas na receita de um, dois, três ou quatro tributos. Isso significa o que? Primeiro, maior estabilidade nos fluxos de transferência, porque os diferentes impostos reacionam de modo distinto ao ciclo

[8] VARSANO, Ricardo. *Op. cit*. p. 12
[9] VARSANO, Ricardo. *Op. cit*. p. 13
[10] VARSANO, Ricardo. *Op. cit*. p. 14

> econômico: enquanto a arrecadação de uns sobe, a de outros desce. Com uma base mais ampla, as transferências são mais estáveis[11].

Nesse sentido, a CR/88 buscou romper com a tradição centralizadora e autoritária do regime militar, bem como de outras Constituições que, na prática, sequer arranharam a concentração de poder por parte do Governo Federal. Houve fortalecimento dos Estados e Municípios através de nova distribuição de competências e receitas tributárias.

Não é demais lembrar que grandes eventos internacionais realizados a partir da década de 80 são sinais do relevante papel assumido pelas cidades na ordem mundial. A Conferência de Cidades Européias (Roterdã, 1986), inaugurando o movimento das eurocidades, consolidado na Conferência de Barcelona, de 1989; a criação do Comitê de Regiões (Maastricht, 1993), reconhecendo os governos locais como integrantes de sua rede institucional; a Conferência sobre População da ONU (Cairo, 1994); a Conferência de Prefeitos, em preparação para a reunião da Cúpula Social (Copenhague, 1995) e a conferência sobre o Habitat (Istambul,1996), a chamada "*La Cumbre de las Ciudades*", entre outras, destacaram o papel das autoridades subestatais e a necessidade de tratamento das questões sociais – emprego, pobreza, integração sociocultural e outras – em nível local[12].

Se na Carta Política anterior a tributação tinha como função a acumulação de capital, com a CF/88 objetivava o ajuste e a justiça fiscais, trazendo o federalismo à ribalta. É o que será abordado no tópico a seguir.

2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta Política de 1988, reestabeleceu a democracia no Brasil, dando fim ao regime militar. Conquanto a carta de 1967 tenha se debruçado sobre a figura do Estado, a de 1988 teve por escopo a dignidade da pessoa humana e um viés democrático (com a evasão do poder vertical, repartindo o poder estatal entre os entes federados), razão pela qual é comumente conhecida como "Constituição Cidadã".

Na Carta anterior, a tributação tinha como basilar função dar suporte ao Estado. Na Novel Carta, se estabelece nova perspectiva para a atribuição do poder de tributar (descentralização dinâmica), e a tributação somente se justifica quando explicitada a sua finalidade, sua pertinência face a dignidade da pessoa humana e a isonomia entre os entes federados, afastando-se a possibilidade de supraordenação.

A perspectiva acima destacada era, após vinte anos de concentração de poder no governo federal, o fortalecimento do federalismo, de modo a fomentar a autonomia dos estados e municípios, lhes atribuindo também poder estatal e diminuição da dependência do governo federal. Para tanto, não bastaria apenas a atribuição de competência do poder de tributar. Era igualmente necessário que houvesse autonomia fiscal por parte de estados e municípios.

[11] REZENDE, Fernando. Constituinte. Comissão Do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças. 04/1987.
[12] PIRES, Maria Coeli Simões. O município no federalismo brasileiro: constrangimentos e perspectivas. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 8, n. 13, p. 55-84, jan./dez. 2005.

Assim, houve aumento dos percentuais destinados aos Fundos de Participação dos Estados e Municípios oriundos de tributos federais (IPI e IR). Os repasses dos estados aos municípios também foi ampliado. Veja-se:

> Como reação à hipertrofia do poder central, a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema de descentralização fiscal, pelo qual a cada um dos três entes do Estado brasileiro é atribuída competência exclusiva para instituir, arrecadar e aplicar impostos e competência comum para instituir taxas e contribuições de melhoria (Artigo 153 a 156 da Constituição Federal). Além da rígida distribuição das competências tributárias privativas, a atual Constituição Federal estabelece, ainda, a repartição das receitas tributárias arrecadadas pela União e pelos Estados federados (Artigos 157 a 162 da Constituição Federal).[13]

Dentre os princípios enformadores do federalismo, e que foram elevados ao status de princípios constitucionais pela CF/88, destacam-se[14]:

> - Princípio da autonomia: os entes federados possuem finanças bastante e suficientes para a execução das respectivas incumbências/competências determinadas pela Constituição. Há patrimônio e finanças próprios;
> - Princípio da suficiência: meios de financiamento indispensáveis para tornar essas incumbências/competências efetivas;
> - Princípio do Equilíbrio: o desenvolvimento harmônico em todo território nacional, razão pela qual devem ser adotadas medidas que garantam a estabilidade económica e social no interior de todo Estado;
> - Princípio da Solidariedade: o dever de solidariedade de um ente federado para com o outro (vertente positiva) e a proibição de privilégios ou barreiras fiscais (vertente negativa).
> - Princípio da tipicidade: trata-se da previsibilidade normativa, constituindo o substrato teórico dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Neste contexto, há de se ressaltar que a CF/88 concedeu aos entes federados autonomia política (poder de legislar), autonomia administrativa e autonomia financeira, sendo essa última condição *sine quo non* para o exercício das primeiras. Existem basicamente três modelos teóricos de financiamento dos entes federados, no que tange a repartição de receitas tributárias, a saber:

> a) um primeiro modelo, de obtenção separada de receitas públicas, em que cada escalão jurídico-político pode fornecer autonomamente os necessários recursos para as tarefas que lhe estão incumbidas (*Trennsystem*);
>
> b) um segundo modelo, de obtenção partilhada de receitas públicas, em que tais receitas são impostas a um nível superior e depois repartidas através de critérios vários (*Verbundsystem*);

[13] ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação do Consumo: reflexões sobre uma reforma tributária economicamente racional e politicamente viável -Consumption Taxes: Reflections on Economically Rational and Politically Viable Tax Reform. In: Estado federal e guerra fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica (The Federal State and Tax Wars: A Legal and Philosophical Perspective). Coord. Misabel Derzi, Coleção federalismo e tributação, 4 v., Arraes Editores, 2015.

[14] ROCHA, Joaquim Freitas. *A caminho de um federalismo fiscal?* contributo para um estudo das relações financeiras e tributárias entre sujeitos públicos nos ordenamentos compostos. Braga (Portugal): Almedina, 2004. p.12.

> c) um terceiro modelo - mais comum nas organizações internacionais ou em sujeitos de base não estadual - em que o financiamento do ordenamento composto é conseguido através das contribuições dos seus membros[15].

Considerando-se que, à exceção da União, Estados e Municípios não auferem receitas próprias bastante e suficientes se auto sustentar, foi determinado repasse de receitas entre os entes federados, aplicando-se no Brasil o *Verbundsystem*.

Todavia, tem-se visto nas últimas décadas nítida tendência centralizadora por parte da União, através da desvinculação das receitas destinadas à Seguridade Social. Há uma crescente instituição de tais tributos, de modo a aumentar sua arrecadação para compensar a diminuição de suas receitas em decorrência das mudanças implementadas pela CF/88, se esquivando da partilha de tais receitas com os estados e municípios.

3. A CONFORMAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL EM SINTONIA COM O PRINCÍPIO FEDERATIVO

No Brasil restou estabelecido pela CF/88, cotejando a Lei de Bonn[16], um federalismo integrado, de modo a atender aos desígnios assentados no seu art. 3º. Nesse sentido, a Carta Política atribuiu competências tributárias[17] a cada um dos entes federados, de forma vertical, horizontal, legislativa e administrativa.

Para assegurar a autonomia financeira dos entes federados, além da competência destacada alhures, há outros mecanismos de atribuição de receitas, como o da repartição do produto da arrecadação, que pode ser sob a forma de uma participação direta na arrecadação ou de forma indireta (fundos) e o sistema de transferências intergovernamentais.

Pois bem. Conforme já mencionado, a União possui competência residual, o que quer dizer que o rol de tributos a ela atribuído pela Constituição não é taxativo. Em assim sendo, na hipótese de se pretender aumentar as receitas tributarias, lhe é facultada, pela Carta Política, a criação de novos tributos, cuja receita deveria ser compartilhada, também por determinação constitucional, com os demais entes federados.

Todavia, a União tem preferido a criação de novas contribuições sociais, em cuja receita não incide a determinação constitucional de partilha. É a chamada "concorrência vertical", já que fomenta a disputa por receita tributária com os demais entes federados. E isso, quando sua função deveria ser a de coordenação da federação, já que o sistema proposto pela

[15] ROCHA, Joaquim Freitas. *A caminho de um federalismo fiscal?* Contributo para um estudo das relações financeiras e tributárias entre sujeitos públicos nos ordenamentos compostos. Braga (Portugal): Almedina, 2004. p.16.

[16] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.868.

[17] Há competência (i) comum para a instituição de taxas e contribuição de melhoria (art. 145, II e III); em rol taxativo, (ii) a competência para criação de impostos (arts. 153, 155 e 156); (iii) exclusiva da União para empréstimos compulsórios (art. 148); (iv) as contribuições do art. 149 e de seu §1º e do art. 195); (v) competência residual da União (art. 154, I); (vi) competência extraordinária da União (art. 154, II) e a contribuição do art. 149-A.

CF/88 é de um federalismo integrativo/assimétrico (já que trata os entes desiguais de forma desigual, para melhor auxiliar) e não dual/simétrico. Veja-se:

> O federalismo contemporâneo apresenta características cooperativas e intervencionistas, em que a ação do Poder central é cada vez mais forte: Esta tendência de política legislativa dá lugar à formação de novo tipo de federalismo. A forma que veio a receber, contém o federalismo cooperativo, porque dele recebeu importantes conquistas; mas o supera, ao atribuir à União maior soma de poderes para dirigir a política nacional. O propósito do constituinte não foi o de destruir as unidades federadas, cuja autonomia respeita, mas sim o de construir o novo Brasil, cuja grandeza depende do desenvolvimento integrado de todas as regiões. Estas não se confinam dentro dos limites territoriais de um Estado; abrangem amplas áreas que incluem vários Estados. A esse novo tipo, que promove o desenvolvimento econômico, vem o máximo de segurança coletiva, ousamos denominar de federalismo de integração. O federalismo dualista se fundava no princípio do equilíbrio entre a União e o Estado; o federalismo cooperativo formula o princípio da suplementação das deficiências dos Estados; o federalismo de integração representa do triunfo do bem-estar de toda a nação[18].

Há de se destacar que, conforme determina o art. 60, §4º, da CF/88, o federalismo é clausula pétrea, imune as mudanças do poder constituinte derivado ou revisional. Ocorre que a a técnica da desvinculação está vigente até os dias de hoje e é uma das grandes responsáveis pela existência de dois sistemas paralelos de arrecadação tributária no Brasil: o das contribuições e o dos impostos, o que implica em flagrante violação do pacto federativo[19]. É o que será explicado no tópico a seguir.

4. A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS RELATIVAS ÀS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

A Constituição/88, no que tange as contribuições para a seguridade social, abriu exceção ao seu rígido esquema de discriminação, transformando verdadeiros impostos em contribuições, através de um único critério de transformação: a destinação. Assim, as contribuições a que alude o art. 195 não são contribuições por natureza, mas o são por equiparação constitucional[20].

Essa é a razão pela qual parte da doutrina, capitaneada por Misabel Derzi, Miguel Reale e Gilberto de Ulhôa Canto, defenderam a ideia de uma parafiscalidade necessária em relação a tal modalidade tributária, de modo a impedir que a União pudesse arrecadar e

[18] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000 MAGALHÃES, Cristiane de Araújo Góes. *Federalismo e tributação*. Salvador, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

[19] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. p. 31. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.

[20] BALEEIRO, Aliomar. atual. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 73.

administrar tal tributo. Isso, a fim de impedir os diuturnos desvios de recursos da seguridade social, permitidos pelo art. 62, §1º, da Carta Política anterior[21], perdurassem ocorrendo.

A CF/88 teria, nesse diapasão, cassado a capacidade ativa da União, impedindo a figura do "caixa único" (unificação dos caixas do Tesouro e da Seguridade Social), uma vez que, se assim fosse (como de fato tem sido), dificilmente os recursos obtidos através das contribuições seriam repassados[22]. O que tem feito a União, portanto, é transformar as contribuições em impostos com destinação, violando, de um lado, o pacto federativo. Do outro, o que determina o art. 167, VI e VIII, da CF/88.

É bem verdade que o Sistema Tributário Nacional admite o aumento da carga tributária no Brasil para fazer frente a eventuais necessidades de caixa de seus entes. Mas não é menos verdade que isso deveria ocorrer, sobretudo, por meio do aumento das alíquotas (ou da base de cálculo) dos impostos exaustivamente previstos na CRFB[23]. Nesse sentido, destaca-se:

> A CRFB previu a possibilidade de instituição de imposto novo caso houvesse a necessidade de aumento da receita tributária, mas, para manter a integridade de seu sistema normativo em absoluta sintonia com o princípio federativo, estabeleceu mecanismo para evitar que a União ampliasse sua arrecadação com base em impostos não compartilhados e provocasse desigualdade nas relações intergovernamentais, pois a concentração de recursos financeiros no ente central ofende ao ideal democrático-descentralizador da CRFB e ataca o princípio federativo, na medida em que afeta a autonomia (financeira e política) dos demais entes, que precisam se valer da "política dos pires nas mãos" para cumprir suas obrigações. Portanto, o STN também foi desenhado para garantir o equilíbrio federativo, em especial para impedir que os governadores (ou mesmo que os prefeitos) sejam subjugados e precisem submeter-se aos desmandos do Executivo federal para cumprirem suas missões constitucionalmente estabelecidas[24].

Há, portanto, flagrante violação do pacto federativo, haja vista da fraude a Constituição no que tange o compartilhamento de receitas tributárias, ao arrepio da justiça fiscal. Isso motivou a insurgência da doutrina[25], que sustenta que as contribuições devem ser, obrigatoriamente, vinculadas a alguma atuação estatal, de modo que a "causa final" (atividade do estado) das contribuições passassem a compor a respectiva regra matriz de incidência.

No caso tredestinação ou não aplicação dos recursos decorrentes das contribuições para a seguridade social, estar-se-ia na hipótese de repetição de indébito por parte do contribuinte, já que à referida contribuição faltaria a "causa final".

[21] BALEEIRO, Aliomar. atual. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.71.
[22] BALEEIRO, Aliomar. atual. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito tributário brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.71.
[23] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. P. 31. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.
[24] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. p. 5
[25] CAMARGOS, Luciano. Da natureza jurídica das contribuições para o INCRA. Tese de doutorado - UFMG Natal: MP editora. 2006 *apud* BALEEIRO, Aliomar. atual. DERZI, Misabel de Abreu Machado. Direito Tributário Brasileiro. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 57.

5. O ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA DRU

A Desvinculação das Receitas da União – DRU já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal – STF em distintas ocasiões, sob diversos fundamentos.

Na primeira delas, a Segunda Turma apreciou o pedido de contribuinte para que fosse desonerado do pagamento de 20% das contribuições, percentual correspondente à parcela desvinculada do orçamento da Seguridade Social à época. O argumento era de que a desvinculação teria implicado na criação de um imposto inominado.

Ao julgar o RE 537.610/RS[26], o Tribunal entendeu que a desvinculação parcial da arrecadação não altera a natureza das contribuições e não importa na criação de novo imposto. A aplicação de parte das receitas das contribuições na Conta Única do Tesouro Nacional, conforme o STF, não é incompatível com o restante do texto constitucional. Além disso, a vinculação da destinação do produto da arrecadação das contribuições sociais não teria caráter de cláusula pétrea, uma vez que não contemplada pelo art. 60, §4º, da CR/88[27]. A jurisprudência do Tribunal firmou-se neste sentido[28].

Em outra ocasião, foi levado ao Supremo o pleito de um município, que pretendia obter a repartição da receita pertinente aos 20% da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL que foi desvinculada do orçamento da Seguridade Social. O fundamento para tanto seria, no entendimento do município, a transformação da natureza das contribuições em imposto, em função da desvinculação das receitas, característica essencial daquela espécie tributária. Seguindo a linha da jurisprudência pacificada, o STF, na pessoa do Ministro Dias Toffoli, manteve o seu entendimento de que *"a alteração (...) da destinação de parte dos recursos arrecadados a título de contribuições sociais não altera a finalidade dos referidos tributos, que permanece sendo o custeio da seguridade social"*[29].

Recentemente, também foi apresentada ao STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5628/DF, pelo Estado do Acre, que pleiteia a repartição do produto

[26] EMENTA: 1. TRIBUTO. Contribuição social. Art. 76 do ADCT. Emenda Constitucional nº 27/2000. Desvinculação de 20% do produto da arrecadação. Admissibilidade. Inexistência de ofensa a cláusula pétrea. Negado seguimento ao recurso. Não é inconstitucional a desvinculação de parte da arrecadação de contribuição social, levada a efeito por emenda constitucional.
(RE 537610, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-09 PP-01566 RDDT n. 174, 2010, p. 145-146 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 104-105)

[27] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.

[28] Confira-se: RE 537668, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, julgado em 14/12/2009, publicado em DJe-019 DIVULG 01/02/2010 PUBLIC 02/02/2010; RE 511877, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 01/02/2010, publicado em DJe-028 DIVULG 12/02/2010 PUBLIC 17/02/2010; RE 602367, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/04/2010, publicado em DJe-079 DIVULG 04/05/2010 PUBLIC 05/05/2010.

[29] RE 605562, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/06/2012, publicado em DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012.

total da arrecadação da CIDE-Combustíveis com os Estados e Distrito Federal, nos termos do que determina o art. 159, III, CR/88[30]. A controvérsia se deu em razão de dispositivo de Lei Federal que determinou que o montante a ser repartido deveria ser deduzido do percentual correspondente à DRU[31].

Trata-se ali de circunstância diversa da que é objeto de estudo no preste trabalho, especialmente considerando que há, naquele caso, dispositivo constitucional que determina a partilha da arrecadação da CIDE-Combustíveis. Não obstante, trecho da decisão do Ministro Teori Zavascki, que concedeu a Medida Cautelar na ADI nº 5628/DF, demonstra bem como a utilização intensiva das contribuições acarretou em concentração de recursos por parte da União. Pela precisão e riqueza de detalhes, justifica-se a sua transcrição:

> Embora promissor, o modelo cooperativo de repartição de rendas segundo o produto arrecadado (art. 157 a 159) logo mostrou alguns pontos de vulnerabilidade, sendo o principal deles a sua falta de conexão com a espécie tributária das contribuições.
> Afinal, apenas a arrecadação obtida com impostos era partilhada entre os entes federados em geral. Como a instituição de contribuições, em geral, é prerrogativa de um dos entes federados – a União – a utilização intensiva dessa figura poderia acarretar uma indesejável concentração de recursos. Foi o que sucedeu no final do século passado e na primeira década dos anos 2000, quando a base impositiva formada por contribuições foi largamente expandida, sem contrapartida em termos de repartição para os entes subnacionais.
> Após muitas críticas a esse panorama de concentração de receitas sob o domínio da União – e ao resultado contraproducente que ele gerava, em termos de promoção da isonomia – veio à luz a Emenda Constituição 42/03, que pela primeira vez determinou que o produto de uma contribuição (a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico relativa às atividades de Importação ou Comercialização de Petróleo e seus Derivados, Gás Natural e seus Derivados e Álcool Combustível – CIDE) fosse objeto de compartilhamento, tal como acontece com os impostos. [...]
> A finalidade das EC 42/03 e 44/04 é evidente: corrigir uma trajetória de polarização da arrecadação tributária, redistribuindo parte da receita obtida com a CIDE-combustíveis com os demais entes federados.
> A distribuição desse montante foi disciplinada no mesmo ano de 2004, na forma da Lei 10.866 – que alterou a legislação relativa à Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível, a Lei 10.336/01 – para nela incluir os arts. 1º-A e 1º-B, tendo o primeiro deles estabelecido a seguinte metodologia de cálculo do montante a ser entregue aos Estados e ao Distrito Federal:
> Art. 1º-A. A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal, para ser aplicado, obrigatoriamente, no financiamento de programas de infra-estrutura de transportes, o percentual a que se refere o art. 159, III, da Constituição Federal, calculado sobre a arrecadação da contribuição prevista no art. 1º desta Lei, inclusive os respectivos

[30] Art. 159. A União entregará: (...)III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo.
Art. 177. § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (...) II - os recursos arrecadados serão destinados: (...) c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.

[31] Lei nº 10.336/2001: Art. 1º-A A União entregará aos Estados e ao Distrito Federal, para ser aplicado, obrigatoriamente, no financiamento de programas de infra-estrutura de transportes, o percentual a que se refere o art. 159, III, da Constituição Federal, calculado sobre a arrecadação da contribuição prevista no art. 1o desta Lei, inclusive os respectivos adicionais, juros e multas moratórias cobrados, administrativa ou judicialmente, deduzidos os valores previstos no art. 8º desta Lei e a parcela desvinculada nos termos do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

> adicionais, juros e multas moratórias cobrados, administrativa ou judicialmente, deduzidos os valores previstos no art. 8º desta Lei e a parcela desvinculada nos termos do art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.
> A parte final desse dispositivo é a que acarretou o presente dissídio. Ela contém determinação para que sejam deduzidas duas grandezas do valor a ser transferido a Estados e DF: (a) os valores previstos no art. 8º da mesma lei regulamentadora da CIDE, que dizem respeito a deduções legais viabilizadas para evitar a sobretaxação dos produtos tributados; e (b) a parcela correspondente à Desvinculação das Receitas da União, prevista no art. 76 do ADCT da CF/88.
> **O argumento mais entusiasticamente sustentado ao longo da ação direta em exame trabalha com a ideia de que esta última parcela, relativa à DRU, não poderia ser excluída da base de cálculo da repartição da CIDE-combustíveis de modo algum, porque semelhante operação – definida por lei – estaria a subtrair parte dos recursos que materializariam a autonomia financeira dos Estados e do DF, rompendo a rede de sustentação do federalismo cooperativo da CF/88.** (destacamos)[32]

De forma exímia, reconheceu o Ministro Teori Zavascki o diagnóstico da situação e a nobre finalidade das Emendas Constitucionais que determinaram o compartilhamento da arrecadação da CIDE-Combustíveis com os Estados e Distrito Federal. Diante da acentuada concentração arrecadatória da União, as Emendas Constitucionais nº 42/03 e 44/04 foram apresentadas para corrigir a distorção federativa por meio da redistribuição de receitas. Em função disso, reconheceu o Ministro que a pretensão de reduzir a parcela a ser distribuída teria o efeito de tolher a autonomia financeira dos Estados e do Distrito Federal, abalando o federalismo cooperativo.

Por mais que este entendimento do STF seja restrito ao caso da CIDE-Combustíveis, o dever de coerência impõe que a mesma linha de raciocínio venha a ser adotada uma vez constatado que aquele malfadado cenário de concentração arrecadatória da União se deve também à irreverente ampliação tributária por meio das contribuições sociais.

Por esta razão foi apresentada ao STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 523, a fim de demonstrar que a DRU viola o sistema constitucional de repartição de receitas e, consequentemente, o pacto federativo. Como bem destacam Ana Carolina de Carvalho Nevez e Paulo César de Carvalho Gomes Júnior:

> Uma coisa é a possibilidade de se desvincular parcela da receita das contribuições, mais uma é o fato de isso não gerar uma mutação parcial da contribuição em imposto, outra diferente dessas duas é a necessidade de partilha das novas receitas tributárias federais desvinculadas em respeito ao sistema constitucional de repartição de receitas.
>
> A Corte deve ser chamada a resolver essa questão, especialmente em virtude de seu papel de Tribunal da Federação, incumbido do dever de zelar pelo pacto federativo (CF, art. 102, I, f), inúmeras vezes por ela bem cumprido [...].[33]

[32] ADI 5628 MC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31/01/2017 PUBLIC 01/02/2017

[33] NEVES, Ana Carolina de Carvalho; GOMES JÚNIOR, Paulo César de Carvalho. Federalismo Fiscal, Repartição de Receitas Tributárias, Contribuições Especiais e DRU: apontando uma solução democrática que resulte na amenização da crise Político-Fiscal dos Estados-Membros e do Distrito Federal. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; (Org.), et. Al. *O Federalismo na Visão dos Estados:* uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG - aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p.361.

Ainda que já esteja pacificado o entendimento pela possibilidade de desvinculação das receitas da Seguridade Social e pela inexistência de mutação de parte das contribuições em impostos, o não compartilhamento das receitas desvinculadas ainda pode ser apreciado sob a ótica da violação à cláusula pétrea da forma federativa de Estado, em função de seus efeitos de desequilíbrio da cooperação delineada pela CR/88.

6. A DRU COMO FRAUDE À CONSTITUIÇÃO

Ao explicar o fenômeno da incidência, a Teoria da Norma prescreve que uma vez vigente determinada norma e ocorrido o fato descrito no antecedente normativo, serão inevitavelmente produzidos os efeitos prescritos no consequente normativo. O comando da norma contém os *"preceitos tipificadores das situações que visam regular, preceitos estes revelados através de palavras, que procuram expressar ideias. Essas palavras procuram objetivar a intenção do legislador no momento da elaboração da norma."*[34].

Não obstante, é comum que um agente que pretenda evitar os efeitos de determinada norma, se valha de outra que tenha sido desenhada para circunstância distinta e que tenha efeitos também distintos daqueles que se pretende evitar. Nestes casos, verifica-se a utilização de uma norma como protetora, com a única finalidade de afastar as consequências jurídicas indesejadas de outra norma que deveria ser genuinamente aplicada.

Trata-se aqui da fraude à lei, fenômeno consagrado pela doutrina e já reconhecido pelo STF[35]. A fraude à lei pressupõe a existência de uma norma fraudada, cujos efeitos se pretende contornar, e de uma norma de cobertura ou de anteparo, aplicada de forma inadequada, tão somente com a finalidade de afastar os efeitos da primeira norma.

Não há, nos casos de fraude à lei, uma violação frontal à norma, que é própria à atividade *contra legem*. O que ocorre é uma transgressão oblíqua da norma, mediante negócios jurídicos tendentes a substitui-la, para que seja aplicada outra, cujos efeitos sejam desejados[36].

Por esta razão, se considerados isoladamente, os atos de fraude são perfeitamente lícitos. Contudo, a sua natureza fraudulenta é revelada à luz da finalidade da norma fraudada. Uma vez verificada a fraude à lei, a solução adequada é a aplicação da norma que se pretendeu afastar, de forma que sejam assegurados os efeitos devidos à situação que a norma objetivou alcançar.

Nesse contexto, é possível que ocorra também a fraude à Constituição, pela tentativa de contornar os ditames constitucionais por meio de mecanismos como as Emendas Constitucionais. Este é precisamente o caso da DRU, instituída e prorrogada sucessivamente

[34]PEREIRA, Régis Velasco Fichtner. *Da regra jurídica sobre fraude à lei*. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.868

[35] Confira-se: RE 637.485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013

[36] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. p. 37. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.

por meio de Emendas Constitucionais, formalmente válidas, mas eivadas de conteúdo infrator ao Pacto Federativo.

De fato, inexiste no arcabouço normativo brasileiro norma proibitiva típica ao expressivo aumento arrecadatório por meio de contribuições sociais por parte da União.

Não obstante, há normas cogentes quanto à forma federativa da República, quanto ao modelo cooperativo e descentralizado de federalismo, quanto à destinação obrigatória da arrecadação de contribuições sociais à Seguridade Social e quanto aos mecanismos de repartição das receitas tributárias de impostos, que pretendem resguardar os fundamentos da República Federativa do Brasil.

Em função desse Pacto Federativo e do modelo adotado pela CR/88, foi outorgada à União a competência tributária residual para a instituição de novos impostos[37], mecanismo adequado ao aumento arrecadatório que se fizesse necessário. Em respeito ao equilíbrio federativo e em apreço pela descentralização, a CR/88 previu ainda a obrigatoriedade de que as eventuais novas receitas fossem compartilhadas com os Estados e com o Distrito Federal[38].

A fim de aumentar a sua arrecadação e evitar a repartição de receitas, a União passou a valer-se do evidente e perene aumento da tributação por meio de contribuições sociais, cujas receitas não são objeto de compartilhamento, pois tinham – ao menos em sua origem – vinculação obrigatória ao orçamento da Seguridade Social. Por meio da DRU, providenciou-se, então, a desvinculação de parte destas receitas para utilização no orçamento fiscal, em finalidades estranhas à Seguridade Social.

O que se verifica, no caso, é a criação de uma norma de cobertura específica, o art. 76 do ADCT, que autorizou a DRU, para fraudar a norma que determina o compartilhamento de novas receitas arrecadadas por meio da competência residual da União. Em última instância, o princípio federativo é a norma fraudada pelo não compartilhamento das receitas desvinculadas da Seguridade Social. O resultado da violação oblíqua ao Pacto Federativo é a concentração do poder financeiro sob titularidade da União, em verdadeira desfiguração do equilíbrio federativo e da autonomia dos Estados e do Distrito Federal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstrado, a controvérsia acerca da inconstitucionalidade da DRU, em virtude da clássica crítica quanto à tredestinação das contribuições sociais, também deve considerar a questão da violação indireta ao Pacto Federativo. A sua clara pretensão de violação do sistema de repartição de receitas, demonstra a fraude à Constituição no que tange o equilíbrio federativo.

[37] Art. 154. A União poderá instituir:
I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
[38] Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal: (...)
II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.

Portanto, em respeito ao Sistema Tributário Nacional e ao Pacto Federativo, deve ser aplicada a norma fraudada, isto é, o art. 157, II, da CR/88, para que seja compartilhado montante correspondente a 20% das receitas desvinculadas do orçamento da Seguridade Social. Este é o caminho para que o equilíbrio federativo seja, ao menos em parte, recuperado.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2000 MAGALHÃES, Cristiane de Araújo Góes. Federalismo e tributação. Salvador, 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. Institui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 20/12/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5628 MC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 19/12/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31/01/2017 PUBLIC 01/02/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 537.610, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda turma, julgado em 01/12/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-09 PP-01566 RDDT n. 174, 2010, p. 145-146 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 104-105.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 605562, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 27/06/2012, publicado em DJe-150 DIVULG 31/07/2012 PUBLIC 01/08/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 602.367, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/04/2010, publicado em DJe-079 DIVULG 04/05/2010 PUBLIC 05/05/2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Ana Carolina de Carvalho; GOMES JÚNIOR, Paulo César de Carvalho. Federalismo Fiscal, Repartição de Receitas Tributárias, Contribuições Especiais e DRU: Apontando uma solução democrática que resulte na amenização da crise Político-Fiscal dos Estados-Membros e do Distrito Federal. *In*: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; (Org.), et al; O Federalismo na

Visão dos Estados - Uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG - aos 30 anos de Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p.341-365.

OLIVEIRA, Fabricio Augusto de. *A evolução da estrutura tributária e do fisco brasileiro*: 1889-2009. Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

PANDOLFI, Dulce Chaves. Os anos 1930: as incertezas do regime. In FERREIRA, J.; DELGADO, L.A. N. O tempo do nacional-estatismo: do início da década de 1930 ao apogeu do Estado Novo. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

PEREIRA, Régis Velasco Fichtner. *Da regra jurídica sobre fraude à lei*. Doutrinas Essenciais de Direito Civil, v.4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIRES, Maria Coeli Simões. O município no federalismo brasileiro: constrangimentos e perspectivas. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 8, n. 13, p. 55-84, jan./dez. 2005.

REZENDE; F.; OLIVEIRA, F.; ARAÚJO, E. *O dilema fiscal*: remendar ou reformar? Rio de Janeiro: FGV, 2007.

REZENDE, Fernando. Constituinte. Comissão Do Sistema Tributário, Orçamento E Finanças. 04/1987.

ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação do Consumo: Reflexões sobre uma Reforma Tributária Economicamente Racional e Politicamente Viável" (Consumption Taxes: Reflections on Economically Rational and Politically Viable Tax Reform), in "Estado federal e guerra fiscal: uma perspectiva jurídico-filosófica" (The Federal State and Tax Wars: A Legal and Philosophical Perspective), coord. by Misabel Derzi, Coleção federlismo e tributação, 4 v., Arraes Editores, 2015.

VARSANO, Ricardo. *Evolução do sistema tributário brasileiro ao longo do século*: anotações e reflexões para futuras reformas. Rio de Janeiro: IPEA, 1996. p.5.

Referência:

FARIA, Felipe Medeiros Guimarães de; RODRIGUES, Marianne Dolher Souza Baker. O desequilíbrio federativo e a desvinculação das receitas da União. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 85-100, jan./dez., 2018.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

BENEFÍCIOS FISCAIS, REPARTIÇÃO DE RECEITAS E PRINCÍPIO FEDERATIVO:
REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE A DECISÃO DO STF NO RE 705.423/SE E DO IMPACTO DAS DESONERAÇÕES TRIBUTÁRIAS NA AUTONOMIA DOS MUNICÍPIOS

HENRIQUE MACHADO RODRIGUES AZEVEDO*

JANAÍNA DINIZ FERREIRA DE ANDRADE**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Federalismo: de forma de Estado a princípio constitucional. 2.1 Definição tipológica e contexto histórico do federalismo brasileiro. 2.2 Federalismo brasileiro: expressão do princípio federativo de cooperação evidenciado nas normas de competência tributária e de repartição de receitas públicas. 3. Federalismo fiscal sob o olhar do STF: o caso das isenções, renúncias e incentivos relacionados com o IR e IPI e seus impactos no Fundo de Participação dos Municípios – RE nº 705.423/SE. 3.1 As especificidades do caso em análise. 3.2 A decisão do STF e a análise do voto dos ministros julgadores à luz do federalismo cooperativo. 4 Conclusão.

Resumo: Ao constituir o Estado Brasileiro na forma de uma república federativa, formada pela união indissolúvel dos estados, Distrito Federal e municípios, ficou evidenciado que a Constituinte de 1988 preocupou-se sobremaneira em distribuir competências entre os entes federados e garantir que todos pudessem exercer autonomia administrativa, financeira e política. Para tanto, não apenas concedeu aos referidos entes a prerrogativa de criar tributos próprios como, ainda, estabeleceu que os entes maiores e centrais cooperassem com os entres menores e periféricos, repassando a estes parte dos recursos arrecadados com impostos, de modo a promover a isonomia e assegurar a redução das desigualdades regionais. No entanto, a partir do momento que um ente público tem competência para criar e cobrar tributos, referida competência lhe autoriza também desonerar e conceder benefícios fiscais, quando a referida desoneração gera impacto no repasse aos demais entes federados? Há ferramentas, dentro do Princípio Federativo de Cooperação que impeçam os entes dotados de competência de

* Doutorando em Direito Tributário pela UFMG. Mestre em Direito Público (Tributário) pela PUC-MG. Graduado em Direito pela UFMG. Conselheiro do CART-MG. Advogado.

** Professora de Direito Tributário da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Mestre em Direito Público(Tributário) pela PUC-MG. Graduada em Direito pela UFOP. Diretora Executiva do IEFi. Advogada.

desonerar seus próprios tributos? Esse ensaio busca, a partir da análise da decisão proferida pelo STF no RE nº 705.423/SE, tecer breves comentários e estabelecer uma análise crítica do chamado Princípio Federativo de Cooperação.

Palavras chave: Federalismo de Cooperação; Princípio Federativo; desonerações; benefícios fiscais; repasses constitucionais; Princípio Federativo.

1. INTRODUÇÃO

Embora Federalismo seja um termo em constante transformação histórica e de difícil conceituação, não há que se negar que seja mais classicamente associado a uma forma de organização de Estado, nos termos da qual há uma distribuição geográfica do poder político em função do território, havendo nesse caso um ente dotado de soberania e os demais dotados de autonomia[1].

Ocorre que, conforme elucidam os Professores Misabel Derzi e Thomas Bustamante, o chamado Federalismo não se trata somente de uma forma de estado, mas também – e sobretudo – de um princípio da organização política, que se conecta diretamente com os valores políticos e constitucionais já elencados pelo nosso sistema, dotados de conteúdo normativo mais específico, como por exemplo as ideias de autonomia política, administrativa e financeira e de autodeterminação do indivíduo[2].

Isso significa que, ao reconhecer o status de Princípio Federativo, passamos a compreendê-lo como um comando a ser seguido por toda a nossa ordem jurídica que deve ser compreendido sistematicamente e ser buscado na máxima medida possível, não estando limitado às regras expressas constitucionais.

Como sabido, em que pese o Estado brasileiro seja organizado sob a forma federativa desde a proclamação da República em 1889 – e claro, assumindo contornos e arranjos diferentes a depender da conjuntura política que cada uma das nossas constituições foi promulgada – o fato é que, desde a Constituição Republicana de 1988, os municípios também foram alçados ao *status* de entes federados, assumindo a partir de então capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, tal como a União, os estados e o Distrito Federal já detinham.

Ocorre que, conforme ressalta o Prof. Onofre Alves Batista Junior, para que os referidos entes federados possam efetivamente exercer suas prerrogativas de autoadministração e autogestão é fundamental que, para além de autonomia política, gozem também de autonomia

[1] FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, p.816.
[2] DERZI, Misabel de Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties de Petróleo. Belo Horizonte: Arraes, 2016, pp. 5-41.

financeira[3]. Afinal, caso contrário, se manterão sempre dependentes do governo central, esvaziando por completo a concepção de autonomia em si mesma.

Foi pensando nessa fundamental autonomia financeira que, conforme ensina o Professor Aliomar Baleeiro, o Constituinte de 1988 projetou os sistemas Financeiro e Tributário Nacionais, atribuindo a todos os entes federados a competência tributária necessária para instituir, regulamentar e arrecadar alguns tributos que irão compor as suas receitas próprias[4], mas, para além disso, também estabelecendo uma série de normas de repartição de receitas nos termos das quais os entes federados assumem o papel de cooperação uns com os outros, atribuindo-lhes o dever de dividir parte dos seus recursos com os entes considerados hipossuficientes[5].

Nesse contexto é que se insere a discussão central do presente ensaio: se alguns dos entes federados, tal como a União, devem repartir parte dos recursos tributários arrecadados com os demais entes federados, poderia usar das prerrogativas inerentes à sua competência tributária para conceder determinados benefícios fiscais, sabendo que referidas desonerações implicarão em necessária perda de arrecadação e, consequentemente, redução do valor de repasse aos estados e municípios? A possibilidade de conceder benefícios fiscais é uma parcela da competência tributária e, portanto, expressão da autonomia decorrente do pacto federativo que não pode ser limitada? Ou será que, justamente por se considerar o Federalismo como um princípio que dever ser compreendido de forma sistemática em toda a ordem jurídica, deve-se entender que as normas que determinam a repartição de receitas tributária são uma espécie de limitador ao exercício da competência tributária, impedindo assim qualquer tipo de desoneração não autorizada pelo próprio texto constitucional (como aquelas pautadas pelos princípios da isonomia, etc.)?

Diante desse impasse é que o Município de Itabi, um pequeno município de aproximadamente 5.000 habitantes[6] situado no Sertão Sergipano e fortemente dependente dos referidos repasses constitucionais, ousou enfrentar União Federal em ação judicial que questionava as isenções, renúncias e incentivos concedidos em relação ao Imposto de Renda e ao IPI, uma vez que referidas desonerações impactam diretamente no chamado "Fundo de Participação dos Municípios" e, consequentemente, nos recursos que tem a receber.

Assim, em seu pleito central, o Município de Itabi requereu que os valores correspondentes às isenções e renúncias fiscais integrassem o cálculo o Fundo de Participação dos Municípios, bem como a restituição dos valores não repassados nos últimos 5 anos.

Embora o Município tenha obtido êxito na primeira instância, a decisão foi reformada em sede de Apelação e, ao ser recentemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário nº 705.423, que foi recebido com status de Repercussão Geral (tema 653), trouxe à tona todos os fundamentos acerca de federalismo de

[3] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a.55, n.219 Jul./set. 2018 p. 27-52, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

[4] Conforme expressamente elencado nos elencado nos artigos 145, 146, 148, 149, 153, 154, 155 e 156 da CR/1988, entre outros.

[5] Nos termos dos artigos 157 a 162 da CR/1988.

[6] Fonte: IBGE/2013.

cooperação e dos impactos das referidas desonerações no arranjo federativo brasileiro, os quais serão melhor trabalhados no presente ensaio.

2. FEDERALISMO: DE FORMA DE ESTADO A PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

2.1 DEFINIÇÃO TIPOLÓGICA E CONTEXTO HISTÓRICO DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Quando se fala em Federalismo, usualmente o compreendemos pela perspectiva de uma forma de organização de Estado correlacionada à noção de território que, por forte influência do modelo norte-americano (embora não apenas)[7], implica em uma descentralização política ao distribuir competências a entes dotados de autonomia. Em regra, a referida "autonomia" pressupõe as prerrogativas dos entes federados de (i) auto- organização, ou seja, a competência para normatização própria; (ii) autogoverno, ou seja, a capacidade de eleger seus próprios representantes; e (iii) autoadministração, que implica na possibilidade de gerir sua própria estrutura e executar suas próprias normas por meio dos referidos representantes eleitos[8].

Ocorre que, considerando que um sistema federativo é estabelecido de acordo com as peculiaridades de cada nação que o adota, construir um conceito de Federalismo comum e universal não é tarefa simples, uma vez que a construção histórica, a dimensão territorial, a diversidade cultural entre outros fatores são determinantes para guiar a construção de um chamado Estado Federal.

Diante da doutrina clássica, já é possível identificar referida dificuldade conceitual: enquanto Pontes de Miranda preferiu tratar de federalismo pelo critério da "simetria" supostamente entre os entes federados, definindo que "o quantum de dessimetria não pode ir além de certo ponto sem o Estado desfazer-se numa pluralidade de Estados soberanos"; Michael Bothe, a seu turno, reforçou se tratar mesmo de um conceito em constante transformação histórica, que ora é lembrado como meio de preservar a diversidade cultural e as vocações regionais naturais, ora como forma estatal apta a proteger minorias políticas, ora como modelação política mais eficiente que alcançaria melhores resultados (em decorrência da subsidiariedade), e ora como o exercício mais efetivo da liberdade e da democracia por difundir o poder dentro do território nacional[9].

Seja por qual perspectiva for, esclarecem a Profa. Misabel Derzi e o Prof. Thomas Bustamante, a dificuldade de se "conceituar" Federalismo reside no fato de que não se trata somente de uma Forma de Estado, mas mais que isso, de um PRINCÍPIO da organização política que deve nortear todo o sistema político e jurídico.

Assim, a partir do momento em que se compreende o Federalismo como um PRINCÍPIO, conclui-se que não é possível compreender seu conteúdo a partir de definições "abstratas"; é necessário, portanto, buscar pelo que Misabel Derzi chama de "enunciados

[7] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
[8] FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, pp. 824-830.
[9] BOTHE, Michael, *apud* DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties de Petróleo*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

tipológicos" que permitem uma ordenação gradativa e não necessariamente classificatória, e que permite desenvolver – partindo de "tipos" – uma concepção adequada de federalismo[10].

Nesse caminho de buscar enunciados tipológicos para definição de Federalismo, nota- se que Raul Machado Horta estabelece oito pressupostos básicos para entender o modo de funcionamento do federalismo[11], quais sejam:

(I) a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados Membros;
(II) a repartição de competências entre a Federação e os Estados-membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
(III) o poder de auto-organização constitucional dos Estados-Membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
(IV) a intervenção federal, instrumento para restabelecer o equilíbrio federativo em casos constitucionalmente definidos;
(V) a Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo Federal, para permitir a participação do Estado-Membro na formação da legislação federal;
(VI) a titularidade dos Estados-Membros, através de suas Assembleias Legislativas em número qualificado, para propor emenda à Constituição Federal;
(VII) a criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
(VIII) a existência no Poder Judiciário Federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos.

Conforme esclarece José Alfredo Baracho[12], a formação das federações se dá, usualmente, de duas formas principais: a primeira delas conhecida como formação *centrípeta* ou *"come together",* que se opera quando as unidades são independentes entre si, mas constituem uma federação com o objetivo de mútua defesa ou crescimento comum, tal como ocorreu no formato norte-americano; ou a *centrífuga ou "hold together",* que se dá em países onde a unidade é anterior à descentralização e a federação emerge para responder às demandas por autonomia das partes constituintes e evitar desagregações, como ocorreu, por exemplo, no Brasil.

Mas independente da forma inicial de constituição dos modelos federativos – se centrípeta ou centrífuga – o fato é que, conforme esclarece Raul Machado Horta, a forma de distribuição de competências é a chave da estrutura do modelo federal, e é determinante para compreensão da temática que envolve esse ensaio.

É que, segundo esclarece o autor, o modo com que as distribuições são feitas dentro do Estado Federal é que dita as regras para determinar *os graus* de centralização e descentralização desses Estados. A repartição de competências, por sua vez, atende a um

[10] DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In *Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties de Petróleo*. Belo Horizonte: Arraes, 2016.
[11] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
[12] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

princípio corporativo territorial, de modo que determinados contextos passarão a incidir em todo território federal, enquanto outros, geralmente de interesses regionais e locais, ficariam distribuídos aos ordenamentos dos estados e municípios[13].

Conforme Horta, a distribuição de competências está intimamente ligada a dois modelos de federalismo distintos, quais sejam: o federalismo clássico ou dual e o federalismo moderno ou cooperativo. No federalismo clássico, inaugurado pela Constituição dos Estados Unidos da América, a forma de distribuição de competências ocorre de maneira horizontal, de modo que cada ente federado detém a competência própria diante de uma determinada matéria, impedindo que outro ente federativo possa intervir de qualquer forma a respeito dessa competência.

Já no federalismo moderno ou de cooperação, cujo exemplo mais simbólico e representativo hoje é o do chamado "Federalismo de Política Conjunta Alemão", o modo de distribuição de competências se dá geralmente de forma vertical, porém é possível estabelecer uma atuação mais coordenada dos Entes Federativos, tendo em vista que uma mesma matéria pode ser dividida entre todos os entes, de modo que todos possam influir e contribuir para um melhor arranjo do Estado.

Ademais, o federalismo pressupõe que haja um duplo ordenamento jurídico, formado pelo ordenamento da União ou da Federação e os ordenamentos dos demais entes da federação. O convívio harmônico entre esse arranjo normativo da federação e dos entes federativos é um dos principais problemas enfrentados pelos constituintes federais[14].

Utilizando por referência as formas de distribuição de competências aos entes federados mencionadas acima, passa-se à análise mais específica do modelo de federalismo brasileiro.

2.2 FEDERALISMO BRASILEIRO: EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO FEDERATIVO DE COOPERAÇÃO EVIDENCIADO NAS NORMAS DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA E DE REPARTIÇÃO DE RECEITAS PÚBLICAS

Conforme sabido, o Estado Brasileiro atual é organizado pela "união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios"[15], adota como forma de governo o modelo Republicano e como forma de Estado a forma Federativa, que figura como um de seus princípios nucleares e uma das suas cláusulas pétreas, o que significa que não pode ser reduzida

[13] Contudo, mister salientar que tais pressupostos não são necessariamente obrigatórios. Alguns modelos de federação suprimem alguns requisitos em detrimento de outros, de acordo com sua formação político-social e de sua realidade estatal. (HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 276.)

[14] HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.275.

[15] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

ou suprimida nem mesmo pelo Poder Constituinte derivado através de Emenda Constitucional[16].

Não obstante, em que pese a forma federativa de Estado tenha sido formalmente introduzida no Brasil desde a Proclamação da República em 1889, através do Decreto nº 1/1889 e posteriormente incorporado desde a primeira Constituição Republicana de 1891, o fato é o federalismo no Brasil nem sempre foi estruturado como no arranjo atual.

Seguindo as formas de constituição do federalismo elencadas pelo Prof. José de Alfredo Baracho, podemos constatar que o nosso pacto federativo, embora inspirado no modelo norte-americano datado de 1787, constituiu-se por aqui de forma centrífuga, nos termos da qual o poder central – e até então unitário – distribuiu parte de suas competências aos Estados federados, que assumiram o papel de entes autônomos.

Nota-se nesse momento que, apesar de a referida distribuição de competências ter sido instituída verticalmente, a União Federal permaneceu fortemente centralizadora com poderes e competências ainda bem concentrados em suas mãos, e pouco distribuídos para os entes "periféricos"[17], configurando nesse primeiro momento o federalismo conhecido por "dual" ou "clássico, conforme já mencionado acima.

Não obstante, já na próxima Constituição Republicana, promulgada em 1934 e inspirada na "Constituição de Weimar", o Estado brasileiro começa a se organizar em um modelo de federalismo mais próximo ao de cooperação, na medida em que distribui mais competências aos entes periféricos permitindo, inclusive, a competência concorrente entre a União e os estados federados sobre determinadas matérias.

Referido movimento de construção de um modelo federativo de cooperação foi freado e perdeu parte de sua força com a Constituição Polaca de 1937 que, promulgada no contexto de implantação da chamada "Ditadura do Estado Novo", retornou com forte concentração de competências e poderes nas mãos do ente central; e, apesar de a Constituição de 1946 restaurar o federalismo de cooperação em seu texto formal, pouco depois a Constituição autoritária de 1967/69 rompe novamente com a ideia e retorna a concentrar poderes e força nas mãos da União Federal[18].

E é nesse contexto histórico, de forte autoritarismo, de concentração de poderes nas mãos da União Federal e da grande necessidade de impedir e controlar os excessos praticados pelo governo central, é que surge a Constituição Republicana de 1988, conhecida como a "carta cidadã".

[16] Art. 60. (...)
§ 4º. **Não** será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.
[17] CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2007, pp. 490-491.
[18] FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016.

Conforme mencionam o Prof. Onofre Alves Batista Junior e Marina Marinho, um dos principais objetivos da Constituição da República de 1988 foi justamente romper com a tradição centralizadora formada até então, e formatar uma verdadeira federação.

Diversos são os indicadores que comprovam o movimento do constituinte de 1988 no sentido descentralizar o poder, de distribuir melhor as competências e formar um modelo de federalismo cooperativo, mas talvez o principal deles tenha sido o fato de a Constituição da República 1988 ter elevado, pela primeira vez, os Municípios ao *status* de ente da federação, dotado também de autonomia política, financeira e administrativa, tal como os Estados, o Distrito Federal e a União já possuíam[19].

Conforme esclarece Bernardo Fernandes, a partir de então alguns autores tais como Marcelo Novelino passam a classificar o federalismo brasileiro como um federalismo "tridimensional" ou de "triplo grau", ocupando a União o primeiro grau, os estados o segundo e os municípios o terceiro; e outros autores, tais como o próprio Fernandes, classificam o nosso modelo como federalismo de duplo grau, figurando no primeiro grau, conjuntamente, a União e os estados (que possuem distribuídos os três poderes em suas estruturas), e no segundo grau os municípios dotados apenas de distribuição dos poderes em legislativo e executivo, não possuindo uma estrutura de judiciário própria[20].

Por uma análise sistemática da Constituição Federal de 1988 como um todo, é possível constatar que a referida inclusão dos municípios como entes federados não veio desacompanhada de suporte estrutural: o Constituinte foi cauteloso e garantir a todos os entes federados (inclusive os municípios) uma estrutura de poder legislativo próprio para que pudesse desempenhar a sua auto-organização, uma estrutura de poder executivo próprio para que pudesse desempenhar o seu autogoverno, bem como uma série de normas de distribuição de competências tributárias e repartição de receitas, para garantir aos referidos ente federados a autonomia FINANCEIRA necessária para desempenhar em plenitude a sua autoadministração.

Afinal, como bem esclarecem o Prof. Onofre Batista Júnior e Marina Marinho, "apenas é possível falar em autogoverno, auto-organização e autoadministração se houver recursos disponíveis para exercê-los"[21].

Nesse contexto, nota-se a preocupação da Carta Constitucional de 1988 em garantir e preservar a referida autonomia dos entes federados na medida em que garante a todos eles – União, estados, Distrito Federal e municípios – a competência comum de instituir impostos, taxas e contribuições de melhoria[22], para fazer face às suas despesas ordinárias e garantir a

[19] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[20] FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 821-822.

[21] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018, p. 29.

[22] Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
I - impostos;

manutenção de sua estrutura autônoma, estando os impostos de competência federal devidamente elencados nos arts. 153 e 154 da CR/88, os impostos de competência dos estados e Distrito Federal devidamente listados no art. 155 da CR/88, e os impostos municipais devidamente listados no art. 155 da CR/1988.

Se a distribuição de competência tributária aos entes federados já demonstra o intuito da Constituição de 1988 em garantir aos referidos entes a autonomia financeira necessária e enrijecer a noção de federalismo, as normas de repartição de receitas previstas nos artigos 157 a 162 do texto constitucional demonstram claramente a opção do Constituinte originário em estabelecer que o referido federalismo se estruture no modelo "de cooperação" mencionado acima[23], porquanto determina que os entes federados, embora autônomos entre si, participem uns dos outros de parte de suas receitas públicas, de modo a garantir uma maior isonomia e evitar desigualdades econômicas muito significativas entre eles.

No referido sistema de repartição de receitas tributárias previsto pela Constituição Federal de 1988, nota-se claramente que a cooperação proposta por esse modelo busca alcançar critérios de isonomia, na medida em que determina que os repasses sejam feitos dos entes com maior capacidade financeira para aqueles com menor capacidade financeira, havendo hipóteses de repartição de recursos da União para com os estados e Distrito Federal, da União para com os municípios e também dos estados para com os municípios.

A título exemplificativo, cite-se de forma mais específica a norma constitucional de repartição de receita que será objeto central da discussão desse ensaio, qual seja o art. 159, I, alíneas b, d, da CR/88[24]. Nos termos do referido dispositivo, 49% do total de recursos arrecadados pela União Federal com Imposto de Renda (IR) e com Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) deve ser repartidos entre demais entes federados, ficando o "Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal" com 21,5% desse valor, e o "Fundo de Participação dos Municípios" com 22,5%, além de um adicional anual de 1% a esse valor.

Ou seja, conforme se pode constatar, em que pese a União Federal detenha competência tributária expressa para instituir, regulamentar e arrecadar os referidos impostos – Imposto de Renda e IPI – não há como ignorar também que, a mesma Constituição que lhe

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

[23] Modelo esse fortemente inspirado no modelo de "Federalismo de Política Conjunta" alemão que, apesar de possuir significativas diferenças em termos de estrutura, possui como ponto comum a preocupação em garantir que os entes federados cooperem entre si e garantam suporte uns aos outros, de modo a evitar desigualdades econômicas e regionais, conforme esclarecem os Profs. Misabel Derzi e Thomas Bustamante (DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. *In Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties de Petróleo.* Belo Horizonte: Arraes, 2016.)

[24] Art. 159. A União entregará:
I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:
vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
a) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; (...)
d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;

outorgou referida competência, determinou também que quase 50% dos recursos arrecadados com os referidos impostos fossem repartidos com os demais entes federativos.

Ora, é de se concluir, portanto, que o exercício da referida competência tributária estará de certa forma limitado e moldado pelas normas constitucionais de repartição de receita, assim como já o é pelos princípios e pelas chamadas imunidades constitucionais, por exemplo, como bem elucidam os Prof. Aliomar Baleeiro e Misabel Derzi.

Deve-se destacar que, momento histórico em que a Carta Constitucional de 1988 foi promulgada, a preocupação com as desigualdades regionais entre os entes da federação era tão evidente quanto a preocupação com os excessos praticados por um governo autoritário com forte concentração de poder, o que se pode constatar, por exemplo, pelos escritos do constitucionalista Prof. José Alfredo Baracho no momento de reabertura democrática, que antecederam à Constituinte de 1988, conforme se vê:

> Durante a outra ocasião de centralização, no mais recente período autoritário enfrentado no Brasil, a União não considerou aspectos de diferenciação entre as diversas regiões do país, ocasionando problemas para alguns entes, sem expectativa de resolução. (...) A reformulação da Federação demandará maior participação dos Estados-membros e dos Municípios. As questões de índole regional, para maior equilíbrio do todo nacional, dão particularidades ao mesmo problema, em razão da existência de espaços com diferentes estágios de desenvolvimento, que apontam a necessidade da descentralização das decisões, sem prejuízo de um desenvolvimento integrado, devido às desigualdades inter-regionais. O federalismo, que deverá surgir dentro de um clima de plenitude democrática, terá que reduzir as disparidades interregionais, através da instituição de adequada discriminação de rendas públicas.[25]

Percebe-se, portanto, que as preocupações quanto à necessidade de descentralização do poder ao atribuir competências aos entes federados, sempre vieram atreladas às preocupações também quanto às desigualdades inter-regionais, motivo pelo qual não deveriam ser dissociadas agora, porquanto o federalismo brasileiro se constitui a partir de 1988 como modelo de cooperação buscando sempre o chamado "desenvolvimento integrado" entre os entes públicos (usando aqui as palavras do Prof. Baracho).

Em outras palavras, considerando que o federalismo é compreendido em nosso arranjo constitucional como um Princípio, moldado pela forma de federalismo de cooperação / cooperativo, nos parece conclusivo que o referido princípio deve nortear a conduta dos entes públicos e, inclusive, limitar o exercício da competência tributária quando necessário.

3. O FEDERALISMO FISCAL SOB O OLHAR DO STF: O CASO DAS ISENÇÕES, RENÚNCIAS E INCENTIVOS RELACIONADOS COM O IR E IPI E SEUS IMPACTOS NO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – RE N° 705.423/SE

3.1 AS ESPECIFICIDADES DO CASO EM ANÁLISE

[25] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. *Revista de Informação Legislativa*, v.22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985. p. 170.

O recurso extraordinário em questão foi interposto pelo Município de Itabi/SE contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que, por sua vez, acabou por dar provimento à Apelação da União Federal (e à remessa oficial), reformando a sentença e, consequentemente, consignando que a competência tributária para instituir imposto de renda e imposto sobre produtos industrializados não sofre qualquer alteração em decorrência do fato de que parte da arrecadação desses tributos deve, obrigatoriamente, ser destinada ao Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Em síntese, o TRF da 5ª Região consignou que o art. 159, I, CF/88 determina a repartição do "produto da arrecadação", de forma que como no caso das isenções, renúncias e incentivos não há arrecadação, não há que se falar em inclusão desses valores no FPM.

A fim de compreender melhor o caso, cumpre salientar que o processo na origem se tratou de ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pelo município supracitado em face da União Federal, a fim de que seja considerado no cálculo do Fundo de Participação nos Municípios o montante relativo às desonerações de IR e IPI, concedidas pelo Governo Federal, nos últimos cinco anos.

A antecipação de tutela foi concedida em primeira instância com base no entendimento do STF consubstanciado no RE n° 572.762, julgado este que também será analisado abaixo, tendo em vista se tratar de discussão correlata em que o Pretório Excelso entendeu que a parcela do ICMS discriminada no art. 158, IV, da Carta Política pertente, de pleno direito, aos municípios.

A tutela antecipada foi suspensa pelo TRF da 5ª Região nos autos da SS n° 4074/SE, mas o magistrado de primeiro grau julgou integralmente procedentes os pedidos a fim de que a União utilizasse no cálculo do FPM o montante correspondente a 23,5% do produto da arrecadação do IR e do IPI (art. 159, I, "b" e "d", da CF/88), sem a exclusão de todos os valores relativos a benefícios, incentivos e isenções fiscais concedidos pelo Governo Federal.

A sentença consignou, ainda, a necessidade de restituição da diferença entre os valores repassados dos últimos cinco anos, a contar do ajuizamento da demanda, corrigidos pela Taxa SELIC.

A União aviou, então, recurso de apelação, que foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, basicamente ao argumento de que quando a Constituição determinou que o "*produto da arrecadação*" seria repartido se referiu apenas ao que fora efetivamente arrecadado.

Ademais, a Turma Julgadora consignou que a sistemática de repartição constitucional de receitas tributárias não teria o condão de alterar a competência da União para instituição (e consequentemente para a desoneração) do IR e do IPI.

Não se conformando com a essa decisão, o Município de Itabi interpôs o recurso extraordinário ora analisado, com fundamento no art. 102, inciso III, a alínea "a", CF/88, alegando violação pelo acórdão do disposto no art. 159, inciso I, alíneas "b" e "d", da Constituição, tendo em vista que a União não poderia conceder renúncia fiscal dos valores relativos à arrecadação do IR e do IPI na parte que caberia aos Municípios, vez que assim procedendo estaria renunciando a valores que não lhe pertencem.

Defende que tal interpretação não implica em qualquer restrição à competência tributária da União, pelo contrário, reconhece que essa competência não pode ser mitigada pelos municípios. Todavia, apesar de competir à União Federal a concessão de isenções, renúncias ou incentivos relacionados aos tributos constitucionalmente vinculados ao seu domínio, deve ser resguardada a parcela destinada ao FPM, não apenas nos termos do art. 159, I, "b" e "d", CF/88, mas também a fim de garantir a própria estrutura do federalismo desenhada pelo legislador constituinte.

Afirma, ainda, o município recorrente que a decisão proferida pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no RE n° 572.762/SC amolda-se perfeitamente ao caso hora analisado, de forma que a conclusão a ser aplicada deve ser a mesma, quer dizer, a concessão de benefícios fiscais pelo ente tributante competente somente pode se dar respeitando a parcela constitucionalmente destinada aos demais entes federados a título de repartição de receitas.

Aduz, ainda, que a Constituição Federal não faz alusão a nenhuma dedução a ser feita para a composição do FPM e que, para que a autonomia política concedida pelo constituinte aos entes federados seja real, efetiva, e não apenas virtual, deve ser preservada com rigor a sua autonomia financeira, não se permitindo, no tocante à repartição de receitas tributárias, qualquer condicionamento arbitrário dos entes responsáveis pelos repasses a que eles fazem jus.

Nesse sentido, defende o município:

> De nada valeria os municípios serem contemplados pela Constituição Republicada de 1988 com competências e atribuições de caráter administrativo, se não fossem, igualmente, agraciados com recursos financeiros necessários minimamente a proporcionar a implementação daquelas ações.
>
> E é certo que a dedução no cálculo do montante do FPM de incentivos fiscais outorgados pela União, pode frustrar, sensivelmente, o cumprimento das competências e das atribuições – e, em alguns casos -, até mesmo tornar letra morta, notadamente em municípios pobres, como o recorrente, as ideias de federalismo e de autonomia municipal[26].

Por fim, alega que a União estaria utilizando os recursos que constitucionalmente pertencem aos Municípios, já bastante reduzidos, para conceder favores fiscais para determinadas empresas.

A União Federal não apresentou contrarrazões.

O recurso extraordinário foi admitido na origem, tendo a Corte Suprema reconhecido a repercussão geral da matéria (Tema n° 653), nos seguintes termos:

> "CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. IR E IPI. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ART. 159, I, b e d, DA CF. CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS BENEFÍCIOS, INCENTIVOS E ISENÇÕES FISCAIS CONCEDIDOS PELA UNIÃO. REPERCUSSÃO ECONÔMICA, JURÍDICA E POLÍTICA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL."

[26] Vide fl. 19 da peça recursal referente ao RE n° 705.423/SE.

Basicamente este é o contexto da discussão em comento, de forma que é possível se passar para a análise da decisão à Suprema Corte sobre o caso e, especificamente, as principais manifestações dos ministros julgadores.

3.2 A DECISÃO DO STF E A ANÁLISE DO VOTO DOS MINISTROS JULGADORES À LUZ DO FEDERALISMO COOPERATIVO

O relator, Ministro Edson Fachin, inicia seu voto esclarecendo os critérios que utilizou para delimitar o objeto do julgamento e assim proceder na análise que entendeu correta do tema.

Cabe ressaltar que talvez seja justamente essa delimitação de objeto que tenha influenciado a decisão da corte e acarretado nas considerações realizadas no presente trabalho.

Assim, importante transcrever as palavras do próprio ministro relator:

> Nesse sentido, intenciona-se delimitar o conteúdo jurídico da expressão "produto da arrecadação" encartada no inciso I do art. 159 da Constituição da República, notadamente para saber se as renúncias de receitas emanadas de tributos de competência da União interferem na composição do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).
>
> Logo, cumpre-se perquirir o seguinte: é constitucional a redução do produto da arrecadação que lastreia o FPM e respectivas quotas devidas às Municipalidades, em razão da concessão regular de incentivos, benefícios e isenções fiscais relativos aos Impostos de Renda e Sobre Produtos Industrializados por parte da União?

Ora, evidentemente respeitando-se os entendimentos em contrário, entender que a discussão em comento se resume à interpretação isolada da expressão "produto da arrecadação" e se a sistemática correta (aspecto instrumental) para o cálculo do FPM se dá com a dedução ou não das desonerações concedidas pela União é reduzir demasiadamente a importância do tema.

De fato o recurso extraordinário em análise discute a própria essência do federalismo fiscal e, consequentemente, não apenas a tensão entre competência tributária e repartição de receitas tributárias, mas a própria autonomia política dos entes subnacionais, inclusive conforme manifestações de diversos ministros julgadores, independente se acataram ou não as razões do município recorrente.

E mais, em sua delimitação, o relator tenta justificar a distinção entre o presente caso e aquele analisado quando do julgamento do RE n° 572.762, tarefa que não foi realizada com a profundidade necessária, sendo que essa discussão foi posteriormente retomada pelo ministro Luiz Fux, inclusive como um dos fundamentos pelos quais ele entendeu por bem em abrir divergência como relação ao voto do ministro Edson Fachin.

Pois bem, após delimitar, segundo sua concepção, o objeto da lide, o ministro Edson Fachin faz longa digressão ao federalismo fiscal brasileiro e à posição dos municípios nesse arranjo constitucional, concluindo, neste ponto com bastante assertividade, que:

> Em síntese, compreendida a autonomia financeira como capacidade de autofinanciamento das atividades estatais representadas pelo autogoverno, à luz de suas características essenciais, que são a independência, a suficiência e a eficiência, percebe-se que os municípios têm-se afirmado progressivamente como parte vital da Federação, em que pesem às desigualdades sociais e regionais e às promessas civilizatórias não cumpridas, em maior ou menor medida, pelo Estado brasileiro.

Posteriormente, o ministro tece considerações sobre a competência tributária da União e o sentido jurídico que a adquire a dispensa de pagamento do IR e do IPI (caracterizado como "avesso do tributo"[27]) realizado no contexto federativo do Sistema Tributário Nacional, em especial no que tange à participação indireta dos entes municipais no produto da arrecadação desses impostos através do FPM.

Quanto a esse ponto, que inclusive é o cerne de sua decisão, o relator parece reduzir o caso ao sopesamento quase que individualizado entre a competência tributária da União e a autonomia financeira dos municípios, defendendo que esta última não se constitui como um direito subjetivo capaz de limitar a competência tributária da União:

> Por conseguinte, firmo convicção no sentido de que não se haure da autonomia financeira dos Municípios direito subjetivo de índole constitucional com aptidão para infirmar o exercício da competência tributária da União, inclusive em relação aos incentivos e renúncias fiscais, desde que observados os parâmetros de controle constitucionais, legislativos e jurisprudenciais atinentes à desoneração.

Complementando seu raciocínio, o ministro Edson Fachin ressalta a diferença entre o que chamou de "duas formas de financiamento dos governos locais", uma pelo critério da fonte, ou seja, através de cobrança de tributos de competência própria; e outra pelo produto, relacionada com a repartição de receitas. Nesse segundo caso, afirma que *"não há direito a uma participação referente à arrecadação máxima"*.

Não obstante tais considerações que culminaram no voto acompanhado pela maioria dos ministros julgadores, o relator não deixou de reiteradamente ressaltar os problemas do federalismo brasileiro, inclusive sob o ponto de vista das desigualdades regionais e, consequentemente, do grave déficit relacionado com a justiça distributiva.

Assim, mesmo reconhecendo as mazelas do nosso modelo, apegado às considerações sobre a semântica da expressão "produto da arrecadação" e sobre a competência tributária da União, preferiu afastar a tese do município recorrente, afirmando que não competiria ao STF refazer ou informar as opções federativas do legislador constituinte.

Quanto ao conteúdo do cálculo do FPM, o relator vai procurar delimitar o conteúdo jurídico da citada expressão "produto da arrecadação", ressaltando que desde o regime constitucional pretérito o STF teria a definido como arrecadação tributária bruta, portanto sem a possibilidade de dedução das despesas administrativas e computando-se as multas moratórias e punitivas.[28]

Além disso, passa a discorrer sobre o que deveria ser entendido como "*conceito técnico de arrecadação*" a fim de firmar o entendimento de que este não compreenderia as

[27] Expressão cunhada por Celso de Barros Correia Neto (CORREIA NETO, Celso de Barros. *O Avesso do Tributo*. São Paulo: Almedina, 2014), conforme mencionado pelo próprio ministro relator.
[28] Nesse sentido, o ministro Edson Fachin cita o RE n° 111.094.

isenções, renúncias e incentivos fiscais, de forma que os benefícios concedidos regularmente pela União não podem ser incluídos no cálculo do FPM.

Termina seu voto reafirmando a ideia (e a esperança) de que competiria ao Poder Legislativo a correção de distorções no federalismo fiscal brasileiro por meio de políticas ordinárias e constitucionais propositivas.

O ministro Luís Roberto Barroso inicia seu voto justamente ressaltando que "*existe algum grau de injustiça fiscal no modelo que temos adotado*". E continua lembrando que é a própria União o principal ator a contribuir para a crise em nosso federalismo, seja através da não regulamentação da compensação das perdas da Lei Kandir, bem como de sua opção pela criação e majoração de contribuições sociais e parafiscais em vez de impostos, cujas receitas são partilháveis.

No entanto, o ministro prefere aderir ao voto do relator focando sua análise na competência da União e, consequentemente, na possibilidade de concessão de desonerações fiscais, o que implicaria em ausência de arrecadação. Assim, sem arrecadação, não há que se falar em repasse ao FPM[29].

O ministro Teori Zavascki também aderiu à tese do relator, sendo, contudo, importante ressaltar que acrescenta um argumento que considerou "*de ordem pragmática*", ou seja, os possíveis benefícios econômicos obtidos em médio prazo pela concessão das desonerações fiscais pela União:

> (...) parece-me um pouco simplista a alegação de que a desoneração fiscal, ou melhor, os incentivos especialmente fiscais produzem necessariamente uma redução inversamente proporcional das receitas dos Municípios e dos Estados. Podem produzir imediatamente; mas, do ponto de vista de médio prazo, nós temos que considerar que as desonerações fiscais, de um modo geral, são atribuídas também para promover o desenvolvimento econômico, que, por sua vez, gera maior arrecadação tributária e que, portanto, aumenta a participação dos Estados e dos Municípios nessa arrecadação futura.

Quanto a essa questão, impende salientar que os impactos das renúncias fiscais da União sobre a economia são de dificílima comprovação empírica, de forma que a sua utilização na forma de argumento pragmático contrário à tese dos municípios, mormente como lançado pelo ministro Zavascki, não parece ser o caminho mais adequado para a solução da controvérsia jurídica ora analisada.

De fato, a efetividade ou não dos benefícios concedidos pela União Federal é tema complexo que merece ser analisado em artigo específico, inclusive abordando-se o aspecto da justiça distributiva como viés indissociável ao tema, segundo estabelecido por nossa própria Constituição Federal.

Outro ponto do voto do ministro Teori Zavascki que merece destaque refere-se à faceta extrafiscal do IPI. Segundo seu posicionamento, entender que as desonerações fiscais em matéria e IPI devam ser incluídas para fins de cálculo do FPM seria o equivalente a retirar da

[29] *"Portanto, se não houve a arrecadação, eu acho que logicamente não há o direito à participação"*.

União a prerrogativa de utilizar esse tributo para fins de regulação da economia e, consequentemente, infirmar sua finalidade extrafiscal.

No tocante a esse argumento, frisa-se que a tese dos municípios não possui qualquer implicação quanto à extrafiscalidade do IPI, seja no sentido de eliminá-la ou mesmo de reduzí-la. O que o recorrente defende é que a União pode sim utilizar esse imposto para fins de regular a economia, concedendo quaisquer isenções, renúncias ou desonerações que bem entender. Todavia, no ponto de vista financeiro, o montante constitucionalmente definido aos municípios deve ser resguardado, conforme estabelecido pela própria Constituição em seu art. 159, inciso I, alíneas "b" e "d", resguardando, por conseguinte, o princípio do federalismo cooperativo.

O argumento do ministro Zavascki parece incorrer em um equívoco categorial, quer dizer, confunde os efeitos tributários relacionados com a competência tributária e extrafiscalidade com as considerações a respeito da repartição de receitas (direito financeiros) e autonomia política (federalismo). Aliás, tal equívoco acaba permear o voto de todos os ministros que afastaram a tese do município recorrente.

Em síntese, é incorreta a ideia de que a União deve submeter aos entes subnacionais a suas decisões sobre política fiscal, especialmente no que tange ao caráter extrafiscal de tributos como o IPI. No entanto, isso não significa que ela não deva analisar os impactos que essa política fiscal tem sob o ponto de vista do direito financeiro (repartição de receitas) e proceder as devidas compensações, a despeito de cometer fraude à Constituição em moldes em certa medida semelhantes aos denunciados por Onofre Alves Batista Júnior e Marina Soares Marinho[30].

Abrindo a divergência sobre o tema, o Ministro Luiz Fux resume a controvérsia em se saber se, de fato, a expressão "*produto da arrecadação*" pressupõe que o tributo seja primeiro arrecadado, não havendo que se falar em qualquer direito por parte dos entes subnacionais antes disso.

Tendo em vista essa questão, o ministro afirma ser plenamente possível interpretar a supramencionada expressão tendo como fundamento o Princípio Federativo:

> (...) é possível - e mesmo desejável – que se verifique o alcance hermenêutico da expressão "produto da arrecadação", constante no art. 159, I, "b" e "d", da CRFB/88, à luz do Princípio Federativo e dos aspectos essenciais que o informam.

Assim, ao desenvolver seu raciocínio no voto divergente, o ministro Luiz Fux contextualiza o modelo federativo brasileiro desde sua origem até os tempos atuais, em que, segundo defende, pode ser verificada uma nova relação entre os entes federados, marcada pela concentração das receitas na União, forte dependência municipal das receitas federais e enfraquecimento do papel político do Estado. Ressalta três fatores que possibilitam a manutenção desse fenômeno:

> 1) diminuição dos valores repassados aos Fundos de Participação dos Estados e dos

[30] Sobre o tema da fraude à Constituição perpetrada pela União Federal quando da instituição da DRU em detrimento à repartição compulsória de receitas tributárias aos entes subnacionais veja-se BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.

> Municípios, em razão da política isentiva da União em relação aos principais impostos de sua competência – IR e IPI, o que se discute *in casu*; 2) aumento extraordinário da arrecadação mediante contribuições, como forma preferencial de incremento da arrecadação federal, justamente por estas não se submeterem à sistemática de partilha do produto da arrecadação – à exceção das Cide- Combustíveis; e 3) prorrogações sucessivas e expansão gradativa da DRU, que permite que a União dê continuidade à política de aumento da arrecadação via contribuições e possa, em seguida, desvincular parcela de sua receita para empregar em outros setores, que não o social, ao invés de prestigiar a instituição dos impostos de sua competência – que, por natureza, não possuem destinação vinculada.

O ministro Fux continua seu voto explicitando as mazelas do nosso federalismo, em grande parte causadas pelo individualismo fiscal da União Federal[31], que acabam por culminar no que ficou conhecido como "política do pires nas mãos", quer dizer, grande parte dos municípios, com as receitas inteiramente comprometidas, acabam dependendo basicamente das transferências intergovernamentais para sobreviver. Esse cenário, na prática, como ressalta o ministro, acaba permitindo que o Executivo Federal exerça controle substancial nas políticas dons entes subnacionais, implicando em evidente perda de autonomia[32].

Misabel Derzi[33] noticia as diversas práticas perpetradas pela União Federal nesse sentido, que, sem dúvida alguma, fazem ruir nosso modelo federativo, concentrando cada vez mais os poderes nas mãos do governo central.

Até mesmo a inexistência de normas e critérios para a concessão de transferências voluntárias faz com que a União utilize politicamente seus recursos em favor de um e em detrimento de outros entes subnacionais, com grave ofensa à igualdade e a autonomia. Em outras palavras, ou o ente se submete aos caprichos da União, ou acaba sendo financeiramente punido.

No mesmo diapasão:

> Dessa forma, atualmente a União detém o controle orçamentário dos entes subnacionais, na medida em que expande as transferências intergovernamentais, a fim de compensar os desequilíbrios gerados por políticas isentivas de tributos federais partilháveis, aliada a uma política de incremento de tributos federais não partilháveis, o que possibilita também um certo controle político da União sobre os demais entes,

[31] Expressão utilizada por Emerson Gabardo e Marcelo Miranda Ribeiro para explicar as dificuldades de harmonização dos entes no federalismo competitivo brasileiro (GABARDO, Emerson; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Individualismo Fiscal e Solidariedade: A harmonia no federalismo competitivo brasileiro. *In*: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e MOREIRA, André Mendes. (Orgs.). Estado Federal e guerra fiscal: uma perfectiva jurídico-filosófica. v. 4. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

[32] Flávio Couto Bernardes, nesse sentido, afirma:

"*O que na realidade se verifica é que a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios da federação brasileira chega, em alguns pontos, a ser ilusória. Vários entes federados vêm demonstrando que não têm condições de assumirem sua própria estrutura, em virtude de sua incapacidade financeira. Sendo assim, restam sempre na dependência do governo federal o do governo estadual, no caso das municipalidades, para assegurarem sua sobrevivência."* (BERNARDES, Flávio Couto. FONSECA, Maria Juliana de Almeida. Reforma tributária dos impostos incidentes sobre o consumo e o pacto federativo no Estado Democrático de Direito. XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010, p. 2526).

[33] DERZI, Misabel Abreu Machado. Reforma Tributária, impactos sobre o equilíbrio federativo e as políticas sociais. *In*: Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Tributário. Tomo 3. MODESTO. Paulo e Oscar Mendonça (coord.). São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 204.

> que se veem obrigados a executar a agenda política federal nesse cenário de escassez de recursos.[34]

O voto divergente continua ressaltando que a porcentagem da receita da União destinada aos Estados e Municípios tem sofrido um decréscimo ao longo dos anos, sobretudo a partir do final de 2008, quando eclodiu uma crise econômica de proporções mundiais.

Nesse cenário, o Governo Federal passou a lançar mão, de forma mais contundente, de políticas desonerativas, sendo que o caso do IPI incidente sobre eletrodomésticos da linha branca, bens de capital e automóveis acabou ganhando notoriedade.

O ministro Fux traz, então, parecer da equipe técnica do Tribunal de Contas da União (TCU) nos autos do processo TC 020.911/2013-0, que acabou por recomendar que a o Governo Federal compense Estados e Municípios pelos impactos negativos decorrentes de suas políticas desonerativas.

Nesse parecer a equipe técnica de fiscalização do TCU afirma que para cada real de renúncia do IR e IPI concedida pela União, aproximadamente cinquenta e oito centavos são arcados por Estados e Municípios, deixando clara a adequação da expressão "dar adeus com chapéu alheio" geralmente utilizada para ilustrar disputas como a presente no pacto federativo.

Tendo em vista tais considerações, o ministro Luiz Fux tece uma primeira e importante conclusão:

> (...) resumir o presente conflito federativo à liberdade no exercício de suas competências tributárias pela União é reduzir a discussão e estancar a análise na estrutura da norma de competência, sem se preocupar com a sua perspectiva funcional dentro do sistema em que está inserida.

Realmente não se pode deixar de concordar com o trecho acima, tendo em vista os graves impactos que as políticas desonerativas da União causam à autonomia dos entes subnacionais. E mais, como já salientado anteriormente, a interpretação da questão a luz do princípio do federalismo não importa em qualquer restrição indevida ao exercício da competência tributária da União, apenas exige que, ao exercê-la, devem ser observadas todas as suas consequências.

Posteriormente em seu voto, o ministro retoma a discussão sobre o julgamento, pelo Tribunal Pleno, do RE n° 572.762. Reitera-se que nesse caso o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito subjetivo do município à parcela do ICMS que lhe era constitucionalmente destinada. Dito de outro modo, afirmou que essa receita seria do município desde seu surgimento, não podendo o Estado condicionar o repasse ao efetivo ingresso, quando este não ocorre exclusivamente em razão de políticas fiscais desonerativas.

O voto chega esclarecer que realmente aquele caso tinha certas questões fáticas diferentes do ora analisado, ou seja, além de envolver conflito entre Estado e Município (e não entre a União e os Municípios), o julgado anterior analisou hipótese de diferimento (e não de isenção).

[34] ALVES, Raquel de Andrade Vieira. A interpretação do art. 160 da Constituição à Luz do Novo Contexto Federativo. *Revista de Finanças, Tributação e Desenvolvimento da UERJ*, v. 3, n. 3, 2015. p. 35.

Em termos práticos, no caso do RE n° 572.762, portanto, a receita tributária chegava a ser arrecadada pelo Estado, mas depois parte dela era devolvida ao contribuinte através de um agente financeiro, fazendo com que o incentivo fiscal fosse implementado.

Com essa diferença, ressalta o ministro, poder-se-ia defender que o entendimento firmado no RE n° 572.762 somente se aplicaria para os casos em que a receita tributária seria efetivamente arrecadada. Todavia, o voto consigna que tal interpretação culminaria em uma restrição demasiada do precedente, na verdade uma tentativa de seu isolamento.

Ora, novamente fica clara a questão da confusão entre o aspecto técnico-tributário em que é implementado o benefício fiscal e a questão mais ampla, relacionada com a autonomia política dos entes subnacionais e o federalismo cooperativo.

Nesse sentido, será que é realmente importante a forma como a União ou o Estado implementa a benesse fiscal, quando o que se discute é a fraude constitucional à repartição de receitas?

Entende-se que do ponto de vista do princípio do federalismo cooperativo, pouco importa se se trata de diferimento ou isenção, se os valores temporariamente ingressaram nos cofres públicos ou não. É o desarranjo federativo, em grave ofensa ao art. 159 da CF que se verifica.

Nesse sentido, importante transcrever trecho do voto do ministro relator Ricardo Lewandowski quando do julgamento do RE n° 572.762, tornando-se inequívoco que o que entendeu o Tribunal Pleno do STF naquela ocasião é que o valor da parcela do tributo obrigatoriamente partilhável já pertence ao ente constitucionalmente destinado desde seu surgimento:

> Não merece acolhida, *data venia*, a alegação de que o direito do Município estaria condicionado ao efetivo ingresso do tributo no erário estadual, porque apenas nesse momento é que passaria a existir como receita pública. (…) a parcela do ICMS mencionada no art. 158, IV, da Carta Magna, (…) embora arrecadada pelo Estado, integra de jure o patrimônio do Município, não podendo o ente maior dela dispor a seu talante, sob pena de grave ofensa ao pacto federativo.

Importante também trazer as considerações dos ministros julgadores Menezes Direito e Cármen Lúcia:

> Senhor presidente, o argumento trazido pelo Estado é inteligente, na alegação de que tratar-se-ia do produto da arrecadação, mas isso levaria a uma iniquidade, porque far-se-ia uma intervenção indevida na regra da Federação. Se fosse assim, nós estaríamos deixando ao Estado estabelecer qual o percentual que iria ser repassado aos Municípios. E isso, evidentemente, viola disciplina constitucional. (Ministro Menezes Direito)

> (...) apenas acrescentando ao que acaba de afirmar o Eminente Ministro Menezes Direito, a Federação brasileira se compõe exatamente com a garantia da autonomia municipal. Ora, se essa autonomia, que depende sempre dos recursos na forma estabelecida pela Constituição, pudesse deixar de ser atendida, evidentemente, estaríamos diante de um quebrantamento, mais do que de uma regra, de um princípio constitucional. (Ministra Cármen Lúcia)

Claro, portanto, que as particularidades do presente caso não impedem que a mesma *ratio decidendi* construída quando do julgamento do RE n° 572.762 não possam ser aplicadas. Há, de fato, uma restrição indevida nesse precedente, tendo ocorrido verdadeira mudança de entendimento da Corte Suprema sem que tal questão fosse expressamente reconhecida pelos ministros julgadores, exceto o ministro Marco Aurélio que, como será abordado abaixo, se posicionou sobre a incorreção da tese dos municípios desde o julgado de 2008.

Como ressaltado pelo ministro Luiz Fux, "*fato do incentivo fiscal ser posterior à arrecadação não foi o fundamento principal para a acolhida do pleito municipal, argumento que, inclusive, chegou a ser enfrentado por alguns Ministros que refutaram a tese de defesa do Estado*".

Outro ponto que se poderia basear a distinção entre o caso em comento e o RE n° 572.762 seria o fato de que a repartição prevista aqui encontra fundamento no art. 159 da Constituição, enquanto no julgado anterior, está baseada no art. 158 da Carta Política. Assim, seguindo essa linha de raciocínio, haveria uma diferença significativa, tendo em vista que no caso do art. 158, a constituição afirma que as receitas a serem partilhadas "*pertencem aos Municípios*", enquanto o art. 159 estabelece que "*a União entregará*" as receitas a serem partilhadas aos Municípios.

Ora, em se tratando de transferências constitucionalmente determinadas, tem-se que a diferença entre pertencer aos Municípios e obrigatoriamente ter que ser entregue aos municípios é meramente artificial.

Por sua vez, o ministro Dias Toffoli, citando a ministra Rosa Weber, que parafraseou o *Chief Justice* John Marshall no caso *McCulloch v. Maryland*, ressaltou que o poder de tributar é o poder de destruir, sendo que esse poder de concessão de benesses fiscais pela União seria destrutivo para toda a federação brasileira.

O ministro questiona ainda a efetividade de tais benefícios, indaga, portanto, qual seria a sua contrapartida à sociedade, em que montante teria ocorrido a geração de empregos.

Sem mais delongas, acompanha a divergência instaurada pelo ministro Luiz Fux.

Em uma sequência de manifestações dos ministros discutindo o presente caso, chama-se atenção para a fala do Ministro Marco Aurélio, que expressamente ressaltou não ser possível afastar a política fiscal da União e colocar sob suspeita todos os incentivos até aqui implementados. Segundo seu entendimento, adotar a tese do município seria reescrever a Constituição, eis que os arts. 158 e 159 possuem várias referências ao valor arrecadado. E adverte: "*Muito pior do que isso é dar-se a impostos a nomenclatura de contribuição, para fugir, justamente, ao Fundo de Participação*".

Ora, concorda-se com o ministro Marco Aurélio, realmente é grave a conduta da União Federal em travestir impostos de contribuições para burlar o pacto federativo. O que se defende no presente trabalho é justamente que tal prática não é substancialmente diferente de se conferir benesses tributárias, ainda que com a intenção de promover a economia, às custas da dilapidação do pacto federativo e da autonomia política dos entes subnacionais.

Importante ressaltar novamente que a presente análise não leva em consideração a efetividade, ou até mesmo a adequação dos benefícios concedidos pela União em termos de justiça distributiva, o que demandaria um estudo mais aprofundado. O que se defende é que, independentemente de tal análise, o federalismo cooperativo impõe que a União se planeje, estude os impactos e compense, do ponto de vista financeiro, os entes subnacionais sempre que for instituir tais benesses fazendo usos de sua constitucional competência tributária.

Sob esse ponto de vista, com a devida licença, não faz qualquer sentido a seguinte indagação do ministro Marco Aurélio:

> Vossa Excelência, então, assenta o seguinte: a União, para implementar qualquer incentivo fiscal, deve consultar os 27 Estados e os 5.561 Municípios, para ver se concordam.

Ora, como já salientado alhures, resta inequívoco que a União não precisa de qualquer aval dos municípios para conceder benefícios fiscais relativos aos tributos de sua competência. Precisa apenas compensá-los financeiramente caso entenda por bem em instituí-los, em estrita obediência ao princípio do federalismo cooperativo.

O ministro Lewandowski também ressalta a urgente necessidade de reforma fiscal em vista de fortalecer o federalismo, mas em maiores considerações sobre o tema em análise, entende por bem em acompanhar o relator.

Cabe frisar que foi o próprio ministro Lewandowski o relator do RE n° 572.762, em que restou consignado, pelo Tribunal Pleno do STF, que a parcela do ICMS a que se refere o art. 158 da CF/88 pertence efetivamente os municípios, de forma que "*o repasse da quota constitucionalmente devida aos Municípios não pode sujeitar-se à condição prevista em programa de benefício fiscal de âmbito estadual*".

Nesse sentido, o ministro poderia contribuir muito ao debate, trazendo novamente à baila as considerações discutidas pela Corte Suprema quando do julgamento daquele recurso, no ano de 2008, ainda que fosse para realmente firmar a distinção entre esse julgado e o presente caso. Distinção esta que, apesar da tentativa do ministro relator, não parece ter ficado totalmente esclarecida, inclusive conforme enfaticamente adverte o Ministro Luiz Fux.

Em um aparte realizado em meio às discussões entre os ministros julgadores, seguindo a linha de todos os ministros que já haviam proferido seu voto, independentemente da posição a favor ou contra a tese do município recorrente, o ministro Gilmar Mendes discorre sobre as mazelas do federalismo brasileiro, em especial ressaltando que a maioria dos municípios brasileiros vive basicamente de repasses procedidos pelo Estado e pela União Federal.

Lembra também a concentração de receitas nas mãos da União, mas salienta também a concentração de responsabilidades, especificamente aquelas vinculadas à Seguridade Social. Diante desse quadro, ressalta a importante contribuição dos ministros Luiz Fux e Dias Toffoli, inclusive no que tange à provocação de uma reflexão que leve talvez a dar consistência a um rearranjo no pacto federativo. Em outras palavras, adere a tese de que o imbróglio ora analisado somente pode ser solucionado pelo parlamento.

Em seu voto o ministro Gilmar Mendes se vê sensibilizado com a tese dos municípios ao afirmar que:

> Do ponto de vista dos entes que recebem as transferências, estados, Distrito Federal e municípios, percebe-se que, em casos extremos, a política fiscal da União pode, na prática, implicar verdadeira asfixia de suas finanças.

Todavia, ressaltou que há de se analisar o outro lado da moeda, ou seja, a liberdade da União Federal para conduzir a sua política fiscal e propugna:

> (...) a mim me parece que o debate que hoje travamos aqui é extremamente relevante para que possamos fazer algumas correções que estão ao alcance do legislador. E sabemos que isso é muito difícil.

Com essas considerações, atribuindo maior ênfase à autonomia fiscal da União, inclusive para fins de desenvolvimento de políticas fiscais que afetem toda a federação, o ministro Gilmar Mendes aderiu ao voto do relator.

O ministro Marco Aurélio Melo, que já havia se pronunciado a respeito da impossibilidade de interpretação da expressão "produto da arrecadação" constante do art. 158 da Constituição de forma diferente de sua literalidade, salientou que não estava presente quando do julgamento do RE n° 572.762, mas que agora seria o caso de repensar o que teria sido decidido naquele caso.

Em outras palavras, o ministro comunga com a ideia de que não há substantivas diferenças entre os dois casos, apenas defendendo que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deve, realmente, ser revista quanto a questão em análise:

> Presidente, como adiantei, estamos revisitando a matéria. Não há a menor dúvida, porque o caso anteriormente apreciado, em 2008, versou o mesmo tema: incentivo fiscal. Só que, em vez de implementado pela União, foi pelo Estado, e envolveu a cota dos Municípios de Santa Catarina.
>
> Na oportunidade desse julgamento, do recurso extraordinário nº 572.762-9, não estava presente. Mas, desde aquela época, por acompanhar os pronunciamentos do Supremo, compreendi que cumpria realmente rever a óptica que acabou prevalecendo. Cabe rever a óptica, porque não se pode – repito, uma vez que ela submete a todos indistintamente e, principalmente, ao Supremo, como guarda que é da Carta –, reescrever a Constituição Federal, a partir de deficiência da Federação, do sistema fiscal quanto às competências dos entes federal, estaduais e municipais.

O ministro Marco Aurélio, como demonstrado acima, tem razão, a matéria constante do presente caso é a mesma daquela decidida pelo Pleno do STF no RE n° 572.762. Cabe apenas discordar quanto à necessidade de revisão do entendimento da Corte Suprema.

De fato, de 2008 até os dias de hoje, as mazelas do federalismo somente aumentaram, cabendo ao STF efetivamente conferir eficácia ao princípio do federalismo cooperativo, o que, de maneira alguma, implica em reescrever o texto constitucional em infringência à separação dos poderes, como acusou o citado ministro.

O voto do relator foi, ainda, acompanhado pelo Ministro Celso de Mello, sem maiores considerações.

Por fim, a ministra então presidente, Carmen Lucia, realizou breves considerações sobre o federalismo, mas adotou o entendimento de que o voto divergente teria o papel de "*alerta ou sinal amarelo*" para que se promovam as mudanças legislativas necessárias em prol da salvaguarda do federalismo.

Assim, decidiu, nos termos do voto do relator, que o cálculo do FPM está taxativamente descrito na norma constitucional, ou seja, se refere apenas às receitas efetivamente arrecadadas, apesar de graves os efeitos da controvérsia para o federalismo.

4. CONCLUSÃO

Diante das considerações constantes do presente trabalho, espera-se ter demonstrado que o tema central não pode ser analisado simplesmente sobre o prisma da ponderação entre competência tributária da União e repartição de receitas. De fato, o que efetivamente está em jogo é o próprio pacto federativo, erigido pelo legislador constituinte ao status de cláusula pétrea, eis que sequer pode ser alterado por emenda constitucional.

Do mesmo modo, buscou-se comprovar que a interpretação do termo "*produto da arrecadação*", constante do art. 159 da Constituição Federal não pode ser dissociada do próprio contexto em que é inserido no Texto Maior, em especial quando a questão financeira tem implicações diretas na autonomia dos entes subnacionais. Em outras palavras, não há como se atribuir qualquer sentido constitucional a essa expressão sem ter como pano de fundo o princípio do federalismo cooperativo.

Reitera-se, o caso em estudo não se cinge a decidir qual a melhor técnica de cálculo do PFM, quer dizer, com a inclusão ou não de receitas desoneradas. A análise é seguramente mais ampla, ou seja, consiste em se saber se há verdadeira fraude à Constituição quando a União Federal se utiliza da sua inquestionável autonomia para exercer política tributária, concedendo desonerações de tributos cuja receita deve ser constitucionalmente partilhada, sem se preocupar com as graves consequências de seus autos para as finanças de Estados e Municípios, em evidente quebra do equilíbrio federativo.

Verificou-se que qualquer distinção realizada entre o presente caso e o RE n° 572.762, em que o Pleno do STF reconheceu o direito subjetivo do município à parcela do ICMS que lhe era constitucionalmente destinada, independentemente do efetivo ingresso e permanência da receita, é meramente artificial, não havendo qualquer justificativa para a não aplicação do precedente, senão a decisão por uma indevida modificação de entendimento da Corte Superior.

Enfim, buscou-se demonstrar as razões pelas quais a decisão do STF proferida no RE n° 705.423 representa um retrocesso em nosso sistema jurídico, tornando ainda mais evidentes as mazelas do nosso federalismo, contribuindo para a concentração dos poderes nas mãos da União Federal e, consequentemente, perpetuando a política do "pires nas mãos" a que Estados e Municípios estão lamentavelmente inseridos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Raquel de Andrade Vieira. A interpretação do art. 160 da Constituição à luz do novo contexto federativo. *Revista de Finanças, Tributação e Desenvolvimento da UERJ*, v.3, n.3, 2015.

ARAÚJO, Tânia Bacelar de, *In*. Governos estaduais no federalismo brasileiro: capacidades e limitações governativas em debate. MONTEIRO NETO, Aristides (Org.) Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_governos_estaduais.pdf>.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do poder: federação e município. *Revista de Informação Legislativa*, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MARINHO, Marina Soares. *A DRU e a deformação do sistema tributário nacional nestes 30 anos de Constituição*. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 55, n. 219, p. 27-52, jul./set. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p27>.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves (org.). *O federalismo na visão dos estados:* coletânea de artigos produzidos no âmbito do Colégio Nacional De Procuradores-Gerais Dos Estados – CONPEG. Belo Horizonte: Letramento, 2018. p.260-274.

BERNARDES, Flávio Couto. FONSECA, Maria Juliana de Almeida. Reforma tributária dos impostos incidentes sobre o consumo e o pacto federativo no Estado Democrático de Direito. *In*: XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br >. Acesso em: 13 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 705.423/SE. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DF de 2018. RE. Brasília. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso em: 21 nov. 2018

CARVALHO NETTO, Menelick de. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) *Crise e desafios da constituição*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves e MOREIRA, André Mendes. (Orgs.). *Estado Federal e guerra fiscal: uma perfectiva jurídico-filosófica*. v. 4. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

DERZI, Misabel de Abreu Machado e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Federalismo, Justiça Distributiva e Royalties de Petróleo. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

DERZI, Misabel Abreu Machado. Reforma Tributária, impactos sobre o equilíbrio federativo e as políticas sociais. *In*: Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Tributário. Tomo 3. MODESTO. Paulo e Oscar Mendonça (coord.). São Paulo: Max Limonad, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. *Curso de direito constitucional*. 8.ed. rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2016,

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

REIS, Iaci Pelaes dos. Justiça distributiva e federalismo cooperativo: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha dos royalties de petróleo do pré-sal. 2017. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, faculdade de Direito. Belo Horizonte.

ROSSO, Paulo Sergio. Federalismo Brasileiro: Origens históricas da tendência centralizadora, *In* O federalismo na visão dos estados: COLETÂNEA DE ARTIGOS PRODUZIDOS NO ÂMBITO DO COLÉGIO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS ESTADOS – CONPEG. FEDERALISMO BRASILEIRO: ORIGENS HISTÓRICAS DA TENDÊNCIA CENTRALIZADORA Belo Horizonte: Letramento, 2018. p.260-274.

TORRES, Heleno Taveira. Constituição financeira e o federalismo financeiro cooperativo equilibrado brasileiro. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*. Belo Horizonte, a. 3, n.5 p. 25-54, mar./ago. 2014.

Referência:

AZEVEDO, Henrique Machado Rodrigues; ANDRADE, Janaína Diniz Ferreira de. Benefícios fiscais, repartição de receitas e princípio federativo: reflexões críticas sobre a decisão do STF no RE 705.423/SE e do impacto das desonerações tributárias na autonomia dos municípios. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 101-125, jan./dez., 2018.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

DESAFIOS NA RECUPERAÇÃO INTERNACIONAL DE ATIVOS

HOMERO ANDRETTA JUNIOR*

SUMÁRIO

1 A recuperação internacional de ativos. 2 Natureza dos ativos: tributários, não tributários, ilícitos contra a administração pública, ilícitos ambientais. 3 Modalidades. Delação premiada. Acordos de leniência. Cooperação jurídica internacional. Convenção de Mérida. Atuação direta do Estado na jurisdição estrangeira. 4 Dificuldades. Comparação de custos. 5 Em direção a uma Justiça global: a minuta de convenção sobre sentenças estrangerias ou convenção "*judgements*" da Haia. 6 Grupos de atuação pró-ativa na repatriação de ativos e a cooperação interna com Estados, Municípios e entes da administração indireta, com vistas a resultados internacionais. 7 Conclusões.

Palavras-Chave: Recuperação internacional de ativos. Desafios.

1. A RECUPERAÇÃO INTERNACIONAL DE ATIVOS

Não é novidade alguma que a globalização permite o fluxo financeiro de capitais de forma muito rápida e praticamente ignorando as fronteiras nacionais. O fluxo financeiro global facilita investimentos, o comércio e o turismo, permitindo uma integração sem precedentes entre os povos e as nações.

Por outro lado, valores pertencentes a entes públicos também podem ser transacionados, muitas vezes de forma ilícita, através do sistema financeiro internacional. No entanto, ao contrário dos particulares, o Poder Público não dispõe da mesma rapidez para

* Advogado da União desde novembro de 2005, ocupou diversos cargos na estrutura da instituição, dentre os quais o de Coordenador-Geral de Patrimônio e Meio-Ambiente (outubro de 2014 a janeiro de 2019), o de Subprocurador-Geral da União na Procuradoria-Regional da União da 3ª. Região (SP/MS, de outubro de 2010 a setembro de 2014). Atualmente é Diretor do Departamento de Assuntos Internacionais da PGU/AGU. Especialista em Direito Público pela UnB, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

detectar estes fluxos, eventualmente impedi-los e, menos ainda, para desfazê-los, isto é, para adotar o caminho inverso do dinheiro ilicitamente desviado.

Em verdade, conquanto a cooperação jurídica internacional em matéria de troca de informações e até de congelamento de ativos venha evoluindo significativamente, não se tem verificado a mesma evolução quando se pensa na repatriação de ativos, por razões que serão escrutinadas em linhas gerais neste breve estudo.

Sem embargo, o caráter didático do congelamento de bens e sua repatriação, se vierem a ocorrer a contento, podem funcionar como importante freio à corrupção. Como diz Otávio Menezes Damé[1], *"o resultado mais desastroso obtido em uma economia corrupta é a má alocação dos recursos"*. E, com bastante acurácia, em estudo sobre a economia e a corrupção, destaca:

> "Na maioria dos casos, no entanto, a presença da corrupção funciona como um imposto que encarece o investimento desejado. Desta forma, quanto mais corrupção existir, mais inibidos serão os investimentos da iniciativa privada, pois maiores serão os seus custos.
>
> De outra forma, olhando pelo lado do governo, todas estas manobras reduzem a eficiência da máquina pública. A quantia paga ao servidor corrupto também constitui recurso com alocação ineficiente, pois, ao invés de estar produzindo bem à sociedade, age em interesse próprio."

Nosso objetivo é alertar as autoridades quanto às possibilidades, riscos e situações que dificultam a repatriação de ativos, não apenas federais mas também de Estados e Municípios.

2. NATUREZA DOS ATIVOS: TRIBUTÁRIOS, NÃO TRIBUTÁRIOS, ILÍCITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, ILÍCITOS AMBIENTAIS.

Nada impede que qualquer espécie de ativo seja recuperado no exterior, embora a natureza do ativo possa influenciar na escolha do melhor mecanismo para repatriação.

A cobrança de tributos simplesmente não pagos, ilícitos contra a administração pública e ambientais, por exemplo, nem sempre serão caracterizados como ilícitos penais ou, mesmo quando sejam, podem não redundar em sentença penal condenatória, o que pode ser um ponto de dificuldade para a repatriação de ativos[2]. Sem embargo, defendemos que todas essas ilicitudes, que geram dano patrimonial ao Estado, podem e devem ser objeto de recuperação internacional de ativos, mormente se o devedor ou responsável já não se encontra ou não possui bens no Brasil.

Até mesmo no direito ambiental a recuperação internacional de ativos pode ser necessária. Uma situação que tem causado graves prejuízos ambientais se refere aos casos das minas abandonadas. Muitas vezes, há empresas que simplesmente desaparecem após esgotarem

[1] DAMÉ, Otávio Menezes. *Educação e Corrupção: a busca de uma evidência empírica*. In: Prevenção e Combate à corrupção no Brasil – 2º. Concurso de Monografias da CGU – Trabalhos Premiados. Brasília-DF, Setembro, 2008.

[2] Mais abaixo desenvolveremos o tema com mais vagar.

a exploração de uma jazida, e deixam para trás enorme passivo ambiental a descoberto, cuja reparação acaba implicando grave fardo a Municípios, Estado e até à União. Por vezes, noticia-se que a empresa em questão tem sede ou filiais no exterior, ou que os responsáveis foram residir no exterior, o que abre o flanco da recuperação de ativos internacional. Seria muito difícil efetuar pedidos específicos de tutela ambiental para uma empresa ou empresário que já não opera mais no Brasil, mas nada impede que se peça o ressarcimento dos gastos públicos, já feitos ou a fazer, para a reparação ambiental da mina abandonada. Da mesma forma, pode-se cogitar a cobrança de multas do Ibama ou agências ambientais estaduais e municipais também por meio da recuperação internacional de ativos.

No campo tributário, embora não Brasil a sonegação fiscal não seja tecnicamente caracterizada como corrupção (embora possa decorrer ou estar ligada a atos de corrupção), há países em que a sonegação fiscal se amolda ao conceito de corrupção. Na Europa, o tema é bastante relacionado, principalmente quando se pensa em manobras de evasão fiscal para impedir a incidência do imposto sobre valor agregado (IVA). A fraude ao IVA, na Europa, é muitas vezes ligado à corrupção. O conceito de corrupção, no Brasil, deriva de tipos penais, e por isso sua interpretação é restritiva; no entanto, a ideia de sonegação enquanto corrupção é bastante didática, já que ao fim e ao cabo tanto a sonegação quanto a corrupção são formas de ofensa ao erário, no sentido de impedir a entrada de recursos ao tesouro ou de extrair recursos do tesouro indevidamente.

Seja como for, há que se ter em mente que a natureza do ativo a ser repatriado não é *conditio sine qua non* para as providências de repatriação. Mas esta natureza pode influenciar decisivamente na modalidade de repatriação que será utilizada, ao menos quanto à eficácia do resultado esperado.

3. MODALIDADES. DELAÇÃO PREMIADA. ACORDOS DE LENIÊNCIA. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE MÉRIDA. ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NA JURISDIÇÃO ESTRANGEIRA.

A experiência brasileira tem demonstrado algumas modalidades de recuperação de ativos internacional, ou mais precisamente, de instrumentos jurídicos que implicam a devolução de numerário ilicitamente desviado ao exterior.

A primeira que tem sido empregada de forma mais óbvia são as delações premiadas, por meio do qual o réu, em processo penal, admite cooperar com as autoridades por meio da delação quanto aos crimes praticados e, ao mesmo tempo, se compromete a restituir ao erário valores ilicitamente desviados.

A segunda, que conta com robusta atuação do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (AGU), acompanhada do assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União, se refere aos acordos de leniência com empresas submetidas ao Processo Administrativo de Responsabilização, de que trata a Lei nº 12.846/2013, ou empresas processadas pela AGU por meio de ações civis públicas de improbidade administrativa (ACPIAs). Os acordos de leniência também preveem a restituição ao erário, ainda que parceladamente, pelas empresas lenientes, o que pode resultar, em muitos casos, no repatriamento de ativos que estavam no exterior.

Nada impede que Estados e Municípios também adotem legislação similar, e tenham suas próprias normas anticorrupção, da mesma forma que estão amplamente legitimados a ajuizar ACPIAs no sistema processual brasileiro. Eventualmente, também poderão ser destinatários da repatriação de ativos, quando forem detectados valores desviados de seus respectivos tesouros ao exterior.

Ocorre que nem sempre os responsáveis pelos desvios de ativos estão dispostos a colaborar, seja por meio de delações, seja por meio de acordos de leniência. Nestes casos, só resta ao Estado buscar os ativos levados indevidamente ao exterior por meio das técnicas relacionadas à cooperação jurídica internacional ou por meio da atuação direta na jurisdição estrangeira.

A terceira forma tem sido a cooperação jurídica internacional, de resultados mais tímidos ou menos imediatos, se comparada com as duas modalidades anteriores, no que se refere ao repatriamento de ativos. Esta via por sua vez se subdivide em algumas espécies reconhecidas pela *communis opinio doctorum*, quais sejam, a carta rogatória, a homologação de sentença estrangeira e o auxílio direto. A cooperação jurídica internacional tem produzido notórios frutos no que se refere à prática de atos processuais e à troca de informações, mas infelizmente não tem dado os mesmos resultados, ao menos proporcionalmente, quando se pensa na efetiva repatriação de ativos. Junger Cestari e Dias Toffoli[3] comentam as formas de cooperação jurídica internacional e esclarecem o mecanismo do auxílio direto no Brasil:

> No Brasil, ao contrário dos meios de cooperação judiciária tradicionais, cuja competência constitucional é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça (Carta Rogatória e Homologação de Sentença Estrangeira) para exercício de mero juízo de delibação, o auxílio direto é instituto que permite cognição plena. Para cumprir tal finalidade, sua competência é atribuída ao juiz de primeira instância.
>
> O próprio STJ esclareceu a questão na Resolução nº 9, de 4/5/2005[4]. No parágrafo único do artigo 7º, a Presidência da Corte Superior estabeleceu que os pedidos de cooperação judiciária "*stricto sensu"* não serão cumpridos pelo Superior Tribunal de Justiça, devendo ser levados, quando impliquem a necessária intervenção do Poder Judiciário, ao conhecimento do primeiro grau de jurisdição.
>
> (...)
>
> Os pedidos de auxílio direto são, em regra, alicerçados em tratados ou acordos bilaterais (os chamados *Mutual Legal Assistance Treaties* ou *MLATs*.) Inexistindo ajuste expresso entre os dois Estados, a assistência poderá ser realizada baseando-se na garantia de reciprocidade do requerente. É possível cooperar nos mais diversos temas, como tributário, trabalhista e previdenciário. No entanto, os tratados mais frequentes no cenário internacional versam sobre matéria penal e civil.
>
> (...)

[3] CESTARI, Virgínia Charpinel Junger; TOFFOLI, José Antonio Dias. *Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil.* In Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008, Brasília.

[4] A Emenda Regimental nº 18/2014 revogou a Resolução nº 9, de 4/5/2005 e incluiu o Título VII-A, "Dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros", no Regimento Interno do STJ, para disciplinar a homologação de sentença estrangeira e a concessão de exequatur a carta rogatória. Sem embargo, permanece o teor comentado no artigo citado.

> Medidas ainda mais contundentes também podem ser efetivadas pela via da cooperação *stricto sensu*, como sequestro de bens e congelamento de depósitos bancários. Ressalte-se novamente que o juiz de primeiro grau que recebe o pedido tem cognição plena para apreciá-lo, estabelecendo contraditório para cristalizar seu livre convencimento.

Nadia de Araújo[5] destaca que o auxílio direto surgiu com vistas a acelerar procedimentos que não poderiam esperar os trâmites burocráticos das cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras. Define o auxílio direto ou assistência direta como:

> A cooperação efetuada entre Autoridades Centrais de países-parte de convenções internacionais com previsão para essa modalidade de cooperação, como por exemplo, a Convenção da Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro de menores, e outras convenções bilaterais, como a entre o Brasil e Portugal, em matéria penal.

Mais à frente, descortinaremos as dificuldades desta modalidade, que merece urgente ampliação e robustecimento, bem como redução de custos, com vistas a permitir uma verdadeira recuperação de ativos em cooperação entre Estados.

A Convenção de Mérida poderia ser o instrumento jurídico que justificasse uma maior cooperação entre os países na matéria. Consoante explana Eduardo Alonso Olmos[6]:

> Conforme los artículos 35 y 53.a de la Convención de Mérida de 2003, los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias para permitir que las víctimas de la corrupción, incluyendo otros Estados, puedan entablar directamente ante sus Tribunales acciones civiles para la recuperación de activos de la corrupción. Teniendo en cuenta que es una obligación, según un Informe de las Naciones Unidas, todos los países, excepto uno, cumplen total o parcialmente estas medidas. Por eso, se constata que el mayor problema no es entablar acciones civiles en Tribunales extranjeros, pero sí contratar abogados privados para estas medidas, en razón de la falta de cooperación por los órganos estatales.
>
> El Estado víctima puede actuar directamente en el Estado receptor por medio del enjuiciamiento de una acción civil de conocimiento, o de la intervención como "tercer interesado" en proceso penal o civil ya instaurado (recuperación directa), o intentar reconocer y ejecutar una decisión civil. En estos casos, en regla, el Estado víctima debería estar representado por abogados con capacidad postulatoria para actuar en el Estado receptor de los bienes, generalmente abogados privados ya actuantes en este Estado.

Infelizmente, a Convenção de Mérida não vem sendo aplicada com o empenho ou com a interpretação jurídica necessária para tanto, pelas autoridades públicas dos países signatários. Talvez no futuro haja disposição e expressa previsão de representação de um Estado estrangeiro pela advocacia pública ou, onde não haja advocacia pública, pelo ministério público ou órgão equivalente, na jurisdição em que se pretende obter a recuperação de ativos. Este seria o clímax da recuperação de ativos internacional, uma guinada em favor dos povos e Estados

[5] ARAÚJO, Nádia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional.* In Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008, Brasília, p. 45.

[6] OLMOS, Eduardo Alonso. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: COOPERACIÓN CIVIL INTERNACIONAL. Tesis presentada a la Universidad de Salamanca como requisito para conclusión del curso de Máster en Corrupción y Estado de Derecho, Salamanca, 2013, p. 163, disponível em https://gredos.usal.es/jspui/browse?type=author&value=Alonso+Olmos%2C+Eduardo

que são vítimas da corrupção. Nos foros internacionais em que o tema é debatido, há que se avançar neste caminho.

Por fim, a quarta forma se refere à atuação direta do Estado na jurisdição estrangeira, por meio da contratação de escritórios privados de advocacia. Conquanto uma solução cara, pode ser a mais eficaz se as anteriores falharem ou não trouxerem resultados práticos. Embora esta contratação venha se tornando cada vez mais frequente, inclusive em favor do Brasil, há dificuldades e entraves de caráter interno ao Estado requerente, como também no âmbito do Estado no qual essa atuação ocorre.

4. DIFICULDADES. NATUREZA DA SENTENÇA. COMPARAÇÃO DE CUSTOS

A grande dificuldade em matéria de cooperação jurídica internacional se refere à exigência, em muitos casos, do trânsito em julgado de sentença penal. No caso brasileiro, muitas vezes não há clareza sobre a questão do trânsito em julgado, ou mesmo se basta o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou do capítulo específico da sentença que trata do perdimento dos bens.

Acrescente-se a isso uma dificuldade ainda maior quando se está a lidar com sentenças de natureza cível e, em especial, sentenças em ações de improbidade administrativa. Não se tem notícia de outro ordenamento jurídico que contemple a figura da improbidade administrativa, menos ainda com um rito próprio capaz de levar os réus a sanções de natureza político-administrativa, seguido da perda de bens. As ações cíveis de ressarcimento ao erário ou de reparação de danos ao erário também podem levar à necessidade de repatriação de valores transferidos ao estrangeiro.

Pois bem, estas circunstâncias causam bastante perplexidade em autoridades estrangeiras, já que a maioria das autoridades estrangeiras demanda uma sentença penal, ou ao menos não está familiarizada com a possibilidade de sentenças cíveis determinando o ressarcimento ao erário. Por isso, o Brasil buscou com grande afinco, durante a 6ª Conferência das Partes da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (UNCAC), realizada entre os dias 2 e 6 de novembro de 2015, em São Petersburgo, na Rússia, a aprovação de resolução apresentada pelo país sobre o uso de procedimento não criminais – civis e administrativos – no combate à corrupção, tendo logrado sucesso.

Conforme amplamente noticiado na mídia, em fins de 2015, a resolução aprovada consagrou mobilização que vinha sendo desenvolvida pelo Brasil nas Nações Unidas e em outros fóruns internacionais, como os grupos de trabalho anticorrupção do G20 e da Convenção contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA). Desde 2011, Ministério das Relações Exteriores (MRE), Ministério da Justiça (MJ), Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal (MPF) vinham atuando nestes foros para convencer a comunidade internacional a respeito da necessidade de se avançar no uso de tais procedimentos para o efetivo combate à corrupção. O desafio agora é colocar em prática a cooperação jurídica internacional em casos não criminais.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), por sua vez, reconhece as dificuldades na matéria de repatriação de ativos, ao mesmo tempo em que anota os avanços em matéria de cooperação não criminal:

> Repatriation of stolen assets to their country of origin can provide developing countries with aditional ressources, offering a powerful deterrent as well as justice for the societies whose funds are repatriated.
>
> Progress in OECD countries in repatriation has been modest, however, with only a limited number of countries having frozen or returned assets. The countries that are the most successful in tracing, freezing and repatriating assets have legal frameworks that allow for non-conviction based forfeiture and civil prosecutions. Proving that assets are linked to criminal conduct can be a complex process. As seen in some cases, one successful way to counter this problem is to require proof that excessive wealth has a legitimate origin. In addition, countries can contribute by accepting foreign confiscation orders and providing assistance to foreign jurisdictions. Adequately resourced and trained specialist units to investigate stolen assets and prosecute offenders are central, as is enhanced information sharing on asset recovery cases among jurisdictions and institutions. By offering legal and technical assistance, and encouraging proper cost sharing arrangements OECD countries can encourage developing countries to seek co-operation7.

Como se vê, a OCDE reconhece que os casos de maior sucesso na repatriação de ativo se deram nos países que adotaram ferramentas não-criminais. A OCDE tem estimulado os países membros a adotarem o mais amplo espectro de assistência jurídica com relação à lavagem de dinheiro, e a facilitarem a troca de informações rápida e proativa, quando requisitada; nesse sentido, as atividades e recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira) ou FATF (Fiancial Action Task Force, em inglês) ganham relevo:

> This category covers FATF Recommendations 35-40. The ability and willingness of judicial authorities to share information and take action on the behalf of authorities in other countries is another crucial element of fighting international financial crime. Judicial authorities must rely on their foreign counterparts to provide them with information for a range of purposes, from client background checks to investigations and evidence in legal cases and for the identification, seizure and confiscation of criminal proceeds. But delays and barriers to effective co-operation caused by administrative and legal requirements often allow criminals to move their funds out of the reach of judicial authorities. Under various international treaties and conventions such as the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC), and in line with FATF Recommendations, OECD countries have agreed to provide the widest possible range of legal assistance in relation to money laundering, and to facilitate information exchange in a timely and proactive manner when requested. This means in practice that they have committed to avoid placing excessively restrictive conditions on the provision of rapid and effective legal assistance, by not invoking financial secrecy laws as a justification for not rendering mutual legal assistance (MLA) or to require dual criminality as a condition for providing assistance, and finally to recognise money laundering as an extraditable offence. Most OECD countries score well on the five recommendations on international co-operation (Recommendations 35-40): 65% comply with Recommendation 36 on MLA, and 20% comply fully. Not a single country is non-compliant. Performance on Recommendation 37 on dual criminality is even stronger, with 56% fully compliant, 32% largely compliant, and only 12% partially compliant. Ratings for Recommendation 38 on confiscation and freezing assets show that about four fifths

[7] OECD (2014), *Illicit Financial Flows from Developing Countries: Measuring OECD Responses*, OECD Publishing. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries.pdf, p. 12.

> of OECD countries (those that are compliant or largely compliant) should be in a position to freeze and confiscate assets on behalf of developing countries where requested, and almost 95% of OECD countries should be in a position to extradite their own nationals for prosecution for money laundering offences[8].

Como se vê, a OCDE tem sido crítica a barreiras legais ou burocráticas à recuperação de ativos. O curioso é que as dificuldades do perdimento de bens decorrente do processo penal no exterior não diferem muito daquelas enfrentadas pelas autoridades brasileiras: morte do réu, prescrição, dilapidação do patrimônio etc. É óbvio que se deve pensar nas garantias processuais como garantias civilizatórias mínimas, mas restringir a recuperação de ativos às lides penais é erro crasso, que gera injustiças e que não cobre todas as situações de desvios de bens e valores do patrimônio público.

Nesse sentido, é perfeitamente razoável que se demande respeito ao devido processo legal, inclusive ao trânsito em julgado quando há condenação ao perdimento de bens, mas não há razão lógica para que sejam impedidas as repatriações de bens decorrentes de condenações cíveis e, em especial, em ações de improbidade administrativa. A OCDE tem reconhecido as ações civis como forma de motivação da repatriação, já que demandam menos provas do que ações criminais e geralmente têm menos limitações ao seu prosseguimento. Além disso, reconhece a possibilidade de congelamento de bens antes da condenação criminal:

> To start with, domestic laws should facilitate the rapid tracing, freezing and return of stolen assets. Speed is of the essence when it comes to tracing and freezing liquid assets, as criminals can quickly transfer funds out of the authorities' reach or even dispose of property if they receive signals that the authorities are after them. One useful way is to allow for non-conviction-based asset confiscation or forfeiture, which allows authorities to confiscate funds in the absence of a criminal conviction. This is particularly useful when the suspect is deceased, has fled or is immune from prosecution. Another approach is to allow authorities to freeze funds if requested to do so by a foreign jurisdiction. When a domestic freezing order requires a criminal charge to be initiated first, this can delay the process significantly and compromise the ability to seize assets.
>
> Another important avenue for repatriating stolen assets to a foreign jurisdiction is to allow the victim country to initiate civil action in their own courts. Civil actions generally operate on a lower standard of proof than criminal actions and often carry less stringent statutes of limitations rules. Finally, many countries lack laws that allow them to order compensation, restitution or damages to a foreign jurisdiction. This is obviously a major barrier to recovering stolen assets, and those countries that have such limitations should urgently address them[9].

Outro ponto que merece destaque é o cotejo de custos entre as formas de repatriação de bens.

[8] OECD (2014), *Illicit Financial Flows from Developing Countries: Measuring OECD Responses*, OECD Publishing, p.49. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries.pdf, p. 42 na versão eletrônica (acesso em 12/02/2019).

[9] OECD (2014), *Illicit Financial Flows from Developing Countries: Measuring OECD Responses*, OECD Publishing, p.106. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries.pdf, p. 94 na versão eletrônica, acesso em 10/02/2019.

É bem verdade que a delação premiada e as restituições ao erário estabelecidas em acordos de leniência implicam pagamento voluntário do delator ou dos ofensores ao ente lesado. Por esta razão, são os mecanismos menos custosos ao repatriamento de bens, já que este custo – se houver - é um ônus do delator ou da empresa que firmou o acordo de leniência.

Já a cooperação internacional não sai de graça: conquanto para obter informações e congelamento de bens haja bastante cooperação entre autoridades brasileiras e estrangeiras, a experiência tem demonstrado que, ao se cogitar na repatriação de valores, o discurso de autoridades europeias e estadunidenses, lamentavelmente, muda um pouco de figura. As autoridades destes países muitas vezes falam claramente em repartir os valores apreendidos com os países vítimas da corrupção, ou que pretendem a recuperação de ativos de forma geral, ou que os bens congelados serão destinados ao pagamento de multas aplicadas nestes mesmos países (sobretudo no caso dos EUA).

No máximo, faria algum sentido se pleiteassem os custos que estes países tiveram com a atuação de seus agentes no auxílio aos países requerentes da devolução do dinheiro. Infelizmente, um promotor de justiça estrangeiro não parece inclinado a se dedicar a repatriar dinheiro para o Brasil, ou outro país lesado por práticas ilícitas. Em suma, a cooperação ainda está longe de compreender o integral sentido do verbo cooperar, de forma que ainda há muito que se construir em termos de relações internacionais em se tratando de repatriação de ativos.

Por fim, com relação à contratação de escritórios privados para atuar no foro estrangeiro, em nome do Estado vítima da corrupção, também existe a dificuldade relacionada aos custos de contratação e acompanhamento do processo, como bem ressalta Alonso Olmos[10]:

> Lo que ocurre es que los abogados privados son muy costosos para el Estado víctima, ya perjudicado por el hecho de corrupción, como se reconoce en Guía técnica de la Convención de Mérida de 2003,436 lo que puede desalentar, conforme el caso, la recuperación directa o el reconocimiento de decisiones civiles.

5. EM DIREÇÃO A UMA JUSTIÇA GLOBAL: A MINUTA DE CONVENÇÃO SOBRE SENTENÇAS ESTRANGERIAS OU CONVENÇÃO "JUDGEMENTS" DA HAIA.

Um tema que tem sido acompanhado pelo Departamento Internacional da Advocacia-Geral da União é a proposta de um tratado com vistas à internalização de sentenças estrangeiras, na Conferência da Haia de Direito Privado. Esta pode ser uma solução parcial para o problema, ou ao menos um avanço em termos de cooperação jurídica internacional, com maior interação entre as jurisdições. Um mundo cada vez mais internacionalizado requer um Judiciário apto a ver suas decisões cumpridas no exterior, ao mesmo tempo em que aberto a recepcionar decisões estrangeiras e fazê-las cumprir internamente. Accioly e Nascimento e Silva[11], ao analisarem o direito de jurisdição, atestam que

[10] OLMOS, Eduardo Alonso. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: COOPERACIÓN CIVIL INTERNACIONAL. Tesis presentada a la Universidad de Salamanca como requisito para conclusión del curso de Máster en Corrupción y Estado de Derecho, Salamanca, 2013, p. 164, disponível em https://gredos.usal.es/jspui/browse?type=author&value=Alonso+Olmos%2C+Eduardo

[11] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do. *Manual de direito internacional público.* 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 109.

> Todo Estado tem o direito de exercer a sua jurisdição no seu território e sobre a população permanente, com as exceções estabelecidas pelo direito internacional.
> (...)
> O direito do Estado sobre o território e os respectivos habitantes é exclusivo, ou seja, nenhum outro Estado pode exercer a sua jurisdição sobre o território, a não ser com o consentimento do primeiro. É bem verdade que a legislação do Estado pode prever o exercício de sua jurisdição em país estrangeiro sobre os respectivos nacionais, o que significa que a jurisdição do Estado em relação aos estrangeiros não é exclusiva.

A minuta de convenção da Haia sobre julgamentos estrangeiros permitirá esse consentimento estatal para o exercício de uma jurisdição efetivamente internacional. Esclarece Nádia de Araújo[12] que

> O reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras é um tema ligado à questão da circulação internacional dos julgados, cuja efetividade interessa ao bom funcionamento do sistema internacional. A ação de homologação de sentença estrangeira é indispensável ao reconhecimento e à execução de provimento jurisdicional de autoridade estrangeira no território do Estado requerido, promovendo a eficácia e o respeito aos direitos adquiridos no exterior. Se o Direito Internacional Privado (DIPr) admite a aplicação da lei estrangeira no curso de uma ação interna, há de reconhecer também a eficácia da sentença estrangeira, para sedimentar a boa convivência entre os Estados na comunidade internacional.
> (...)
> O modelo adotado no Brasil, inspirou-se no italiano, chamado de *sistema de delibação*, pelo qual não se questionava o mérito da decisão, em sua substância, senão para a verificação dos requisitos formais, além de ofensa à ordem pública, bons costumes e soberania nacional. Estabeleceu-se, assim, um processo de contenciosidade limitada, porque não é permitido discutir outras questões fora daquelas expressamente delimitadas.

Arthur T. von Mehren[13], comentando o projeto dessa convenção pondera:

> The issues raised by a convention on jurisdiction and foreign judgements in civil and commercial matters are many, varied and difficult. Different legal systems have diferente practices, procedures and rules. Moreover, in the last decade, the widespread of commerce and new technologies have raised difficult and still unresolved economic, political and legal issues in such fields as intellectual property and electronic commerce.

Para o Brasil haveria ganhos importantes, considerando-se que o Brasil atualmente é bastante receptivo a sentenças estrangeiras, respeitados os requisitos legais positivos e negativos de homologação. De acordo com panorama da própria conferência da Haia, há

[12] ARAÚJO, Nádia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional.* In Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, ed., 2008, Brasília, pp. 44 e 45

[13] MEHRE, Arthur T. von. Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed? In: *The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press,* v. 49, n. 2 (Spring, 2001), pp. 191-202 (12 pages). Versão eletrônica disponível em: https://www.jstor.org/stable/840811?read-now=1&seq=4#page_scan_tab_contents (acesso em 17/02/2019)

grandes vantagens no desenvolvimento de uma convenção sobre o reconhecimento e aplicação de julgamentos estrangeiros[14]:

> Advantages of developing a convention on the recognition and enforcement of foreign judgments
> In contemporary times, the number of international transactions has increased and only continues to increase, just as cross-border commerce and foreign investments are becoming more and more important. A uniform legal process for the recognition and enforcement in one State, of judgments rendered in another State would help reduce the legal obstacles encountered by individuals and corporations in cross-border transactions. Thus, a future convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters will offer numerous advantages.By establishing uniform rules on the recognition and enforcement of judgments, a future convention will provide parties with a simple, efficient, and predictable structure. This will ensure a higher level of certainty in the context of cross-border exchanges and will create a more reliable judicial infrastructure that supports international transactions and investments. In addition, an international regime for recognising and enforcing judgments could simplify the enforcement process and reduce the related costs as a result.

A minuta[15] de convenção prevê a validade de decisões judiciais proferidas em um Estado-parte para os demais, e vice-versa, basicamente cf. dispõe seu art. 4º:

> Article 4
> General provisions
> 1. A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified on this Convention.

No seu artigo 12, está previsto que acordos judiciais também serão reconhecidos nos Estados signatários. No campo da recuperação de ativos, este item pode ter destacada importância na busca por cumprimento de acordos de leniência, por exemplo.

Atualmente, para operar efeitos no Brasil, existem poucos requisitos positivos para concessão de *exequatur* às sentenças estrangeiras, plasmadas no art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010), *in verbis*:

> Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:
>
> a) haver sido proferida por juiz competente;
> *b)* terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
> c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
> d) estar traduzida por intérprete autorizado;
> e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

[14] Hague Conference On Private International Law. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/905df382-c6e0-427b-a5e9-b8cfc471b575.pdf (acesso em 17/02/2019)
[15] HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or comercial matters* – prepared by the Special Comission – May 2018. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/9faf15e1-9c36-4e57-8d56-12a7d895faac.pdf

> Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 12.036, de 2009).
>
> Art. 16. Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei.

Já os requisitos negativos são poucos: ofensa à soberania nacional, ofensa à ordem pública e aos bons costumes:

> Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

No plano do direito material, as exceções à aplicação de direito estrangeiro, segundo Irineu Strenger[16], são cinco: a ordem pública, a fraude à lei, a reciprocidade, o interesse nacional lesado e as instituições desconhecidas. Quanto ao penúltimo, defende que poderia se enquadrar na hipótese de fraude à lei e, quanto ao último, menciona como exemplo a poligamia, instituto desconhecido no ordenamento jurídico brasileiro. Este último caso – nos parece – poderia ser enquadrado como algum dos outros três primeiros óbices à aplicação do direito estrangeiro.

As hipóteses de recusa à sentença estrangeira, previstas na minuta[17] de Convenção, são até mais amplas que as atualmente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

> Article 7
> Refusal of recognition or enforcement
>
> 1. Recognition or enforcement may be refused if –
>
> (a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim – (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or (ii)was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;
>
> (b) the judgment was obtained by fraud;
>
> (c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;
>
> (d)the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court other than the court of origin;

[16] STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado. Parte Geral. Direito Civil Internacional. Direito Comercial Internacional.* LTr, 4.ed., São Paulo: 2000, pp. 433 a 451

[17] HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or comercial matters* – prepared by the Special Comission – May 2018. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/9faf15e1-9c36-4e57-8d56-12a7d895faac.pdf

> e) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or
>
> (f) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfills the conditions necessary for its recognition in the requested State;
>
> [(g) the judgment ruled on an infringement of an intellectual property right, applying to that [right / infringement] a law other than the internal law of the State of origin.]
>
> 2. Recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where –
>
> a)the court of the requested State was seised before the court of origin; and
>
> (b)there is a close connection between the dispute and the requested State. (...)

Por outro lado, as sentenças dos juízes brasileiros dificilmente são reconhecidas com a mesma facilidade em outros países. Daí que, com a provável aprovação da Convenção, a jurisdição brasileira terá maiores chances de se fazer valer em países estrangeiros, com ganhos inclusive à recuperação de ativos e ao combate à corrupção. Patrícia Henriques Ribeiro[18] ressalta que:

> A importância das relações entre Direito interno e Direito internacional é, ainda, vinculada ao seguinte critério: a eficácia das normas emanadas do Direito internacional depende de como o direito de cada Estado lhes dê efeito. Parece-nos, assim, que isto implica em dizer que as normas de Direito internacional ficam condicionadas à lealdade que os ordenamentos internos de cada Estado equiparem às suas respectivas normas, e lhes dêem efeito.

No caso da homologação de sentenças estrangeiras, o direito internacional, por meio de convenções e tratados, pode servir de veículo para a aplicação extraterritorial de direito estrangeiro no país que acata o comando sentencial. Poder-se-iam levantar preocupações quanto à soberania, mas a autora supracitada observa que existem vantagens[19]:

> Ademais, entendemos que apesar dessa transferência, ou melhor dizendo, reestruturação do conceito clássico de soberania, acarretem algumas vantagens para os Estados. A crescente participação dos Estados nos organismos supranacionais possibilita uma inserção no cenário internacional, facilitando as relações com os outros Estados, bem como com os outros blocos regionais.

Claro que os requisitos de direito material e processual, mesmo na hipótese de adesão do Brasil à Convenção, deverão dialogar e ser apreciados pelo juiz brasileiro, quando se pretender a homologação da sentença estrangeira. Assim, não há qualquer risco à soberania pátria.

Embora os objetivos da conferência estejam claramente ligados à facilitação de decisões em matéria comercial e civil, é inegável que seus resultados também facilitarão a

[18] RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno* – Conflito entre o Ordenamento Brasileiro e Normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 27

[19] RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno* – Conflito entre o Ordenamento Brasileiro e Normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 37.

cooperação jurídica internacional entre Estados, permitindo que decisões judiciais sejam executadas com maior facilidade em outros países. Para o Brasil, a jurisdição brasileira seria claramente prestigiada alhures.

6. GRUPOS DE ATUAÇÃO PRÓ-ATIVA NA REPATRIAÇÃO DE ATIVOS E A COOPERAÇÃO INTERNA COM ESTADOS, MUNICÍPIOS E ENTES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA, COM VISTAS A RESULTADOS INTERNACIONAIS.

Uma possibilidade de atuação para as autoridades brasileiras é o estabelecimento de unidades especializadas em recuperação de ativos, nos órgãos públicos, com vistas à obtenção de melhores resultados. Na AGU, o grupo de atuação pró-ativa já vem há alguns anos desenvolvendo essa atividade com bastante êxito no âmbito interno.

O grande problema é a extensão dessa atividade para os bens ilicitamente desviados para o exterior. Gray, Hansen, Recica-Kirkbride e Mills[20], em publicação patrocinada pelo Banco Mundial, por meio da Iniciativa de Recuperação de Ativos Roubados (STAR – *Stolen Asset Recovery*, em inglês), noticiam alguns países que criaram unidades focadas na recuperação de ativos, bem como destacam a necessidade de construção dessa capacidade em países em desenvolvimento:

> **Specialized Units That Focus on Asset Recovery**
>
> Four countries—Canada, Spain, Sweden, and the United States—have joined the United Kingdom in establishing special units that focus exclusively on corruption offenses and recovery of corruption proceeds (see box 6.1). The United Kingdom expanded its approach slightly to create a cross-government task force.
>
> Other OECD members have established specialized units that focus on recovery of the proceeds of all crimes, including corruption. Most recently Portugal joined other countries of the European Union in establishing an asset recovery office, and Australia established the Criminal Asset Confiscation Taskforce in 2011. Steps have also been taken to identify and address challenges: A recent evaluation by the European Commission cited lack of authority to access bank information, absence of a secure platform for exchange of information, and other resource problems. The EU is undertaking steps to amend the legal framework to overcome these challenges (European Commission 2010; 2011).
>
> (...)
>
> **Capacity Building in Developing Countries**
>
> Asset recovery cases generally require investigations in both the requested and requesting countries. Intelligence, information, and evidence need to be gathered, assets must be traced and frozen, and cases pursued. International cooperation is undertaken to share evidence in support of a foreign case or to enforce a domestic order. Requesting jurisdictions often struggle with asset tracing and financial

[20] GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; RECICA-KIRKBRIDE, Pranvera; MILLS, Linnea. *Few and Far – The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Banco Mundial e OCDE, 2014, pp. 47 e 49. Também disponível em https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/20002/210274.pdf?sequence=1&isAllowed=y

> investigations, understanding requests from foreign jurisdictions, and gathering the needed evidence. Where needed, some OECD members have broadened their asset recovery efforts to include the development of institutions and practitioners beyond their borders. Such capacity building is envisioned under the fundamental principle of shared responsibility in UNCAC. According to a recent publication, "The area where the most work remains is in the capacity building of developing countries to undertake asset recovery efforts both within and beyond their borders" (Vlassis, Gottwald, and Park 2013, 171). Capacity development is also a priority of the Accra Agenda for Action.

Os mesmos autores relacionaram os nove princípios-chave para a efetiva recuperação de ativos, adotados pelo Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20, em 2011 em Cannes, agrupados por temas[21]:

Desenvolvimento da Política Anticorrupção:

1) tornar a recuperação de ativos uma prioridade e agregar recursos para apoiar esta política;

Suporte legislativo:

2) fortalecer medidas preventivas contra procedimentos de corrupção;

3) preparar ferramentas para rápida localização e congelamento de ativos;

4) estabelecer várias hipóteses de recuperação de ativos, como procedimentos independentes de condenações e ações de direito privado.

5) Adotar leis que encorajem e facilitem a cooperação internacional

Suporte Institucional:

6) criar equipes especializados em recuperação de ativos – uma unidade anti cleptocracia.

7) participar ativamente de redes de cooperação internacionais;

8) providenciar assistência técnica a países em desenvolvimento;

9) coletar dados sobre casos e compartilhar informações sobre impactos e resultados.

Sob esse ponto de vista, a AGU poderia coordenar, junto com as Procuradorias dos Estados e dos Municípios, uma força-tarefa de recuperação de ativos internacional, sem prejuízo da cooperação jurídica internacional por meio do Departamento de Recuperação de

[21] GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; RECICA-KIRKBRIDE, Pranvera; MILLS, Linnea. *Few and Far – The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Banco Mundial e OCDE, 2014, pp. 67 a 69. Também disponível em https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/20002/210274.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ativos do Ministério da Justiça (DRCI/MJ) e de parcerias com outras instituições, notadamente o Ministério Público.

É que, se para a União já é extremamente difícil a recuperação de ativos no exterior, ainda maiores são as dificuldades para Estados e Municípios. Nesse sentido, poderiam ser firmados acordos de cooperação técnica ou convênios visando uma atuação coordenada, inclusive com compensações financeiras pelos custos dos trabalhos no exterior, porém com ganhos de efetividade no contato com agentes públicos de outros países e mesmo na contratação de escritórios de advocacia privados.

7. CONCLUSÕES

É de se estranhar que não haja mais e melhor cooperação na restituição de ativos, já que a degradação das instituições e do Estado, nos países vulnerados pela corrupção, enseja degradação das próprias condições de vida nestes locais, o que resulta, ainda que indiretamente, em maior imigração para os países ricos.

Outro aspecto da lavagem de dinheiro nos países ricos que tem sido frequentemente noticiada é aquisição de imóveis em bairros nobres, notadamente de grandes capitais europeias, que resulta no surgimento de bolhas imobiliárias, com elevado aumento dos custos de vida nestas cidades para sua própria população. Reportagem do prestigioso *The Guardian*, publicada em 15/07/2016, evidencia isso:[22]

> Last year, Toon claimed the London property market had been skewed by laundered money and that prices were being artificially driven up by overseas criminals who wanted to sequester assets in the UK.
>
> The MPs said it remained "far too easy for someone intent on laundering money to buy a property with their ill-gotten gains, and rent it out in a very buoyant and robust letting market and take in clean money in perpetuity"
>
> (...)
>
> The stark criticisms come despite several recent commitments from government to clamp down on London being used to launder corrupt money from around the world. In May, David Cameron announced plans to require all foreign companies buying property in the UK to disclose their true owners in a public register for the first time

Mais recentemente, em 07/11/2018, o *Le Figaro* também publicou reportagem sobre a lavagem de dinheiro no mercado de imóveis francês[23]:

> (...) Tracfin, la cellule de Bercy chargée notamment de lutter contre le blanchiment d'argent réclame de meilleurs résultats à ces «élèves» que son directeur juge «moyens». «Les agents immobiliers, qui sont au cœur du réacteur, sont un peu passifs», lâche Bruno Dalles, directeur de Tracfin, cité par Le Parisien-Aujourd'hui-en-France. Parmi les régions visées, la Corse, la Côte d'Azur ou encore l'Outre-mer

[22] https://www.theguardian.com/money/2016/jul/15/mps-decry-inadequate-efforts-stop-money-laundering-uk-property,

[23] https://immobilier.lefigaro.fr/article/blanchiment-les-agents-immobiliers-sommes-de-se-montrer-plus-cooperatifs_fbfea5ba-e19c-11e8-83d1-fc7ebc69ae48/,

> comme la Saint-Martin, la Guyane, la Guadeloupe ou la Martinique. Il y a près de trois ans, un rapport de la Commission nationale des sanctions pointait déjà du doigt des «négligences» de la part d'une trentaine d'agences immobilières mais également «l'ignorance complète par un grand nombre d'entreprises» de leurs obligations (...)

Sob estes pontos de vista, o combate à corrupção nos países em desenvolvimento também deveria ser de grande interesse nos países ricos. Como se vê, a corrupção e a lavagem de dinheiro geram efeitos negativos para todos os países, o que deveria impulsionar maior cooperação jurídica internacional nesta seara, para fins de efetiva devolução do numerário aos Estados-vítima.

É claro que haverá países, infelizmente, nos quais as instituições não terão solidez suficiente para receber a restituição sem que haja novos desvios. Sabe-se que há países pequenos em que um clã ou títere corrupto se apodera de toda máquina estatal, e neste caso a restituição não faria sentido, com efeito. Mas esta situação não pode justificar a inação, e há que se buscar alguma espécie de solução para o tema, nem que seja o permanente congelamento dos ativos até que haja alteração do cenário político-institucional no país vitimado pela corrupção e beneficiário da repatriação.

Não é este, à evidência, o caso brasileiro, em que o ressarcimento deve ser efetuado à pessoa jurídica lesada. Ademais, o natural é que as pessoas envolvidas nos escândalos de corrupção sejam devidamente punidas e afastadas das funções públicas, sendo certo que novos gastos dependerão da observância de todas as regras orçamentárias e licitatórias, sem prejuízo da incidência das normas e atividade de controle interno e externo da despesa pública.

Resta claro, também, que a cooperação jurídica internacional ganhou muita força em sede de direito internacional privado. É curioso que não tenha ganhado a mesma força em matéria de direito internacional público, talvez porque os Estados sejam ainda muito ciosos de sua soberania, conquanto este conceito seja fluido e cada vez mais questionado pela intensa globalização econômica. A cooperação jurídica internacional tem muitos casos de sucesso, também, na matéria penal, porém não se tem observado a mesma efetividade na repatriação de ativos. Há muitos casos de congelamento de bens, mas são poucos os casos de efetiva repatriação, o que pode ser verificado nas análises da OCDE e do Banco Mundial, por exemplo, nos estudos destas instituições citados neste artigo.

Em suma, não há razão para que as autoridades envolvidas no combate à corrupção não atuem de forma mais ampla e menos formal em matéria de recuperação internacional de ativos. A evolução do direito internacional, de suas normas, da jurisprudência a seu respeito, e dos entendimentos das principais organizações internacionais que tratam do tema já indicaram a orientação a ser seguida. Deve-se pô-la em prática.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, G.E. do. *Manual de direito internacional público*. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Nádia de. *A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional.* In Manual de Cooperação Jurídica

Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Brasília, 2008.

CESTARI, Virgínia Charpinel Junger; TOFFOLI, José Antonio Dias. *Mecanismos de Cooperação Jurídica Internacional no Brasil*, in Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos – Cooperação em Matéria Penal. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Artecor Gráfica e Editora Ltda. Brasília, 2008.

DAMÉ, Otávio Menezes. *Educação e Corrupção: a busca de uma evidência empírica.* In: Prevenção e Combate à corrupção no Brasil – 2º. Concurso de Monografias da CGU – Trabalhos Premiados. Brasília-DF, Setembro, 2008.

GRAY, Larissa; HANSEN, Kjetil; RECICA-KIRKBRIDE, Pranvera; MILLS, Linnea. *Few and Far – The Hard Facts on Stolen Asset Recovery*. Banco Mundial e OCDE, 2014. Também disponível em https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/20002/210274.pdf?sequence=1&isAllowed=y

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil or comercial matters* – prepared by the Special Comission – May 2018. Disponível em https://assets.hcch.net/docs/9faf15e1-9c36-4e57-8d56-12a7d895faac.pdf

MEHRE, Arthur T. von. Drafting a Convention on International Jurisdiction and the Effects of Foreign Judgments Acceptable World-Wide: Can the Hague Conference Project Succeed? In: The American Journal of Comparative Law. Oxford University Press, Vol. 49, No. 2 (Spring, 2001), pp. 191-202 (12 pages). Versão eletrônica disponível em: https://www.jstor.org/stable/840811?read-now=1&seq=4#page_scan_tab_contents (acesso em 17/02/2019)

OECD (2014), *Illicit Financial Flows from Developing Countries: Measuring OECD Responses*, OECD Publishing. Disponível em: https://www.oecd.org/corruption/Illicit_Financial_Flows_from_Developing_Countries.pdf

OLMOS, Eduardo Alonso. RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: COOPERACIÓN CIVIL INTERNACIONAL. Tesis presentada a la Universidad de Salamanca como requisito para conclusión del curso de Máster en Corrupción y Estado de Derecho, Salamanca, 2013.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno* – Conflito entre o Ordenamento Brasileiro e Normas do Mercosul. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado.* parte geral, direito civil internacional, direito comercial internacional. 4.ed. São Paulo: Ltr, 2000.

Title: Chalenges on International Asset Recovery

***Keywrods*:** International asset recovery. Challenges.

Referência:

ANDRETTA JÚNIOR, Homero. Desafios na recuperação internacional de ativos. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, p. 127-145, jan./dez., 2018.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

O SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA E A CRISE DO PACTO FEDERATIVO:
DEFICIÊNCIAS ORIUNDAS DE UMA HERANÇA DITATORIAL E PROPOSIÇÃO DE SOLUÇÕES DEMOCRÁTICAS

JULIANA SANTOS MOURA

MIGUEL ANDRADE

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O sistema tributário como perpetuador de desigualdades. 3 Ineficiência de um modelo policial bipartida – herança do regime militar. 4 A utilização das forças armadas na segurança pública. 5 SUSP – Sistema Único de Segurança Pública e a regulamentação do § 7º do art. 144 da CV. 6 Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A ideia do que seja segurança pública perpassa menos por um conceito teórico do que por um campo empírico e organizacional que estrutura instituições e relações sociais em torno da maneira pela qual o Estado administra tanto a ordem quanto os conflitos sociais. Assim, a segurança pública é um campo formado por diversas organizações em busca de soluções para os problemas relacionados à manutenção da ordem pública, controle de criminalidade e prevenção de violências.[1]

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144, elenca e atribui competências a instituições públicas responsáveis pela manutenção da segurança pública em nosso país, indicando qual papel incumbe a cada unidade federativa na busca desse objetivo comum. Entretanto, passados 30 anos da promulgação da Carta Magna o que se percebe no âmbito nacional é um aumento exponencial da taxa de homicídios por cem mil habitantes aliada a um encarceramento em massa, uma baixa taxa de apuração e resolução de crimes e um crescimento constante do crime organizado.

Dentro dessa perspectiva se mostra necessário uma análise dos motivos pelos quais a segurança pública brasileira encontra-se em crise, uma vez que, o paulatino aumento dos indicadores de criminalidade não deixa de crescer. Não obstante, dada a complexidade do tema e a multicausalidade de fatores inerentes a ele o presente artigo se pautará de forma sucinta em quatro temas específicos, quais sejam, a desconformidade entre o artigo 3° da Constituição e o sistema tributário brasileiro, o modelo bipartido de organização policial, o emprego das forças

[1] COSTA, Arthur, LIMA, Renato. Segurança Pública, In DE LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Crime, polícia e justiça no Brasil*. Editora Contexto, 2012. p.482.

armadas de forma subsidiária no policiamento ostensivo e, por fim, a regulamentação tardia do §7° do artigo 144 da CF.

Assim, em um primeiro momento analisar-se-á como a patente regressividade da carga tributária brasileira corrobora para uma perpetuação da desigualdade social no país na medida em que onera proporcionalmente mais as classes baixas e, de certa forma, reduz a capacidade delas investirem em si mesmas e pouparem recursos, ambos requisitos essenciais para a ascensão econômica. Por conseguinte, uma sociedade que não somente é desigual, mas que possui instituições que ajudam na perpetuação dessa desigualdade pode ter como contrapartida a escolha pelos marginalizados da via criminal como forma de inserção no mercado de consumo, um problema de segurança pública que se mantém enquanto suas causas não forem tratadas.

Adiante, o artigo volta-se para como a Constituição de 1988 não reverteu à expansão da polícia militar realizada durante a época da ditadura consolidando assim uma organização policial bipartida entre policiais civis e militares, cuja ineficiência é ressaltada por muitos em razão da inexistência de um "ciclo completo" nas ações contra a criminalidade. A forma como a polícia brasileira é estruturada é única no mundo e, em face das críticas em relação a sua eficiência, uma análise de uma possível unificação ou redivisão de funções mostra-se necessária.

Por sua vez, o emprego de forças armadas no policiamento de cidades/estados que se por um lado há quem sustente ser inconstitucional, por outro, mesmo que reconhecida sua validade tem-se que tal atuação do exército deve se dar de forma excepcional e por tempo determinado. Não obstante, o número de governadores que solicitam ao Presidente da República a utilização do exército nessa função tem crescido nas últimas décadas o que, além de ter sido criticado pelo Comandante do exército Eduardo Villas Boas e pelo Ministro Extraordinário de Segurança Pública Raul Jungmann, insta a uma análise da falência do atual modelo de segurança pública e um desvio de função das forças armadas, que não tem esse papel claramente delineado pela Carta de 1988.

Como resposta a essa possível falência do modelo até então empregado no âmbito da segurança pública o último tópico se debruçará sobre a recente criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) na tentativa de instituir uma atuação padronizada e cooperativa entre os diversos entes da federação. Tal regulamentação encontra-se prevista no parágrafo 7° do artigo 144 da Constituição, mas somente agora, 30 anos passados de sua promulgação, a legislação infraconstitucional disciplinou a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública.

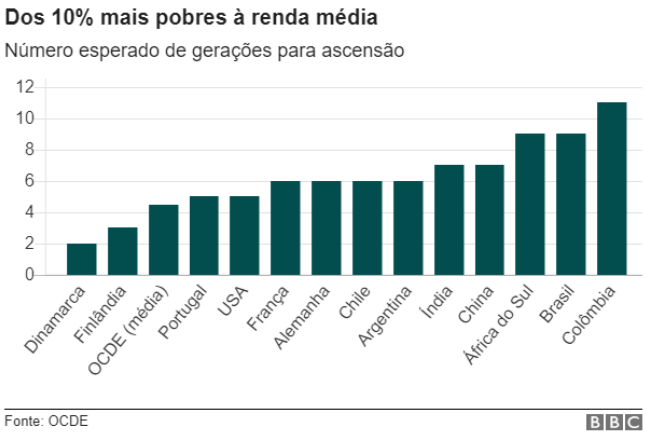
São diversas as formas além das descritas de como a segurança pública e a redução da criminalidade podem ser buscadas pelo Estado, sendo que algumas delas encontram-se resumidas na seguinte frase de Steven Pinker "Um estado de direito eficaz, baseado na aplicação legítima da lei, proteção às vítimas, decisão judicial rápida e justa, punição moderada e prisões humanas, é fundamental para reduções sustentáveis da violência letal". O tema tratado é extremamente complexo sendo a busca por uma sociedade mais segura um dos maiores desideratos das sociedades modernas, assim, o presente artigo pretende elencar algumas formas como tal objetivo pode ser alcançado.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO COMO PERPETUADOR DE DESIGUALDADES

Por mais que Freud ressalte que as agitações da vida coletiva são provocadas pela pulsão agressiva e autodestrutiva dos homens[2], a criminalidade pode ser explicada, em parte, através da forma pela qual a sociedade se organiza e não somente por um instinto inato ao ser humano. Assim, dentre os indicadores sociais que estão intimamente correlacionados a criminalidade, um merece especial atenção, o da desigualdade social.

Segundo o sociólogo Gabriel Feltran somente a miséria não causa violência, porém, quando a ela somam-se três fatores: "desigualdade abissal e visível a olho nú; mercados ilegais pujantes e não regulados; encarceramento massivo dos pequenos operadores desses mercados, a serem profissionalizados nas cadeias"[3] tem-se como resultado uma explosão da criminalidade. Por conseguinte, conforme os dados do Fundo Monetário Internacional o Brasil ocupava o nono lugar dentre as maiores economias do mundo em outubro de 2018[4], todavia, o número de pobres no país atingiu a marca de 54,8 milhões de pessoas segundo dados IBGE para o mesmo ano[5].

Em um contexto de desigualdade social persistente o crime passa a ser visto não só como um comportamento desviante, mas sim, como forma de emancipação do indivíduo em uma sociedade na qual ele não vê meios de se inserir no mercado de consumo pelas vias tradicionais. Ademais, conforme estudo sobre mobilidade social feito pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) seriam necessárias nove gerações para que os descendentes de um brasileiro entre os 10% mais pobres atingissem o nível médio de rendimento do país, conforme se observa no gráfico abaixo:[6]



A persistência dessa desigualdade social se dá, em parte, por motivos patentemente

[2] EINSTEIN, Albert. *Um diálogo entre Eisntein e Freud*: porque a guerra. Santa Maria: FADISMA, 2005. p.9.
[3] FELTRAN, Gabriel. Irmãos: Uma história do PCC. Companhia das Letras, 2018.p.146.
[4] Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>. Acesso em 7 dez. 2018.
5 "Pela linha definida pelo Banco Mundial – que é a métrica adotada pelo IBGE -, são considerados pobres aqueles que vivem com até US$ 5,50 (o equivalente a R$ 406 por mês, segundo a cotação do período analisado) por dia." VETTOREZZO, Lucas. "Total de pobres no país cresce a 54,8 milhões em 2017, afirma IBGE". Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/extrema-pobreza-aumenta-no-pais-indica-ibge.shtml.> Acesso em 9 dez. 2018.
[6] MOTTA, Camila. "Brasil é o segundo pior em mobilidade social em ranking de 30 países" Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44489766> Acesso em: 28 nov. 2018.

injustos, na medida em que o sistema tributário em nosso país não respeita o postulado da capacidade contributiva que é apregoada pela Constituição Federal.

Conforme assevera a professora Misabel Derzi[7]:

> "O sistema tributário brasileiro é regressivo e exatamente aqueles cidadãos dotados de mais baixa renda suportam-lhe injustamente a carga. (...) Temos todos responsabilidade coletiva e objetiva pela implementação e manutenção dos males de um sistema tributário regressivo e penalizante para muitos pobres. O Estado tem o dever de reparar tal injustiça."

Portanto, não basta ter uma economia capitalista de livre mercado, pois uma vez que a produtividade foi aumentada, compete ao direito tributário reorganizar os resultados produzidos pelos mercados, posto que estes tendem a uma concentração de renda e de oportunidades[8]. Porém, uma vez que este ramo do direito em nosso país não só se abstém de sua tarefa redistributiva descendente, como funciona no sentido oposto, tem-se como contrapartida o crescimento do discurso "nós X eles" presente na legitimação interna das organizações criminosas brasileiras, como pode ser percebido no depoimento de Marcos Willians Herbas Camacho (Marcola), um dos fundadores do Primeiro Comando da Capital (PCC) durante a CPI do tráfico de armas:

> "Os presos apoiam os presos, os marginais na rua apoiam os marginais na rua, e assim vai, sucessivamente. Por quê? Porque todos acreditam que é uma luta justa dos miseráveis contra os poderes estabelecidos, que não nos permitem ter nenhum tipo de melhora de vida. A gente vai ser sempre bandido. Não tem jeito. Então... Quer dizer, foi criada essa noção, essa consciência. A partir desse momento, existe esse apoio."9

Concluindo, Steven Pinker ressalta em seu livro "O Novo Iluminismo" que sociedades desiguais não são necessariamente ruins, não havendo uma causalidade direta entre esta e a criminalidade, no entanto, o autor aponta que uma sociedade economicamente desigual e desprovida do sentimento de que a meritocracia é respeitada, ou seja, uma sociedade injusta tem de lidar, dentre outros, com os problemas supracitados[10]. Para se resolver tal desigualdade em busca de uma sociedade mais justa o sistema tributário deveria funcionar como um mecanismo redistribuidor descendente e não ascendente, ou seja, o oposto do atual, conforme ensinam Onofre Batista, Ludmila Oliveira e Tarcísio Magalhães:

> "O direito tributário é a chave no combate ao grave mal da desigualdade crescente e, ao contrário do que se poderia pensar, uma tributação robusta não só é compatível com uma posição liberal e com uma abordagem de direitos, mas é, na verdade, um imperativo da vertente mais avançada do liberalismo, que busca conciliar liberdade e igualdade, com vista à realização da justiça."[11]

---

[7] DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, bolsa família e silêncio: relações, efeitos e regressividade. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, p. 39-64, 2014.

[8] SUGIN, Linda. Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems' 2004. *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1991

[9] JUNGMANN, Deputado Raul. Comissão Parlamentar de Inquérito sobre Organizações Criminosas do Tráfico de Armas. 2006.p.133.

[10] PINKER, Steven. *O novo iluminismo em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Cia das Letras. 2018. p.133.

[11] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; DE OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 110, p. 217-272, 2015.

3. INEFICIÊNCIA DE UM MODELO POLICIAL BIPARTIDA - HERANÇA DO REGIME MILITAR

Em análise aos dados de desigualdade social, ao número crescente de homicídios e crimes na mesma proporção do crescimento da população prisional, constata-se que o sistema atual de Segurança Pública da alarde de problemas e déficits na sua estrutura. O Brasil vivencia um quadro de violência social e falhas institucionais, as polícias brasileiras matam demais, ignoram direitos, prestam serviços deficientes e não têm confiança dos cidadãos.

O atual sistema de Segurança Pública brasileiro estabelece duas polícias: a Civil e a Militar. A Polícia Civil, dirigida por delegados de polícia, tem como função apurar infrações penais (crimes e contravenções). À Polícia Militar, compete o policiamento ostensivo e a prevenção.

É evidente que a ditadura é responsável direta pela formação institucional de uma parte considerável de nosso sistema policial atual. A herança de tais resquícios se evidencia no §6º do art. 144 da Constituição Federal de 1988 que mantém essa condição da polícia militar de auxiliar e reserva do exército. Ou seja, o regime autoritário de 1964 a 1988 formatou as polícias que hoje o Brasil possui. Isto porque, foi durante a ditadura militar que houve a federalização dos comandos, a institucionalização de órgãos específicos voltados à violação de direitos humanos, a centralização do controle sobre os assuntos de segurança sob a ótica do "combate ao inimigo interno" e que atrelou o policiamento ostensivo aos órgãos e operações de repressão e ao Exército. Ademais, houve a sofisticação de torturas e o afastamento das corporações militares das possibilidades de controle civil e democrático por órgãos externos. [12]

Nesse sentido, cumpre trazer a lume a reflexão feita por Wacquant:

> "a insegurança criminal no Brasil tem a particularidade de não ser atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das forças da ordem. O uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil (através da "pimentinha" ou do "pau-de-arara" para fazer os suspeitos "confessarem"), as execuções sumárias e os "desaparecimentos" inexplicados geram um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo e banalizam a brutalidade no seio do Estado."[13]

Insta considerar que o Brasil ainda não teve uma reforma satisfatória de suas instituições a fim de promover a democratização interna desses órgãos e das concepções e cultura organizacional de seus agentes públicos após a transição. O que se evidencia através da regulamentação do dispositivo legal §7º, art. 144 da CF/88 após 30 anos de de sua promulgação. Tais fatores contribuem para a falência do Sistema de Segurança Pública, que se torna ineficiente através de uma organização bipartida que se divide entre policial civil e militar.

Nesse sentido, é importante apontar que diversos estudos indicam que a unificação da polícia - ciclo completo de polícia - é uma tendência mundial que busca a eficiência e eficácia

[12] QUINALHA, Renan. "Violência policial no Brasil: herança da ditadura ou escolha da democracia?" Revista Cult. Publicado em 18/11/2016. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-policial-no-brasil-heranca-da-ditadura-ou-escolha-da-democracia/> Acesso em: 7 dez. 2018.
[13] WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Paris. p. 36.

no Sistema de Segurança Pública. As limitações desse modelo policial bipartida se constata na medida que:

> "[...] tanto na Polícia Militar, quanto na Polícia Civil, é desenvolvida em estruturas menores, com áreas de inteligência policial que atuam em situações específicas e não como uma atividade geral de policiamento em ambos os órgãos policiais. Entretanto, quando há necessidade de que a função de prevenção opere simultaneamente e no mesmo espaço com a função de investigação, dissuadindo o indivíduo da prática criminosa, um vazio operacional e legal, e é nesse espaço onde a criminalidade está se proliferando. A doutrina explica que na realização do crime há um itinerário, chamado "iter criminis", ou "caminho do crime", que é composto de uma fase interna do indivíduo denominada cogitação, e de uma fase externa que compreende os atos preparatórios, os atos de execução e a consumação. Vê-se que no atual modelo bipartido de investigação de crimes não se consegue combater os atos preparatórios, evitando que venham a se tornar atos de execução e consumação do crime.
>
> Eis a falha do modelo atual, em que cada órgão policial (Polícia Militar e Polícia Civil) atua numa fase do crime, ou seja, um atua na prevenção do crime e outro na investigação do crime e não conseguem acompanhar e combater com integralidade todo o evento criminoso." [14]

A polícia de ciclo completo consiste em "toda fase Policial que se inicia com o Policiamento ostensivo (Policial fardado) até o Policiamento de investigação (quando ocorre um crime), que se materializa com Policiais a paisana a fim de realizar a coleta de provas de maneira discreta e sigilosa no intuito de se obter a autoria dos delitos." [15]

A estrutura de ciclo completo de polícia é adotada em diversos países desenvolvidos e se mostra mais eficaz e ágil. Desse modo, verifica-se como uma possibilidade de reestruturação do Sistema de Segurança Pública e de redemocratização de toda estrutura institucional.

4. A UTILIZAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS NA SEGURANÇA PÚBLICA

As Forças Armadas têm sido tradicionalmente utilizadas como um aparato da Defesa Nacional frente às ameaças que potencializam conflitos e uma percepção de insegurança internacional por parte dos Estados Nacionais, não obstante o seu emprego tenha crescentemente sido reorientado para conflitos domésticos.[16] Portanto, por mais que no Brasil as instituições responsáveis pela segurança pública sejam aquelas descritas no artigo 144 da Constituição Federal as forças armadas tem sido empregas para este objetivo de modo

[14] CABRAL, Adelson; MOREIRA, Antônio; CRISTIN, Magne. "Entenda o ciclo completo de polícia". FENAPEF. Publicado em 30/10/2015. Disponível em: <http://fenapef.org.br/entenda-o-ciclo-completo-de-policia/> . Acesso em 07/12/2018

[15] GIULIAN, Jorge da Silva. Unificação Policial estadual no Brasil: uma visão dos limites e possibilidades. São Paulo: Editores Associados, 2002. p. 35.

[16] SILVA, André. Et al. O Uso das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem no Brasil: Um Estudo de Caso no Estado do Espírito Santo. Disponível em: < https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/o_uso_das_forcas_armadas_em_operacoes_de_garantia_da_lei.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018. p.1

subsidiário, deslocadas de seu papel tradicional de defesa da Pátria para a garantia da lei e da ordem, ambos previstos no artigo 142.

Dentro desse contexto é necessário realizar duas análises, a primeira seria se o termo "lei e ordem" abrange a questão da segurança pública, uma vez que a atuação do exército é precipuamente voltada para o "inimigo externo", enquanto as questões de segurança pública se desenrolam dentro das fronteiras nacionais cujos conflitos se dão entre os cidadãos brasileiros. Por sua vez, em segundo lugar, a análise volta-se para o impacto e significado desta utilização crescente, cada vez mais solicitada pelos governadores estaduais.

No que diz respeito à constitucionalidade da Lei Complementar 97/1999 e o Decreto 3.897/2001, que regulamentam a utilização das forças armadas no âmbito doméstico na área de segurança pública, nota-se que tal tema é bastante controverso, sendo que autores como o Ministro do STF Gilmar Mendes defendem sua utilização:

> "Neste diapasão a Constituição de 1988 também impõe um dever às Forças Armadas, no momento em que, no seu artigo 142, estabelece que a elas poderão, por iniciativa dos poderes constitucionais, destinar-se à garantia da lei e da ordem. É preciso interpretar essa norma de forma construtiva e com efeitos concretos. A complexidade da criminalidade organizada, seu aspecto transnacional e sua potencialidade lesiva - valendo-se da droga, das armas e da violência como produto - permite que esta questão de segurança pública se transforme num problema de segurança nacional.
>
> (...)Desta forma, a atuação da União, por meio das Forças Armadas e da Polícia Federal e em coordenação com a atividade dos Estados, representa uma necessidade e uma realidade."[17]

Enquanto, figuras proeminentes como o ex-Ministro do STF, Ivês Gandra da Silva Martins, se posicionam de forma contrária:

> "O papel das Forças Armadas (FA) não está vinculado à Segurança Pública e isso fica bem caracterizado na Constituição Federal, cujo capítulo II do Título V trata somente das FA, enquanto o capítulo III do mesmo Título se volta para a Segurança Pública. Em consonância com essa clara separação de natureza e missão, o emprego das FA na Segurança Pública só se mostra adequado quando decretado o estado de defesa ou de sítio, situações em que elas assumiriam o comando completo dos Órgãos de Segurança Pública (OSP), a fim de operar a restauração da ordem."[18]

A controvérsia cinge principalmente sobre a dúvida se termo constitucional "Lei e ordem", cuja defesa é atribuída ao exército, se limita a casos como o patrulhamento subsidiário na faixa de fronteira, evitando delitos transfronteiriços (imigração ilegal,

[17] MENDES, Gilmar. Federalismo cooperativo e segurança pública. O Estado de São Paulo. Espaço aberto, 2010, p. A2

[18] Centro de Estudos Estratégicos do Exército (CEEEx). As Forças Armadas e a Segurança Pública. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:T9tg7a_6H7kJ:ebrevistas.eb.mil.br/index.php/RMM/article/download/269/235/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em? 01/12/2018.

contrabando e tráfico, por exemplo) e ambientais[19], como é sustentado por alguns, ou se uma vez que o caos se instaurou nas cidade/estados brasileiros seria possível o emprego das forças armadas com o intuito de reestabelecer a ordem e fazer vigorar a lei.

Por conseguinte, mediante uma análise holística da contemporaneidade, observa-se que assuntos que tradicionalmente eram compreendidos como pertencentes à área de Segurança Pública, passaram a fazer parte das discussões de Defesa Nacional, haja vista a evolução das organizações criminosas, do trafico internacional de drogas, contrabando, crimes ambientais, entre outras ações não diretamente ligadas a guerra.[20] Nesse contexto, a Lei Complementar 97/1999 e o Decreto 3.897/2001, sob a ótica do "Pensamento do possível" criada pelo constitucionalista Peter Häberle, devem ser interpretadas com constitucionais, posto que a abrangência da competência constitucional de defesa da lei e da ordem não pode ser lida de maneira restritiva.

Nesse sentido asseveram os juristas Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale:

> "A Constituição não é uma norma fechada, mas sim um projeto em contínuo desenvolvimento, representativo de conquistas e experiências e ao mesmo tempo aberto à evolução e à utopia. No Estado Constitucional, a interpretação da Constituição, portanto, não deve ser realizada segundo a lógica do "um ou outro" (Entweder-oder), mas de acordo com um pensamento permanentemente aberto a múltiplas alternativas e possibilidades. (...)
>
> O pensamento do possível, na medida em que permite a interpretação constitucional aberta a novas alternativas e incentiva a adaptabilidade do texto à evolução social constante de uma sociedade complexa e plural, constitui também um modo de pensar sobre a relação entre tempo e Constituição (Zeit und Verfassung) e, desse modo, sobre o fenômeno da mutação constitucional, cujo tratamento pela obra de Peter Häberle também tem sido incorporado pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil."[21]

Com relação aos efeitos da utilização das forças armadas no âmbito doméstico é necessário ter em mente o fato de que a população não pode sofrer com o caos e criminalidade excessivos decorrente de sucessivas políticas públicas ineficientes implementadas pelos governos no âmbito da segurança pública. Por outro lado, conforme supracitado, a função precípua do exército é a defesa nacional, estes são treinados para lidarem com inimigos externos e não com a própria população brasileira, sendo que tal emprego das forças armadas foi descrito pelo Comandante do Exército Brasileiro Eduardo Villas Boas como "desgastante, perigoso e inócuo"[22].

---

[19] RUDOLFO, Fernanda. *A atuação das forças armadas na segurança pública brasileira*. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5044#_ftn2>. Acesso em: 7 dez. 2018.

[20] SILVA, André. Et al. O Uso das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem no Brasil: Um Estudo de Caso no Estado do Espírito Santo. Disponível em: < https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/o_uso_das_forcas_armadas_em_operacoes_de_garantia_da_lei.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018. p.4

[21] MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 1, n. 1, 2009.

[22] Ver mais em: <https://www.youtube.com/watch?v=ETnFVSc7b04>. Villas Bôas sobre Forças Armadas na segurança pública, publicado em fevereiro de 2018. Acesso em: 28 dez. 2018.

A convocação do exército deveria se dar somente nos casos excepcionais ou, nos termos do Decreto 3.897/2001 quando "esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Tais instrumentos serão considerados esgotados quando o chefe do Poder Executivo federal ou estadual os declarar indisponíveis, inexistentes ou insuficientes", não obstante, o número crescente de convocações do exército para atuarem no âmbito interno demonstra que os órgãos responsáveis pela segurança pública não estão sendo capazes de lidar com sua tarefa.

A forma como as forças armadas são treinadas e o uso de equipamento militar não se mostram condizentes com seu emprego no âmbito doméstico, posto que colocam em risco os cidadãos que foram treinados para proteger. Ademais, a utilização recorrente dessa força subsidiária pode ter como contrapartida o desestímulo de que os governadores busquem melhorias nas políticas públicas de segurança pública, ou seja, caso tal tendência seja mantida o que deveria ser excepcional se tornará a regra.

Portanto, por mais que a utilização das forças armadas para a manutenção da segurança pública seja constitucional não deveria ser esta a via escolhida pelos governantes e sim a reforma na estrutura e no *modus operandi* das instituições elencadas no artigo 144 da Constituição Federal em busca de uma atuação mais cooperativa e eficiente.

5. SUSP - SISTEMA ÚNICO DA SEGURANÇA PÚBLICA E A REGULAMENTAÇÃO DO § 7º DO ART. 144 DA CF

É cediço que a segurança pública ainda é um assunto pouco abordado nas discussões acadêmicas acerca do federalismo. Apesar de representar um grande vulto para os cofres públicos e ser um aspecto fundamental para a análise de qualidade de vida dos cidadãos e para o índice de desenvolvimento humano, se demonstrou um assunto tímido e pouco abordado nas Constituições ao longo da história brasileira. Através de uma análise histórica e evolucional das Constituições brasileiras, constata-se que a Constituição de 1988 foi a primeira a dedicar um capítulo específico à sistematização da segurança pública.

Apesar da Constituição de 1988 nos sugerir uma adequação de distribuição de atribuições, na área de segurança pública entre as unidades federadas, em detida análise, constata-se que há um efetivo desequilíbrio entre as repartições de competências, posto que, há uma sobrecarga das estruturas estaduais aliada a uma deficiência de recursos, estes concentrados nas mãos da União[23].

Em análise ao art. 144 da Constituição Federal, é possível verificar as divisões de competências e atribuições, a qual aos Estados foi atribuída a competência residual tanto nas funções de polícia ostensiva quanto de polícia judiciária. Em consequência, houve uma excessiva concentração de atribuições na área de segurança pelos entes estaduais e uma hipertrofia do quadro de pessoal. Dados do IBGE de 2013 indicam que o Brasil contava com

[23] CHAGAS JUNIOR, Francisco Wilkie Rebouças; MARTINS, Carlos Frederico Braga; LIMA, Rodrigo Tavares. "Segurança Pública e o Pacto Federativo: Repartição de Competências e Possibilidade de Intervenção Federal na Segurança". In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 408.

542.872 agentes públicos estaduais de segurança, ao passo que a Polícia Federal contava apenas com 14.517 servidores. Tais números evidenciam a concentração excessiva de atribuições na área de segurança aos entes estatais.

Ademais, cumpre enaltecer a execução ineficiente da União Federal nas atribuições que lhe compete. Isso se demonstra através de análise dos crimes organizados, atuante no tráfico ilícito de entorpecente, drogas afins e de armas[24], uma vez que os números do Ministério da Justiça e Segurança Pública comprovam um crescimento exponencial do número de homicídios que estão relacionados a venda de entorpecentes[25].

Diante desse cenário, constata-se que o Brasil vivencia um modelo de segurança pública falido, o qual os entes responsáveis não conseguem coibir o crescimento da criminalidade. Os aspectos deficitários são vários, dentre eles a quebra do pacto do federalismo, com uma postura da União de centralizar receita e descentralizar atribuições.

Em resposta a possível falência do modelo até então empregado no âmbito da segurança pública, foi sancionada em 13 de junho de 2018 a Lei nº 13.675/2018, a qual instituiu o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). O referido Sistema, visa integrar os órgãos de segurança e inteligência; padronizar informações, estatísticas e procedimentos; entre diversas outras medidas visando a integração das forças de segurança. Ou seja, após 30 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o parágrafo sétimo da Constituição foi regulamentado, uma vez que este estabelece:

> Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> [...]
> §7º A Lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

A nova legislação promove o incentivo à troca de informações e à integração das instituições de segurança pública. O novo sistema ditará as ações e metas a serem replicadas por todos os órgãos brasileiros de segurança, em um âmbito nacional. A atuação conjunta é elogiável, mas não tem o condão de autorizar o desrespeito à divisão de funções. A própria lei afirma que os órgãos devem atuar "nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica" (artigo 9º). Por isso, continua sendo vedado que uma polícia administrativa (que deve prevenir infrações penais) se arvore no papel de polícia judiciária (que tem a missão de apurar as infrações penais). Assim, por exemplo, persiste incabível que a Polícia Militar instaure inquérito para investigar homicídio praticado por miliciano contra civil[26] ou termo circunstanciado de ocorrência, panorama inalterado pela lei do SUSP.

[24] CHAGAS JUNIOR, Francisco Wilkie Rebouças; MARTINS, Carlos Frederico Braga; LIMA, Rodrigo Tavares. "Segurança Pública e o Pacto Federativo: Repartição de Competências e Possibilidade de Intervenção Federal na Segurança". In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 409.

[25] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização - Junho de 2016. Brasília, DEPEN, 2017.

[26] HOFFMANN, Henrique. Investigação de Homicídio Praticado por Policial Militar Contra Civil. In: HOFFMANN, Henrique. et al. Investigação Criminal pela Polícia Judiciária. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 152-159.

O órgão central do SUSP é o Ministério da Segurança Pública, o que por óbvio coloca a União em papel de destaque. Tal posição, a princípio, diverge do sistema falido da segurança pública, o qual a União centraliza receita e descentraliza atribuições, de modo a não proporcionar a equidade. Como bem explicam o professor Onofre Alves Batista Júnior e a Marina Soares Marinho:

> "A preocupação nunca foi a de melhorar as receitas dos estados, muito menos a de propiciar a melhoria das condições da saúde, da segurança ou da educação do cidadão, mas tão somente a de equilibrar as finanças federais e garantir o êxito dos planos econômicos." [...] " A União sempre modelou seus planos e estratégias à revelia dos estados e as enfia, sistematicamente, "goela abaixo", em especial porque comanda o processo legislativo no Congresso Nacional. Em especial na difícil aprovação de leis complementares, é óbvio que a bancada governista sempre tem força suficiente para bloquear a aprovação de diplomas legislativos que possam prejudicar os interesses da União. Afinal, o legislador encarregado de elaborar a lei complementar reclamada é membro do Congresso Nacional e o legislativo nacional é parte integrante da União!" [27]

A SUSP indica uma postura diferente da União, a qual apesar de não vincular receita de qualquer tributo para custear a segurança pública, toma para si o papel de destaque e vincula receita oriundas dos jogos lotéricos. Através da Medida Provisória 846/2018, que foi convertida na Lei nº 13.756/2018, foi implementado a distribuição de recursos de arrecadação de loterias para o SUSP. Sendo que, para este ano, serão 800 milhões de reais apenas desta fonte. Sendo que a estimativa é que, em 2022, os recursos vindos de loterias cheguem a 4, 3 bilhões de reais[28].

No que diz respeito ao SUSP, a Lei 13.675/2018 estabelece que a sua composição se dá em duas categorias: a) União, Estados, Distrito Federal e Municípios; b) conselho de defesa pública (dos três entes federados). Já os integrantes operacionais são: a) Polícia Federal; b) Polícia Rodoviária Federal; c) polícias civis; d) polícias militares; e) corpos de bombeiros militares; f) guardas municipais; g) agentes de trânsito; h) órgãos do sistema penitenciário; i) órgãos periciais; j) guarda portuária; k) Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp); l) secretarias estaduais de segurança pública; m) Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec); n) Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad).[29]

A atuação integrada e coordenada abrange estratégias comuns para atuação; operações com planejamento e execuções integrados (podem ser ostensivas, investigativas, de inteligência ou mista); aceitação mútua de registro de ocorrência policial; intercâmbio de conhecimentos técnicos e científicos; compartilhamento e integração de informações. Além disso, o Ministério da Segurança Pública deverá fixar metas de excelência para os órgãos

[27] BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. "A Lei Kandir e o risco de um 'tombo federativo'". Revista Consultor Jurídico. Publicado em 3/3/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-03/onofre-batista-junior-lei-kandir-risco-tombo-federativo>. Acesso em: 15 jan. 2018.

[28] CALGARO, Fernanda. "Temer sanciona lei que cria Sistema Único de Segurança Pública e assina MP que transfere dinheiro das loterias para o setor". Publicado em 11/06/201. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-lei-que-cria-sistema-unico-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em 7 dez. 2018.

[29] FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. "Sistema Único de Segurança Pública é avanço, mas precisa sair do papel." Revista Consultor Jurídico. Publicado em 25/09/2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-set-25/academia-policia-sistema-unico-seguranca-publica-avanco-sair-papel>. Acesso em 7 dez. 2018.

policiais. Essa aferição irá considerar parâmetros distintos conforme a natureza da atividade desempenhada, bem como, a estrutura de trabalho físico e de equipamentos, além de efetivo.

Cumpre esclarecer que apesar da Lei do SUSP ter sido sancionada, o Sistema ainda não foi implementado, uma vez que necessita estabelecer suas respectivas metas e ações. Portanto, verifica-se que o Sistema ofertado com o escopo de solucionar um atual sistema falido de Segurança Pública ainda precisa ser amadurecido. Desse modo, constata-se que ainda o sistema brasileiro de segurança pública ainda vivencia uma crise, que começa a apontar novos mecanismos de solução. Entretanto, a quebra do pacto federativo se torna evidente, frente a sistemas que obstaculizam a autonomia de poderes dos entes, em razão da falta de receita para implementação de suas competências.

Outra forma de auxiliar nessa resposta ao sistema falido de Segurança Pública, foi a instauração do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social instituído pela União, através do Decreto 9.489/18 que estabelece o prazo de 10 (dez) anos para a sua implementação. O referido Decreto disciplina que devem ser criados planos correspondentes dos demais entes federativos em até dois anos, sob pena de não poderem receber recursos da União para a execução de programas ou ações de segurança pública e defesa social. Este Decreto tem o objetivo de articular as ações do poder público, não se restringindo aos integrantes do SUSP, pois deve considerar um contexto social amplo, com abrangência de outras áreas do serviço público, como educação, saúde, lazer e cultura, respeitadas as atribuições e finalidades de cada área do serviço público.

O Decreto 9.489/2018, parte da ideia de que a prevenção criminal não se faz apenas pela polícia (prevenção secundária) e demais instâncias de controle formal, mas principalmente por intermédio da prevenção primária, materializada em políticas públicas, o que coaduna com os pensamentos de Loïc Wacquant que observa que: "a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais".[30]

Resta evidenciado que após 30 anos de promulgação da Constituição de 1988, o Brasil ainda tenta implementar o que esta estabelece e, esse atraso na sua regulamentação, ocasiona déficit em um dos pilares da sua estrutura, qual seja: o federalismo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema de Segurança Pública vivência um momento de falência o qual as suas instituições não sustentam mais a sociedade da forma que ela se comporta. Essa falência é fruto de um complexo de fatores, tais como, a desigualdade social, o sistema tributário regressivo, a distribuição de riqueza, a formação e origem da polícia militar atuante, a ineficiência do sistema bipartido de polícias, e, por óbvio, a quebra do pacto federativo.

A desigualdade social reforça e chancela a criminalidade no Brasil, uma vez que ela permite a ascensão das classes menos favorecidas através da criminalidade. O cidadão de baixa renda consegue encontrar no crime organizado maior oportunidade de crescimento e

[30] WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Paris.

evolução patrimonial do que em uma vida digna e lícita. O sistema tributário por sua vez, que é a chave ao grave mal da desigualdade crescente, adota uma postura regressiva que impede uma redistribuição de riqueza e mais uma vez chancela a desigualdade social.

O sistema de segurança pública em si também aponta diversos déficits, entre eles a própria formação das polícias atuantes. Em análise as instituições militares, constata-se que a herança deixada pela ditadura militar ainda perpetua nas ações praticadas pela polícia. Isto porque essa ainda possui característica ofensiva e abrasiva, o que nada combate a criminalidade e agrava a reação da sociedade.

Ademais, o sistema bipartido de divisão da polícia entre militar e civil dificulta a eficiência e eficácia do sistema. Uma vez que a criminalidade passa a ser combatida por um sistema que não é integrado, não se comunica, possui força de atuação diversa e formação divergente.

Em análise cautelosa de todo o complexo do Sistema Segurança Pública atual falido no Brasil, constata-se que a quebra do pacto federativo enraíza toda a celeuma. Isto porque, o problema se origina quando um dos princípios constitucionais basilares não se aplicam ao seu funcionamento, qual seja: o federalismo. Os dados oficiais indicam que a União não consegue desempenhar a função constitucional da segurança pública lhe atribuída, o que faz com que ela descentralize as suas atribuições e transfira a responsabilidade aos demais entes. Inobstante, o mesmo não ocorre com a distribuição de receita, bem como, com a sistematização e organização do combate ao crime, que por sua vez, fica a cargo dos Estados. Tal cenário caracteriza evidente quebra do pacto federativo através de centralização de receita e descentralização de atribuições.

Frente ao atual sistema falido de Segurança Pública, busca-se recorrentemente meios de melhorá-lo e recuperá-lo. A aprovação do SUSP evidencia tais tentativas. Contudo, trata-se ainda de um Sistema novo, o qual ainda não está maduro para ser implementado e precisará passar por reformas a fim de adequar a atual realidade e ao mesmo tempo contribuir para a evolução da segurança pública.

REFERÊNCIAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. "A Lei Kandir e o risco de um 'tombo federativo'". *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 3/3/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-03/onofre-batista-junior-lei-kandir-risco-tombo-federativo>. Acesso: 15 jan. 2018.

CABRAL, Adelson; MOREIRA, Antônio; CRISTIN, Magne. "Entenda o ciclo completo de polícia". FENAPEF. Publicado em 30/10/2015. Disponível em: <http://fenapef.org.br/entenda-o-ciclo-completo-de-policia/> . Acesso em 7 dez. 2018.

CALGARO, Fernanda. "Temer sanciona lei que cria Sistema Único de Segurança Pública e assina MP que transfere dinheiro das loterias para o setor". Publicado em 11/06/201. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-lei-que-cria-sistema-unico-de-seguranca-publica.ghtml>. Acesso em 7 dez. 2018.

Centro de Estudos Estratégicos do Exército (CEEEx). As Forças Armadas e a Segurança Pública. Disponível em: < http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:T9tg7a_6H7kJ:ebrevistas.eb.mil.br/index.php/RMM/article/download/269/235/+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 dez. 2018.

CHAGAS JUNIOR, Francisco Wilkie Rebouças; MARTINS, Carlos Frederico Braga; LIMA, Rodrigo Tavares. "Segurança Pública e o Pacto Federativo: Repartição de Competências e Possibilidade de Intervenção Federal na Segurança". In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

COSTA, Arthur, LIMA, Renato. Segurança Pública, in DE LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Crime, polícia e justiça no Brasil. Editora Contexto, 2012.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa Família e Silêncio: relações, efeitos e regressividade. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 16, n. 108, p. 39-64, 2014. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD>. Acesso em 7 dez. 2018.

EINSTEIN, Albert. *Um diálogo entre Eisntein e Freud*: porque a guerra. Santa Maria: FADISMA, 2005.

FELTRAN, Gabriel. Irmãos: Uma história do PCC. Companhia das Letras, 2018.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique. "Sistema Único de Segurança Pública é avanço, mas precisa sair do papel." Revista Consultor Jurídico. Publicado em 25/09/2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-set-25/academia-policia-sistema-unico-seguranca-publica-avanco-sair-papel>. Acesso em 7 dez. 2018.

GIULIAN, Jorge da Silva. *Unificação policial estadual no Brasil*: uma visão dos limites e possibilidades. São Paulo: Editores Associados, 2002.

HOFFMANN, Henrique. Investigação de Homicídio Praticado por Policial Militar Contra Civil. In: HOFFMANN, Henrique. et al. Investigação Criminal pela Polícia Judiciária. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

IBGE - Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/extrema-pobreza-aumenta-no-pais-indica-ibge.shtml.> Acesso em 9 dez. 2018.

JUNGMANN, Deputado Raul. Comissao Parlamentar de Inquerito sobre Organizacoes Criminosas do Tráfico de Armas. 2006.

JÚNIOR, Onofre Alves Batista; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; DE OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 110, p. 217-272, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; DO VALE, André Rufino. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, n. 1, 2009.

MENDES, Gilmar. Federalismo cooperativo e segurança pública. *O Estado de São Paulo*. Espaço aberto, . 2010, p. A2

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Atualização - Junho de 2016. Brasília, DEPEN, 2017.

MOTTA, Camila. "Brasil é o segundo pior em mobilidade social em ranking de 30 países" Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44489766> Acesso em 28 nov. 2018.

PINKER, Steven. O novo iluminismo em defesa da razão, da ciência e do humanismo. Cia das Letras. 2018. P. 133.

QUINALHA, Renan. "Violência policial no Brasil: herança da ditadura ou escolha da democracia?" *Revista Cult*. Publicado em 18/11/2016. Disponível em <https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-policial-no-brasil-heranca-da-ditadura-ou-escolha-da-democracia/> Acesso em: 7 dez. 2018.

RUDOLFO, Fernanda. A atuação das forças armadas na segurança pública brasileira. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5044#_ftn2>. Acesso em: 7 dez. 2018.

SILVA, André. et al. O Uso das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem no Brasil: Um Estudo de Caso no Estado do Espírito Santo. Disponível em: < https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/o_uso_das_forcas_armadas_em_operacoes_de_garantia_da_lei.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

SILVA, André. et al. O Uso das Forças Armadas em Operações de Garantia da Lei e da Ordem no Brasil: Um Estudo de Caso no Estado do Espírito Santo. Disponível em: < https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/o_uso_das_forcas_armadas_em_operacoes_de_garantia_da_lei.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2018.

SUGIN, Linda. Theories of Distributive Justice and Limitations on Taxation: What Rawls Demands from Tax Systems' 2004. *Fordham Law Review*, v. 72.

WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Paris.

Referência:

MOURA, Juliana Santos; ANDRADE, Miguel. O Sistema de Segurança Pública e a crise do pacto federativo: deficiências oriundas de uma herança ditatorial e a proposição de soluções democráticas.

Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 147-161.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

INTERSEÇÕES ENTRE O FEDERALISMO BRASILEIRO E ALEMÃO: O COMPARTILHAMENTO DE FUNDOS PÚBLICOS E A DIMINUIÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS

LETÍCIA REIS DE CASTRO TOLEDO

MARINA KOEHNE DE BARROS

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O problema da desigualdade entre os entes federados e a teoria de justiça de John Rawls. 3 Ponderações acerca do modelo alemão. 3.1 Situação econômico-social dos estados alemães no pós-guerra e seu desenvolvimento através do modelo cooperativo. 3.2 A compensação fiscal interestadual (länderfinanzausgleich). 4 Federalismo brasileiro e a possibilidade da adoção do compartilhamento de fundos públicos. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A federação pode ser entendida, conforme escreve *Rui* de Britto Alvares *Affonso*, como "[a] difusão dos poderes em vários centros, cuja autoridade resulta não de uma delegação feita pelo poder central, e sim daquela conferida pelo sufrágio universal"[1]. Na Federação, portanto, todos os entes, assim como o ente central, constituem pessoas políticas autônomas (política e financeiramente) que recebem poderes diretamente da Constituição, não havendo relação de subordinação alguma entre eles. Em resumo, observa-se que no modelo federativo ocorre uma discriminação constitucional das competências dos membros desta federação, bem como das rendas que possibilitarão a consecução de suas finalidades.

No entanto, para se definir um Estado Federal, é preciso ressaltar que essa forma de Estado não se trata apenas de uma descentralização administrativa ou financeira, que também pode estar presente em Estados unitários. O conceito de federação vai além, uma vez que todo Estado federal é, fundamentalmente, uma descentralização do poder, que é essência do Estado. Do ponto de vista jurídico, Derzi e Bustamante consideram o federalismo como princípio de organização política que se conecta diretamente com um amálgama de valores políticos e

[1] AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, p. 127-152, jun. 2000.

princípios constitucionais dotados de conteúdo normativo mais específico, os quais se relacionam com as ideias de autonomia política e autodeterminação do indivíduo.[2] Nesse sentido, para os autores, a ideia de federação se relaciona fundamentalmente com o "princípio federativo", em conformidade com os subprincípios da "subsidiariedade" e da "maior participação possível".

O princípio federativo pressupõe a autonomia política e financeira dos entes menores e previne o comprometimento da unidade da Federação, formada justamente "pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal", conforme dita o artigo primeiro da CRFB/88. Já os subprincípios da subsidiariedade e da maior participação possível, pressupõem, respectivamente, uma atuação apenas subsidiária do ente maior e uma promoção da democracia e a aproximação dos cidadãos de seus governantes.

Desse modo, com um notório intuito democrático-descentralizador, e em sintonia com o ideal de democratização do Brasil, que saía de um longo período de ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 adotou a forma federativa como modelo de Estado a ser implementado no país. Todavia, ressalta-se que o Brasil, desde o início da República, em 1899, assume a forma federativa de Estado, embora seu surgimento no país tenha origens diversas da experiência política norte-americana, na qual a federação nasce de uma confederação de treze estados autônomos que optam por ceder a sua soberania total em prol da criação de um Estado Federal.

Assim, no que tange a origem histórica que resultou na formação da federação é possível classificá-la em centrípeta e centrífuga. A primeira diz respeito a união de diversos Estados Soberanos que se agregam para formar apenas um, sendo assim, um movimento de fora para dentro na medida em que se busca a centralização de poder, como é o caso da federação norte-americana. Ao passo que a segunda se verifica a partir de uma descentralização de poder, considerando-se que sua origem é um Estado Unitário que se divide em esferas decisórias autônomas, sem que perca a ideia de unidade, ocorrendo um movimento de dentro para fora, como é o caso da federação brasileira e alemã.

Destarte, passível de percepção uma primeira característica em comum existente entre os modelos federativos por este trabalho estudados, qual seja, a adoção dessa forma de estado se deu em razão da necessidade de desconcentração de poder, tendo-se que tanto a Alemanha quanto o Brasil se encontravam anteriormente em um regime altamente autoritário, sendo preciso retirar competências que estavam apenas nas mãos da União e repassá-las aos membros da federação para que fosse possível a implementação de um regime democrático.

Ambos os países adotaram, assim, um federalismo com fundamento primordial na questão social, buscando a cooperação entre as esferas de poder com o objetivo de promover o bem-estar do país, reduzindo-se desigualdades sociais e regionais. Essa espécie cooperativa de federalismo, pressupõe, conforme afirma Ulisses Schwarz Viana, "um federalismo regido por

[2] DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). Estado federal e guerra fiscal no direito comparado. Belo Horizonte: Arraes, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2). p. 467-495.

uma ação coordenada e não hierarquizada entre União e Estados para a consecução dos fins estatais na realização do bem comum."[3]

Ante o exposto, demonstra-se o porquê deste artigo buscar na experiência alemã perspectivas, soluções de como enfrentar um grande problema identificado no federalismo brasileiro, qual seja, a grande disparidade em termos de desenvolvimento existente entre os estados.

Busca-se, portanto, através da adoção de posicionamento crítico e da análise de direito comparado, discutir problemas identificados no federalismo brasileiro e meios para implementar o modelo cooperativo previsto na Constituição de 1988, em especial, no artigo 23, § único, com o foco no compartilhamento de fundos públicos presentes na Alemanha que permitem uma equalização fiscal e a redução de desigualdades.

2 O PROBLEMA DA DESIGUALDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS E A TEORIA DE JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

A desigualdade regional no Brasil é um problema persistente. Segundo dados da World Income Inequality Database (WIID3.4), disponibilizados em 2017 pelas Nações Unidas, o Brasil está entre os dez países mais desiguais do mundo.[4] Nesse sentido, existem diferentes parcelas da população vivendo em condições econômicas e sociais extremamente desiguais.

Essa desigualdade é evidente também entre os entes federativos. Assim, se levarmos em conta o Índice de Desenvolvimento Humano(IDH), que se relaciona com a qualidade de vida, renda per capita, mortalidade infantil, taxa de analfabetismo, expectativa de vida, qualidade dos serviços públicos (saúde, educação e infraestrutura em geral) de um determinado lugar, fica evidente que os estados com menores taxas se encontram no Nordeste, enquanto os com maior IDH se encontram no sudeste, sul ou centro-oeste do Brasil, segundo estudo elaborado pela Fundação João Pinheiro, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).[5] Ademais, segundo dados do Índice dos Desafios da Gestão Estadual (IDGE), os estados com baixo desempenho, ou seja, com IDGE inferior a 0,518 pontos, são todos representantes da região norte e nordeste do país, quais sejam: Maranhão, Alagoas, Piauí, Pará, Roraima e Amapá.[6]

Nesse sentido, é evidente que o problema da desigualdade e da justiça social entre os entes federados é um grande desafio a ser enfrentado no que se refere ao modelo federativo implementado no país.

---

[3] VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do Bundesrat na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 112.

[4] Disponível em: https://www.wider.unu.edu/project/wiid-world-income-inequality-database. Acesso em: 17 dez. 2018.

[5] Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/em-4-anos-idh-avanca-no-brasil-veja-ranking-dos-melhores-estados-8hmuzxhxte5hz3zneh7eu6mdp/. Acesso em: 17 dez. 2018.

[6] Disponível em:https://exame.abril.com.br/brasil/os-estados-com-a-melhor-e-a-pior-condicao-de-vida-no-brasil/. Acesso em: 17 dez. 2018.

O conceito supramencionado de justiça social expressa a necessidade de se realizar a repartição dos bens da sociedade. Assim, o Estado Federal brasileiro, inserido em um viés de colaboração, como responsável pela promoção do bem-estar da coletividade, deve proteger aqueles mais fracos, buscando minimizar as desigualdades, garantindo que todos tenham condições dignas de vida e que possam ser capazes de se desenvolver, tanto em termos econômicos como sociais, gerando um equilíbrio social.

Assim, em sua obra "Uma Teoria da Justiça", John Rawls sustenta que uma sociedade justa é aquela em que existe uma cooperação mútua para promover o bem-estar dos que fazem parte dela.[7] Nesse sentido, Rawls apresenta seus dois princípios básicos de justiça, quais sejam, "Princípios da igual oportunidade" e "Princípio da Diferença."

Desse modo, os problemas relativos à distribuição de recursos públicos entre os entes federados existentes no Brasil podem ser analisados sob a ótica da justiça Rawlsiana. Destaca-se que o autor vê a justiça como equidade, ou seja, sua teoria de justiça constitui-se em referencial teórico que contribui para chamar atenção para questões relacionadas à distribuição equitativa de recursos públicos, com vistas a identificar critérios jurídicos que norteiem uma distribuição justa de recursos públicos. Para Rawls, em uma situação ideal os princípios da justiça seriam escolhidos sob o véu da ignorância, o que garantiria que não houvessem desigualdades ou grupos mais favorecidos na escolha dos mesmos. Isso ocorreria, pois todos estariam situados em uma posição original semelhante, sem ter certeza de qual seria de fato sua posição na sociedade. Essa posição original seria, portanto, equitativa entre os indivíduos e, conseguintemente, seria imparcial, sendo os princípios de justiça escolhidos por aqueles indivíduos resultando de um consenso, ou seja, de um acordo mútuo entre as pessoas.

Ressalta-se que a tributação, atualmente, é a maior fonte de recursos para que os Estados possam financiar políticas públicas e promover o bem-estar da coletividade. Então, o modo como se dá a tributação dentro do contexto federalista brasileiro deve ser analisado. Nesse sentido, segundo Murphy e Nagel: [8]

> Ninguém pode afirmar que o governo deve ter como fim a maximização do bem-estar geral através do fornecimento de benefícios sociais, ou a retificação da desigualdade de oportunidades e da estratificação de classes, sem estar pronto a apoiar também o uso de impostos para financiar essas atividades; e isso inevitavelmente significa cobrar impostos de certas pessoas em benefício de outras.

Dessa forma, no que se refere ao direito tributário, segundo a lógica da teoria de justiça de Rawls, a tributação justa seria aquela que não impede ou não dificulte de forma exagerada as liberdades dos indivíduos (igualdade básica de liberdades) ao mesmo passo que permite que as diferenças econômicas e sociais entre os membros da sociedade sejam benefícios para a coletividade, mais especificamente, que essa diferença possa ser em benefício daqueles que se encontrem em piores situações.(princípio da igualdade equitativa de oportunidades)[9]

Em relação ao seu modo de ver a sociedade, Rawls afirma: "na justiça como equidade a sociedade é interpretada como empreendimento coletivo cooperativo para o

[7]RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fonte, 2008. p. 4.
[8]MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 20005. p. 101
[9]MORAES, Eduardo de Abreu. A tributação indireta sob a ótica da teoria da justiça de John Rawls. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d99fa3a9dd5df426. Acesso em 17 dez. 2018.

benefício de todos".[10] Assim, para o autor, a sociedade constitui um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais.

Nesse sentido, entende-se que essa cooperação mútua para promover o bem dos que fazem parte da sociedade, defendida por Ralws, deve ser aplicada no âmbito do federalismo brasileiro, visando mitigar as desigualdades existentes entre os entes federativos e, consequentemente, entre suas populações. E essa noção de sociedade como empreendimento coletivo cooperativo tem conexão com a ideia de federalismo cooperativo, sendo tal ideia particularmente forte na Alemanha, uma vez que no país europeu existe um forte compromisso entre as unidades federadas no sentido de conferir uniformidade às condições de vida de todos os cidadãos.[11] Nesse sentido faz-se necessário se promover uma melhor análise do modelo federativo alemão.

3. PONDERAÇÕES ACERCA DO MODELO ALEMÃO

O modelo federalista alemão teve como objetivo possibilitar a democracia, partindo-se do pressuposto de que a ordem é um elemento essencial à existência de um Estado. Entendia-se que, somente com a descentralização de poder e a divisão de competências entre estados membros de uma federação, seria possível se governar territórios extensos e compostos por uma população heterogênea. Caso contrário, isto é, em uma configuração unitária, apenas um governo autoritário seria capaz de controlar sua imensa população, como ocorreu no regime nazista. Destarte, com um intuito descentralizador e democrático, após o fim da Segunda Guerra Mundial e com a decadência do regime *nacional-socialista*, o marco do federalismo alemão foi a promulgação da Lei Fundamental de 23 de maio de 1949.

O modelo adotado possui como fundamento primordial a questão social, baseando-se no princípio da solidariedade e na igualdade para a promoção do bem social do país. Ele é consagrado como cláusula pétrea no artigo 79, §3º da constituição federal, *in vebis*:[12]

> Uma modificação desta Lei Fundamental é inadmissível se afetar a divisão da Federação em Estados, o princípio da cooperação dos Estados na legislação ou os princípios consignados nos artigos 1 e 20.

Insta consignar a divisão de competências constitucionais que caracteriza o modelo alemão se deu com vistas alcançar a cooperação entre os estados membros, incentivando o auxílio mútuo e a proximidade entre instâncias federais e locais, concretizando o princípio da solidariedade e subsidiariedade entre os poderes, como ordena a Lei Fundamental. A esse respeito, destaca Reverbel que:[13]

> O princípio social desenvolvido no regime de 1949 buscava não somente uma igualdade formal, como ainda uma igualdade em termos materiais. Dar os meios, as condições não é o campo restrito desse federalismo, mas sim agir ativamente na

[10]RAWLS, *Uma teoria da justiça*, p. 102.
[11]PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal*: uma análise comparada. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p. 140.
[12]ALEMANHA. Constituição (1949). Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949. Bonn, ALEMANHA: Conselho Parlamentar, 1949.
[13]REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*, p.111.

> redução dos obstáculos que inviabilizem o desenvolvimento social. Juntamente com a igualdade, temos o princípio da solidariedade que busca uma fidelidade federal, impondo obrigações aos Länder e ao Bund, na execução e promoção do bem social e do bem econômico do país. Ademais, é previsto em texto constitucional uma cláusula de igualdade das condições sociais de vida a serem seguidas pelos Estados.

Com as contribuições da constituição alemã, o federalismo, antes visto a partir do modelo estadunidense, passa a ser entendido não como mera separação de esferas de governo, mas como um mecanismo a partir do qual os entes federados trabalham de maneira articulada e coordenada buscando um fim comum, o bem-estar social de toda a federação. A Lei fundamental de Bonn propõe uma repartição de competências que se funda mais na cooperação entre a instância federal (*Bund*) e as instâncias estaduais (*Länder*), do que na separação, independência e autonomia característicos do modelo dual adotado pelos Estados Unidos.

Para fins de análise deste trabalho, um mecanismo imprescindível a ser estudado, que possibilita a estrutura de cooperação federativa alemã, é o compartilhamento de fundos públicos através da equalização fiscal, que permite alcançar equilíbrio e evitar desigualdades regionais dentro da federação.

3.1 SITUAÇÃO ECONÔMICO-SOCIAL DOS ESTADOS ALEMÃES NO PÓS-GUERRA E SEU DESENVOLVIMENTO ATRAVÉS DO MODELO COOPERATIVO

Em 1945 os Países Aliados, vencedores da Segunda Guerra, assinaram a Conferência de Potsdam, através da qual a Alemanha foi dividida quatro zonas, ocupadas pelos Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e União Soviética, sendo, o ano de 1949, foi fundada a República Federal da Alemanha (Alemanha Ocidental) em 3 de maio e a República Democrática Alemã (Alemanha Oriental) em 7 de outubro.

Todavia, próximo ao final da Guerra Fria, durante a década de 1980, a União Soviética já se encontrava falida, impactando negativamente as nações que faziam parte do bloco socialista, no qual se incluía a Alemanha Oriental. Consigna-se que a Alemanha Oriental apresentava altos índices de dívida pública, uma péssima infraestrutura, baixo nível de desenvolvimento e economia em colapso; fatos estes que levaram ao crescimento da demanda da população pela unificação da Alemanha e pelo restabelecimento da democracia.

Com a reunificação alemã, no início da década de 90, após a queda do muro de Berlim, o governo precisou planejar meios de repasse de recursos dos Länder economicamente mais fortes para os mais debilitados do ex-território do leste alemão. A forma de drenagem escolhida foi através do sistema tributário do país, buscando garantir acesso aos novos Länder integrantes ao mecanismo de equalização fiscal existentes na Alemanha Ocidental há décadas.

A Constituição alemã em seu artigo 20, (1), dispõe que o país é um Estado social federal e prevê o preceito fundamental de equalização regional no artigo 72, (2): *a federação deve perseguir a criação de condições de vida iguais no território federal* para todos os cidadãos alemães. Assim, o federalismo cooperativo alemão demonstrou sua força ao conseguir atender à necessidade constitucional de dirimir as diferenças socioeconômicas que existiam entre a Alemanha Ocidental e Oriental.

A Alemanha adotou um mecanismo de equalização fiscal rigoroso, o qual demanda um maior detalhamento do sistema tributário no texto constitucional, sendo possível observar mecanismos cooperativos verticais e, principalmente, horizontais, os quais serão melhor estudados no próximo tópico.

Os benefícios que resultaram do repasse de recursos foram principalmente nas áreas de infraestrutura, ciência e tecnologia, como apresenta Anelise Gondar.[14]

3.2 A COMPENSAÇÃO FISCAL INTERESTADUAL(LÄNDERFINANZAUSGLEICH)

Como mencionado anteriormente, a Alemanha é uma grande representante do federalismo cooperativo, tendo adotado um mecanismo de equalização fiscal rigoroso, já pautado nos anos 60 e que foi reafirmado no período posterior à reunificação. A 'compensação fiscal interestadual' (*Länderfinanzausgleich*) objetiva, desde a sua origem, alcançar um equilíbrio do poder financeiro entre todos os *Länder* de forma que todos tivessem as mesmas capacidades de investimento. Ou seja, a compensação tem o objetivo de igualar ou corrigir as entradas financeiras de cada unidade da federação em relação às outras através da determinação da repartição do imposto de renda.[15]

Esclarece Gondar que a chamada 'lei de compensação financeira interestadual', a norma mais importante no que se refere a redistribuição tributária na Alemanha, funciona em quatro etapas distintas "que realizam mecanismos de equalização vertical e horizontal". Na primeira fase, denominada equalização fiscal vertical primária, as receitas dos impostos são distribuídas entre os dois níveis de governo (União e *Länder*), os municípios recebem apoio suplementar. Essa fase caracteriza a redistribuição vertical dos recursos.

Na segunda fase, denominada equalização fiscal horizontal primária, a parte das receitas fiscais referente aos *Länder* é redistribuída entre eles, caracterizando a perspectiva de redistribuição horizontal. Já a terceira fase, chamada de 'equalização horizontal secundária', consiste na equalização entre os estados federados economicamente mais fortes e aqueles economicamente mais fracos. Por último, na quarta fase, a chamada 'equalização vertical secundária', os estados federados mais pobres recebem fundos diretamente da União (são concessões federais suplementares).[16]

O sistema de equalização fiscal, portanto, pode ser considerado um instrumento de redistribuição de riqueza e garantia de capacidade econômica equilibrada entre União e *Länder*. Portanto, tal mecanismo se relaciona com a teoria de justiça e os princípios de justiça distributiva traçados por Rawls, uma vez que estabelece um sistema de compensação em benefício daqueles entes que se encontram em piores situações.

[14]GONDAR, Anelise. *Mecanismos de equalização fiscal e redução de desigualdades regionais*: uma equação possível? Subsídios para análise a partir do caso alemão. Disponível em: <http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/artigo5.pdf> Acesso em 15 dez. 2018

[15]GONDAR, Anelise. *Mecanismos de equalização fiscal e redução de desigualdades regionais*: uma equação possível? Subsídios para análise a partir do caso alemão. Disponível em: <http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/artigo5.pdf> Acesso em 15 dez. 2018

[16]BRÄUER, Christian. FinanzausgleichundFinanzbeziehungenimwiedervereintenDeutschland. VS Verlag, 2005.

Em suma, percebe-se quão valiosos foram os mecanismos cooperativos adotados para dirimir as desigualdades marcantes que se verificava no nível de desenvolvimento dos *Länder* ocidentais e orientais e nas condições de vida dos cidadãos dos respectivos territórios.

Salienta-se ainda que a arrecadação fiscal ocorre entre os *Länder* de maneira essencialmente uniforme e que a legislação é basicamente federal, evitando-se distorções regionais, enquanto a administração, os gastos públicos se dão em instância subnacional, existindo, dessa forma, uma harmonia, coordenação das atividades governamentais entre os *Länder* e o *Bund*.

4. FEDERALISMO BRASILEIRO E A POSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO COMPARTILHAMENTO DE FUNDOS PÚBLICOS

Em seu artigo 3º, inciso III dispõe a Constituição brasileira de 1988 que um dos objetivos fundamentais da República é reduzir as desigualdades regionais, de forma que se faz necessário discutir meios possíveis a serem adotados para eliminar a grande disparidade existente entre os membros da federação. Um exemplo que comprova essa desigualdade é os dados da pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em 2016, os quais demonstram que apenas os estados São Paulo e Rio de Janeiro concentraram 42,7% do PIB do país.[17]

Passível de análise, assim, que o modelo cooperativista arquitetado pela constituição, em que se tem a repartição das fontes de receitas, permitindo a cada ente federado dispor de competências arrecadatórias próprias para obter recurso, em sua maioria de natureza tributária, não tem sido suficiente para atender esse objetivo. Em parte, é possível atribuir essa falha à guerra fiscal entre os estados membros, a qual mina a base de receita destes no intuito de captura de empresas para suas regiões, diminuindo, assim, as alíquotas dos impostos e chegando, muitas vezes, a zero. Como bem explica Carlos Henrique Tranjan Bechara e João Rafael L. Gândara de Carvalho:[18]

> entre os Estados o que se constata nos últimos anos é um cenário de intensa competição para captação de investimentos para seus territórios, por meio de concessões de incentivos fiscais relacionados ao ICMS, comumente denominada "guerra fiscal". Embora o ICMS seja um tributo sobre o consumo, o fato de a CF/1988 atribuir competência tributária tanto ao Estado de origem da mercadoria quanto ao Estado de destino, abre aos Estados a possibilidade de criarem benefícios fiscais de ICMS de modo a atrair instalação de empresas para seus territórios.

[17]ALVARENGA, Darlan. *SP e RJ concentraram 42,7% do PIB do Brasil em 2016, aponta IBGE*. Disponível em:<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/11/16/sp-e-rj-concentraram-427-do-pib-do-brasil-em-2016-aponta-ibge.ghtml> Acesso em: 13 dez. 2018

[18]BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. Federalismo e Tributação: Entre competição e cooperação. p.37. In: DERZI, Misabel Abreu Machado. BATISTA JR, Onofre Alves. MOREIRA, André Mendes (Org.). Estado Federal e tributação: das origens à crise atual. v.1. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 35-53

Complementam as razões da Guerra Fiscal existente no país o texto do Prof. Dr. Onofre Alves Batista Júnior:[19]

> Se há guerra entre Estados-Membros (seja ela a guerra que for), duas conclusões são inevitáveis: em primeiro lugar, os mecanismos de formatação do consenso (tão caro à democracia) são inadequados; em segundo lugar, a União falha absurdamente no cumprimento de seu papel de responsável pela harmonia na Federação.
>
> Os Estados-Membros do Brasil, com o objetivo de atrair empresas e investimentos para seus territórios, vem concedendo benefícios fiscais e praticando sistemática renúncia de receitas. As empresas, guiadas pelo desiderato de lucro majorado, caminham, em um verdadeiro "jogo de quem dá mais", para o Estado-Membro que oferece melhores possibilidades de lucro.

Em primeiro momento, pensa-se que a saída para este problema seria simplesmente fixar uma alíquota mínima. Todavia, resta ainda outra questão importante, qual seja, como desenvolver todas as regiões do país, já que, ao fixar um limite legal para redução de impostos, faria com que investidores não tivessem interesse de levar suas empresas a regiões com menores níveis de desenvolvimento, como norte e nordeste, por exemplo.

Assim, para se alcançar o supracitado objetivo constitucional, além de fixar alíquotas mínimas, um bom caminho a se adotar poderia ser implementar, no contexto brasileiro, o compartilhamento de fundos públicos, por meio da equalização fiscal, a semelhança do modelo alemão estudado.

Sobre o tema, o autor Victor Nunes Leal ensina:[20]

> As próprias desigualdades regionais só podem ser – a médio ou longo prazo – reduzidas, nas duas nefastas consequências, mediante transferência de recursos das áreas mais ricas, para as áreas mais pobres, através dessa técnica centralizada de suprimento das regiões menos favorecidas.

Para que obtenha sucesso, insta consignar que a competência legislativa para regulação destes fundos e de seu compartilhamento teria que ser de nível federal, dirimindo a possibilidade de guerra fiscal e a formação de lobby regionais, ou ainda, observando-se o modelo alemão, essa repartição de receita tributária poderia estar disposta detalhadamente na Constituição, com a previsão de mecanismos rigorosos de equalização fiscal vertical e, principalmente, horizontal.

Ressalta-se que, conforme mencionado previamente, Rawls defende uma sociedade como empreendimento cooperação social para o benefício de todos e, para ser bem ajustada, essa sociedade necessita de ser norteada por princípios de justiça social, pois sem esse regramento a injustiça na partilha dos benefícios é inevitável por diversas razões, entre elas o egoísmo, a arbitrariedade do acaso natural e a sorte social. Assim, é importante que os

[19]BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Por que a 'guerra fiscal'?* Os desafios do estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 102, p. 336, 2011.

[20] LEAL, Victor Nunes. Garantias constitucionais em matéria tributária. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). Direito Constitucional: organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.209.

legisladores federais se atentem ao princípio de justiça social para construir o modelo adequado de compartilhamento de receitas.[21]

Nesse sentido, a equalização de receitas tributárias presente no federalismo alemão representa uma alternativa para o Brasil que sofre com as desigualdades regionais e sociais, agravadas pela acumulação de receitas em determinada região, qual seja, sudeste, ou mais especificamente, eixo Rio-São Paulo.

5. CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 consagra inúmeros direitos e garantias fundamentais. A Carta institui como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades e o bem-estar de todos. Essas prestações positivas do Estado demandam recursos, e a principal forma de obtenção de capital em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, é por meio da tributação.

Assim, o Estado Fiscal é a projeção financeira do Estado de Direito, no qual a receita passa a se fundar principalmente nos tributos. Nesse sentido o Direito Tributário ganha um papel importante no que se refere à garantia dos direitos fundamentais da população e à redução das desigualdades e da miséria, problemas que ainda fazem parte do contexto do Brasil.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar que a adoção de um sistema tributário progressivo, distributivo, nos moldes da teoria de justiça Rawlsiana, poderia trazer bons resultados para a política fiscal brasileira e no combate a miséria e desigualdade no Brasil. Baseando-se em lições de Franco Montoro, Eber Santa Helena enfatiza que "a justiça distributiva impõe às autoridades um dever rigoroso, *debitum legale*, de dar a todos os membros da comunidade uma participação equitativa no bem comum, conferindo a esses o direito de exigir essa participação".[22] Assim, o objetivo da equalização financeira, por via dos mecanismos (re)distributivos é, entre outros, garantir a justiça distributiva e a cooperação entre os entes federados.

Desse modo, tem-se o modelo alemão de federalismo cooperativo e sua política de compensação fiscal interestadual como um exemplo positivo e bem sucedido de mitigação das desigualdades entre os entes federados, o qual pode trazer benefícios também para o Brasil.

REFERÊNCIAS

[21]REIS, Iaci Pelaes dos. Justiça distributiva e federalismo cooperativo: igualdade federativa como critério norteador para promover partilha dos royalties petrolíferos do pré-sal. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-ASWK9S/tese_de_doutorado_iaci_final__13_3_2017.pdf?sequence=1. Acesso em: 18/12/18.

[22]SANTA HELENA, Eber Zoehler. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/hamdle/id/176536/000842803.pdf? Acesso: 21. jul. 2016.

AFFONSO, Rui de Britto Álvares. Descentralização e reforma do Estado: a Federação brasileira na encruzilhada. *Economia e Sociedade*, Campinas, v. 14, p. 127-152, jun. 2000.

ALEMANHA. Constituição (1949). *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 23 de maio de 1949*. Bonn, ALEMANHA: Conselho Parlamentar, 1949.

ALVARENGA, Darlan. *SP e RJ concentraram 42,7% do PIB do Brasil em 2016, aponta IBGE*. Disponível em:<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/11/16/sp-e-rj-concentraram-427-do-pib-do-brasil-em-2016-aponta-ibge.ghtml> Acesso em: 13 dez. 2018

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Por que a 'guerra fiscal'?* Os desafios do estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 102, 2011.

BECHARA, Carlos Henrique Tranjan; CARVALHO, João Rafael L. Gândara de. Federalismo e Tributação: Entre competição e cooperação. p.37. In: DERZI, Misabel Abreu Machado. BATISTA JR, Onofre Alves. MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado Federal e Tributação*: Das origens à crise atual. Volume 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BRÄUER, Christian. *Finanzausgleichund Finanzbeziehungenimwiedervereinten Deutschland*. VS Verlag, 2005.

DERZI, Misabel Abreu Machado; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. O princípio federativo e a igualdade: uma perspectiva crítica para o sistema jurídico brasileiro a partir da análise do modelo alemão. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; MOREIRA, André Mendes (Org.). *Estado federal e guerra fiscal no direito comparado*. Belo Horizonte: Arraes, 2015. (Coleção federalismo e tributação, v. 2).

GONDAR, Anelise. *Mecanismos de equalização fiscal e redução de desigualdades regionais*: uma equação possível? Subsídios para análise a partir do caso alemão. Disponível em: <http://desigualdadediversidade.soc.puc-rio.br/media/artigo5.pdf> Acesso em 15 dez. 2018

LEAL, Victor Nunes. Garantias constitucionais em matéria tributária. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). *Direito Constitucional*: Organização do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*: os impostos e a justiça. São Paulo: Martins Fontes, 20005.

MORAES, Eduardo de Abreu. *A tributação indireta sob a ótica da teoria da justiça de John Rawls*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d99fa3a9dd5df426. Acesso em 17 dez. 2018.

PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal*: Uma análise comparada. Alemanha, Índia, Canadá e Austrália. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fonte, 2008.

REIS, Iaci Pelaes dos. *Justiça Distributiva e Federalismo Cooperativo*: Igualdade Federativa como Critério Norteador para Promover Partilha dos Royalties Petrolíferos do Pré-Sal.

Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-ASWK9S/tese_de_doutorado_iaci_final__13_3_2017.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 dez. 2018.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O federalismo numa visão tridimensional do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. Um Colégio de Governadores no Brasil e o modelo do Bundesrat na República Federal alemã. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). *O Federalismo na visão dos Estados*: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal – Conpeg – aos 30 anos da Constituição. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

Referência:

TOLEDO, Letícia Reis de Castro; BARROS, Marina Koehne de. Interseções entre o federalismo brasileiro e alemão: o compartilhamento de fundos públicos e a diminuição das desigualdades regionais. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 163-174.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

NOTAS SOBRE A REVISÃO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO E SUA APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUIZ HENRIQUE MIGUEL PAVAN*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do modelo de revisão judicial de atos expedidos pelos poderes constituídos nos Estados Unidos da América. 3 Breves notas sobre o ativismo judicial. 4. Doutrina CHENERY, Doutrina CHEVRON e Doutrina das questões políticas no direito norte-americano. 5 Aplicação das doutrinas norte-americanas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal De Justiça. 5.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal. 5.2 Decisões do Superior Tribunal De Justiça. 6 Conclusão.

Palavra-chave: Revisão judicial dos atos administrativos no Direito norte-americano. Doutrinas Chenery, Chevron e das questões políticas. Jurisprudência atual do STF e do STJ.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo irá expor as principais doutrinas norte-americanas que cuidam da revisão judicial dos atos administrativos e abordar se essas doutrinas são aplicadas na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tecendo ainda considerações sobre a possibilidade de sua utilização no Direito brasileiro.

Inicialmente, será examinado o controle judicial (*judicial review*) exercido pela Suprema Corte norte-americana sobre atos legislativos e administrativos. Após, abordar-se brevemente sobre o ativismo judicial. Em seguida, serão trabalhadas as doutrinas Chenery, Chevron e das questões políticas, mencionando os principais julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América sobre cada uma dessas teorias e a evolução delas ao longo dos anos.

* Bacharel e Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Procurador-Assessor do Gabinete da PGE/ES.

Ao final, será analisada a aplicabilidade dessas doutrinas na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O Estado Democrático de Direito brasileiro é marcado pela crescente atuação social e política do Poder Judiciário, notadamente no que toca ao controle das ações empreendidas pela Administração Pública. Usualmente, o Judiciário se vale, em suas decisões, de doutrinas e teorias criadas no Direito estrangeiro (v.g. princípio da proporcionalidade), revelando-se natural a utilização de fontes alienígenas, como as decisões proferidas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (instituição cujas decisões tem inspirado vários pronunciamentos do STF), para estudar os critérios de revisão judicial de atos administrativos.

Mesmo nos Estados Unidos da América, precursor do controle de constitucionalidade de atos normativos, em que se fala em supremacia judiciária e em que os magistrados gozam de elevada autoridade social, foram criados limites à intervenção do Poder Judiciário na conduta levada a efeito pelo poder público, como a teoria da deferência dos tribunais à administração (*judicial deference to administrative)* em relação a atuação das agências administrativas, segundo a qual as cortes devem observar, com especial deferência, as considerações jurídicas da Administração nos atos por ela praticadas, e a doutrina das questões políticas (*political questions doctrine)*, preocupada com os limites à intervenção judicial em situações em que normas constitucionais impõem restrições aos governos eleitos ou estabelecem definições afirmativas das liberdades individuais.

A relevância do tema para o Direito público brasileiro advém do crescente aumento do quantitativo de ações ajuizadas contra entes públicos impugnando atos administrativos após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da ausência de definição de limites ao ativismo judicial na doutrina e na jurisprudência brasileira, da existência de recentes decisões judiciais que suspendem ou encerram projetos e políticas públicas de grande relevância econômica e social e da utilização em recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, das doutrinas norte-americanas Cheney e Chenery, surgindo a relevância de trabalhar na esfera acadêmica a respeito das citadas doutrinas, em especial a doutrina Chenery, por não ser trabalhada pela doutrina brasileira.

A existência de recentes pronunciamentos judiciais aplicando as citadas doutrinas norte-americanas demonstram a plena possibilidade de adoção dessas teorias no Direito brasileiro, cabendo a ampliação do uso dessas doutrinas para outros processos atrelados a atos administrativos, notadamente àqueles dotados de elevado grau de tecnicidade ou que envolvem o exercício de um poder político constitucionalmente garantido.

Objetiva-se, com este artigo, identificar as doutrinas norte-americana aptas a serem utilizadas no controle de atos administrativos e as suas balizas, além de demonstrar a possibilidade de transporte dessas doutrinas para a realidade brasileira, o que tem o condão de conferir maior segurança jurídica na tomada de decisões administrativas, criando um âmbito favorável a realização de políticas públicas.

2 DO MODELO DE REVISÃO JUDICIAL DE ATOS EXPEDIDOS PELOS PODERES CONSTITUÍDOS NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Adotou-se, nos Estados Unidos da América, desde sua fundação, uma clara divisão de poderes (separação de poderes), diferentemente do que ocorreu nos países do continente europeu, em que os Estados foram erigidos gradualmente, ao longo dos séculos. Em verdade, a teoria da separação de poderes adveio na Europa após uma longa evolução da literatura[1] e o um amadurecimento das instituições, com a gradual adoção de leis e constituições (o que somente ocorreu nos últimos séculos). Por conta desses fatos, a separação de poderes acabou por ser interpretada e concretizada de maneira distinta nos Estados Unidos da América em relação ao modelo utilizado na Europa.

A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 previu de maneira expressa, em seus arts. 1º, 2º e 3º, a existência dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dotados de funções distintas.

Uma das razões para a maior relevância do Poder Judiciário norte-americano em relação a outros países advém da discordância com o sistema adotado pela Inglaterra de concentração de poderes no parlamento. Fala-se, aliás, na existência de uma doutrina da *supremacia judiciária* nos EUA, atrelada à capacidade de revisão judicial (*judicial review*) dos atos editados pelos demais Poderes.[2]

Oportuno esclarecer que apesar de a expressão *judicial review* (que significa literalmente revisão judicial) ser, corriqueiramente, utilizada para designar o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, ela também é empregada no Direito norte-americano para outras situações de controle (revisão) judicial, como de atos administrativos.[3]

Existem três aspectos, nas lições de Miranda, que mais se sobressaem em relação ao sistema judicial dos Estados Unidos da América: 1) "a singularidade da relação democrática entre os juízes e os cidadãos e a elevada autoridade social de que gozam"; 2) "a complexidade proveniente da estrutura federal, com dualismo de tribunais, federais e estaduais"; e 3) "a predominância do Supremo Tribunal" e "a unidade de julgados que com ela se obtém".[4]

Miranda afirma que a fiscalização judicial da constitucionalidade de atos normativos compõe, conjuntamente com o federalismo e o presidencialismo, os três principais institutos introduzidos no constitucionalismo moderno pelo Direito Constitucional dos EUA. Modelo norte-americano que inspirou inúmeros países, como os países de língua espanhola na América Latina e o Brasil.[5]

---

[1] Usualmente, a teoria da separação de poderes é atribuída à Montesquieu, que cuidou do tema em sua obra *O Espírito das Leis*. No entanto, a separação de poderes remonta aos antigos pensadores gregos, como Aristóteles, em seu livro *A Política*, e Políbio, em *História*, e foi insinuada na obra *Segundo tratado sobre o governo* de John Locke, ocorrendo a consolidação da atual teoria do equilíbrio de poderes no livro de Montesquieu. Cf. BOBBIO, Nolberto. *Teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997; GOUGH, J. W. A separação de poderes e a soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Org.). *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005

[2] Cf. PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83-84.

[3] Cf. § 706 da Lei de Procedimento Administrativo de 1946.

[4] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88.

[5] *Ibidem.*, p. 93-94.

Por sua vez, Penna destaca o legado do sistema judicial norte-americano para outros países, consubstanciado na "atuação em concreto da atividade jurisdicional, conferindo certeza e eficácia às garantias contidas na Constituição."[6]

Os EUA foram os precursores no controle difuso de constitucionalidade de atos normativos, que permite a qualquer magistrado, no curso de demanda, interpretar a Constituição e aplicar a norma jurídica infraconstitucional com base nos preceitos da Lei Constitucional, podendo declarar o texto normativo como incompatível com as normas constitucionais.

O modelo de Estado federado adotado pelos EUA, marcado pela autonomia dos entes federados, e a existência de um texto constitucional escrito com aptidão para reger o funcionamento de órgãos federais e cujos preceitos tem caráter normativo ensejou a necessidade de criação de um mecanismo de controle de constitucionalidade por meio de uma Corte Federal de Justiça (Suprema Corte dos Estados Unidos da América), que pudesse conferir segurança na interpretação da Constituição federal e tivesse a capacidade de aplicar as normas constitucionais e restringir a atuação das autoridades federais e estaduais.[7]

Hamilton já tecia, no final do século XVIII, considerações sobre a força vinculante da Constituição, assentando as bases para o controle de constitucionalidade de normas, ao afirmar que: "É certo que a Constituição deve servir de base à interpretação das leis e que todas as vezes que entre uma e outras houver oposição, as últimas devem ceder àquela."[8]

No entanto, a Constituição dos Estados Unidos da América não previu expressamente o sistema de revisão judicial dos atos legislativos.[9] Isso motivou alguns pensadores a afirmar que os delegados da Convenção Constitucional de 1787, que confeccionaram a Constituição dos EUA, denominados, mais tarde, *Founding Fathers of the United States of America* ou *framers*, não conferiram aos tribunais o papel de reconhecer a inconstitucionalidade de leis. Beard discorda desse posicionamento. Após apresentar as argumentações políticas enunciadas por delegados da Convenção, Beard afirma que cabe àqueles que defendem que o controle judicial não está inserido no propósito dos indivíduos que elaboraram a Constituição norte-americana apresentar provas efetivas para sustentar sua tese, e não ofertar argumentos com base no mero silêncio da Constituição sobre o tema.[10]

O sistema de controle de constitucionalidade acabou por ser embasado nos EUA em dois fundamentos de caráter jurídico: o Poder Legislativo não pode ser exercido em contrariedade aos ditames constitucionais; e os tribunais apenas devem aplicar leis válidas, sendo inválidas aquelas contrárias a Constituição.[11]

O controle de constitucionalidade norte-americano somente teve condições de surgir em um contexto histórico-jurídico favorável, marcado, nas palavras de Miranda, pela "tradição das Constituições limitativas coloniais, o papel preponderante da interpretação

[6] PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 100.
[7] *Ibidem.,* p. 92.
[8] HAMILTON, James; MADISON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 474.
[9] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 88.
[10] BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. New York: The Macmillan Company, 1912, p. 3-5, 126.
[11] MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 88.

judicial e o prestígio dos juízes, o consenso sobre as instituições, o funcionamento pragmático da separação dos poderes e o federalismo."[12]

O precedente mais famoso envolvendo o controle de constitucionalidade nos EUA é o caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte dos Estados-Unidos (5 U.S. 137), sob a relatoria do *chief justice* John Marshall. A lide envolvia a nomeação de William Marbury para o cargo de juiz de paz para o Distrito de Columbia. Na situação levada a apreciação da Corte, foram praticados os atos necessários para a nomeação de Marbury (aprovação da nomeação pelo Senado e confecção da comissão, com subscrição pelo Presidente e inclusão do selo dos Estados Unidos) durante o governo do Presidente da República John Adams, mas o novo governo dos Estados Unidos, sob a gestão do Presidente Thomas Jefferson, não apresentou a comissão subscrita pelo antigo Presidente ao nomeado. No julgado, a Corte reputou inválido dispositivo do Ato Judicial de 1789 por afronta a Constituição dos EUA, em virtude daquele texto legal ter expandido indevidamente a competência da Suprema Corte. A importância da citada decisão reside no reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua imutabilidade por leis ordinárias, além da constatação do papel do Judiciário como autoridade responsável pela interpretação final em matéria constitucional. [13-14]

Muitas foram as críticas à possibilidade de o Judiciário declarar, como efetuado no caso *Marbury v. Madison,* que um texto legislativo é contrário à Constituição. Sobre o tema, Beard reza que é difícil sustentar as críticas à decisão de Marshall, ao se observar os princípios adotados pelos delegados da Convenção Constituinte, ao se considerar a doutrina claramente definida sobre o tema no Capítulo 78 do livro *O Federalista*, ao se verificar os precedentes anteriores proferidos pela Suprema Corte sobre normas jurídicas contrárias a Constituição (v.g. *Hylton v. the United States*) e ao se apurar a finalidade e o espírito da Constituição.[15]

Miranda aponta a existência de três fases do controle de constitucionalidade norte-americano na Suprema Corte: 1) de 1803 até aproximadamente 1880, marcada pela preocupação da "defesa da unidade dos Estados Unidos e a fiscalização da arbitragem entre a União e os Estados federados"; 2) de 1880 a 1935-1937 a Corte interpretou a Constituição de maneira a conservar a ordem liberal capitalista, sustentando "sua autoridade frente ao Poder Legislativo", o que ensejou a utilização da expressão governo dos juízes; 3) a partir de 1954 (caso *Brown v. Board of Educacion of Topeka*) passou a se dedicar, com oscilações nos últimos anos, à garantia das liberdades políticas e da igualdade racial.[16]

Vê-se, pois, que o Direito norte-americano, marcado pelo relevante papel conferido à Suprema Corte na tomada de decisões ligadas aos rumos do país e às relações sociais, reconhece a possibilidade de controle judicial de atos governamentais, até mesmo do Poder Legislativo. Ocorre que mesmo em um contexto marcado pela supremacia do Poder Judiciário, pela ampla possibilidade de revisão dos atos do legislativo e pelo ativismo judicial (que será

[12] MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 89.
[13] Antes mesmo do julgamento do caso *Marbury v. Madison* foram prolatadas decisões judiciais nos EUA que reconheceram a nulidade de leis contrárias a Leis Constitucionais. Cf. LUNZ, Julieta Lídia. *Recursos políticos e judiciais para a correção dos atos do Poder Público*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 88, nota de rodapé.
[14] Beard enumera decisões proferidas pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos na década de 1790 que analisaram a compatibilidade de atos legislativos com a Constituição. cf. BEARD, cf. Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. New York: The Macmillan Company, 1912, p. 115-116.
[15] *Ibidem*, p. 118.
[16] MIRANDA, Jorge. *op. cit.*, p. 89.

tratado abaixo), a Suprema Corte norte-americana acaba por fixar limites à revisão judicial dos atos governamentais, como será tratado abaixo.

3 BREVES NOTAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL

A função jurisdicional é dita, tradicionalmente, como aquela responsável por dizer e realizar o Direito, aplicando a lei dedutivamente.[17] No entanto, essa fórmula não é suficiente para representar o papel atual do Judiciário, que é conclamado a atender de maneira mais efetiva os anseios da sociedade e a garantir a aplicabilidade das normas jurídicas inseridas no âmbito constitucional. Esse novo papel conferido ao Judiciário encontra-se ligado ao fenômeno denominado ativismo judicial.

O ativismo judicial (*judicial activism*) tem raízes nos Estados Unidos da América. Conforme anotam Cicconetti e Teixeira, a primeira decisão proativa da Suprema Corte dos EUA, na linha do que mais tarde seria denominado ativismo judicial, foi proferida no caso *Lochner v. New York*.[18] Na decisão, foi reconhecido que o princípio da liberdade contratual se encontrava implícito no devido processo legal, tendo sido declarada a inconstitucionalidade de lei do Estado de Nova Iorque que fixava o limite da jornada de trabalho dos padeiros em 10 (dez) horas diárias e em 60 (sessenta) horas semanais, sob o fundamento de que a restrição à liberdade individual de firmar contratos era desnecessária e desproporcional.[19-20]

A expressão *ativismo judicial* foi empregada pela primeira vez em um texto jornalístico publicado nos EUA no ano de 1947, no bojo do qual foram apresentados os perfis dos juízes da Suprema Corte norte-americana.[21] Sobre o seu conteúdo, Cicconetti e Teixeira tecem as seguintes considerações:

> [...] foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria da revista Fortune intitulada "The Supreme Court: 1947", que o termo *judicial activism* entrou no léxico não apenas jurídico, mas sobretudo político e popular. Referindo à capacidade de desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social, Schlesinger chamou de "ativistas judiciais" (*judicial activists*) os juízes Hugo Black, Willian O. Douglas, Frank Murphy e Wiley Rutledge. Já os juízes Felix Frankfurter, Harold Burton e Robert H. Jackson foram rotulados de "Campeões do Auto-Comedimento" (*Champions of Self-Restraint*), por entenderem que o Judiciário não deve ir além do seu espaço limitado dentro do sistema estadunidense. Em posição intermediária, o

[17] ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 97.

[18] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 198 U.S. 45 (1905)

[19] CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial? In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 81-82.

[20] Barroso menciona a existência de decisão anterior ao caso Lochner v. New York que caracterizaria a atuação proativa do Judiciário norte-americano, consubstanciado no caso Dred Scott v. Sanford, que marcou a segregação racial nos EUA. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Revista Cadernos [SYN]THESIS*. Caderno do Centro de Estudos Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 26, 2012. Disponível na internet: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>; Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

[21] CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *op. cit.*, p. 82.

> Presidente da Suprema Corte naquele ano, Frederick M. Vinson, bem como o juiz Stanley F. Reed, não seriam plenamente caracterizáveis como deste ou daquele lado.[22]

O ativismo judicial ganhou força em território norte-americano na segunda metade do século XX, com a gradual incorporação pelos juízes de uma postura ativista, em um contexto marcado pelo crescimento do papel da Suprema Corte na defesa dos direitos civis para minorias sociais, pela instituição da ação afirmativa como mecanismo de combate à desigualdade social e pela edição de leis implantadoras de programas sociais, como a *Civil Rights Act* de 1964.[23]

No Brasil, os debates a respeito do ativismo judicial somente se iniciaram após a CRFB de 1988[24], apesar de se reconhecer que antes dessa data já haviam sido prolatadas decisões que apresentavam caráter próximo a atual ideia de ativismo judicial.[25] O interesse da doutrina moderna sobre o tema está atrelado ao papel de relevo conferido ao Judiciário brasileiro pelo novo texto constitucional, que ampliou a participação do povo na tomada de decisões e estendeu o leque de direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

Em que pese a importância conferida pela doutrina ao ativismo judicial, os doutrinadores não fornecem parâmetros seguros para a conceituação desse fenômeno. Na visão de Nery Jr. e Abboub, o ativismo judicial "tem sido empregado com verdadeira poluição semântica, ora descrevendo fenômenos distintos, ora sendo utilizado para legitimar decisões judiciais apenas em função do seu resultado."[26] A expressão é algumas vezes empregada com sentido positivo, correspondendo a uma atuação nos limites do ordenamento jurídico, e outras com sentido negativo, de atuação judicial além dos limites permitidos pela legislação.[27]

Com o propósito de aclarar-lhe o significado, Alessandra Mello leciona que ativismo judicial é o "esforço do Poder Judiciário em materializar, no plano concreto, os princípios e regras constitucionais, sobretudo os direitos e garantias individuais, transformando-

[22] CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial? In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 82.
[23] *Ibidem.*, p. 83.
[24] SENA, Tânia Mara Ahuallie Jaqueline. Ativismo Judicial e as cláusulas gerais processuais no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 337.
[25] A ideia de ativismo judicial pode ser extraída, por exemplo, do julgamento do Habeas Corpus nº 45.232/GB pelo Supremo Tribunal Federal, em que foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei nº 314/1967 (Lei de Segurança Nacional), que fixava que a prisão em flagrante ou o recebimento da denúncia nas hipóteses do decreto-lei importaria na suspensão do exercício da profissão, emprego, cargo ou função na Administração Pública até a prolação de sentença absolutória. No julgado, o Ministro Relator assegurou os direitos fundamentais dos cidadãos previstos na Constituição de 1967 ao reconhecer a violação do direito à vida e ao considerar que impedir o desempenho de atividade profissional da qual o cidadão tira seu sustento é suprimir parcela de sua vida. STF, HC 45232, Relator(a): Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/1968, DJ 29-03-1968 PP-00990 EMENT VOL-00721-02 PP-00792 RTJ VOL-00044-03 PP-00322.
[26] NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 527.
[27] BACARIM, Maria Cristina de Almeida; NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 479.

os em realidade."[28] Já para Benacchio e Viana "o ativismo judicial envolve a participação do Poder Judiciário de forma mais intensa na concretização dos valores e finalidade da Constituição com a inevitável interferência no espaço reservado aos outros poderes."[29] Barroso, por sua vez, anota que o ativismo é "uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance", destacando, em seguida, que:

> A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.[30]

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial (*judicial self-restraint*), por meio da qual o Judiciário busca mitigar sua interferência nas atividades dos demais Poderes. Para essa linha de raciocínio, os magistrados devem, conforme Barroso, "evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário", além de empregar critérios mais rigorosos para a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos e evitar imiscuir na definição de políticas públicas. Enquanto o ativismo judicial busca extrair o máximo de potencialidades do texto constitucional, a autocontenção limita o espaço de aplicação da Constituição em benefício das instâncias tipicamente políticas. Atento a essa distribuição, Barroso observa que a autocontenção judicial vigorava no Brasil até o advento da Constituição de 1988, passando o Poder Judiciário a desempenhar, recentemente, uma posição nitidamente ativista.[31]

O maior problema do ativismo judicial reside, na atualidade, na dificuldade de definição dos limites concretos à atividade criativa dos tribunais dentro do Estado Democrático de Direito. Sobre essa questão, Canotilho adverte, com adequação, que os limites do Direito Constitucional positivo não têm se revelado suficientes para evitar o ativismo judicial à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do Direito.[32]

---

[28] MELLO, Alessandra Lopes Santana. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 50.

[29] BENACCHIO, Marcelo; VIANA, Sávio Ibrahim. O ativismo judicial e a ordem econômica. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p. 151.

[30] BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Revista Cadernos [SYN]THESIS*. Caderno do Centro de Estudos Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 25-26, 2012. Disponível na internet: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>; Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

[31] *Ibidem*, p. 26.

[32] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política – Tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Org.). 2. ed. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 144.

Essa necessidade de delimitação dos limites ao ativismo judicial no Brasil contemporâneo é que torna relevante o estudo dos doutrinas norte-americanas a respeito das regras para a revisão judicial de atos administrativos.

4. DOUTRINA CHENERY, DOUTRINA CHEVRON E DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Nesse tópico serão tecidas algumas considerações específicas, sem o objetivo de esgotar o tema, a respeito do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário no sistema norte-americano, iniciando a análise pela doutrina Chenery. Após, será analisada a doutrina Chevron e sua ligação com Chenery. Ao final, será abordada doutrina das questões políticas.

Bosco afirma que a jurisprudência norte-americana chegou a criar no século XIX uma teoria que ventilava a existência, de um lado, de atos discricionários, intitulados de atos políticos ou de *executive character*, que seriam insindicáveis pelo Judiciário, e, de outro lado, dos atos ministeriais, regulados por lei ordinária e que poderiam ser revistos pelos magistrados. Essa tese era lastreada na separação de poderes e na tentativa de vedar o excesso de processos nos tribunais. [33]

A concepção de instituições especializadas que buscam reduzir a centralização de poder na figura do Presidente acabou por ser a solução empregada para mitigar os conflitos gerados por essa teoria.[34]

A criação de agências marca o Direito norte-americano[35]; instituições que foram idealizadas em razão do receio do parlamento do surgimento de governos de caráter autoritário e que, nos casos das agências reguladoras, podem ter poderes normativos e até atribuição para deliberar a respeito de controvérsias jurídicas. [36]

Silveira destaca que as agências foram criadas no período do *New Deal*[37] para efetuar a regulamentação estatal da atividade econômica visando conter os excessos do capitalismo *laisse-faire*. Essas instituições foram idealizadas com um caráter apolítico e "deveriam ter a expertise técnica necessária para gerir as indústrias de maneira científica", mas esse ideal e essa característica não foram alcançados imediatamente. A criação das agências acarretou um crescimento vertiginoso na regulamentação da atividade econômica e, em consequência, um aumento dos litígios de sociedades empresárias contra a regulamentação.[38]

[33] BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 337.
[34] *Ibidem.*, p. 337
[35] O conceito de agências no direito norte-americano é objeto de divergências. Independentemente da corrente adotada, seu conceito tem um espectro mais amplo que o adotado no Direito brasileiro, abrangendo diferentes formas de instituições públicas como as agências reguladoras e agências independentes (que não se submetem ao controle presidencial).
[36] BOSCO, Maria Goretti Dal. *op. cit*, p. 338-339.
[37] O *New Deal* era um conjunto de programas e projetos instituídos nos Estados Unidos da América entre 1933 e 1936 pelo presidente norte-americano Franklin Dr. Roosevelt para recuperação da economia do país.
[38] SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo,* v. 276, set/dez. 2017, p. 129-130.

Em um primeiro momento, a Suprema Corte norte-americana resistiu à regulamentação governamental da atividade econômica. Posteriormente, o Tribunal Constitucional reconheceu a constitucionalidade da maioria das agências e dos regulamentos do *New Deal*, tendo criado alguns posicionamentos jurisprudenciais para controlar a atuação das agências. A Corte admitiu, assim, a regularidade do processo decisório das agências e adotou uma supervisão judicial da adequação de mérito das decisões dessas instituições. Diante da discordância dessas regras erigidas pelo Judiciário, foi editado a Lei de Procedimento Administrativo (*Federal Administrative Procedure Act -APA*) em 1946, fruto da convergência dos interesses das empresas e do Poder Executivo.[39]

As agências reguladoras têm a função, além de editar regulamentos, de atuar "como agente judicial, dado que alguns atos, como a adjudicação, são considerados de natureza jurisdicional", sendo que os servidores que cuidam dessa atividade são conhecidos como juízes de Direito Administrativo (*Administrative Law Judges*), regidos por estatuto próximo aos juízes togados, que lhes assegura independência e imparcialidade. No entanto, as agências não têm competência para decidir de maneira definitiva a respeito de questões submetidas a sua apreciação, podendo suas deliberações ser revistas pelo Judiciário. Com efeito, todos atos praticados pelas agências se submetem ao controle judicial (*judicial review*), inclusive os administrativos, na forma do § 706 da Lei de Procedimento Administrativo de 1946. [40-41]

A legislação é interpretada pelas agências quando do desempenho de suas atividades previstas em lei, sendo que os tribunais norte-americanos erigiram várias doutrinas para reconhecer o papel das agências na primeira abordagem de um certo problema.[42]

Dentre essas doutrinas, podemos citar a doutrina Chenery, que estabelece que as Cortes devem, ao reverem a determinação que uma agência está autorizada a fazer, julgar a propriedade de tal ação unicamente pelos motivos invocados pela agência.[43]

Duas decisões proferidas pela Suprema Corte norte-americana cuidam da doutrina Chenery. Ambos os casos envolvem ações propostas pela *Chenery Corporation* contra a *Securities and Exchange Comission* – SEC (Comissão de Valores Monetários) e foram julgados pela Suprema Corte em, respectivamente, 1943 (318 U.S. 80) e 1947 (332 U.S. 194)

A doutrina Chenery está relacionada com a Lei de Empresa Holding de Utilidade Pública (*Public Utility Holding Company Act* - PUHCA) de 1935, que conferiu poderes à *Securities and Exchange Comission* – SEC de administrar a reorganização de empresas públicas de utilidade pública.[44]

A companhia da utilidade pública chamada *Federal Water Service Corporation* (Companhia Federal de Serviços da Água), registrada sobre o PUHCA, decidiu se reorganizar.[45]

---

[39] SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, set/dez. 2017, p. 130.
[40] BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 340.
[41] *Ibidem.*, p. 339.
[42] SILVEIRA, André Bueno da. *op. cit.*, p. 130.
[43] STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007. p. 960.
[44] *Ibidem*, p. 960-961.
45 Na decisão da SEC, as ações preferenciais adquiridas por executivos e diretores durante o período em que os planos de reorganização propostos pela administração da companhia não foram admitidas na reorganização em igual grau de privilegio que outras ações preferenciais.

O primeiro plano de reorganização foi negado pela SEC, o que motivou a confecção de novos planos de reorganização, sendo aprovado o quarto plano, com objeções de executivos, diretores e acionistas controladores.

A SEC (que não amparou sua decisão no PUHCA) entendeu que as ações preferenciais da companhia que haviam sido adquiridas por executivos e diretores enquanto os planos para a reorganização da empresa estavam submetidos à SEC não seriam convertidos em ações da empresa reorganizada, como iria ocorrer com todas as outras ações preferenciais, mas seriam entregues a custo acrescido de juros. Parte dos funcionários, diretores e acionistas da empresa processaram a SEC. A SEC baseou essa proibição apenas nos princípios da equidade judicialmente estabelecidos, concluindo que as operações envolvendo ações iriam violar os deveres de responsabilidade.[46]

A Suprema Corte concluiu, no primeiro precedente (Chenery I), que a leitura da *common law* pela SEC foi incorreta. Conforme Stack, a corte sugeriu que a SEC tinha o poder de proibir essas vendas como um exercício dos poderes administrativos sobre o manto da PUHCA. No entanto, lastreado na regra de que os tribunais não podem sobrepor a ordem da agência em bases distintas daquelas utilizadas pela agência, a corte reverteu a decisão da SEC, sustentando que: "uma ordem administrativa não pode ser sustentada a menos que os motivos pelos quais a agência agiu no exercício de seus poderes sejam aqueles sobre os quais sua ação pode ser sustentada."[47-48]

Após a citada decisão da Suprema Corte, a agência reanalisou a questão e chegou à mesma conclusão quanto à proibição da negociação de ações pelos executivos e diretores, mas, agora, baseou sua ação no exercício dos poderes administrativos previstos no PUHCA. Os oficiais da empresa processaram novamente a SEC (Chenery II) e, agora, a Suprema Corte manteve a ordem da agência.[49]

As decisões de Chenery, portanto, deixam claro que importa tanto quem articula a base legalmente suficiente para sustentar a decisão final da agência quanto sua justificativa. A questão não é meramente se a ação final da agência é possível, mas se a agência ofereceu uma explanação válida para sua ação. [50]

A jurisprudência norte-americana suscitada a existência de duas grandes limitações a doutrina Chenery. Primeiro, Chenery não se aplica quando a revisão judicial da interpretação ou da decisão da agência envolve uma lei que o Congresso não conferiu o poder regulatório a esta agência. Assim, as cortes rejeitaram a invocação de Chenery quando a agência interpreta o *Federal Administrative Procedure Act -APA*, o *National Environmental Policy Act - NEPA* e o *Privacy Act*, porque são leis cuja regulamentação não é cominada a nenhuma agência específica. Em segundo lugar, Chenery não pode ser evocada quando a ação da agência é obrigatória pela lei, hipótese em que os tribunais não devem aplicar a doutrina, porque a agência somente pode chegar a uma conclusão possível sobre a lei.[51]

[46] STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007, p. 961.
[47] *Ibidem*, p. 961.
[48] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 318 U.S. 80, 1943.
[49] STACK, Kevin M. *op. cit*, p. 960-961.
[50] *Ibidem*, p. 960-961.
[51] STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007, p. 965-966

Nesse ponto, passa-se a tratar da doutrina Chevron, ligada ao que o Direito estadunidense denominou de deferência administrativa.

Bosco sustenta que a tendência nos Estados Unidos é manter a "deferência" dos tribunais à Administração (*judicial deference to administrative*), aplicada à interpretação conferida a normas jurídicas pelas agências. Segundo essa doutrina, as cortes devem observar, com especial deferência, as considerações jurídicas da Administração Pública nos atos por ela praticadas. Sustenta a autora que as justificativas para essa doutrina residem na qualidade dos técnicos da Administração em questões complexas administrativas, no antigo entendimento quanto a impropriedade de revisão judicial do funcionamento do Executivo, na ideia de que o Legislativo delegou ao Executivo o tratamento das referidas questões e na separação de poderes.[52]

Afirma, ainda, Bosco que a doutrina da deferência pode ser identificada na decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Chevron v. Natural Resources Council* de 1984 (467 U.S. 837), na qual foram debatidos regulamentos confeccionados pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency*). Os regulamentos previam que diferentes instalações que produziam poluição de determinado grupo industrial poderiam ser consideradas como se estivessem em um mesmo conjunto, o que foi impugnado com base no *Clean Air Act*. Ao apreciar o tema, a Suprema Corte anulou a sentença proferida pela instância inferior, que acolhia o pleito autoral, "sob o argumento de que, quando o Legislativo não especifica, de forma direta, a questão que se está tratando em juízo, não cabe ao Tribunal impor sua interpretação particular da lei."[53]

A regra instituída pela Suprema Corte para definir a validade da interpretação conferida pela agência foi conhecida, mais tarde, como teste Chevron de duas etapas cuja essência pode ser extraída do seguinte trecho da referida decisão:

> Quando uma corte revisa a interpretação da agência do estatuto que ela administra, ela é confrontada por duas questões. Primeiro, sempre, é que a questão se o Congresso se manifestou diretamente sobre a questão especificamente em debate. Se a intenção do Congresso é clara, este é o fim do assunto; para a corte, bem como para a agência, devem dar efetividade à intenção inequívoca expressada pelo Congresso. Se, no entanto, a corte determina que o Congresso não abordou diretamente a questão específica em debate, a corte não impõe simplesmente a sua própria interpretação sobre o estatuto, como seria necessário na ausência de uma interpretação administrativa. Pelo contrário, se o estatuto é omisso ou ambíguo no que diz respeito ao assunto específico, a questão para a corte é se a resposta da agência é baseada em uma interpretação admissível do estatuto.[54]

Conforme Silveira, a primeira etapa do teste Chevron envolve a determinação se o texto legal a ser interpretado é ambíguo ou se seu significado é claro, valendo-se, para tanto, das ferramentas tradicionais de interpretação jurídica. Caso identificado que o sentido do dispositivo é patente, o tribunal irá declarar o significado da lei. Por outro lado, se o significado permanecer dúbio, a corte irá para a segunda etapa do teste Chevron. Nessa segunda etapa, será verificado se a interpretação da agência é razoável ou se a interpretação foge ao âmbito de

[52] BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 341.
[53] *Ibidem.*, p. 341.
[54] Extraído de SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, set/dez. 2017, p. 131.

ambiguidade da lei. Se a interpretação conferida pela agência for razoável, o tribunal irá manter a interpretação da agência mesmo se a corte entender que essa não é a melhor interpretação.[55]

Para Bosco, a Corte Constitucional norte-americana reconheceu que a decisão da agência deve ser imposta ao tribunal caso essa deliberação se revele como "uma escolha política razoável", "pois este deveria outorgar 'deferência' à interpretação as leis feitas pela Administração, a menos que se demonstrasse irrazoável ou absurda."[56]

A citada decisão da Suprema Corte anunciou o princípio de que os tribunais devem aceitar uma interpretação racional da agência sobre os termos ambíguos da lei.[57]

Nos anos 1980 o Juiz norte-americano Stephen Breyer e o Associate Justice Antonin Scalia da Suprema Corte dos Estados Unidos, ambos especialistas em Direito Administrativo, concordaram que a ideia em Chevron é simples: a Corte defere a interpretação de leis às agências quando e porque o Congresso (Poder Legislativo) disse para elas fazerem isso. [58]

A doutrina Chevron baseia-se em uma presunção sobre a intenção do Poder Legislativo, especificamente a intenção de conceder a autoridade de interpretação às agências, e não aos tribunais. A base para essa presunção é que os especialistas das agências gozam de maior experiência que os juízes generalistas e que a formulação da política das agências é mais responsável que aquela efetuada pelos juízes. [59]

Importante mencionar texto da lavra de Scalia a respeito da deferência judicial à Administração, em que tece considerações sobre o caso Chevron e menciona a importância desse precedente. Em sua conclusão, deixa consignado que:

A lei não se move em linha reta, e eu ficaria surpreso se as implicações da Chevron que eu discuti - e outras que eu não mencionei - são imediatamente abraçadas e aplicadas pelos tribunais federais. As opiniões que nós juízes federais lemos, e os casos que citamos, estão cheios de referências aos antigos critérios de "expertise da agência, ... natureza técnica e complexa da questão apresentada, ... a posição consistente e de longa data da agência" - e ainda vai demorar algum tempo para entender que esses conceitos não são mais relevantes, ou deixam de ser relevante da mesma forma. Na verdade, pode ser que, por um tempo, pelo menos, a fidelidade às formulações antigas irão contrair anormalmente Chevron, ou até mesmo produzir um recuo em relação a sua percepção básica. Eu tendo a pensar, no entanto, que, a longo prazo Chevron vai resistir e será dado o seu pleno alcance, não tanto porque ele representa uma regra que é mais fácil de seguir e, portanto, mais fácil de prever (embora isso seja verdade), mas porque ele reflete com mais precisão a realidade do governo, e serve assim de forma mais adequada as suas necessidades. (tradução nossa)[60]

[55] SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 276, set/dez. 2017, p. 132.
[56] BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 342.
[57] SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, jun. 1989, p. 511.
[58] SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abr. 2006, p. 198.
[59] STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007, p. 1005.
[60] SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, jun. 1989, p. 521.

No entanto, existem situações em que a aplicação da deferência judicial (doutrina Chevron) é inadequada. Silveira cita, como exemplo, a situação em que "a interpretação é feita pela primeira vez pela agência no âmbito de um litígio em que ela é parte" e 'se a agência que faz a interpretação não é a agência responsável pela "administração", total ou parcial, da lei, no sentido de poder normativo e de julgamento (poder de política).' Continua Silveira afirmando que essas situações têm o condão de ser caracterizadas como uma necessidade de determinação inicial se o Congresso, mesmo nos casos de ambiguidade da lei, teve o objetivo de que as cortes prestassem deferência às interpretações das leis realizadas pelas agências. Conclui afirmando que certos autores denominaram esse momento de "Etapa Zero de Chevron".[61]

A Etapa Zero de Chevron seria a investigação inicial se a estrutura da Chevron é aplicada ao caso (quando aplicar a doutrina). A respeito do tema, Sustein conclui que se a ação da agência tem a força de lei - o autor considera que algumas decisões de agências não tem força de lei - , Chevron seria aplicada e a decisão da agência que resulta de um processo formal é tomada como com força de lei. No entanto, sustenta que a triologia de decisões Cristensen-Mead-Barnhart da Suprema Corte dos Estados Unidos cria uma inquisição da Etapa Zero de Chevron, representando a vitória da ideia do Juiz Breyer de domesticar Chevron.[62]

A Suprema Corte norte-americana apreciou três relevantes casos envolvendo a interpretação da doutrina Chevron, quais sejam, os casos Christensen, Mead e Barnhart. Em Christensen v. Harris County[63], a Corte Suprema decidiu que a interpretação de pareceres jurídicos, como declararações políticas (policy statementes), manuais da agência (agency manuals) e orientações de aplicação (enforcement guidelines) não tem força de lei, não atraindo a deferência administrativa. Já em United States v. Mead Corporation, a corte reconheceu que o exame da incidêcia de Chevron deve ser realizado com base em uma avaliação contextual das ações da agência[64]. Por fim, no caso Barnhart v. Walton[65] o tribunal adotou a orientação da deferência administrativa com base em uma abordagem contextual, e não geral, reconhecendo que a natureza intersticial da questão jurídica, a expertise da agência sobre a questão jurídica, a relevância da questão para a execução da lei, a complexidade da exeeução da lei e a análise acurada que a agência vem realizado sobre a questão por um longo periodo de tempo indica que a doutrina é apta a ser adotada visando averiguar a legalidade da interpretação efetuada pela agência.[66-67]

Relevante tecer breves considerações a respeito da denominada deferência de Skidmore, nomeada em virtude da decisão da Suprema Corte norte-americana de 1944 no caso Skidmore v. Swift & Co e desenvolvida no caso Christensen v. Harris County de 2000, citado acima. A deferência Skidmore permite que a corte anua com a interpretação da agência a respeito da legislação sob sua tutela de acordo com a capacidade dessa agência de demonstrar um raciocínio persuasivo para tanto no caso. Enquanto a deferência da Chevron está ligada à regulamentação da agência, a deferência de Skidmore está relacionada as interpretações levadas a efeito pela agência. Conforme a decisão de Skidmore v. Swift & Co, o julgamento em certo caso particular dependerá da profundidade do pronunciamento da agência, da validade do

[61] SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, v. 276, set/dez. 2017, p. 132.
[62] SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, abr. 2006, p. 247-248.
[63] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 529 U.S. 576 (2000).
[64] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 533 U.S. 218 (2001).
[65] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 535 U.S. 212 (2002).
[66] SILVEIRA, André Bueno da. *op. cit.*, p. 132-133.
[67] Sobre o tema, conferir ainda: SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. *op. cit.*

raciocínio desse argumento, de sua consistência com pronunciamentos anteriores e posteriores e de todos fatores que dão poder para persuadir, se faltar o poder para controlar.[68]

Oportuno mencionar as considerações de Bosco a respeito da existência de autores que ventilam a mudança do comportamento da Suprema Corte posteriormente à decisão do caso Chevron, sustentando a redução da discricionariedade administrativa, assegurada pela decisão. Destacam que essa modificação decorre da interpretação textualista da lei, segundo a qual o parlamento "utiliza palavras sempre no sentido habitual de sua adoção pela sociedade". Isso "faz presumir que haja coerência absoluta do legislador, tanto na redação da norma em concreto, quanto em todo o sistema jurídico" e "implica dizer, nas hipóteses em que a lei não seja clara, se devem empregar técnicas de objetivação capazes de determinar o sentido que guardavam ao entrar em vigor." Conforme essa doutrina, a interpretação cinge-se ao significado das palavras contidas na lei no momento de sua promulgação e tem o condão de reduzir o campo de discricionariedade das agências administrativas.[69]

Bosco discorda desse entendimento acolhido por parte da doutrina, afirmando que as decisões proferidas pela Suprema Corte dos EUA nos últimos anos mantêm a deferência à Administração. Cita, para sustentar seu posicionamento, a decisão exarada pelo tribunal no *National Cable & Telecommunications Association et al. v. Brand X Internet Services et al.* (545 U.S. 967), julgado em 2005, que envolvia o enquadramento pela *Federal Comunications Comission* - FCC do sistema de banda larga na classificação de serviço de informação ou telecomunicações para fins de aplicação do *Comunications Act* de 1996. A FCC entendeu que o sistema de transmissão de acesso à internet era enquadrado como parte de informações e parte de telecomunicações, o que motivou a propositura de ação, que buscava a classificação do citado sistema como serviço de informação. A deliberação da agência foi mantida pela Suprema Corte, ao reafirmar o posicionamento de que não cabe ao Judiciário interpretar a legislação após a decisão sobre o tema por parte da agência reguladora, quando essa adotou uma solução admitida pelo ordenamento.[70]

Quanto à relação entre a doutrinas Chenery e Chevron, Stack, defensor da doutrina da não-delegação (*principle to nondelegation*) das atribuições do Poder Legislativo71, afirma que, de um lado, a doutrina Chenery não é apenas uma característica geral da *judicial review* da conduta da agência, mas também uma condição necessária para que uma agência receba deferência com base na doutrina Chevron. Para o autor, Chenery fornece uma verificação estrutural das próprias presunções de responsabilidade, racionalidade e perícia da agência sobre as quais a deferência da Chevron é baseada. Chenery é a moeda com a qual a agência paga pela deferência da doutrina Chevron. Por outro lado, a doutrina Chevron tem efeitos no escopo de Chenery. A Chevron esclarece que a gama de determinações confiadas à agência inclui a interpretação de ambiguidades e lacunas nos estatutos por ela administrados e uma vez que a delegação de competência inclui autoridade para interpretar, como a Chevron exige, a explicação da agência para suas decisões interpretativas está dentro do escopo de Chenery.[72]

[68] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 323 U. S., at 140 (1944).
[69] BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007, p. 343-344.
[70] *Ibidem.*, p. 344-345.
[71] Segundo essa teoria, o Congresso não pode abrir mão de seu poder legislativo, que é conferido pela Constituição. Cf. KWOKA, Margaret B. Deference, Chenery, and FOIA. *Maryland Law Review*, v. 73, 2014, p. 1095.
[72] STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*, 116: 952, 2007, p. 959.

Para Stack, o ponto mais claro de conexão entre a Chevron e a Chenery é que o princípio de Chenery funciona como uma condição para que a agência receba deferência erigida no Passo Dois da doutrina Chevron, ou seja, um tribunal não deve conferir deferência a uma agência na construção de um estatuto com base no Chevron - Passo Dois a menos que a agência tenha abraçado essa construção no momento em que atuou, não apenas durante o litígio. Além do mais, Chevron esclarece que um tribunal não pode manter a decisão de uma agência sobre como interpretar uma ambiguidade ou lacuna por razões posteriores ao ato.[73]

Kwoka menciona que outro relato que liga Chenery à deferência da Chevron, distanciando-se da teoria de Staks, é efetuado por Magill e Vermeule. Os dois ultimos autores reformulam as principais doutrinas de Direito Administrativo norte-americano, incluindo Chenery e Chevron, não alocando primordialmente os poderes entre os diferentes ramos do governo, como faz a doutrina da não-delegação, mas sim como a alocação de poderes entre diferentes atores dentro das próprias agências. Magill e Vermeule identificam Chenery e Chevron como duas doutrinas de *judicial review* que têm um efeito comum de empodeirar profissionais fazedores de política e especialistas de agências sobre advogados. Chenery e Chevron estão, para os dois autores, ligadas na medida em que Chenery define exatamente quais visões têm direito à deferência da Chevron.[74]

Finalizando a análise da revisão judicial dos atos do poder público nos EUA, são tecidas considerações a respeito dos limites da competência da Suprema Corte norte-americana no que tange à extração de direitos positivos de normas genéricas existentes na Constituição norte-americana, com foco na *political questions doctrine* (doutrina das questões políticas), preocupada com os limites da intervenção judicial em situações em que normas constitucionais estabelecem restrições aos governos eleitos ou impõem definições afirmativas das liberdades individuais.[75]

A doutrina das questões políticas envolve ações e até omissões dos Poderes Executivo e Legislativo, diferentemente do que se dá com as doutrinas Chenery e Chevron, que são ligadas à ação (de caráter positivo) de agências (do Poder Executivo).

Apesar de grande parte dos precedentes a respeito da *political questions doctrine* estarem ligados a atos de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, é conveniente incluir no presente artigo a abordagem dessa doutrina, notadamente ao se considerar que esses atos, apesar do elevado grau de independência e liberdade na sua prática, podem ser enquadrados como atos administrativos[76] e dessa teoria ser uma baliza para o controle judicial das ações governamentais.

A doutrina da questão política é primordialmente uma decorrência da separação de poderes. Conforme essa teoria, existem disputas que envolvem a nação, e não direitos individuais, como menciona o Chief Justice Marshall da Suprema Corte norte-americana.[77]

[73] *Ibidem*, p. 1005-1008.
[74] KWOKA, Margaret B. Deference, Chenery, and FOIA. *Maryland Law Review*, v. 73, 2014, p. 1097-1098.
[75] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 140.
[76] Existe divergência quanto ao enquadramento dos atos de governo como atos administrativos. A respeito da divergência, conferir: MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista de Direito Administrativo*. 191:67-68, jan./mar. 1993.
[77] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 166 (1803)

Ela reside na ideia de que existem determinadas prerrogativas que são detidas exclusivamente pelos poderes com atribuição política (Executivo e Legislativo). Essa doutrina é suscitada usualmente no âmbito da competência do Presidente da República e do Congresso, tendo sido utilizada nos Estados Unidos da América para afastar a atuação do Poder Judiciário em processos envolvendo o procedimento de impeachment regulado pelo Poder Legislativo[78] e o funcionamento da Guarda Nacional[79].

Essa doutrina tem lastro na incapacidade dos juízes de reunir os pontos de vistas dos diferentes atores que serão potencialmente atingidos por eventual decisão judicial. Para ela, os litígios de cunho político devem ser resolvidos pelo Legislativo e pelo Executivo, observada suas atribuições; Poderes que têm maiores recursos materiais e técnicos para conciliar os interesses em jogo objeto da demanda judicial.

Existem, no mínimo, três posições sobre o alcance da doutrina das questões políticas segundo Laurence H. Tribe *apud* Appio. A primeira é a concepção rígida, em que toda questão pode ser submetida ao Judiciário diante do poder de interpretação da Constituição pelos tribunais. A segunda é a concepção prudencial, que, nas palavras de Appio, trata a doutrina das questões políticas como meio "que autoriza a intervenção judicial positiva, sempre que o julgamento de mérito force a Corte a adotar um compromisso com um princípio constitucional." Na última, denominada concepção funcional, incumbe aos magistrados, como enuncia Appio, ponderar "as dificuldades de acesso a informações técnicas essenciais, a necessidade de uniformização das constituições, bem como as responsabilidades com outras políticas de governo, na determinação de quais casos irão interferir."[80]

Abordemos de maneira sucinta os dois principais precedentes a respeito dessa doutrina.

No caso *Luther v. Borden* de 1849 (48 U.S. 1), a Suprema Corte dos EUA entendeu que caberia apenas ao Congresso e ao Presidente decidir qual seria o governo legítimo do Estado de Rhode Island após a ocorrência de rebelião. Assentou-se, com base nesse precedente, a ideia, como anota Appio, de "limitação da ingerência judicial, sempre que os direitos invocados necessitassem de uma provisão legislativa ou administrativa (e não judicial)."[81]

O segundo caso principal atrelado à teoria citada acima é o *Baker v. Carr* de 1962 (369 U.S. 186), em que o Tribunal Constitucional altera seu posicionamento adotado no julgamento de *Luther v. Borden*, ao admitir a análise judicial dos preceitos constitucionais, estabelecendo uma distinção técnica entre "questões políticas" e "casos políticos". Os primeiros poderiam ser objeto de análise pelo Poder Judiciário enquanto os segundos não. Passa-se a reconhecer que o tribunal, conforme destaca Appio, "pode fazer derivar direitos decorrentes da intepretação de provisões constitucionais, conferindo-lhes proteção positiva, sempre que necessária a tutela dos princípios constitucionais."[82]

[78] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 228-35 (1993)
[79] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1, 6, 11-12 (1973).
[80] TRIBE, Laurence H. *American Constitucional Law*. 2.ed. New York: The Foundation Press Inc, 1988, p. 96 *apud* APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 140-141.
[81] APPIO, Eduardo. *op. cit.*, p. 141.
[82] APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 141.

No caso Baker v. Carr, que expressa a visão moderna da doutrina, foi definido formalmente o escopo da doutrina das questões políticas, reconhecendo que o simples fato de a ação judicial buscar proteção de "um direito político não significa que está presente uma questão política."[83-84]

Na citada decisão, o Associate Justice Brennan formulou seis questões para definir se o processo poderia ser extinto com base da doutrina das questões políticas. É, pois, necessário o exame de seis critérios, alternativos, para identificar a existência ou não dessa questão política, quais sejam: a) atribuição constitucional expressa da competência para análise da questão a um dos poderes; b) falta de parâmetros judiciais gerenciáveis para resolver o problema; c) impossibilidade de decidir o assunto sem uma primeira determinação de política que dependa de discricionariedade não-judicial; d) impossibilidade de um tribunal empreender a resolução independente da questão sem expressar falta de respeito a um dos outros poderes; e) necessidade incomum de adesão inquestionável a uma decisão política já feita; ou f) potencialidade de constrangimento de pronunciamentos multifacetados por vários departamentos em uma mesma questão. Se um desses critérios for identificado no caso concreto, deve-se rejeitar o controle judicial com base em uma questão política.[85-86]

Posteriormente o caso Baker v. Carr, as Cortes que examinaram se uma questão é ou não política se reportaram a, ao menos, um desses critérios para atingir suas conclusões.[87]

Por outro lado, apenas dois processos deixaram de ser analisados pela Suprema Corte dos EUA com base na doutrina de questões políticas após o caso Baker v. Carr. São eles os já citados casos Gilligan v. Morgan (que envolvia a atuação da Guarda Nacional) [88] e Nixon v. United States (ligado ao processo de impeachment de juiz).[89]

Pode-se verificar, assim, que apesar do relevante papel desempenhado pelo Judiciário na sociedade norte-americana existe um sólido entendimento jurisprudencial a respeito da existência de limites para a revisão judicial de atos editados pelo Poder Executivo.

5 APLICAÇÃO DAS DOUTRINAS NORTE-AMERICANAS NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5.1 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste tópico, serão efetuadas considerações a respeito da utilização (ou não) das doutrinas norte-americanas Chenery, Chevron e das questões políticas na jurisprudência do

[83]Suprema Corte dos Estados Unidos da América. 369 U.S. 186, 209 (1962).
[84] PARK, Ron. Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudencial? *UC IRVINE LAW REVIEW*. vol. 6:255, 2. jun. 2016, p. 261.
[85] *Ibidem*, p. 260-261.
[86] Existe discussão na doutrina a respeito da natureza da natureza jurídica dessa doutrina e de seus critérios, podendo-se mencionar quatro correntes: a) a doutrina tem caráter jurisdicional. b) a doutrina tem caráter prudencial; c) a doutrina é uma ficção; e d) alguns critérios tem caráter jurisdicional e outros prudenciais. Cf. PARK, Ron. *op. cit.*, p. 258.
[87] PARK, Ron. o*p. cit.*,. p. 262.
[88] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Gilligan v. Morgan, 413 U.S. 1, 6, 11-12 (1973).
[89] Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Nixon v. United States, 506 U.S. 224, 228-35 (1993)

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, iniciando pela análise dos julgados da Suprema Corte.

Pode-se constatar a existência de recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal que mencionam a deferência administrativa, sem, no entanto, se reportar expressamente a utilização da doutrina norte-americana Chevron. Apenas em um processo ocorreu alusão expressa à doutrina Chevron. Por outro lado, não foram localizadas decisões que se referem à doutrina Chenery.[90]

Quanto a alusão à deferência administrativa, identifica-se decisão monocrática, posteriormente mantida pela Primeira Turma, proferida em mandado de segurança (processo nº 35.967) impetrado contra acórdão do Conselho Nacional de Justiça que negou provimento a recurso administrativo, confirmando o arquivamento de reclamação disciplinar. Ao considerar que o CNJ foi criado para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e para o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, a corte entendeu que as decisões do CNJ "devem ser revistas com a deferência que os órgãos constitucionais de natureza técnica merecem, evitando-se ingerência desnecessária ou indevida". Continuamente, o STF afirmou que o controle apenas é justificado em situações de grave anomalia, como: "(i) inobservância do devido processo legal; (ii) exorbitância, pelo Conselho, de suas competências; e (iii) injuridicidade ou manifesta falta de razoabilidade do ato."[91-92]

Relevante mencionar decisão proferida no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 34.106, julgado pelo STF. No caso, o Ministério do Trabalho e Emprego negou administrativamente o pedido de reconhecimento de associação constituída por organizações sindicais como Central Sindical por falta de demonstração de representativa (índice de sindicalização mínimo). O não atingimento do índice de sindicalização mínimo foi reconhecida por Grupo de Trabalho instituído pelo MTE, tendo o Ministro Relator aplicado a teoria da deferência para manter a decisão administrativa, como se infere no seguinte trecho do voto proferido no citado recurso:

> [...] Nesse sentido, a postura judicial deve ser de deferência à interpretação normativa construída pelo Grupo de Trabalho, que atuou dentro do espectro de competências atribuído ao Ministro de Estado do Trabalho e Emprego que, mediante consulta às centrais sindicais, pôde baixar instruções para disciplinar os procedimentos necessários à aferição dos requisitos de representatividade (art. 4º, § 1º, da Lei 11.648/2008).[93]

O mais relevante precedente julgado pelo Supremo Tribunal Federal que aplicou a doutrina da deferência administrativa foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4874, de

[90] Existem precedentes do STF que aludem à deferência ao Poder Judiciário ao Legislativo, mas que não são mencionadas no corpo do texto, porque fogem ao objeto deste artigo, ligado à deferência de atos administrativos. Ex: ADI 5468, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08-2017.

[91] STF, MS 35967, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 06/09/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 10/09/2018 PUBLIC 11/09/2018

[92] Idêntica orientação foi exposta no MS 29494, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 11/04/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16/05/2018 PUBLIC 17/05/2018.

[93] STF, RMS 34106, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 20/11/2018, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 21/11/2018 PUBLIC 22/11/2018

relatoria da Ministra Rosa Weber, julgada pelo Tribunal Pleno, com acordão publicado no dia 01 de fevereiro de 2019.[94]

A ADI buscava a declaração de interpretação conforme à constituição dos arts. 7º, III e XV, da Lei nº 9.782/1999, que conferem a competência normativa à Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, além de impugnar a Resolução nº 14/2002 da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA, que proibia a importação e a comercialização e produtos fumígenos derivados do tabaco contendo aditivos. No julgado restou consignado expressamente à utilização da doutrina Chevron como fundamentação para a decisão. A respeito do tema, constou o seguinte na ementa:

> Deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo acerca do diploma definidor das suas próprias competências e atribuições, desde que a solução a que chegou a agência seja devidamente fundamentada e tenha lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição. Aplicação da doutrina da deferência administrativa (Chevron U.S.A. v. Natural Res. Def. Council).

Ao final, a Corte entendeu que a ANVISA atuou em consonância com as regras constitucionais e legais atinentes a suas prerrogativas, observando o Direito Constitucional à saúde e a Lei nº 9.782/1999.[95]

Vemos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já vem adotando, ainda que timidamente, a doutrina Chevron, que foi reconhecida em recente julgamento realizado pelo plenário da corte - órgão máximo de julgamento. Essa teoria pode ser amplamente utilizada em processos envolvendo decisões técnicas (de caráter normativo ou concreto) de órgãos administrativos, notadamente de agências reguladoras, que tem atribuições marcadas por um alto grau de conhecimento técnico.

Os limites inerentes à formação (jurídica) dos membros do Poder Judiciário, por um lado, e o robusto processo de construção das decisões das agências, por outro lado, marcados pela participação popular, pela manifestação de *experts* e pelo contato com a vontade política (ao qual a agência não se encontra, evidentemente, submetida) demonstram que a tomada de decisões nas agências deve ser privilegiadas, de maneira que o controle judicial somente pode ser exercido em caráter excepcional, observadas as balizas traçadas pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, que podem ser plenamente aplicadas ao caso concreto, por envolverem construções jurisprudenciais baseadas em regras semelhantes às adotadas no Direito brasileiro.

Em relação à doutrina das questões políticas, a Suprema Corte brasileira teve a oportunidade de aplicar essa doutrina desde o final do Século XIX, como podemos observar no

[94] STF, ADI 4874, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2019 PUBLIC 01-02-2019.

[95] Por não obter a maioria absoluta dos votos dos membros do STF necessária para declaração de (in)constitucionalidade, parte da decisão, não foi dotada de efeito vinculante e *erga omnes* no caso julgado, como podemos observar no seguinte trecho da ementa: 'Julgamento destituído de efeito vinculante apenas quanto ao pedido sucessivo, porquanto não atingido o quórum para a declaração da constitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada nº 14/2012 da ANVISA."

julgamento do Habeas Corpus nº 300, impetrado por Rui Barbosa em 18 de abril de 1892[96], em que era suscitada a ilegalidade de prisões e da decretação de estado de sítio.

Existiram, ao longo das décadas, diversos processos em que o STF utilizou a referida teoria, cabendo, aqui, tecer considerações a respeito das recentes decisões da corte sobre o tema.

No Mandado de Segurança nº 34.603/DF, que impugnava a candidatura de deputado federal à reeleição como Presidente da Câmara dos Deputados, o STF reconheceu que o Poder Judiciário deve ser deferente às escolhas políticas do Legislativo como expressão da separação de poderes e da insindicabilidade judicial dos atos *interna corporis*. O Ministro Celso de Melo consignou que, em determinadas situações, as matérias devem ser decididas pelo Congresso Nacional, "pois conflitos interpretativos dessa natureza – cuja definição deve esgotar-se na esfera doméstica do próprio Poder Legislativo – apresentam-se, em razão do postulado fundamental da divisão funcional do Poder, imunes ao controle jurisdicional". Continuamente, afirma o Ministro Relator que "se impõe ao Poder Judiciário mostrar-se deferente (e respeitoso) para com as escolhas políticas adotadas pela instância parlamentar".

No julgamento da medida cautelar no Mandado de Segurança nº 32.033/DF o Ministro Relator deixou assente que o STF admite a possibilidade de avançar na análise da constitucionalidade da administração ou organização interna das Casas Legislativas em situações excepcionais, em que "há flagrante desrespeito ao devido processo legislativo ou aos direitos e garantias fundamentais". Em seguida, o ministro relator consignou que:

> Com o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição como corolário do Estado Constitucional e, consequentemente, com a ampliação do controle judicial de constitucionalidade, consagrou-se a ideia de que nenhum assunto, quando suscitado à luz da Constituição, poderá estar previamente excluído da apreciação judicial.[...]
> Por ora, o necessário a consignar é que, mesmo alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.
> De todo modo, devem-se verificar, caso a caso, os aspectos fáticos e jurídicos de cada demanda. Mantendo essa postura, o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial de questões políticas quando há violação à Constituição Federal. Os diversos casos trazidos recentemente ao Tribunal acerca de atos das Comissões Parlamentares de Inquérito corroboram essa afirmação.

Ao efetuar uma análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, sem o objetivo de esgotar o rol de matérias tratadas pela corte, Teixeira menciona os seguintes casos em que foi mencionada a doutrina das questões políticas: a) atos das Comissões Parlamentares de Inquérito-CPI's; b) expulsão de estrangeiros; c) política econômica; d) anistia; e e) tratados internacionais.[97]

[96] A respeito do tema, vejamos trecho da fundamentação do julgado: "Considerando, portanto, que, antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República daquela atribuição constitucional, e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo;"

[97] TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal - STF*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina. p. 203.

Usualmente, a doutrina das questões políticas é empregada para negar pedidos envolvendo demandas atreladas a prerrogativas do Poder Legislativo e ao processo legislativo. No entanto, aparentemente, a regra empregada atualmente pela Suprema Corte é rejeitar a aplicação da doutrina das questões políticas sob o argumento de que todas matérias podem ser submetidas ao Poder Judiciário e que cabe ao STF cessar a violação aos preceitos constitucionais, procedendo, assim, ao controle das matérias políticas. Inobstante a esse entendimento, é adequada a utilização pelos tribunais brasileiros dos (seis) critérios fixados no Baker v. Carr, julgado pela Suprema Corte norte-americana, para definir se a matéria pode ou não ser revista pelo Judiciário.

5.2 DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça mencionam à deferência administrativa, sem, no entanto, se reportar nominalmente à doutrina Chevron. Existe, por outro lado, um recente precedente que alude à doutrina Chenery. No mais, não foram identificadas decisões utilizando expressamente a doutrina das questões políticas.

No Recurso Especial nº 1.171.688, o STJ aplicou a deferência administrativa (chamada, no acórdão, de princípio da deferência técnico-administrativa) e manteve decisão (despacho) da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL que fixou o Valor de Uso da Rede Móvel - VU-M em litígio arbitral evolvendo as empresas de telefonia GVT (Global Village Telecom Ltda.) e TIM (Tim Celular S/A) com base na competência atribuída pelo art. 153 da Lei nº 9.742/97. Conforme o julgado, "em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível", tendo o relator destacado, em seguida, que essa cautela não deve ser confundida "com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo."[98]

Além do mais, podemos citar a decisão proferida em medida cautelar em que o STJ reconheceu a especial deferência aos poderes de investigação da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda em razão da alta complexidade da matéria da especialização técnica do órgão, mantendo decisão proferida em ação cautelar de busca e apreensão.[99]

Por sua vez, a doutrina Chenery foi utilizada expressamente pela Corte Especial – órgão máximo da estrutura do STJ – em pedido de suspensão de decisão judicial de juiz de 1º grau que havia concedido a tutela de urgência em ação popular que visava suspender o aumento das tarifas cobradas dos usuários da integração entre metro, trens e ônibus municipais em terminais da Grande São Paulo/SP. O tribunal reconheceu que "a interferência judicial para invalidar a estipulação das tarifas de transporte público urbano viola gravemente a ordem pública" e que a "legalidade estrita orienta que, até prova definitiva em contrário, prevalece a

[98] STJ, REsp 1.171.688/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 23/06/2010.
[99] STJ, MC 13.103/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 14/08/2007, p. 279.

presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo Poder Público." No que toca a doutrina Chenery, consta o seguinte na ementa do julgado:

> Eventual intento político da medida não poderia ensejar a invalidação dos critérios tarifários adotados, tout court. Conforme leciona Richard A. Posner, o Poder Judiciário esbarra na dificuldade de concluir se um ato administrativo cuja motivação alegadamente política seria concretizado, ou não, caso o órgão público tivesse se valido tão somente de metodologia técnica. De qualquer forma, essa discussão seria inócua, pois, segundo a doutrina Chenery - a qual reconheceu o caráter político da atuação da Administração Pública dos Estados Unidos da América -, as cortes judiciais estão impedidas de adotarem fundamentos diversos daqueles que o Poder Executivo abraçaria, notadamente nas questões técnicas e complexas, em que os tribunais não têm a expertise para concluir se os critérios adotados pela Administração são corretos (Economic Analysis of Law. Fifth Edition. New York: Aspen Law and Business, 1996, p. 671). Portanto, as escolhas políticas dos órgãos governamentais, desde que não sejam revestidas de reconhecida ilegalidade, não podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário.[100]

A partir dos julgados do STJ que mencionam a deferência administrativa e do recente precedente que suscita a aplicação da doutrina Chenery (que tem grande proximidade com a doutrina Chevron), podemos inferir a tendência da corte, ao menos em certos casos, de privilegiar a decisão administrativa de natureza técnica, limitando a revisão judicial do ato administrativo.

6 CONCLUSÃO

As doutrinas norte-americanas Chenery, Chevron e das questões políticas, construídas pela Suprema Corte norte-americana ao longo de décadas, fornecem limites adequados para a revisão judicial de atos administrativos, podendo ser utilizadas no âmbito do Direito brasileiro como limites ao controle judicial sobre atos do governo, por não serem incompatíveis com os preceitos erigidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela legislação ordinária pátria. Longe disso, o princípio da separação de poderes e as atribuições conferidas constitucionalmente ao Poder Executivo (e aos demais poderes no exercício da função administrativa) amparam a adoção dos *standarts* fixados pela jurisprudência norte-americana no âmbito das ações julgadas pelo Poder Judiciário brasileiro.

O Supremo Tribunal Federal já vem adotando, ainda que timidamente, a deferência administrativa, tendo aplicado expressamente, em acórdão publicado em 2019, a doutrina Chevron. Doutrina que tem o condão de ser empregada em processos cujo litígio seja relacionado a decisões técnicas e a atos de conteúdo econômico emanados por órgãos públicos, em especial por agências reguladoras. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça também reconhece a incidência da deferência administrativa (apesar de não mencionar expressamente a doutrina Chevron em seus julgados) e utilizou a doutrina Chenery em recente processo, contornando a suspensão judicial anterior de decisão técnica tomada pelo Poder Executivo.

[100] STJ, AgInt no AgInt na SLS 2.240/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/06/2017, DJe 20/06/2017.

Vê-se ainda que a doutrina das questões políticas é um balizador adequado para o controle judicial de atos de maior relevância, exarados pela cúpula dos Poderes constituídos, notadamente pelo Presidente da República.

Essa possibilidade de transporte das citadas doutrinas para os tribunais brasileiros tem o condão de conferir maior segurança jurídica à tomada de decisões administrativas, criando um âmbito favorável à implantação de políticas públicas e outras ações governamentais.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

BACARIM, Maria Cristina de Almeida; NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Intervenção do juiz na busca da verdade processual: considerações sobre a dinâmica da realização das provas no Processo Civil brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). Ativismo judicial e garantismo processual. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, *Revista Cadernos [SYN]THESIS*. Caderno do Centro de Estudos Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 26, 2012. Disponível na internet: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>; Acesso em 20 fev. 2019.

BEARD, Charles A. *The Supreme Court and the Constitution*. New York: The Macmillan Company, 1912.

BENACCHIO, Marcelo; VIANA, Sávio Ibrahim. O ativismo judicial e a ordem econômica. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de governo*. Tradução de Sérgio Bath. 9. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOSCO, Maria Goretti Dal. *Discricionariedade em políticas públicas.* Curitiba: Juruá, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política – Tópicos para uma intervenção. In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Org.). 2. ed. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Os princípios supremos do ordenamento constitucional italiano e o monopólio hermenêutico da corte constitucional: um caso de ativismo judicial? In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco

Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

GOUGH, J. W. A separação de poderes e a soberania. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Org.). *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003; e MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAMILTON, James; MADISON, Alexander; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KWOKA, Margaret B. Deference, Chenery, and FOIA. *Maryland Law Review*, v. 73, p. 1060-1119, 2014.

LUNZ, Julieta Lídia. *Recursos políticos e judiciais para a correção dos atos do poder público*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Org.). 2. ed. *Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MEDAUAR, Odete. Ato de Governo. *Revista de Direito Administrativo*. 191:67-68, jan./mar. 1993.

MELLO, Alessandra Lopes Santana. Subjetivismo e ativismo judiciais: é preciso compreendê-los. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NERY JR., Nelson; ABBOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: As razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

PARK, Ron. Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudencial? *UC IRVINE LAW REVIEW*. v. 6:255, 2, p. 255-280, jun. 2016.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Org.). *O pensamento político clássico: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCALIA, Antonin. Judicial deference to administrative interpretations of law. *Duke Law Journal*, n. 3, p. 511-521, jun. 1989.

SENA, Tânia Mara Ahuallie Jaqueline. Ativismo Judicial e as cláusulas gerais processuais no Direito brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual.* Salvador: Juspodivm, 2013.

SILVEIRA, André Bueno da. Doutrina Chevron no Brasil: uma alternativa à insegurança jurídica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 276, p. 109/146, set/dez. 2017.

STACK, Kevin M. The Constitutional Foundations of Chenery. *The Yale Law Journal*. 116: 952, p. 952-1021, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Chevron Step Zero. *Virginia Law Review*, v. 92, n. 2, p. 187-249, abr. 2006.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal - STF*. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas – Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina.

Referência:

PAVAN, Luiz Henrique Miguel. Notas sobre a revisão judicial dos atos administrativos do direito norte americano e sua aplicação na jurisprudência atual do STF e STJ. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 175-200.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

A IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE ABONO DE PERMANÊNCIA, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 40, §§ 4º, II, e 19, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMBINADO COM A LEI COMPLEMENTAR 51 DE 1985, AOS MILITARES DOS ESTADOS*

MARILHANE LOPES CORTEZ MEIRELLES**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Proteção Social. 2.1 Regimes de Previdência Social no Brasil. 3 Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPSS) e Regime Próprio de Previdência Social dos Militares (RPPSM). Tratamento Diferenciado pela Constituição Federal de 1988. 3.1 Servidores Públicos e Militares. 3.2 Regimes Próprios de Previdência Social. 3.3 Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPSS) e o Regime Próprio de Previdência Social dos Militares (RPPSM). 4 Aposentadoria Especial por Risco e Abono de Permanência. Impossibilidade da Concessão desses Benefícios, com fundamento no artigo 40, §§ 4º, II, e 19, da CF/88, combinado com a LC 51/85, aos Militares dos Estados. 4.1 Aposentadoria Especial por Risco – Previsão Constitucional – artigo 40, § 4º, da CF/88 - LC 51-85. 4.2 Abono de Permanência – Previsão Constitucional - artigo 40, §19, da CF/88. 4.3 Impossibilidade da conjugação das disposições do artigo 40, §§ 4º, II, e 19, da CF/88 e LC 51-85 para concessão de Abono de Permanência aos Militares dos Estados. 5 Conclusão.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade e a importância do tratamento diferenciado e técnico do Regime Próprio de Previdência Social dos Militares dos Estados (RPPSM), a fim de evitar confusão de institutos e a concessão de benefícios previdenciários a esses agentes públicos, pela auto aplicação e conjugação equivocada de regras. Entre essas regras, objeto de exame neste trabalho, estão as do artigo 40, §§ 4º, II e 19,

* Artigo baseado na monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Previdenciário da Escola Superior da Magistratura Federal, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul, UCS, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Previdenciário. Orientador: Prof. Ms. Vladimir Luís Silva da Rosa.

** Procuradora do Estado do RS. E-mail: marilhane-meirelles@pge.rs.gov.br

da CF e LC 51/85, que disciplinam a aposentadoria especial, por risco, e o abono de permanência dos servidores públicos, inaplicáveis aos militares dos Estados, face previsão expressa na própria Constituição Federal de 1988, nos termos dos artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, X, ambos dessa lei suprema.

Palavras-chave: Abono Permanência. Impossibilidade Concessão. Militares Estados. Regime Próprio de Previdência Social.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo mostrar a necessidade e a importância do tratamento diferenciado e técnico do Regime Próprio de Previdência Social dos Militares dos Estados (RPPSM), a fim de evitar confusão de institutos e concessão de benefícios previsto do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos(RPPSS) aos militares dos Estados. Entre esses benefícios estão a aposentadoria especial e o abono de permanência. Dessa forma, o problema da pesquisa centra-se na seguinte indagação: aos militares dos Estados pode ser concedido abono de permanência combinando as disposições do artigo 40, §§ 4º, II e 19, da CF/88 e LC 51/85?

Visando responder essa questão problema, lançam-se as seguintes hipóteses: há tratamento diferenciado do Regime Próprio de Previdência Social dos Militares dos Estados (RPPSM) do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPSS) pela Constituição, permitindo, por expressa previsão constitucional, nos termos do artigo 42, § 1º, da CF/88, apenas a aplicação do § 9º do artigo 40 da CF/88; há benefícios estabelecidos na atual Constituição Federal, nos termos do artigo 40 da CF/88, dos servidores públicos, entre eles a aposentadoria especial, por risco, nos termos do inciso II do § 4º do citado artigo, como a dos policiais civis, regulamentada pela LC 51/85; e o abono de permanência, previsto no artigo 40, § 19, da CF/88; que, face os termos do artigo 42, § 1º, da CF/88, não podem ser estendidos aos militares dos Estados.

O objetivo geral da pesquisa visa demonstrar a necessidade e a importância do tratamento diferenciado e técnico do Regime de Previdência Social dos Militares dos Estados (RPPSM), a fim de evitar confusão de institutos e concessão de benefícios a esses agentes públicos, pela conjugação equivocada de regras, como as do artigo 40, §§ 4º, II e 19, da CF/88 e LC 51/85, que, face previsão expressa na própria Constituição Federal, nos termos do artigo 42, § 1º, dessa lei suprema, não são autoaplicáveis a eles.

O método de pesquisa é o dedutivo, sendo o estudo caracterizado como pesquisa bibliográfica tradicional e jurisprudencial, pelo qual, através de levantamentos dos assuntos relacionados ao tema a ser pesquisado, buscar-se-á a correta interpretação da Constituição Federal, de leis, da definição de institutos específicos de cada Regime de Previdência Social instituído no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando que os militares têm proteção social diferente dos servidores públicos, não podendo haver a concessão de benefícios previdenciários a esses agentes públicos previstos na Constituição Federal para os servidores públicos.

Para elaboração do trabalho, partiu-se da abordagem de disposições constitucionais e legais, de conceitos doutrinários, de decisões judiciais, a fim de permitir que o leitor consiga acompanhar passo a passo, pelos temas específicos de cada capítulo, o raciocínio desenvolvido e, ao final, tenha condições de ratificar as conclusões.

2. PROTEÇÃO SOCIAL

A necessidade de resguardar as pessoas de situações e infortúnios futuros que impedissem uma sobrevivência digna em sociedade levou à organização de um sistema com mecanismos que permitissem a manutenção da vida com liberdade, autonomia e um mínimo de dignidade.

Sobre o tema, a seguinte lição:

> Porque são numerosas as contingências sociais que exprimem possibilidade de conduzir à situação de necessidade e a elas se encontra exposta a generalidade das pessoas, o arranjo de proteção de tais causalidades passa a constituir interesse social. É por essa razão que a vulnerabilidade dos indivíduos em face das contingências sociais, destacadamente os que dependem de sua força de trabalho para garantir sua própria subsistência e desenvolvimento, reclama a elaboração e a implementação de políticas públicas de proteção ou segurança social. Essas políticas públicas consubstanciam ações coordenadas de proteção dos indivíduos frente aos diferentes estado de necessidade, assegurando-lhes condições para digna subsistência e desenvolvimento pessoal em meio a tais adversidades.[1]

Para alcançar esse estágio, foram necessários vários anos de alterações e avanços sociais. Foram muitas as etapas, partindo do individualismo, com total ausência do Estado, até chegar-se ao estágio atual, no qual a proteção social passou a ter um caráter coletivo, social e com forte interferência estatal.

No mundo, parece haver consenso dos doutrinadores, o marco dessa proteção social foram as Leis alemãs originadas a partir de 1883, de iniciativa do chanceler Otto Von Bismarck.[2]

Amparando essa afirmação, Campos infere:

> O modelo bismarckiano de seguro social pode ser considerado como marco inaugural da proteção de caráter social devido à interferência estatal. De fato, neste modelo o Estado chamou para si a responsabilidade de proteger os trabalhadores em momentos de infortúnios. O modelo de seguro social alemão também deve ganhar os louros de ser a origem da proteção na forma social pelo motivo de ter gerado um ambiente adverso à finalidade a que se propôs. Com efeito, este modelo foi concebido em pleno Estado (Liberal) de Direito, cujo paradigma tem por característica a pouca intervenção do Estado nas relações privadas de trabalho, como eram vistas naquela época. A despeito disto, o modelo que apresentava forte intervenção estatal por meio de um

[1] ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de direito previdenciário*: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário. Curitiba: Alteridade, 2014. p. 23.
[2] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.

> sistema contributivo (tributário) e mesmo assim prosperou e repercutiu em toda a Europa.[3]

No Brasil, o início de um sistema de proteção social, com influência nos modelos europeus, tem como marco a publicação do Decreto nº 4.682/1923, denominado "Lei Eloy Chaves", nome do Deputado, autor do projeto.

> A partir da Lei Eloy Chaves, as instituições foram efetivamente implementadas. Em 1923, criaram-se 24 Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs), que contavam com 22.991 associados. Desde então foram criados diversos outros órgãos, posteriormente agregados pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), tendo o auge ocorrido em 1936, com 183 órgãos de previdência (IAP), congregando 722.093 associados.[4]

Assim como nos modelos europeus, no Brasil não havia a participação do Estado, cenário que restou alterado, pela evolução gradual do tema, em todas nas Constituições publicadas (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a Emenda Constitucional 1/69, 1988).

Registre-se que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, este quadro restou profundamente alterado, passando a seguridade social a ser conceituada como um conjunto integrado de ações, de responsabilidade de todos os Poderes Públicos e da sociedade, compreendendo as áreas da saúde, previdência e assistência social, nos termos do artigo 194, *caput*, da CF/88.[5]

A inserção desse conceito na lei máxima do país confirma a importância e o avanço que a seguridade social alcançou no Brasil, como direito social e como sistema de proteção de responsabilidade não só da sociedade, mas de todos os poderes públicos.

2.1 REGIMES DE PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

Com a Constituição Federal de 1988, denominada "Constituição Cidadã", passamos a ter um sistema de seguridade, de proteção social, abarcando as áreas da saúde, previdência e assistência social.

Interessa para o presente trabalho, a área da previdência social, de caráter contributivo e que visa permitir condições dignas de sobrevivência aos segurados e seus dependentes, na ocorrência de riscos sociais, como "incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares, e prisão ou morte daqueles que dependiam economicamente.", conforme artigo 1º da Lei nº 8.213/91.[6]

Igualmente, interessa para o presente trabalho, o conceito de regime previdenciário.

[3] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34-35.
[4] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012.p. 37.
[5] Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.
[6] BRASIL. Lei n° 8.213/91. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *DOU* de 25.07.91 e Republicada em 11.4.96 e 14.8.98.

Na definição de CAMPOS: "O *regime previdenciário* consiste no conjunto de normas, regras e princípios harmônicos que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de seres humanos."[7]

No Brasil, pela Constituição de 1988, foram previstos quatro tipos de regimes de previdência, tendo em vista as prestações e o grupo de pessoas a que se destinam.

Campos adota a seguinte divisão dos regimes de previdência no Brasil:

> a) o Regime Geral de Previdência Social (RGPS);
> b) os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos (RPPS);
> c) os regimes de previdência social dos militares das forças armadas e militares estaduais (RPSM);
> d) o regime de previdência complementar (RPC).[8]

Sobre o tema, outra classificação:

> A previdência social, no Brasil, compreende duas ordens de regimes: os regimes públicos obrigatórios e os regimes complementares de caráter facultativo. Nos regimes públicos, instituídos com base no sistema de repartição, situam-se o regime geral e os regimes próprios de previdência – conhecidos hoje pela sigla RPPs – constituídos pela União, pelos Estados e pelos Municípios para os seus servidores ocupantes de cargos efetivos.[9]

Especificamente quanto ao regime previdenciário dos militares, pertinente citar a seguinte lição:

> As peculiaridades da carreira militar justificam a adoção de um diferenciado regime de previdência. Os agentes públicos militares, com efeito, encontram tratamento previdenciário particularizado, sendo aplicáveis, apenas de modo subsidiário, as regras de inativação dos servidores públicos filiados a Regime Próprio de Previdência Social – RPPS.[10]

Pelas lições antes referidas, constata-se que os Doutrinadores admitem a proteção social diferenciada dos militares, porém não classificam essa proteção como um "regime próprio" de previdência social, porém, como restará comprovado neste trabalho, pela interpretação dos dispositivos constantes na Constituição, verifica-se a previsão de instituição de Regime Próprio de Previdência Social para os Militares das Forças Armadas e para os Militares Estaduais.

3. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS (RPPSS) E REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS MILITARES

[7] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 66.
[8] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012.p. 65.
[9] ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2014. p. 185-186.
[10] ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2014. p. 234.

(RPPSM). TRATAMENTO DIFERENCIADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como abordado no capítulo anterior, na classificação dos regimes previdenciários do Brasil feita pela Doutrina, quanto aos militares, há previsão de regime previdenciário diferenciado, porém não como um "regime próprio" de previdência, como previsto para os servidores públicos titulares de cargos efetivos.

Nas seções seguintes restarão abordadas disposições constitucionais e alterações introduzidas por Emendas Constitucionais, quanto aos servidores públicos e aos militares, seus regimes jurídicos e previdenciários, demonstrando que essas duas categorias de agentes públicos não podem mais ser confundidas, havendo previsão na lei suprema da instituição de regime próprio de previdência para cada uma delas.

3.1 SERVIDORES PÚBLICOS E MILITARES

Pertinente, para o debate do tema, demonstrar, pelo exame dos dispositivos da Constituição Federal de 1988, em especial, pelas alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais, que os militares, tecnicamente, não podem mais ser classificados como espécie do gênero servidores públicos. Com efeito, pelo exame das disposições aplicáveis a cada uma dessas categorias de agentes públicos, pelas peculiaridades do regime jurídico e previdenciário aplicável a cada uma delas, pode-se afirmar, sem dúvidas, que os militares não podem ser confundidos, não podem ser conceituados, nem são uma espécie do gênero servidor público.

Na Constituição Federal de 1988, o regime jurídico e previdenciário dos servidores públicos, basicamente, está disciplinado no Título III – Da Organização do Estado – Capítulo VII – Da Administração Pública – Seção II – Dos Servidores Públicos, artigos 39 a 41.

Os militares dos Estados e do Distrito Federal constam no mesmo Título e Capítulo, porém na Seção III, artigo 42, específica para essa classe de agentes públicos. Já os militares das Forças Armadas, constam em outro Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas – no Capítulo II – Das Forças Armadas.

Na Constituição Federal de 1988, quanto aos militares dos Estados, ao contrário do disciplinado para os servidores públicos, não há o detalhamento de seu regime jurídico e previdenciário, constando no texto constitucional algumas regras e a determinação de que esse regramento deve ser objeto de lei específica estadual, conforme artigos 42, caput §§ 1º e 2º, e 142, § 3º, X, ambos da lei suprema.

Nos termos dos referidos dispositivos:

> Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)
> § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art.

> 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)
> § 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)
>
> Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.
> § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)
> X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)[11]

Pela leitura desses dispositivos, verifica-se que o regime jurídico e o previdenciário dos militares dos Estados devem ser disciplinados por lei específica do ente estatal. Verifica-se, também, que a Emenda Constitucional 18/98 modificou a redação de disposições da Constituição Federal de 1988 com relação às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, denominando seus membros como "militares dos Estados", nos termos do *caput* do artigo 42 da CF/88, com supressão do termo "servidores".

Amparando essas afirmações, cita-se o seguinte ensinamento:

> A Emenda Constitucional 18/1998 modificou a Seção III Do Capítulo VII do Título III da Constituição, que compreende apenas o art. 42. Determinou que a rubrica da Seção, que era 'Dos Servidores Públicos Militares', passasse a ser 'Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios'. […] A intenção confessada foi a de tirar dos militares o conceito de 'servidores públicos' que a Constituição lhes dava, visando com isso a fugir ao vínculo com os servidores civis, que esta lhes impunha.
> Sua organização e seu regime jurídico [dos militares], desde a forma de investidura até as formas de inatividade, diferem fundamentalmente do regime dos servidores civis. […]. [12]

Dessa forma, a contar da publicação da referida emenda, tecnicamente, não é correto designar os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados como servidores públicos militares ou servidores policiais militares, mas apenas militares dos Estados.

No mesmo sentido, Furtado refere:

> 15.3.2 Servidores públicos
> Algumas observações iniciais nos parecem necessárias sobre o alcance da expressão servidor público.
> Em primeiro lugar, devemos observar que os *militares* não mais podem ser considerados servidores públicos. Desde a edição da EC nº 18, de 1998, que a Constituição Federal estabelece nítida distinção entre essas duas categorias, sendo que

[11]. BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Arts. 42, §§ 1º e 2º; 142, § 3º, X.
[12] SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 377-378.

> os servidores públicos – que atualmente necessariamente compreendem tão somente os servidores civis – e os militares tratados em seções distintas da Constituição. Os primeiros são regulados pela Seção II do Capítulo VII do Título III (artigos 39 a 41). Os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios são disciplinados pela Seção III do Capítulo VII do Título III (art. 42), e, os militares das Forças Armadas, são aplicáveis as regras previstas no art. 142 e 143. Portanto, *os militares são agentes públicos, mas não pertencem à categoria dos servidores públicos*.
> […]
> Servidor público é aquele que ocupa cargo público de provimento em caráter efetivo, que pressupõe prévia aprovação em concurso público, ou de provimento em comissão. Essa regra, aliás, consta de modo expresso no art. 2º da Lei 8.112/90, que em seu art. 2º, dispõe que "para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público".[13]

Por essa lição, verificam-se as repercussões das alterações introduzidas pela EC 18/98 na Constituição Federal de 1988, com ênfase na distinção entre servidores públicos e militares e afirmação de que a contar da referida Emenda, os militares não podem mais ser classificados como servidores públicos.

Quanto aos Militares, Furtado refere:

> 15.3.7 Militares
> Os militares são as pessoas físicas que exercem funções nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e das Forças Armadas.
> A Constituição Federal admite duas categorias de militares. A primeira composta pelos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; a segunda, pelos Militares das Forças Armadas. Os primeiros são regulados pelo art. 42 do texto constitucional; os segundos, pelo art. 142 da Constituição Federal.
> A remissão feita pelo art. 42, § 1º, faz com que o regime jurídico dos militares das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros muito se aproxime daquele definido pelo art. 142, §§ 2º e 3º, relativo aos militares do Exército, da Marinha e da Aeronáutica.
> Distinção maior se verifica em relação ao regime dos militares em relação àquele a qualificação de servidores público, não teve caráter exclusivamente terminológico. Ao fazer essa separação, ou seja, ao dispor que os militares não são servidores públicos as regras pertinentes ao regime jurídico destes últimos (dos servidores públicos) somente passam a ser aplicáveis aos militares se houver expressa referência no texto constitucional. Assim, por exemplo, a regra do teto remuneratório prevista no art. 37, XI, é aplicável aos militares em razão do disposto nos artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII. Este último dispositivo, o art. 142, § 3º, VIII, determina as regras pertinentes aos trabalhadores (art. 7º, VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV) e aos servidores públicos (art. 37, XI, XIII, XIV e XV) aplicáveis aos militares.
> Não são aplicáveis aos militares, por exemplo, as regras constitucionais pertinentes ao concurso público ou à acumulação de cargos, empregos ou funções.
> Para o ingresso nas Forças Armadas e nas corporações militares estaduais o art. 142, § 3º, X, dispõe que serão observados os critérios definidos em lei (que não necessariamente são os previstos no art. 37, II e III do texto constitucional).
> Em relação à acumulação do cargo de militar com cargos, empregos ou funções públicas, o art. 142, II e III, dispõe que se o militar tomar posse em cargo ou emprego público permanente, ele será transferido para a reserva, e se a acumulação do militar se verificar com cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ele ficará agregado ao respectivo quadro (em sua corporação militar), "sendo depois de

[13] FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 749

> dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei.[14]

Na abordagem, novamente o autor destaca a distinção existente entre servidores públicos e militares na CF/88, salientando que essa distinção não se limita a questão terminológica, mas tem implicações na aplicação das regras do regime jurídico, ressaltando que somente são aplicáveis aos militares as regras do regime jurídico do servidor público, quando houver previsão expressa no texto constitucional.

Di Pietro também diz:

> 13.2.3 Militares
> Os militares abrangem as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142, caput, e § 3º, da Constituição) – e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (art. 42), com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos. Até a Emenda Constitucional nº 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42 da Constituição, inserido em seção denominada "servidores públicos militares".
> A partir dessa Emenda, ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII. Esse dispositivo manda aplicar aos militares das Forças Armadas os incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV do artigo 7º e os incisos XI, XIII, XIV e XV do artigo 37. Vale dizer que os militares fazem jus a algumas vantagens próprias do trabalhador privado: décimo terceiro salário, salário-família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença-paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas. E estão sujeitos a algumas normas próprias dos servidores públicos: teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salarias e irredutibilidade de vencimento.
> Essas mesmas normas são aplicadas aos militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios com base no artigo 42, §§ 1º e 2º. O §1º ainda manda aplicar aos militares o artigo 40, § 9º, segundo o qual "o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade".
> Seu regime é estatutário, porque estabelecido em lei a que se submetem independentemente de contrato. Esse regime jurídico é definido por legislação própria dos militares, que estabelece normas sobre ingresso, limites de idade, estabilidade, transferência para a inatividade, direitos, deveres, remuneração, prerrogativas (art. 42, § 1º, e 142, § 3º, X, da Constituição).[15]

Na lição, Di Pietro faz a mesma abordagem de Furtado, afirmando que a contar da publicação da EC 18/98, os militares não podem ser considerados servidores públicos, bem como somente são aplicáveis regras do regime jurídico dos servidores públicos aos militares, se houver previsão expressa no texto constitucional.

Pelas lições, verifica-se que os Doutrinadores são unânimes no sentido que os militares, a contar da EC 18/98, não podem mais ser confundidos ou conceituados como servidores públicos e que só podem ser aplicadas as regras do regime jurídico dos servidores públicos a eles, se houver expressa disposição no texto constitucional.

[14] FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 757-758.
[15] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 515-516.

Saliente-se que a questão tem suma importância, como restará demonstrado nos títulos e seções seguintes, pois a falta dessa distinção, desses conceitos básicos, bem como a não observação de termos técnicos fixados em diplomas legais, tem levado à defesa de teses que desvirtuam o sistema jurídico e, no caso do presente trabalho, a proteção social instituída para os militares dos Estados na Constituição Federal.

Dessa forma, havendo a distinção dos servidores públicos dos militares na Constituição Federal, a consequência lógica é que também distinta deve ser a proteção social de cada uma dessas categorias de agentes públicos.

3.2 REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição de 1988 trouxe alterações no ordenamento jurídico, destacando-se os avanços sociais, em especial, no que tange à Seguridade Social, consagrada como um sistema de proteção social, com a participação de todos os Poderes do Estado e da sociedade composta por três áreas: previdência social, saúde e assistência social, nos termos do artigo 194 da CF.

Para o presente estudo, importa a área da previdência social, mais especificamente a Previdência Social dos Servidores Públicos e dos Militares.

Na seção anterior, pela análise das disposições da Constituição Federal, foi demonstrado que os militares não podem ser conceituados, classificados como servidores públicos. A consequência dessa distinção é que cada um desses agentes públicos, pelas peculiaridades de seu regime jurídico, de suas funções, devem ter proteção social diferente.

Frise-se, tendo em vista as disposições constitucionais, as peculiares das atribuições que desempenham os militares, essa categoria de agente público não pode ser confundida, nem pode ser classificada como servidor público. Por consequência, os militares têm regime jurídico diverso, sendo de rigor que tenham também proteção social diversa dos servidores públicos.

3.3 REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS (RPPSS) E O REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DOS MILITARES (RPPSM)

Na Constituição Federal de 1988, com relação à previdência social dos servidores públicos, restou disciplinado no "caput" do artigo 40, um regime específico para os titulares de cargos efetivos.

Nos termos do referido dispositivo:

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)[16]

[16] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40.

Pertinente lembrar que o referido artigo está no Título III – Da Organização do Estado – Capítulo VII – Da Administração Pública – Seção II – Dos Servidores Públicos. Pertinente, também, lembrar que os militares, tecnicamente, não podem ser conceituados como servidores públicos.

Os regimes próprios de previdência social (RPPS) podem ser definidos, segundo Campos como:

> Regimes próprios de previdência social (RPPS) são aqueles responsáveis pela disciplina previdência dos servidores públicos titulares de cargos efetivos vinculados a cada um dos entes federativos (CF, art. 40, caput), isto é, da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.[17]

Na Constituição, com relação aos Militares dos Estados, resta expresso no artigo 42, § 1º, da CF/88 que "cabe a cada Estado dispor, por lei específica, sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores".[18] No inciso X do § 3º do artigo 142 da CF/88 é disciplinado que:

> X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.[19]

A Constituição Federal de 1988, na versão original, no art. 42 qualificava como servidores militares os integrantes das policias militares estaduais, sendo que no § 9º, já previa que a lei "disporá sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do servidor militar para a inatividade."

Com o advento das Emendas Constitucionais 18/98, 20/98 e 41/03, como exaustivamente já demonstrado, os militares foram separados dos servidores públicos, não podendo mais ser aplicadas as disposições do art. 40, conforme se verifica pela redação dada pelas referidas Emendas aos artigos 42 e 142, da CF. salvo previsão expressa.

Para reforço dessa afirmação, pertinente citar os termos do artigo 40, § 20, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 41/2003:

> § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)[20]

A consequência da conjugação dessas normas resultou no disciplinamento pela Constituição Federal de dois regimes próprios de previdência social: um relativo aos servidores titulares de cargo efetivo e outro para os militares. Registre-se que, ao contrário dos servidores titulares de cargos efetivos que tiveram disciplinadas as regras básicas e permanentes de seu

[17] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 71.
[18] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 42, § 1º.
[19] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 142, § 3º, X.
[20] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 20.

regime próprio de previdência social, o constituinte limitou-se a determinar que o regime de previdência dos militares fosse disciplinado por lei específica.

Campos ensina que:

> Os regimes de previdência social dos militares (RPSM) têm dois universos distintos de destinatários:
> a) os militares das forças armadas e seus dependentes (marinha, Exército e Aeronáutica) que nos termos do art. 142, § 3º, X, da Constituição de 1988, deverão ser regidos por lei específica que disporá, dentre outros assuntos sobre as condições de transferência destes militares para a inatividade;
> b) os militares estaduais e distritais, bem como seus dependentes (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar). Neste caso o art. 42, caput e §§ 1º e 2º, da Constituição de 1988, remetem a disciplina previdenciária deste militares à lei específica, fazendo remissão expressa a aplicação do art. 142, § 3º, X, da Constituição de 1988.
> Os regimes jurídicos administrativo e previdenciário dos militares diferem dos respectivos regimes jurídicos dos servidores civis, em razão das peculiaridades de cada grupo. Por exemplo, tecnicamente, o militar não se aposenta, eis que, na verdade a sua inatividade tem dois estágios: a reserva remunerada, situação em que o reservista pode ser convocado a retomar o serviço ativo nas condições previstas em lei, a e a reforma, que é a inatividade definitiva do militar, correspondente à aposentadoria do servidor público civil.
> Em consequência, as normas do RPPS não se aplicam de forma obrigatória ao RPSM, salvo o disposto no art. 40, § 9º, da Constituição de 1988, que se refere à contagem recíproca dos tempos de contribuição federal, estadual, distrital ou municipal. Neste caso, a aplicação do direito à contagem recíproca decorre de uma consequência lógica, relativa à possibilidade da migração de segurados entre regimes previdenciários. Entretanto, quanto aos demais aspectos caberá à lei de cada unidade da federação a disciplina previdenciária dos militares.[21]

Nessa lição é destacada a diferenciação de tratamento jurídico e previdenciário dos militares e dos servidores públicos, salientando-se que as normas do RPPSS não são aplicáveis aos militares, exceto se houver previsão expressa no texto constitucional, como na hipótese do § 9º do artigo 40, da CF, face a expressa previsão do artigo 42, § 1º, da lei suprema. Ainda, é salientada a competência dos Estados para dispor sobre o regime previdenciário de seus militares, através de lei específica.

Assim, compete aos Estados dispor sobre as regras do Regime de Previdência Social de seus militares, através de lei específica, lei que trate somente das matérias referidas no artigo 142, § 3º, inciso X, da CF, conforme artigo 42, § 1º, da lei suprema.

4. APOSENTADORIA ESPECIAL POR RISCO E ABONO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DESSES BENEFÍCIOS, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 40, §§ 4º, II, E 19, DA CF/88, COMBINADO COM A LC 51/85, AOS MILITARES DOS ESTADOS

Neste capítulo será abordada a aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, da CF/88, regulamentada para os policiais civis pela LC 51/85; e o abono de permanência, disposto no § 19 do citado artigo da lei suprema, benefícios previstos no Regime Próprio de

[21] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. P.66-67.

Previdência Social dos Servidores Públicos (RPPSS), bem como será abordada a impossibilidade da concessão desses benefícios aos militares dos Estados, com fundamento nessas regras.

4.1 APOSENTADORIA ESPECIAL POR RISCO – PREVISÃO CONSTITUCIONAL – ARTIGO 40, § 4º, DA CF/88 - LC 51/85

A aposentadoria especial é benefício de certas categorias de servidores públicos, tendo em vista as condições pessoais ou as peculiaridades das atribuições de seus cargos.

Na Constituição Federal de 1988, atualmente, esse tipo de aposentadoria especial, está prevista no artigo 40, pela inclusão do parágrafo § 4º da EC 47/05, nos seguintes termos:

> §4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
> I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
> II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)
> III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)[22]

Interessa para o presente trabalho, a aposentadoria especial por risco, nos termos do artigo 40, § 4º, II, da CF/88, tendo em vista as peculiaridades das atividades desempenhadas pelos militares dos Estados.

Cabe apenas referir sobre esse tipo de aposentadoria, que foram longos anos de discussão sobre a recepção ou não da Lei Complementar 51/85, que, atualmente, regulamenta a aposentadoria especial por risco dos policiais civis.

Sobre essa discussão, a lição de Campos:

> Questão inçada de dificuldades refere-se à norma de aplicação à aposentadoria do policial civil. Com efeito, antes da Constituição de 1988, a questão era regida pelo disposto na Lei Complementar 51, de 20.12.1985, nos seguintes termos:
> [...]
> Com certa desconfiança a referida norma teria sido recepcionada pela redação original da Constituição de 1988, especialmente em relação ao disposto no art. 40, § 1º, segundo o qual a lei complementar poderia estabelecer exceções às regras de aposentadoria para o caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas. A referência feita pela norma à atividade perigosa seria o mote para a recepção da LC 51/85 pela redação original do art. 40, § 1º, da Constituição de 1988. Porém, com o advento da EC 20/98 e a consequente alteração da redação do art. 40, § 1º, da Constituição de 1988, transformado no § 4º, as dúvidas sobre a recepção da LC 51/85 aumentaram em face do novo texto, eis que o mesmo exigia tempo de atividades exercidas *exclusivamente* sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, a serem definidos em lei complementar. Ocorre que o

[22] BRASIL. *Constituição.* Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 4º.

> art. 1º, da LC 51/85 não se refere à exclusividade do tempo, já que dos 30 anos, apenas 20 são exigidos em atividade policial. [23]

Registre-se que a matéria restou resolvida no julgamento pelo STF, do RE nº 567.110[24], com repercussão geral, no qual foi afirmada a recepção do inciso I, art.1º, da LC 51/85. Refere-se, ainda, a publicação da LC 144/14, alterando a LC 51/85, nos seguintes termos:

> Art. 1º O servidor público policial será aposentado: (Redação dada pela Lei Complementar n° 144, de 2014)
> I - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados; (Redação dada pela Lei Complementar n° 144, de 2014)
> II - voluntariamente, com proventos integrais, independentemente da idade: (Redação dada pela Lei Complementar n° 144, de 2014)
> a) após 30 (trinta) anos de contribuição, desde que conte, pelo menos, 20 (vinte) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, se homem; (Incluído pela Lei Complementar n° 144, de 2014)
> b) após 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, desde que conte, pelo menos, 15 (quinze) anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial, se mulher. (Incluído pela Lei Complementar n° 144, de 2014)[25]

Indispensável essa rápida abordagem do tema, como forma de explicar e justificar como uma lei complementar publicada em 1985, alterada por outra em 2014, regulamenta, atualmente, uma aposentadoria especial, incluída por uma Emenda Constitucional de 2005.

Dessa forma, no que tange à aposentadoria especial por risco, nos termos do artigo 40, § 4º, II, da CF/88, há entendimento jurisprudencial, conforme antes exposto, pela aplicação das disposições da LC 51/85, porém apenas para os policiais civis.

Na Constituição, como já abordado, resta expresso que o militar:

- não pode mais ser conceituado como servidor público;

- tem regime jurídico e previdenciário diverso os servidores públicos, não podendo ser aplicadas as regras do artigo 40 da CF/88 para disciplinar seu regime jurídico e previdenciário;

---

[23] CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 253.

[24] EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. RECEPÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 1º, INC. I, DA LEI COMPLEMENTAR N. 51/1985. ADOÇÃO DE REQUISITOS E CRITÉRIOS DIFERENCIADOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA A SERVIDORES CUJAS ATIVIDADES NÃO SÃO EXERCIDAS EXCLUSIVAMENTE SOB CONDIÇÕES ESPECIAIS QUE PREJUDIQUEM A SAÚDE OU A INTEGRIDADE FÍSICA. 1. Reiteração do posicionamento assentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.817, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, da recepção do inc. I do art. 1O da Lei Complementar n. 51/1985 pela Constituição. 2. O Tribunal a quo reconheceu, corretamente, o direito do Recorrido de se aposentar na forma especial prevista na Lei Complementar 51/1985, por terem sido cumpridos todos os requisitos exigidos pela lei. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.
BRASIL. STF.RE 567110, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00298.

[25] BRASIL. Lei Complementar nº 51/85. Dispõe sobre a aposentadoria do servidor público policial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal. *DOU* de 23.12.1985.

- lei específica é que deve disciplinar seu regime jurídico e previdenciário.

Assim, não há falar em aposentadoria especial, nos termos do artigo 40, § 4º, da CF/88, nem aplicação da Lei Complementar 51/85, para os militares.

4.2 ABONO DE PERMANÊNCIA – PREVISÃO CONSTITUCIONAL - ARTIGO 40, §19, DA CF/88

O abono de permanência, como regra permanente, está previsto para os servidores públicos, no artigo 40, § 19, da CF/88, nos seguintes termos:

> § 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)[26]

O abono de permanência foi incluído pela EC 41/03 como forma de incentivar o servidor público que tenha completado os requisitos para concessão da aposentadoria voluntária permanecesse no serviço público.

Na EC 20/98 havia a previsão de isenção da contribuição previdenciária para o servidor que tivesse completado os requisitos para aposentadoria voluntária. Atualmente, pela EC 41/03 não há mais isenção. Há a incidência e desconto da contribuição previdenciária, sendo creditado o valor equivalente cobrado, sob a denominação de "abono".

O citado abono é pago até o servidor completar os requisitos para concessão da aposentadoria compulsória prevista no inciso II do § 1º do artigo 40 da CF/88, ou seja, "70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)"[27]

O abono de permanência, pelas mesmas razões antes elencadas com relação à aposentadoria especial, prevista no artigo 40, § 4º, da CF/88, não pode ser estendido aos militares, pela autoaplicabilidade do § 19 do citado artigo constitucional. Com efeito, na Constituição resta expresso que o militar não pode mais ser conceituado como servidor público, que tem regime jurídico e previdenciário diverso os servidores públicos, não podendo ser aplicadas as regras do artigo 40 da CF/88 para disciplinar seu regime jurídico e previdenciário, restando disposto, na própria Constituição, que lei específica é que deve disciplinar esses regimes.

Dessa forma, assim como a aposentadoria especial, não há falar em concessão de abono de permanência, nos termos do artigo 40, § 19, da CF/88, aos militares.

[26] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 19.
[27] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 1º, II.

4.3 IMPOSSIBILIDADE DA CONJUGAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 40, §§ 4º, II, E 19, DA CF/88 E LC 51/85 PARA CONCESSÃO DE ABONO DE PERMANÊNCIA AOS MILITARES DOS ESTADOS

Como comprovado, as disposições e alterações constitucionais demonstram que os militares dos Estados têm RPPSM diferente do RPPSS, disposto no art. 40 da CF/88. Mais, compete ao ente estatal, através de lei específica, dispor sobre as regras do Regime de Previdência Social dos Militares, nos termos dos artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, inciso X, todos da CF/88.

Com relação ao art. 40 da CF/88, que dispõe sobre o RPPSS, somente o § 9º, do citado artigo, que trata do cômputo do tempo de contribuição federal, estadual ou municipal para efeito de aposentadoria e disponibilidade, é autoaplicável aos militares e por expressa determinação do mesmo artigo 42, § 1º, da CF/88.

Assim, não havendo qualquer menção à aplicação dos §§ 4º e 19 do artigo 40 da CF/88, não há respaldo legal para conjugação desses dispositivos com a LC 51/85, que disciplina a aposentadoria especial por risco dos policiais civis, para concessão de abono de permanência, salientando, como já exposto, que o citado artigo 40 está no Título III – Da Organização do Estado – Capítulo VII – Da Administração Pública – Seção II – Dos Servidores Públicos; e que os militares, tecnicamente, não podem ser conceituados como servidores públicos.

Não suficientes essas alegações para comprovar que os citados parágrafos têm sua aplicação restrita aos servidores públicos, pois neles há termos específicos com relação a benefícios previdenciários próprios dos servidores públicos pertinentes uma análise dos termos constantes no § 4º do artigo 40 da CF/88, no qual constam os seguintes termos:

> § 4º. É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)[28]

Os termos são específicos e aplicáveis apenas aos servidores públicos, pois refere expressamente:

- "concessão de aposentadoria", em nenhum momento da Constituição há previsão de concessão de "aposentadoria", para militares, mas apenas transferência para a inatividade, conforme artigos 42, §1º, e 142, § 3º, X, da CF/88;

- "aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo", o artigo é o 40 da CF/88 e o regime, nos termos do "caput", é dos servidores públicos e não dos militares; "ressalvados, nos termos definidos em leis complementares", nos termos do artigo 42, § 1º, da CF/88, o regime jurídico e previdenciário dos militares depende de lei estadual específica;

- "os casos de servidores", militar não pode ser conceituado como servidor.

[28] BRASIL. *Constituição.* Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 4º.

Pertinente, também, uma análise dos termos constantes no § 19 do citado artigo, no qual constam os seguintes termos:

> § 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)[29]

Como exposto quanto ao § 4º do artigo 40 da CF/88, esse dispositivo também contém termos próprios do Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores, não podendo ser estendidos aos militares, restando disciplinado:

- "o servidor de que trata este artigo" – o artigo é o 40 da CF/88 e se refere a servidor público, como exaustivamente exposto, militar não pode ser conceituado como servidor público;

- "completado as exigências para aposentadoria voluntária" - em nenhum momento da Constituição há previsão de concessão de "aposentadoria", para militares, mas apenas transferência para a inatividade, conforme artigos 42, §1º e 142, § 3º, X, ambos da CF/88;

- "aposentadoria voluntária estabelecida no § 1º, III, a, (voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98), a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)" – regra específica para concessão de aposentadoria voluntária ao servidor público, inaplicável ao militar, cuja transferência para inatividade e reforma, depende de lei específica;

- "até completar as exigências para aposentadoria compulsória, nos termos do § 1º, II (com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 88, de 2015)" – regra específica de aposentadoria compulsória de servidor público, por consequência, inaplicável aos militares.

Igualmente, pelos mesmos argumentos, constata-se a inaplicabilidade das disposições da LC 51/85 aos militares, pois, como exaustivamente já exposto, somente lei específica do Estado deverá dispor sobre as condições de transferência deles para inatividade, registrando que a citada lei complementar foi editada pela União e para regulamentar exclusivamente a aposentadoria especial do policial civil.

Especificamente com relação à aposentadoria especial prevista no § 4º do artigo 40 da CF/88 para a aplicação das disposições da LC 51/85 na transferência de servidor militar para inatividade, pertinente citar parte do Parecer PGE-RS nº 14.562, da lavra da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Eliana Soledade Graeff Martins, acolhido em 23/08/2006:

> PARECER Nº 14.562

[29] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 40, § 19.

> [...]
> Com o advento da EC nº 18/98, os militares foram rigorosamente separados dos servidores públicos, o que os deixou, em definitivo, fora do alcance das disposições do artigo 40, salvo nas remissões expressas, e essas remissões não incluíam as relativas à aposentadoria especial por exercício em atividades penosas, insalubres ou perigosas. Ao contrário, quanto aos militares estaduais, as novas regras determinavam que lei estadual específica deveria dispôr sobre o ingresso, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade (artigo 42, § 1º, combinado com o artigo 142, § 3º, inciso X).
> A EC nº 20/98 reiterou o já disposto na redação dada ao § 1º do artigo 42 pela EC nº 18/98, ou seja, permaneceu competente lei estadual específica para tratar das condições de transferência de militar para a inatividade, de modo distinto das condições exigidas para a aposentadoria especial, desde então tratada pelo § 4º do artigo 40, quais sejam, exercício de atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos os casos em lei complementar federal.
> A partir da EC nº 41/03, mediante o teor do § 20 do artigo 40, mais evidencia-se as distinções entre aposentadorias especiais regidas pelo disposto no § 4º do artigo 40 e a inatividade de militares. E isso porque ao vedar a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, não só ressalvou o disposto no art. 142, § 3º, X, como determinou que aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal (artigo 42, § 2º).
> Desta forma, adota-se entendimento do próprio TCE, segundo o qual, estando as carreiras militares vinculadas a regimes previdenciários revestidos de normas e parâmetros específicos desta categoria, sistemas estes que vêm preservando suas características diferenciadas desde suas origens, sendo, pois, os militares uma categoria funcional diferenciada, particularmente em seu regime previdenciário, como tal deve ser compreendida a natureza das atividades a ela relacionadas.
> Torna-se, portanto, forçoso concluir que não há base legal para se considerar a transferência de militar para a inatividade como caso de aposentadoria especial, prevista pelo § 4º do artigo 40 da Constituição Federal em sua atual redação. [30]

Nesse Parecer é feita análise da evolução constitucional do regime diferenciado dos militares, restando afirmado que não há fundamento legal para considerar a transferência de militar para a inatividade como caso de aposentadoria especial, prevista pelo § 4º do artigo 40 da CF/88.

Os termos da LC 51/85, cuja recepção e consequente vigência restaram afirmadas pelo STF no julgamento do RE Nº 567.110, em repercussão geral, como antes referido, são claros e expressos, constando em seu artigo 1º "o servidor público policial", redação dada pela LC 144/14. Ocorre que o militar não é nem pode ser confundido com "servidor público policial", para aplicação dos termos da citada lei, tendo em vista as disposições e alterações constitucionais antes citadas, em especial, a redação dada ao artigo 42 da CF/88 pela EC 18/98, no qual restou expresso que "Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, <u>são militares</u> dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios."[31] (grifou-se)**,** sendo esse mais um argumento para demonstrar que não pode haver a conjugação dos artigos 40, §§ 4º e 19, da CF/88 com a

[30]MARTINS, Eliana Soledade Graeff. Parecer 14562. Brigada militar. Decisão do TCE para desconstituir ato de transferência de militar para a reserva remunerada por insuficiência de tempo de serviço. Disponível em: <http://www2.pge.rs.gov.br/pge/parecer>. Acesso em: 18 ago. 2015.
[31] BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988. Art. 42

LC 51/85 para reconhecer o direito da concessão de abono de permanência aos militares dos Estados.

Após o estudo e a análise de todas as regras, parecem óbvias as conclusões antes expostas, no sentido de que são inaplicáveis as disposições dos §§ 4º e 19 do artigo 40 da CF/88 ao militar, porém, no que tange ao § 4º, do citado artigo, que disciplina a aposentadoria especial do servidor público policial, a discussão já chegou ao STF que se manifestou no mesmo sentido da inaplicabilidade da referida disposição aos militares.

A decisão restou assim ementada:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. POLICIAL MILITAR. INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA DE APOSENTADORIA ESPECIAL: ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 33 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.[32]

No voto, constaram os seguintes termos:

> AG.REG. NA RECLAMAÇÃO 18.758 DISTRITO FEDERAL
> V O T O
> A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):
> 1. Razão jurídica não assiste à Agravante.
> 2. Como assentado na decisão agravada, a Agravante é policial militar e pretende a aplicação da Súmula Vinculante n. 33 à sua situação funcional. Contudo, não se aplica ao policial militar estadual a regra de aposentadoria especial prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição da República, por não constar do rol do art. 42, § 1º, da Constituição:
> [...]
> Firmou-se na jurisprudência deste Supremo Tribunal que o art. 42, § 1º, da Constituição da República estabeleceu as normas constitucionais aplicáveis aos militares estaduais, entre as quais não se inclui o art. 40, § 4º, da Constituição:
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. MILITAR. APOSENTADORIA ESPECIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES" (ARE 824.832-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 9.10.2014).
> "É pacífica a jurisprudência da Corte de que cabe a lei estadual, nos termos do art. 42, § 1º, regulamentar as disposições do art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal.
> 3. Inaplicável ao caso o entendimento firmado no MI n. 721/DF, Relator o Ministro Marco Aurélio, uma vez que a Corte de origem consignou a existência de norma estadual específica regulamentando a aposentadoria dos policiais militares do Estado de São Paulo (Decreto-Lei n. 260/70)"
> (RE 785.239-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 23.6.2014).
> [...]
> A partir do artigo mencionado – o 40, § 4º, da CF –, não é possível verificar a existência de violação constitucional na espécie, uma vez que este dispositivo não se aplica aos policiais militares, para os quais a Carta Magna reservou regramento próprio.
> Registro que a Constituição Federal enumerou, especificamente, em seu art. 42, § 1º, os dispositivos aplicáveis aos servidores públicos policiais militares, além do que vier

[32] BRASIL. STF. Rcl 18758 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

> fixado em lei, entre os quais não se inclui, portanto, o art. 40, § 4º" (ARE 722.381-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 21.3.2013, grifos nossos). (grifou-se)[33]

No voto consta a análise de artigos constitucionais, afirmando-se a inaplicabilidade do artigo 40, § 4º, da CF/88, tendo em vista que os militares estaduais têm regime jurídico e previdenciário próprio, competindo ao Estado, por lei específica, dispor sobre esse regime, nos termos dos artigos 42, § 1º e 142, § 3º X, todos da CF/88.

No mesmo sentido, citam-se as seguintes decisões:

> EMENTA DIREITO PREVIDENCIÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 40, § 4º, DA LEI MAIOR. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL DO DEBATE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 636/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 05.4.2013. O art. 40, § 1º, da Carta Política registrou as normas constitucionais aplicáveis aos militares, dentre as quais não se inclui o art. 40, § 4º da Lei Maior. Precedentes. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. Aplicação da Súmula 636/STF. Agravo regimental conhecido e não provido.[34]

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA POLICIAIS FEMININAS CIVIS E MILITARES. ART. 40, § 1º E § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.
> 1. Inexistência de omissão inconstitucional relativa à aposentadoria especial das servidoras da Polícia Militar. A Lei Complementar n. 144/2014, norma geral editada pela União nos termos do art. 24, § 4º, da Constituição da República, é aplicável às servidoras da Polícia Civil do Estado de São Paulo. Precedentes.
> 2. O art. 42, § 1º, da Constituição da República preceitua: a) o regime previdenciário próprio dos militares, a ser instituído por lei específica estadual; b) não contempla a aplicação de normas relativas aos servidores públicos civis para os militares, ressalvada a norma do art. 40, § 9º, pela qual se reconhece que "o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade". Inaplicabilidade do art. 40, §§ 1º e § 4º, da Constituição da República, para os policiais militares. Precedentes.
> 3. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão julgada improcedente.[35]

Frise-se, por todas as alegações antes referidas, a única conclusão possível, tendo em vista o cenário constitucional, com a previsão de RPPSM, de competência dos Estados, por lei específica, é da impossibilidade da concessão de abono de permanência, com fundamento no artigo 40, §§ 4º e 19, da CF/88 e LC 51/85, aos militares dos Estados.

[33] BRASIL. STF. Rcl 18758 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.
[34] BRASIL. STF. ARE 776336 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 19-08-2014 PUBLIC 20-08-2014.
[35] BRASIL. STF. ADO 28-SP, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚClA, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31/07/2015 PUBLIC 03/08/2015.

5. CONCLUSÃO

O trabalho levou à pesquisa dos regimes próprios de previdência social do Brasil, com foco no regime previdenciário dos militares dos Estados, comprovando a necessidade e a importância do tratamento diferenciado e técnico desse regime, a fim de evitar a confusão de institutos e a concessão de benefícios previstos no regime próprio dos servidores públicos a esses agentes públicos.

No desenvolvimento do trabalho verificou-se que essa questão não se resume a aspectos formais, mais sim a necessidade de tratamento específico para correta aplicação das regras dos regimes próprios de previdência social previstos na Constituição e como forma de preservar a proteção social instituída para os militares, em especial, pelos deveres e atividades próprias dessa categoria de agentes públicos.

Verificou-se, também, pelo exame de dispositivos da Constituição, das Emendas Constitucionais e pelas lições de doutrinadores, que militar não pode ser classificado como espécie do gênero servidor público. Como consequência dessa distinção, na própria Constituição foi prevista a instituição de regime jurídico e previdenciário específico para cada um desses agentes. As disposições com relação a esses regimes constam no mesmo Título III – Da Organização do Estado, no mesmo Capítulo VII – Da Administração Pública, porém em seções diferentes; dos servidores titulares de cargo efetivo, na Seção II, artigos 39 a 41 da CF; dos militares dos Estados e do Distrito Federal, na Seção III, artigo 42 da lei suprema.

Classificar militar como espécie de servidor público, confundir, comparar ou equiparar transferência para reserva ou a reforma como aposentadoria, ou qualquer outro instituto ou direito previsto especificamente para cada uma dessas categorias de agentes públicos, não se trata de simples atecnia, mas traz no seu bojo consequências e prejuízos para o regime jurídico e para o sistema de proteção social instituído para cada uma dessas categorias.

Na Constituição, como já exposto, há clara distinção entre os militares e os servidores públicos, entre os regimes jurídicos e previdenciários de cada um desses agentes públicos, não havendo a possibilidade da concessão e extensão de benefícios previdenciários pela autoaplicação e conjugação de regras previstas na lei suprema para os servidores públicos aos militares.

Entre os benefícios previstos no RPPSS que não podem ser estendidos aos militares, por autoaplicação e conjugação de regras, estão a aposentadoria especial dos policiais civis, por risco, prevista no artigo 40, § 4º, II, da CF/88, regulamentada pela LC 51/85; e o abono de permanência, previsto no § 19 do citado artigo constitucional.

Como demonstrado na pesquisa, com relação ao artigo 40 da CF/88 que dispõe sobre o RPPSS, apenas o § 9º, desse artigo, que trata do cômputo do tempo de contribuição, estadual ou municipal para efeito de aposentadoria e disponibilidade, é autoaplicável aos militares e por expressa determinação do artigo 42, § 1º, da CF/88.

Não havendo menção no artigo 42, § 1º, da CF/88, da aplicação dos §§ 4º e 19 do artigo 40 da CF/88 não há respaldo técnico e legal para conjugação desses dispositivos com a LC 51/85 para fundamentar a concessão de abono de permanência aos militares dos Estados.

O resultado da pesquisa não significa que os militares dos Estados não tenham direito a recebimento de abono de permanência, mas sim que, por interpretação sistemática, não há a possibilidade da concessão de abono de permanência a esses agentes públicos, com fundamento no artigo 40, §§ 4º, II e 19, da CF/88, combinado com a LC 51/85, por serem regras do RPPSS e não do RPPSM, salientando que não há impedimento constitucional para que os Estados, por lei específica, concedam o referido benefício, face competência outorgada pela Constituição, conforme artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, X, ambos da CF/88.

Na pesquisa, também, foi demonstrada que essa interpretação é necessária e indispensável para preservação do próprio regime jurídico e previdenciário dos militares, pois mesclar regras de regimes diversos, aplicar regras do RPPSS a esses agentes públicos, escolhendo apenas as que beneficiam, de início, pode trazer algumas vantagens, porém pode levar ao comprometimento da proteção social instituída para esses agentes públicos, por não haver justificativa para não aplicação de outras regras do RPPSS previstas na Constituição, em prejuízo de direitos assegurados por leis específicas dos Estados, pela competência outorgada, nos termos dos artigos 42, § 1º, e 142, § 3º, ambos da lei suprema, aos entes federados para o regramento do regime previdenciário de seus militares.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição*. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n° 8.213/91. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. DOU de 25.07.91 e Republicada em 11.4.96 e 14.8.98.

BRASIL. Lei Complementar nº 51/85. Dispõe sobre a aposentadoria do servidor público policial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal. DOU de 23.12.1985.

BRASIL. STF. ADO 28-SP, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚClA, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31/07/2015 PUBLIC 03/08/2015.

BRASIL. STF. ARE 776336 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-160 DIVULG 19-08-2014 PUBLIC 20-08-2014.

BRASIL. STF. Rcl 18758 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 28/10/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014.

BRASIL. STF. RE 567110, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-068 DIVULG 08-04-2011 PUBLIC 11-04-2011 EMENT VOL-02500-02 PP-00298.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 3.ed. rev. ampl. e atual.. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS, Eliana Soledade Graeff. Parecer 14562. Brigada militar. Decisão do TCE para desconstituir ato de transferência de militar para a reserva remunerada por insuficiência de tempo de serviço. Disponível em: <http://www2.pge.rs.gov.br/pge/parecer>. Acesso em: 18 ago. 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo.* 22.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. *Curso de direito previdenciário: fundamentos de interpretação e aplicação do direito previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2014.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2008.

Abstract: This final term paper is intended to demonstrate the need and importance of differential and technical treatment to *the* States' Special Military Social Security System (SMSSS) in order to avoid the confusion of institutes and to grant social security benefits to those public servants by applying and conjugating rules in a misguided way. Among these rules object of examination in the present paper are those of Federal Constitution Article 40, §4th, §19, II, and of the Supplementary Law 51/1985, governing the special retirement, for risk, and the residence allowances of civil servants, inapplicable to the State's military, under the express provision in the Federal Constitution 1988, Article 42, §1st and Article 142, §3rd, X both in this supreme law.

Keywords: Staying allowance. Impossibility. Concession. States' Military. Special Military Social Security System.

Referência:

MEIRELLES, Marilhane Lopes Cortez. A impossibilidade da concessão de abono de permanência, com fundamento no artigo 40, §§ 4º, II, e 19, da Constituição Federal de 1988, com Lei Complementar nº 51, de 1985, aos militares dos estados. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 201-223.

Recebido em: Dezembro/2018.

Aceito em: Março/2019.

POSSIBILIDADES AUTOPOIÉTICAS NA CONSTRUÇÃO DA PARADIPLOMACIA PELOS ESTADOS-MEMBROS

MIGUEL RIBEIRO PEREIRA*

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. As relações internacionais no século XXI como campo propício para o estabelecimento de relações paradiplomáticas. 3 O sistema internacional e o direito constitucional brasileiro em comunicação: posibilidades autopoiéticas na construção da paradiplomacia. 4 Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

A realidade da paradiplomacia nos diversos países da comunidade global vem sendo estudada e debatida em diversos centros acadêmicos e fóruns de discussão, não havendo, ainda, uniformidade de terminologia quanto ao trato da matéria, o que torna necessária a abordagem preliminar das expressões a serem utilizadas ao longo deste trabalho, para facilitar o entendimento de seu conteúdo.

Na literatura sobre a matéria são identificados para os Estados-membros, componentes da Federação, expressões como entes subnacionais, estados-membros, entes regionais e governos não-centrais. Aqui houve opção por serem adotadas as expressões estados-membros e entes subnacionais como mais utilizadas ao longo do texto para referirmo-nos aos componentes da Federação que não apresentam competências equiparadas aos governos centrais, no Brasil representado pela União.

Quanto à expressão paradiplomacia são expressões recorrentes na literatura os termos cooperação descentralizada, proto-diplomacia, diplomacia paralela e ainda neo-medievalismo, mas será adotado neste texto o termo mais utilizado no Brasil e no exterior: paradiplomacia.

* Mestre em Políticas Públicas na Universidade Federal do Maranhão. Lecionou na graduação (Curso de Direito) das instituições Universidade Federal do Maranhão, Instituto Florence de Ensino Superior e Faculdade Santa Terezinha. Lecionou na pós-graduação em Ciências Criminais da Universidade Ceuma. Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Trabalho e da Escola Superior da Advocacia. Procurador do Estado do Maranhão. Advogado.

Ultrapassado este necessário esclarecimento terminológico e adentrando-se na investigação sobre a matéria constata-se que os Estados-membros na Federação Brasileira vêm demonstrando, nas últimas três décadas, um novo tipo de organização estrutural na Administração Pública na criação de órgãos e cargos públicos em que se incorpora o fenômeno da globalização para atender as consequentes demandas criadas pelos diversos atores globais, seja no plano de empresas multinacionais, seja quanto aos tradicionais sujeitos de direito internacional, os Estados Nacionais.

A estrutura governamental de boa parte dos Estados-membros apresenta a existência de órgãos com missão internacional, com destaque para atração de investimentos, em conexão com empresas privadas, órgãos multilaterais ou diretamente com os diversos países da comunidade internacional.

Conforme levantamento realizado para este trabalho, que consta do anexo desta tese, a situação atualizada nos diversos Estados-Membros em 2018 revela que a globalização[1] se impôs a tal ponto que mesmo as regiões com menos destaque no Produto Interno Bruto brasileiro passaram a destacar parte de seus servidores e estrutura para a ampliação do respectivo ente federado na participação internacional. Atualmente, 63% (sessenta e três por cento) dos Estados-membros contam com estruturas voltadas totalmente, ou parcialmente para atender a demanda por expansão internacional.

Na análise dos decretos regulamentares dos órgãos públicos estaduais bem como na observação dos dados fornecidos na rede mundial de computadores, o que se constata é que em parte dos Estados está a coordenação dos assuntos internacionais sob a responsabilidade do Gabinete do Governador ou da Casa Civil, ora diretamente, ora por meio de assessorias especiais ou coordenadorias internacionais.

Em outros Estados-membros é verificada a criação de Secretarias de Estado especificamente para esta missão que passam a adotar o nome de Secretarias de Assuntos Internacionais ou Secretaria de Relações Internacionais. Em outras realidades o alcance internacional é articulado com as Secretarias de Desenvolvimento Econômico, Planejamento ou de Programas Especiais.

No atual panorama organizacional aqui abordado está posto que os Estados-Membros estão, em considerável número, estruturados para realizar diretamente interlocução com os sujeitos reconhecidos tradicionalmente no plano internacional ou ainda com aqueles novos atores que vêm surgindo com o fenômeno da globalização a exemplo da lógica da atuação em rede, muito destacada após o Fórum Social Mundial[2] realizado, inicialmente, no Rio Grande do Sul.

[1] A globalização atual, ou as formas de globalização atuais, tem diferentes aspectos, como nós estamos vindo a afirmar e a trabalhar. Mas se a gente olhar para sua forma hegemônica , que é a forma do capital global em final de século, é evidente que esta globalização tem uma virtualidade particular que ela produz, o que se tem vindo a designar de uma compressão espaço-tempo. E esta compressão espaço-tempo obviamente dá-se em todas as direções. (GANDIN; HYPOLITO, 2003)

[2] O Fórum Social Mundial é um processo de caráter mundial. Todos os eventos que se realizem como parte desse processo terão dimensão internacional. Não pretende ser uma instância de representação da sociedade civil mundial (...) as reuniões não têm caráter deliberativo (...) não se constitui em uma instância de poder, a ser disputado pelos participantes em suas reuniões. É um espaço plural e diverso, não confessional, não governamental e não partidário, que articula de maneira descentralizada e em rede as entidades e os movimentos. Poderão ser

Em pelo menos 17 (dezessete) Estados-Membros já é corrente a integração com o plano internacional, ora pela recepção de missões internacionais compostas apenas por representantes de governos estrangeiros, ora por equipes mistas de governos e empresas com interesse em parcerias comerciais, culturais, turísticas dentre outras áreas comuns que permitam estreitar os laços entre realidades, muitas vezes distantes, histórica e geograficamente.

Neste cenário observa-se, ainda, entre os Estados-membros, uma organização consertada para criação de fóruns institucionais visando a discussão de interesses comuns no plano internacional desde a criação do Fórum Nacional de Gestores Estaduais de Relações Internacionais em 2015. Já fazem parte desta arena de debates dez Estados-membros brasileiros e o Distrito Federal (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DA SECRETARIA EXECUTIVA DE ASSUNTOS INTERNACIONAIS DE SANTA CATARINA, 2016).

Desde então as reuniões vêm se sucedendo com vários temas em destaque como o Programa Dupla Escola, atração de investimentos pela Agência de Promoção de Exportações (APEX) e participação no programa Habitat III – Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável (DOMINGUES, 2017).

Além desta intensa movimentação dos entes subnacionais aqui destacados, ainda se verifica, em outro plano, constante e profícua produção literária em diversos campos do conhecimento sobre esta atuação no plano internacional, mais um fator demonstrativo da importância do debate que acaba incidindo na atuação do advogado público, inserido em meio a este novo marco de atuação dos Estados-membros.

São destacados autores no contexto nacional e internacional sobre este fenômeno Aldecoa (1993), Keating *(*1998), Hocking (1993); Castro (1994), Ravenhill (1999), Balthazar *(*1986); Rodrigues (2011) e Barros (2010), ora apresentando o panorama desta realidade global, ora destacando que ainda há alguma insegurança jurídica diante da resistência dos governos centrais em permitir maior atuação dos entes subnacionais no plano internacional, de acordo com suas realidades específicas.

Aldecoa e Keating se referem à experiência da Comunidade Europeia, Hocking explicita a realidade dos Estados Unidos, enquanto Balthazar trata da província canadense do Quebec. Rodrigues e Barros destacam a experiência dos municípios brasileiros na atuação internacional.

O ponto central do debate destes doutrinadores é que se constata uma forte resistência de que ganhem os entes subnacionais autonomia para ampliar sua participação no plano internacional sob o receio de conflitos diplomáticos ou desalinho com a política externa de cada país. Os governos centrais temem, igualmente, perder a parcela de poder por eles apresentada no plano internacional.

Entretanto, os Estados-membros vêm construindo entre eles uma forte rede de auxílio para permitir mais inserção no plano internacional a partir da criação de fóruns para troca de informações sobre melhores práticas bem como pela sedimentação de diplomas

convidados a participar, em caráter pessoal, governantes, e parlamentares, que assumam o compromisso desta Carta. (O FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2002)

normativos, a exemplo de leis e decretos que positivam a necessidade de disponibilização dos entes subnacionais para uma nova possibilidade de cooperação descentralizada.

A hipótese que se coloca neste momento é que nos diversos países, a exemplo do Brasil, o arcabouço constitucional e infraconstitucional, muitas vezes produzidos no âmbito central, não está adequado à realidade global econômica que exige maior agilidade no trato das questões comerciais estatais e privadas estrangeiras, havendo mais dificuldades na burocracia estatal centralizada para dar maior agilidade nas inúmeras demandas. Sendo assim, um novo modelo de diplomacia com protagonismo de entes subnacionais - Estados-membros e Municípios - preenche a lacuna diante da maior especificidade das questões locais e da maior agilidade, porque mais concentradas as ações, garantindo maior celeridade.

Se os entes subnacionais, em diversos locais do mundo, continuam praticando a diplomacia diretamente com entidades estrangeiras, a despeito da resistência política e normativa dos entes centrais, surge a hipótese de que o direito, inclusive o brasileiro, apresenta-se permeável a um nova ordem jurídica que, paulatinamente, vai sendo incorporada como verdadeiro costume que se sedimentou no direito internacional e que pode ser absorvido pelo sistema constitucional brasileiro, desde que respeitados os parâmetros de filtragem deste a seguir demonstrados neste texto.

Suscita-se a necessidade de investigação sobre qual o suporte jurídico para que os diversos entes subnacionais continuem praticando este tipo de diplomacia, cujo cognome mais comum é paradiplomacia, que se encontra paralela àquela mais tradicional, realizada pelos entes centrais, em um contexto em que o pós-modernismo e o pós-positivismo[3] [4] se impõem.

Nesta investigação a presente tese terá como pontos centrais, em um primeiro momento, a abordagem histórica e doutrinária para afirmação da paradiplomacia no Brasil e no mundo com crescente participação nas práticas internacionais comerciais, culturais e de desenvolvimento econômico. Em um segundo momento fundamental identificar qual o suporte jurídico a ser defendido pelos entes subnacionais para que tenham respeitado o espaço por eles conquistado no direito internacional como verdadeiros novos sujeitos de direito paralelamente aos sujeitos de direito internacional mais tradicionais como os Estados Nacionais e as organizações internacionais.

Finalmente, o objetivo é identificar quais as diretrizes a serem adotadas pelos componentes da advocacia pública estadual no tratamento desta matéria e na orientação dos demais gestores estaduais que quotidianamente se deparam com a rotina de receber as missões internacionais e são instados a comparecer a reuniões em outros países, ou mesmo no Brasil, a celebrar acordos ou termos de cooperação, mesmo sem participação do Governo Federal e se,

[3] Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade.* O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo:* pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana (BARROSO, 2001)

[4]"(Pós-modernidade) é uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais. Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rompimento *(Umbruch),* de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado." (MARQUES, 1999)

finalmente, seria possível adotar este tipo de conduta diante do cenário constitucional brasileiro pós-Constituição de 1988, no sentido de resguardar-se a supremacia da Constituição.

2. AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS NO SÉCULO XXI COMO CAMPO PROPÍCIO PARA O ESTABELECIMENTO DE RELAÇÕES PARADIPLOMÁTICAS

Apresentando-se o tema em questão como fruto do fenômeno da globalização já aqui destacado e verificando-se que o Direito não se encontra apartado de inflexões de outros sistemas a exemplo do sistema econômico, tomando-se como referencial a teoria sistêmica Luhmaniana, desenvolvida no Direito brasileiro por Neves (2008), fundamental, neste início, verificar como se desenvolve e é tratada a temática da paradiplomacia no campo doutrinário, importante locus de percepção e estudo deste fenômeno. Só então, passará a ser identificada a realidade brasileira neste contexto global para que se possa perceber semelhanças e diferenças, tentando-se desenvolver contornos que permitam orientar o tratamento da matéria.

Inicialmente, importante destacar que existem vários tipos de paradiplomacia. Para Paquin (2004a) pode-se citar a paradiplomacia clássica, a protodiplomacia e a paradiplomacia de identidade.

A primeira corresponde a ações que permitem a projeção no plano internacional com uma visão política. A protodiplomacia refere-se a ações que visam assegurar independência ao ente. Finalmente, paradiplomacia de identidade, segundo Paquin, se refere a ações para construir uma nação minoritária dentre de um Estado Multinacional.

Aqui será adotado o significado de Lecours e Moreno (2001) para quem o que importa no conceito de paradiplomacia é que o ente subnacional se apresente ele mesmo como uma entidade hábil a protagonizar acordos e vontades no plano internacional.

Michael Keating (1999), em seu texto Regions and International Affairs: Motives, Opportunities and Strategies [5] destaca os motivos para que os entes subnacionais tenham encontrado tanto espaço na realidade global atual, bem como para perda gradual de protagonismo pelos entes centrais, desenvolvendo a atividade que vem sendo denominada como paradiplomacia :

> A globalização, movimento livre do capital e o crescimento das corporações multinacionais erodiram a habilidade dos Estados de lidar com o tema econômico. Alia-se a isso a tecnologia de comunicação moderna minando a capacidade dos Estados de proteção e promoção. Não se pode esquecer na abordagem sobre soberania o crescimento dos blocos regionais OTAN e NAFTA como mais um fator que tem colocado em xeque a soberania dos Estados-Nação. Neste contexto antigos paradigmas estão sendo abandonados com o nome de fim da soberania e fim do território já que os novos atores protagonizam relações transnacionais nem sempre coincidentes com a vontade dos Estados Soberanos ou coincidentes com seus territórios. Em uma outra análise, o Estado perde força para conter o avanço de atores globais e as respostas dos entes subnacionais têm sido vistas como uma saída para garantir sua sobrevivência e da população a eles relacionada. Os Estados-Nação, por outro lado, vêm concentrando força em um balanço de forças com outros Estados

[5] Assuntos Regionais e Internacionais: motivos, oportunidades e estratégias. Tradução livre.

> para garantir mais influência entre os diversos países e têm deixado as regiões, Estados e Municípios em descoberto.

O que se constata na lição de Keating é uma soma de fatores que vão desde a ausência de vontade dos governos centrais em colocar na agenda prioritária do país as demandas regionais, até o fenômeno livre do capital que, em busca de celeridade e de bons resultados, não viram mais os Estados Soberanos, através de seus governos centrais, como espaço preferencial para tratar das demandas em questão.

Ainda é apontado por Keating (1999) que os entes regionais vêm buscando ligações, inclusive por uma cultura compartilhada e mesmo projeto político e de identidade.

Neste caso pode-se citar o exemplo do Estado do Maranhão que fez parecerias e acordos para atração de investimentos com a República Popular da China a partir da assunção do poder, em 2015, no Estado do Maranhão por Governador do Estado filiado ao Partido Comunista, o que se insere na busca de identidade política para garantir a construção de uma revitalização econômica.

No mesmo momento, foram estabelecidas parcerias culturais e educacionais entre Universidades da China e do Estado do Maranhão, para intensificar referidos laços de identidade, o que se apresenta como mais um exemplo de forte atuação dos entes subnacionais na tentativa de expandir o crescimento econômico com alianças voltadas para grandes atores globais, culminando com a edição da Lei Estadual do Maranhão 10735, de 11 de dezembro de 2017.

Neste cenário, tem sido destacado por Keating o exemplo da Catalunha que desenvolveu campanha publicitária internacional com a pergunta " Onde é Barcelona?" para destacar a região no plano global e conseguir reconhecimento.

Como apontado por Keating (1999), entretanto, os Estados, por meio de seus governos centrais, a exemplo da União no Brasil, continuam sendo dominantes no plano internacional. Isto não impede que a paradiplomacia tenha um processo crescente de reconhecimento. Isto é percebido pela reunião de diversos entes regionais em organismos multilaterais de interesse a saber: Associação de Regiões Fronteiriças Europeias, Conferência das Regiões Marítimas Periféricas e Associação de Regiões de Tecnologia Industrial.

Neste processo gradual em direção ao protagonismo dos entes subnacionais verifica-se atualmente uma tendência global de expansão como identificado por Hocking (1999), corroborando Keating defendendo que "trace an evolutionary pattern from an incremental and largely ad hoc policy phase to a rational policy phase, to a strategic policy phase, and finally to an emerging globalist policy phase".[6]

Apesar da tendência à expansão existe resistência dos governos centrais em definir no plano legislativo tal atuação. Empresas e regiões pressionam por garantir menos burocracia e diminuição do controle dos governos centrais. Assim a paradiplomacia vai sendo construída

[6] Traça-se um modelo evolutivo de uma fase política largamente ad hoc para uma fase política racional, para uma fase política estratégica e finalmente para uma fase de política global emergente. Tradução nossa.

com as características de mais oportunista, experimental, envolvendo a sociedade civil e os atores privados.

Neste passo, verificando-se que a paradiplomacia é uma realidade presente em várias regiões do mundo, impulsionada pela globalização, importante, neste momento, perceber como vem sendo encarado este movimento diante das Constituições e demais normas componentes do ordenamento jurídico.

Utilizando-se o direito comparado pode-se citar, inicialmente, a Bélgica que permite aos entes subnacionais atuar livremente no campo internacional. Em menor escala, mais ainda, como ator global importante, o ente subnacional tem grande liberdade no Canadá e na Alemanha, segundo a Constituição destes países.

O processo paradiplomático é uma construção gradual e verifica-se em vários espaços avanços em seu protagonismo, entretanto, no Brasil, ainda não se percebe total liberdade no plano legislativo como visto em outros países, a exemplo da Bélgica.

O debate tem sido marcado por um entendimento binário, o que dificulta o avanço na garantia de maior liberdade aos entes subnacionais. Ou os Estados-membros alcançam a autonomia ou a União mantém o poder soberano. Não se percebe como possível e aceitável a combinação dos dois atores de nossa Federação com igual importância no plano internacional.

Importante trazer a lição de Hocking (1999) em seu texto "Patrulhando a fronteira: globalização, localização e atuação de governos não-centrais" que defende a possibilidade de convivência entre dois atores no plano internacional: os entes subnacionais e o governo central.

Segundo Hocking "muitas vezes a discussão tem sido focada em um antagonismo inconciliável entre o global e o local, entre os governos centrais e os governos subnacionais, mas é possível esta conciliação":

> Again, the local is not the antithesis of the global but is itself one dimension of the processes of globalization as groups and individuals seek to exploit linkages between policy arenas and use the region or locality as one route to influence (HOCKING, 1999, p. 19)[7]

Como exemplo do que afirma Hocking na experiência do Estado do Maranhão, que posteriormente culminou com a edição da Lei Estadual nº 10.735, de11 de dezembro de 2017, houve uma interconexão entre o Governo Federal e o Governo do Estado do Maranhão. Ora estavam à mesa de negociação com os investidores chineses apenas o Estado-Membro, ora participava juntamente com este o governo central, havendo, então, um compartilhamento de momentos que culminarão com o objetivo de geração de emprego e renda buscado em vários recentes projetos de refino e siderurgia amplamente divulgados nas mídias locais:

> A comitiva da China foi formada por representantes de empresas e instituições como a CB Steel, Beijing Seatone Technology Development, Jiangsu Berkgen Medicine, South China Normal University Literature College, Guandong simple art international technology Co. e Tsinghua University Education Research Institute.

[7] Novamene, o local não é a antítese do global mas é ele mesmo uma dimensão do processo de globalização como grupos e indivíduos buscam explorar ligações entre arenas políticas e o uso da região ou localidade como uma maneira de influenciar. Tradução nossa.

> Desde o início de 2015 o Governo do Estado está em amplo diálogo com empresários chineses para abertura de novos negócios. No mês passado, o vice-governador Carlos Brandão visitou a China e dialogou com empresas vinculadas a setores que atuam no desenvolvimento de estados brasileiros com o perfil do Maranhão, assinou documentos que celebram a contratação de serviços da empresa de siderurgia CBSteel no estado e encontrou empresários. (JORNAL PEQUENO, 2017)

Na mesma notícia consta que estavam à mesa de negociação representantes da comitiva chinesa e do Estado do Maranhão, mas não se fez presente o governo federal. Entretanto, no mesmo projeto siderúrgico citado na notícia acima, em outras reuniões representantes do governo federal se fizeram presentes, inclusive o ministro das Relações Exteriores (JORNAL PEQUENO, 2017).

Assim, verifica-se constatação de uma construção compartilhada da política internacional, ora com protagonismo dos entes subnacionais, ora com participação do governo federal.

As inúmeras demandas dos entes subnacionais exigiram que o governo central fosse remodelado para acompanhar o fluxo apresentado pelos Estados e Municípios, sendo necessário, neste momento, observar-se como foi o Governo Federal brasileiro construindo o modelo de política internacional que se observa atualmente, inclusive para que se verifique se permitiu espaço de atuação na política internacional para Estados e Municípios.

Informa Rodrigues (2011) que desde 1995 os entes federados no Brasil podem realizar a Cooperação descentralizada internacional- CID, também conhecida como paradiplomacia em algumas áreas específicas, com permissão do governo federal. Segundo ele novos regimes internacionais de Cooperação descentralizada internacional- foram estabelecidos, nos temas de cooperação internacional descentralizada bilateral (e.g., França, Itália), nas questões de fronteira, nas políticas de integração (com a criação de órgão próprio, específico para a CID – o Foro Consultivo de Municípios, Estados, Províncias e Departamentos do Mercosul).

Defende Rodrigues (2011) que apesar de não serem reconhecidos no plano do Direito Internacional Clássico como sujeitos de direito "sua capacidade jurídica internacional existe e está revestida de ampla legitimidade conferida por duas fontes essenciais: 1) o Estado nacional que autoriza, tanto expressa quanto tacitamente, suas ações internacionais; 2) os organismos multilaterais regionais e globais que reconhecem e, em alguns casos, estimulam a sua participação".

Como exemplo claro deste reconhecimento pode-se citar as normativas dos diversos bancos internacionais de fomento a exemplo do Banco Interamericano de Desenvolvimento, da Corporação Andina de Fomento e do New Development Bank. A Corporação Andina de Fomento, conhecida como Banco de Desenvolvimento da América Latina, exigiu do Estado de Santa Catarina parecer jurídico do mutuário, portanto, de responsabilidade da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, o que demonstra a permeabilidade do direito internacional a instrumento jurídico de ente subnacional. No plano do direito internacional relativo a empréstimos, movem-se as regras no sentido de admitir documentos emitidos por entes subnacionais:

Cláusula 5 - Condições prévias aos desembolsos

> Os desembolsos do empréstimo estarão sujeitos ao cumprimento das seguintes condições prévias, por parte do "Mutuário":
>
> A) para o primeiro desembolso:
>
> Que a corporação tenha recebido um parecer jurídico tratando sobre as disposições legais e estatutárias pertinentes, bem como as obrigações contraídas pelo mutuário no contrato de empréstimo declarando-as válidas e exigíveis. O referido parecer deverá tratar de qualquer assunto que a corporação razoavelmente considere pertinente."

O que assegura, ainda, a crescente participação e até reconhecimento dos Estados-Membros no plano internacional é que o próprio Ministério do Planejamento e Orçamento verifica que é obrigatória a participação do ente subnacional nas negociações com os agentes financiadores internacionais, o que consta do Manual para Instrução de Pleitos do Tesouro Nacional (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2015):

> II.4 Do Órgão Jurídico dos Estados, Distrito Federal ou Municípios É o órgão jurídico que atesta, no curso do processo de análise das operações de crédito, o estrito cumprimento da Legislação por parte do Ente contratante. Sua atribuição envolve o pleno conhecimento da legislação aplicável, de caráter geral ou específico, para o respectivo estado ou município. A manifestação do órgão jurídico dá-se, em todos os casos, no início do processo, nos termos do art. 32, §1º, da LRF. Nas operações externas com garantia da União, é importante a participação do órgão jurídico do mutuário durante o processo de negociação do contrato, uma vez que será necessária sua manifestação, após a negociação, sobre a legalidade das obrigações assumidas pelo mutuário de acordo com a minuta contratual negociada, conforme art. 6º, inc. VI, da Portaria MEFP nº 497, de 1990, alterada pela Portaria MEFP nº 650, de 1992. A depender do credor da operação, poderá ser ainda necessária a emissão de parecer final sobre a validade e a exigibilidade do contrato assinado, bem como sobre a legitimidade do representante que firmou o contrato em nome do mutuário.

Analisando-se os termos do manual de instrução de pleitos o que se define é que no plano internacional não é suficiente apenas a intervenção do governo federal, sendo necessário, ainda, pelo menos um parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado, corporificando-se a tese de personalidade internacional para os entes subnacionais.

Rodrigues aqui aponta para novas formas de relacionamento jurídico que aos poucos vão ganhando reconhecimento:

> A maioria dos especialistas entende que os acordos firmados por unidades subnacionais não são tratados internacionais, ou seja, passam ao largo da normativa do direito internacional público, salvo se o Estado nacional delegou poderes para um governo subnacional atuar em seu nome – o que está previsto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969). Em que pese essa distinção, há um conjunto de atos internacionais que se desenvolve e se acumula numa categoria ainda não classificável, o que gera a sensação de insegurança por um lado, mas por outro aponta para novas formas de relacionamento jurídico que aos poucos ganharão reconhecimento.
>
> Tomando-se o amplo marco da paradiplomacia, a vertente da cooperação internacional descentralizada (CID) ganha relevância por reunir tanto os aspectos da legitimidade (política) quanto da legalidade (jurídica). Sem entrar nas eventuais divergências que a academia possa ter sobre como classificar o fenômeno internacional dos poderes regionais e locais, este Estudo entende a CID como uma forma específica de paradiplomacia, não apenas amparada pelo Estado nacional, mas

> por ele estimulada como parte das relações intergovernamentais do Estado democrático.

Ainda como sustentáculo para o avanço da paradiplomacia globalmente traz-se à colação o ensinamento de Hocking (1999, p. 33) que dispõe serem os atores subregionais específicos, cada um como uma particularidade, não se podendo tratar igualmente os mesmos inclusive porque com demandas diferentes:

> The most general but often overlooked point is diversity. Too frequently, discussions of the growing internationalization of substate regions have assumed a coherence in the patterns underpinning regional internationalization where none exists. This is such an obvious point that it hardly seems worth making, but even a cursory examination of the literature of the last 20 years reveals how frequently it is ignored. From this follows another obvious but often overlooked point, namely that substate territorial actors are no more unitary actors than are nation-states, posing the question as to who is the actor in this context with all the levels of analysis problems with which we are familiar. Understanding NCG qualities reveals the often fragmented nature of their international involvement. This may result from the actions of regional tax authorities, trade and investment ministries, pension fund commissioners, port authorities, legislators acting on behalf of human rights NGOs or regional political leaders recognizing the value of presence in the international arena to processes of region-building. [8]

Com suporte nesta constatação encontra-se suporte jurídico no princípio da igualdade, no plano material, para conferir-se maior autonomia aos entes subregionais diante de seus peculiaridades posto que uma ação uniforme por parte do governo central pode prejudicar os interesses regionais.

Aliado ao princípio da igualdade ainda pode ser mencionado o princípio da celeridade visto que a diplomacia tradicional nem sempre é expedita. Veja-se a lição de Cornago (1994) em Diplomacia e Paradiplomacia : redefinição da segurança internacional: dimensões do conflito e cooperação) acompanhada de advertência para a necessidade de permitir a participação dos entes subnacionais nas decisões internacionais:

> It seems inevitable at this point to refer to the much-discussed *risk* theories. As a starting point, these theories highlight, in one way or another, that in the contemporary conditions of interdependence and technological progress, we are faced with an extraordinary multiplication of *risks* in world society. This has an objective dimension - ecological disasters, transnational organized crime, industrial delocation, the destruction of the biosphere, the spread of great famines, or the possibility of a nuclear war. It also has a subjective dimension, that is to say, the growing individual and collective perception of this, and our increasing awareness of our political limitations (Beck, 1992; Luhman, 1993). All this imposes the need to create new institutions, and new modes of the attribution of responsibility and co- decision. (…) We are faced

[8] O ponto mais geral mas muitas vezes analisado de forma superficial é a diversidade. Muito frequentemente, discussões sobre a crescente internalização das regiões subestatatais assumiram uma coerência em padrões internacionais básicos onde isto não existe. Isto é um ponto tão óbvio que dificilmente vale a pena tocar, mas mesmo um exame da literatura dos últimos vinte anos revela como frequentemente ele é ignorado. Deste ponto segue outro óbvio mas muitas vezes não objeto de interesse, os entes subnacionais não são mais atores unitários assim como os Estados-nação, impondo-se a questão de quem é o ator no contexto com todos os níveis de análise de problemas com os quais nós somos familiares. Compreender estas qualidades revela muitas vezes a natureza fragmentária de seu envolvimento internacional. Isto pode resultar de ações de autoridades tributárias regionais, ministério de investimento e comércio, comissionáreis de fundos de pensão, autoridades portuárias, leis relacionadas a organizações não governamentais de direitos humanos, ou líderes políticos regionais reconhecendo a presença na arena internacional dos entes regionais para o processo de construção da região. Tradução nossa.

> with a panorama in which the governments, no matter their level, find themselves having to respond to global problems which go beyond the conventional imagination in which domestic as well as foreign policies, until very recently, were formulated. [9]

Portanto, a prática paradiplomática se realiza por vários Estados soberanos em conjunto com os entes subnacionais, em maior ou menor grau, importante identificar qual o posicionamento a ser adotada pelas Procuradorias Gerais dos Estados diante desta nova realidade e qual o amparo existente no ordenamento jurídico para o acolhimento da paradiplomacia.

3. O SISTEMA INTERNACIONAL E O DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO EM COMUNICAÇÃO: POSSIBILIDADES AUTOPOIÉTICAS NA CONSTRUÇÃO DA PARADIPLOMACIA

A construção e afirmação da paradiplomacia como prática legítima no campo do Direito será demonstrada a partir da teoria dos sistemas que define a contínua comunicação do sistema jurídico com diversos outros campos do conhecimento, inclusive com as práticas internacionais que se refletem nos costumes e na soft law, próprios do direito internacional.

Como já demonstrado anteriormente, foi sendo urdida no campo internacional prática de celebração de acordos entre os entes regionais, sem participação dos governos centrais, diretamente com Estados soberanos estrangeiros e demais pessoas de direito internacional. Isto pode ser caracterizado como costume internacional visto que decorrente da repetição ao longo do tempo, em maior ou menor escala de atos que nem sempre estão preconizados na literalidade das Cartas Constitucionais ou em normas infraconstitucionais, assentando-se, portanto, em consenso de que são aceitáveis tais práticas, caracterizando-se como direito costumeiro.

É importante salientar que as fontes formais de Direito Internacional Público, surgiram ao longo da história e foram inicialmente consolidadas no antigo art. 38, do Estatuto da Corte Permanente da Justiça Internacional, firmado em 1920 e posteriormente substituído pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça - CIJ. O costume está disposto no art. 38 como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito.

Infere-se do Estatuto acima destacado que a Corte Internacional entende como fontes do Direito Internacional os tratados, os costumes, os princípios gerais do Direito, a jurisprudência e a doutrina. O Estatuto do CIJ não exclui a existência de outras fontes, algumas

[9] Parece inevitável neste ponto referirmo-nos às muito discutidas teorias do risco. Como ponto de partida, estas teorias destacam, de uma maneira ou de outra, que em condições contemporâneas de interdependência e progresso tecnológico nós nos deparamos com uma multiplicação extraordinária de riscos na sociedade mundial. Isto tem uma dimensão objetiva - desastres ecológicos, crime organizado transnacional, relocação industrial, destruição da biosfera, o aumento do número de pessoas em condições de miséria, a possibilidade da guerra nuclear. Tem também uma dimensão subjetiva, isto é, o crescimento da percepção individual e coletiva disto e a nossa crescente constatação de nossas limitações políticas (Beck, 1992; Luhmann, 1993) . Tudo isto impõe a necessidade crescente de novas instituições e novos modos de atribuir responsabilidades e de decisões compartilhadas. Nós nos deparamos com um panorama em que os governos, não importa seu nível, encontram eles mesmos tendo que responder a problemas globais que vão além da imaginação convencional em que as políticas locais e estrangeiras, até muito recentemente, eram formuladas. Tradução nossa.

das quais comuns ao Direito interno e outras decorrentes unicamente da dinâmica das relações internacionais.

Portela (2011, p. 71) destaca que "essas fontes adicionais são a analogia, a equidade, os atos unilaterais dos Estados, as decisões das organizações internacionais e o *jus cogens*, bem como o *soft law*".

O costume internacional de aceitar os entes subnacionais como protagonistas no plano internacional vem sendo expandido. Aqui temos que citar a experiência do "Comitê das Regiões sobre a Diplomacia das Cidades", da União Europeia, em 2009. Nesse documento, a diplomacia das cidades é definida como: (...) um instrumento pelo qual as autoridades locais e suas estruturas podem promover a coesão social, a sustentabilidade ambiental, a prevenção e a resolução de conflitos e a reconstrução pós-conflitos, em nível global, com o objetivo de criar um ambiente estável onde as pessoas possam viver pacificamente, em clima de democracia, progresso e prosperidade.

Ainda, como outro exemplo de expansão da prática de paradiplomacia autorizada no Brasil tem-se a assinatura do Protocolo Adicional ao Acordo Básico de Cooperação Técnica entre o Brasil e a Itália sobre a Cooperação Descentralizada (2007), :

> Art. 1. Cooperação Descentralizada
>
> 1. Entende-se por Cooperação Descentralizada as formas de cooperação e ação internacional estabelecidas entre entidades territoriais italianas e entes federativos brasileiros, bem como os respectivos atores da sociedade civil, no intuito de reforçar os laços dos dois países, e em consonância com as Políticas Externas conduzidas pelos Governos Nacionais.

Importante também entender que neste contexto pode-se atestar que o Brasil experimenta o que o direito internacional denomina de soft law[10], consideradas normas de não tanta importância como aquelas tradicionais no plano internacional, mas que já vêm ganhando respeitabilidade em várias arenas globais.

O fato de serem caracterizadas como normas de menor importância não lhes retira a possiblidade de serem cobradas, apesar de reconhecidas como direito mole ou brando. É o que defende Dinah Shelton:

> A crescente complexidade do sistema jurídico internacional está refletida no aumento da variedade de formas de compromisso adotadas para regular o Estado e os entes não-estatais no que diz respeito a um número cada vez maior de problemas transnacionais. É pouco provável que veremos o retorno da dicotomia direito - liberdade. Em vez disso, os diversos atores internacionais criarão e tentarão cumprir uma série de compromissos internacionais, alguns dos quais estarão em forma legal, outros dos quais serão definidas em instrumentos não vinculativos. A falta de forma vinculativa pode reduzir as opções para a execução no curto prazo (ou seja, não contencioso), mas isso não nega que pode existir expectativas sinceras e

[10]Ora, uma escolha de um dos termos possíveis para substituir o soft seria útil apenas se este tivesse na expressão original um único sentido. Tendo mais de um, seria necessário encontrar, em português, um termo que lhe fosse totalmente equivalente. Isso não ocorre, na realidade, sendo alguns fenômenos da soft law melhor designados por direito mole, outros por flexível, verde etc.(NASSER,NASSER, 2006)

> profundamente adotadas em conformidade com as normas contidas na forma não vinculativa. (tradução livre do autor)

Pelo que se expôs até o momento, a aceitação dos entes subnacionais no plano das relações e do direito internacional vai acontecendo gradualmente e por várias maneiras, seja como costume internacional, ou ainda no plano do soft law e ainda como reconhecimento por normas do próprio governo central brasileiro.

Entretanto, é da tradição do direito interno o reconhecimento de que o protagonismo no plano internacional é do governo central, o que se deduz da redação da Carta Constitucional de 1988 (Artigos 20, I; 84, VII e VIII).

Fundamental objetivo deste trabalho é identificar quais os argumentos mais fortes (PERELMAN, 1987) a serem reunidos pelos Procuradores dos Estados, em suas análises, diante deste cenário em que se percebe uma maior abertura das relações internacionais para a inserção de novos atores paradiplomáticos enquanto os textos constitucionais continuam definindo o papel do governo federal como titular de personalidade no plano internacional, mantendo tradição identificada em considerável parte dos países no mundo.

Será defendido ao longo deste trabalho que o sistema constitucional brasileiro apresenta porosidade suficiente para se comunicar com o sistema de direito internacional que já demonstra abrigar os novos sujeitos de direito subnacionais. As normas reconhecidas como costume internacional ou *soft law* no plano internacional, celebradas diretamente entre Estados-Membros ou Municípios e outros sujeitos internacionais podem ser reconhecidas pelo direito constitucional como será demonstrado, sem que representem agressão ao protagonismo da União na política externa.

Inicialmente necessário contextualizar o direito constitucional brasileiro atual como fruto do atual momento pós-positivista experimentado pelo direito e muito bem identificado por Barroso (2001):

> A paisagem é complexa e fragmentada. No plano *internacional*, vive-se a decadência do conceito tradicional de soberania. As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e econômicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século. A desigualdade ofusca as conquistas da civilização e é potencializada por uma ordem mundial fundada no desequilíbrio das relações de poder político e econômico e no controle absoluto, pelo países ricos, dos órgãos multilaterais de finanças e comércio.
>
> (…) A temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, *delegificação*, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria.* A segurança jurídica - e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido - sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Vê-se que o atual cenário é de quebra de paradigmas visto que o direito está sensivelmente influenciado pela economia, e urgem soluções mais adequadas, sendo ainda identificado por Barroso que o atual momento é de protagonismo do intérprete. Entretanto, adverte o mesmo autor que não há arbitrariedade nesta interpretação, mas necessidade de respeito a alguns parâmetros como princípios, fins públicos, programas de ação. Não obstante, identificada a necessidade de respeito a estes parâmetros e, afastada a arbitrariedade nas escolhas a serem tomadas neste campo, Barroso (2001) entende que o direito constitucional é aberto:

> O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A idéia de *abertura* se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real.Por ser o principal canal de comunicação entre o sistema de valores e o sistema jurídico, os princípios não comportam enumeração taxativa. Mas, naturalmente, existe um amplo espaço de consenso, onde têm lugar alguns dos protagonistas da discussão política, filosófica e jurídica do século que se encerrou: Estado de direito democrático, liberdade, igualdade, justiça.

Com o auxílio de Barroso aqui defende-se que o sistema constitucional é poroso à atuação dos entes subnacionais desde que respeitados os princípios regentes das relações jurídicas alvo de consenso como aqueles citados acima por Barroso de perfil democrático e alinhados à lógica revolucionária francesa da liberdade, igualdade e fraternidade que se espraiou por todo o Ocidente.

E sobre a abertura do sistema constitucional brasileiro no que tange à paradiplomacia e a vários outros temas vasta produção teórica local e global já pontua, há algum tempo, que o sistema jurídico se comunica com outros ramos e sistemas, inclusive com as práticas paradiplomáticas nas relações internacionais.

Nesta análise toma-se como método a teoria dos sistemas de Luhman para quem os sistemas sociais são caracterizados como sistemas fechados, que, entretanto, permitem a comunicação com outros sistemas, o que garante ao Direito também, nesta perspectiva, a comunicação com as demais ciências e com a própria sociedade.

Segundo Marcelo Neves (2008), que tão bem trabalha no Direito a teoria luhmaniana, " na teoria sistêmica de Niklas Luhmann, a diferença ‘sistema/ambiente’ desempenha um papel fundamental para a compreensão da sociedade moderna”.

Para Luhman (1998) tudo que ocorre pertence ao mesmo tempo a um sistema (ou a vários sistemas) e ao ambiente de outros sistemas:

> O paradigma central da nova teoria dos sistemas chama-se `sistema e ambiente`. Correspondentemente, o conceito de função e a análise funcional não se referem a `o sistema` (no sentido de uma massa que é conservada ou de um efeito a ser causado) mas sim à relação entre sistema e ambiente. A referência última de todas as análises funcionais reside na diferença entre sistema e ambiente.

Como observado por Marcelo Neves(2008), Luhmann adotou como ponto de partida o conceito de autopoiese com fundamento em Maturana e Varela. Para

estes autopoiese representa a construção de sistemas fechados em que os próprios elementos do sistema colaboram para sua autoreprodução, daí o nome autopoiese: autos (por si próprio) e poiese (produção).

Entretanto, Luhmann avançou em relação a Maturana e Varela já que nas ciências sociais Luhmann(1998) propõe não ser possível um fechamento completo do sistema, como propunham Maturana e Varela, sendo necessário o contato com outros sistemas nas ciências sociais.

A teoria de Luhmann para as ciências sociais, propõe, portanto, uma abertura das mesmas, havendo necessidade de contato com o ambiente, sem esquecer seus fundamentos que acabarão por guiar a aceitação dos condicionantes externos, vale dizer: a ciência jurídica deve estar aberta a outros sistemas, entretanto, o sistema jurídico deve atribuir a forma como estas informações externas devem ser aceitas: A incorporação da diferença "sistema/ambiente" no interior dos sistemas baseados no sentido (a auto-observação como "momento operativo da autopoiese") possibilita uma combinação de fechamento operacional com a abertura para o ambiente, de tal maneira que a circularidade da autopoiese pode ser interrompida através da referência ao ambiente. (LUHMANN, 1998)

Segundo Neves "na teoria dos sistemas autopoiéticos de Luhmann o ambiente não atua perante o sistema nem meramente como condição infraestrutural de possibilidade da constituição dos elementos nem apenas como perturbação, ruído, bruit, constitui algo mais, ‘o fundamento do sistema’. Em relação ao sistema, atuam as mais diversas determinações do ambiente, mas elas só são inseridas no sistema quando este, de acordo com os seus próprios critérios e código-diferença, atribui-lhes sua forma (2008).

A teoria de Luhmann nos auxilia na presente questão à medida que possibilita não enfrentar esta intricada matéria apenas à luz do Direito, mas permite uma comunicação com outros ramos do saber no sentido de garantir uma melhor solução calçada sobre os referenciais mais afinados à matéria.

Luhmann, segundo Marcelo Neves, defende, então, que o caráter autopoiético dos sistemas parciais da sociedade não pode, porém ser esclarecido desse mesmo modo, pois a comunicação é a unidade elementar de todos os sistemas sociais: há comunicação no ambiente dos subsistemas da sociedade, nos quais se desenvolvem, portanto, não apenas comunicações sobre o seu ambiente, mas também com este.

O que se propõe, portanto, como critério de análise para a presente questão é que não seja visto o assunto apenas como uma matéria jurídica, mas que haja a possibilidade de comunicação intensa e contínua entre o sistema jurídico e os demais saberes .

Sendo assim, e verificando-se que o sistema jurídico constitucional está aberto a comunicar-se com outros campos e práticas, desde que respeitados seus parâmetros identificadores, nesta tese identificados como princípios, passa-se a verificar se compatível a paradiplomacia com o sistema constitucional brasileiro, tomando-se três princípios como fundamentais para esta análise: princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade.

Conforme Silva (2010), Aristóteles foi responsável por inserir o princípio da igualdade na seara da filosofia, quando explicitou que "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu". A referida afirmação, apesar de vaga, denuncia que "o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos".

Nessa linha, Alexy (2011), com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ensina que "se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório". Ainda de acordo com Alexy, sobre o mesma tema importante conferir o ensinamento a seguir:

> A assimetria entre a norma de tratamento igual e a norma de tratamento desigual tem como consequência a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos.

Como já defendido por Mello (2009) a lei pode e deve eleger como critério de diferenciação elementos baseados em situações, pessoas e até mesmo em coisas.

E de acordo com esta lógica principiológica da igualdade, quanto aos entes subnacionais, deve-se estar atento às diferenças e peculiaridades de cada um deles. Sendo assim, a atuação dos Estados-membros no plano internacional permitirá que estes não estejam tolhidos por uma lógica única central e não sensível às necessidades mais imediatas dos diversos entes regionais no campo paradiplomático.

De outro giro, o princípio da dignidade da pessoa humana é revelado na lógica de garantir-se o mínimo necessário ao ser humano (SARLET, 2012), sem o qual o mesmo será reduzido à condição de vida nua, vida sem qualidade na terminologia de Agamben (2010). De acordo com este preceito apresenta-se como risco à dignidade da pessoa humana não se possibilitar a paradiplomacia levada a efeito pelos entes subnacionais que poderia garantir com mais celeridade o atendimento das necessidades mais básicas locais com a atração de importantes parcerias internacionais.

Aqui deve-se buscar o conceito de risco trabalhado em Conago[11] para quem seria perigoso deixar a cargo apenas dos governos centrais atender as diversas demandas exigidas no âmbito de Estados e Municípios, o que se compatibiliza com a aplicação do princípio da

[11] It seems inevitable at this point to refer to the much-discussed *risk* theories. As a starting point, these theories highlight, in one way or another, that in the contemporary conditions of interdependence and technological progress, we are faced with an extraordinary multiplication of *risks* in world society. This has an objective dimension - ecological disasters, transnational organized crime, industrial delocation, the destruction of the biosphere, the spread of great famines, or the possibility of a nuclear war. It also has a subjective dimension, that is to say, the growing individual and collective perception of this, and our increasing awareness of our political limitations (Beck, 1992; Luhman, 1993). All this imposes the need to create new institutions, and new modes of the attribution of responsibility and co- decision. Although their subsequent development is outside the scope of this article, its heuristic value as an approach to the issues we are touching on seems undeniable. We are faced with a panorama in which the governments, no matter their level, find themselves having to respond to global problems which go beyond the conventional imagination in which domestic as well as foreign policies, until very recently, were formulated.

dignidade da pessoa humana, para que se garanta efetividade no acesso a bens básicos para as diversas populações locais, com celeridade.

Para Cornago em sua obra "Diplomacia e Paradiplomacia : redefinição da segurança internacional: dimensões do conflito e cooperação" a diplomacia tradicional nem sempre é expedita sendo importante garantir a participação dos entes subnacionais nas decisões internacionais.

Ainda no campo da análise principiológica aqui iniciada o que se vislumbra se adotado o princípio da razoabilidade[12] é que existe compatibilidade entre os meios empregados- a paradiplomacia - e os fins da medida estatal, revelados na consecução das políticas públicas estaduais a partir de parcerias com os diversos entes internacionais públicos e privados, garantindo a legitimidade da medida. Em muitas situações, como antes apontado por Cornago o melhor meio para a consecução dos interesses regionais é a paradiplomacia, diante de muitas vezes, haver entrave nos governos centrais. É, correntemente, a medida mais viável e prática - o que compatibiliza a paradiplomacia com o princípio da razoabilidade segundo a lógica sobre este princípio adotada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 855.

Tomando-se, então, a metodologia da teoria dos sistemas aplicada ao Direito, os códigos próprios do Direito Constitucional que realizam a filtragem para adoção de novidades de outros sistemas- relações internacionais e paradiplomacia - aqui identificados como os princípios constitucionais não apresentam obstáculos para manutenção da prática da paradiplomacia pelos entes regionais.

De outro giro, o próprio Direito Constitucional brasileiro adota a teoria dos poderes implícitos, com inspiração no Direito norte-americano, como adiante apresentado, sendo mais um argumento favorável à adoção da paradiplomacia pelos entes regionais.

Teoria muito citada na doutrina pátria, ela já vem sendo amplamente aceita pela jurisprudência brasileira. Teve como origem o caso julgado pela Suprema Corte americana, McCulloch versus Maryland. Conforme a teoria dos poderes implícitos, um vez estabelecidas expressamente as competências e atribuições de um órgão estatal, este está implicitamente autorizado a utilizar os meios necessários para poder exercer essas competências.

Em outras palavras, não há necessidade de norma explícita estabelecendo os meios que um órgão público pode utilizar para cumprir atribuições explicitamente determinadas pela legislação. Esses meios, por óbvio, não podem extrapolar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Veja-se exemplo de aplicação desta teoria no Supremo Tribunal Federal em hipótese semelhante àquela do tema central desta tese. A Corte Suprema julgou constitucional a competência dos Tribunais de Justiça dos Estados para julgarem reclamações com o intuito de preservar sua competência. Tal competência dos Tribunais de Justiça não está prevista expressamente no texto da Carta Magna. Entretanto, entendeu-se que essa legitimidade para

[12] Princípio da razoabilidade significa a avaliação da compatibilidade entre meios e fins da medida estatal e considera a necessidade de verificação da legitimidade de seus fins. Pauta-se na proporcionalidade e seus subprincípios, e visa verificar a viabilidade e a praticabilidade da medida. ADIn MC 855, 01.07.93, p. 86.

julgar reclamações decorre do poder implícito dos Tribunais de Justiça estaduais de utilizar os meios necessários para cumprimento de suas competências constitucionais.

Outra decisão do Supremo com base nessa teoria foi a que considerou constitucional o poder do Tribunal de Contas da União para conceder medidas cautelares no âmbito de sua competência. Da mesma forma, embora não haja dispositivo normativo que autorize explicitamente tal poder, ele decorre da necessidade da Corte de Contas de exercer suas competências constitucionais.

Aliando-se aos argumentos principiológicos e da teoria dos poderes implícitos ainda importante perceber que o próprio Supremo Tribunal Federal delineia o que significa soberania, que se revela no trato internacional com outros Estados soberanos. Sendo assim, não haveria óbice nem agressão à soberania da República Federativa do Brasil nas práticas diplomáticas se realizadas pelos entes subnacionais com entes internacionais públicos diversos dos Estados soberanos estrangeiros ou pessoas privadas. Veja-se o que definiu o Supremo Tribunal Federal a respeito:

> Negativa, pelo presidente da República, de entrega do extraditando ao país requerente. (...) O Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu art. III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando "a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição". (...) Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato. O art. 1º da Constituição assenta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da República Federativa do Brasil com outros Estados soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna. A soberania nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do presidente da República. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas leis, nos tratados e na própria decisão do Egrégio STF na Ext 1.085. O descumprimento do tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao STF, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945.[Rcl 11.243**,** rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 8-6-2011, P, DJE de 5-10-2011.]

Portanto, mesmo que prevaleça o entendimento de que apenas os Estados soberanos podem atuar no plano internacional entre si, ainda há espaço para a paradiplomacia entre entes regionais e organismos internacionais ou entes regionais e pessoas físicas ou jurídicas privadas estrangeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste cenário de redefinição das atribuições dos Estados-membros no plano internacional, movidos pela globalização e pela demanda por soluções mais rápidas a partir dos novos atores econômicos, a presente tese buscou identificar qual o amparo no ordenamento jurídico para que os Estados-membros desenvolvam práticas diplomáticas, buscando contribuir com o debate já iniciado há algumas décadas em diversos países e que vai ganhando fôlego tanto nas Universidades quanto nas Procuradorias, também no Brasil.

Inicialmente, o que se verifica quando se consulta a produção literária sobre relações internacionais e direito internacional no direito comparado é que a realidade paradiplomática se impôs como cenário estabelecido que se expande pelas Américas, Europa e demais continentes, motivando que diversos estudiosos se dediquem ao estudo das motivações e amparo jurídico para que se perenizem tais práticas, mesmo diante da resistência dos governos centrais em manter o status quo de exclusivos sujeitos de direito no plano internacional.

Entretanto, o que se constata nos estudos doutrinários acumulados ao longo dos últimos anos é que o direito mais tradicional de viés internacional que reconhece apenas os Estados soberanos como sujeitos nas relações internacionais não está adequado à nova ordem econômica. Numa perspectiva dialética, se as grandes multinacionais, com todo seu poderio econômico, não se conformam com esta organização do direito, impulsionam uma modificação nas práticas jurídicas, expressa ou implicitamente, passando a realizar tratativas diretamente com os entes subnacionais.

Vários são os motivos alegados, desde a necessidade de celeridade como garantia de maior rendimentos econômicos, já que os governos centrais nem sempre são desburocratizados no plano internacional, seja porque são os governos estaduais que têm maiores informações sobre a localidade para repassar ao investidor ou estado estrangeiro, garantindo mais segurança nas informações.

Sendo assim, evitar a paradiplomacia seria manter em risco as parcerias buscadas com os atores estrangeiros e isto vem sendo reconhecido inclusive pelos governos centrais, como o brasileiro. Este já assinou acordos internacionais, sobre determinados assuntos, permitindo que Estados-membros e municípios tratem diretamente com governos e outros entes estrangeiros.

A constatação é de que o texto constitucional brasileiro define ser a União o ente responsável por manter relações internacionais com outros Estados soberanos, entretanto, na prática, os entes subnacionais vêm desenvolvendo papel ativo no plano global, ou de forma independente ou em alinhamento com o governo federal.

Então buscou este trabalho identificar qual o sustentáculo jurídico para garantir-se a continuidade das relações paradiplomáticas e como pode ser o posicionamento dos advogados públicos quando enfrentarem esta temática.

No plano do direito internacional já há produção literária no âmbito jurídico identificando a paradiplomacia, ora como costume internacional, ora como soft law, ambos com força impositiva, embora não de grau idêntico.

Diante do que foi pesquisado a maior resistência que pode haver à paradiplomacia pode ser encontrado no plano do direito constitucional já que a Constituição pátria, assim como de outros países, identifica ser do governo central a atribuição no plano central.

Entretanto, foi alvo de argumentação da presente tese que o sistema constitucional brasileiro pode ser identificado com um sistema que permite abertura a novas práticas, principalmente, diante das novas exigências apresentadas pela globalização.

Tal abertura não se pratica de forma arbitrária, mas em respeito aos códigos do próprio direito constitucional, em uma perspectiva peculiar de autopoiese, utilizando-se a terminologia luhmaniana.

E dentre estes códigos de filtragem para que o novo - a paradiplomacia - seja aceitável e compatível com o direito constitucional o presente trabalho cotejou três princípios constitucionais, bem como a teoria dos poderes implícitos.

Quando se adotam os princípios da igualdade, razoabilidade e dignidade da pessoa humana o resultado é que a paradiplomacia é instrumento viável, prático, garantidor da isonomia material e muito importante para evitar risco à dignidade das pessoas que habitam o espaço dos diversos entes regionais.

Ainda quando se adentra na análise da teoria dos poderes implícitos entendeu-se que os entes regionais precisam do espaço internacional, muitas vezes, para obter recursos indispensáveis à consecução das diversas políticas públicas. Está, portanto, implícito este poder paradiplomático, sem o qual o próprio funcionamento do ente subnacional resta comprometido.

O pós-modernismo que caracteriza o direito do século XXI é o campo fértil para o direito constitucional receptivo ao sistema das relações internacionais paradiplomáticos pois há conformação das mesmas aos diversos princípios impositivos do sistema constitucional brasileiro, garantindo, de forma mais prática e razoável os diversos bens da vida à população dos entes subnacionais.

APÊNDICE

ÓRGÃO ESTADUAIS DIRECIONADOS À PARADIPLOMACIA POR ESTADO-MEMBRO

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
NORTE	**AMAZONAS**	Secretaria de Relações Institucionais	A SERINS tem como missão principal, realizar a interlocução entre órgãos do Governo e Organismo Públicos e Privado Nacionais e Internacionais, visando à captação de Recursos para custear as Ações do Estado com vistas ao desenvolvimento Econômico e Social do Amazonas.

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
		Secretaria de Estado de Planejamento, Desenvolvimento, Ciência, Tecnologia e Inovação	A elaboração, o acompanhamento e a avaliação do Plano Plurianual; A formulação e a execução de estratégia de crescimento econômico, contemplando a inovação tecnológica e a busca do pleno emprego; O estímulo à elevação da produtividade e dos salários reais, à dinamização das empresas e à prosperidade de todos os municípios amazonenses; A articulação e a cooperação entre o Estado e a sociedade para o alcance dos objetivos do desenvolvimento socioeconômico; O estabelecimento de negociações econômicas nos planos nacionais e internacionais visando a investimentos estratégicos por intermédio da captação de recursos e de cooperação técnica;
	RORAIMA	Secretaria Extraordinária de Assuntos Internacionais	Ampliar os contatos comerciais, culturais e o turismo com outros países além da Venezuela e Guiana, e também dentro do Brasil.

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
	RONDÔNIA	Secretaria de Estado de Planejamento e Coordenação Geral	**Da gerência de Assuntos Internacionais** À Gerencia de Assuntos Internacionais compete: •Projetar o Estado de Rondônia no cenário internacional atraindo investimentos estrangeiros institucionais e privados, articulando a catalisação das ações do Governo de Rondônia na área internacional; •Formular as diretrizes e as políticas internacionais junto às Secretarias de Estado; •Articular as ações dos órgãos estaduais com entidades governamentais e não governamentais internacionais no que tange à celebração de acordos e/ou convênios voltados ao Desenvolvimento do Estado; •Articular ações em nível internacional, destinadas a programas e projetos do setor público estadual; •Articular e avaliar as negociações junto a organismos governamentais e não governamentais estrangeiros relativas aos financiamentos de projetos públicos; •Desenvolver as ações estratégicas de atuação e de acompanhamento da execução dos projetos em nível internacional, objetivando a promoção de investimentos; •Promover a comunicação contínua com o Ministério das Relações Exteriores e Embaixadas em assuntos de Desenvolvimento; •Outras atividades correlatas.

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
	PARÁ	Coordenadoria de Relações Internacionais do Estado do Pará	*
NORDESTE	**MARANHÃO**	Secretaria Extraordinária de Programas Especiais	coordenar ações de cooperação técnica com outros países nas áreas de tecnologia, energia solar, refinaria, agronegócio, além de diálogo com organismos multilaterais de fomento e desenvolvimento.
		Vice Governadoria	coordenar missões institucionais junto a países parceiros
	PIAUÍ	Coordenadoria de Relações Internacionais	*
	CEARÁ	Assessoria de Assuntos Internacionais	desenvolvimento de novos negócios através da captação de IED (Investimento Externo Direto) em forma de implantação de empresas estrangeiras no Estado. Ainda, como prioridade dessa Assessoria está a atração de empresas, nacionais e estrangeiras, para a primeira Zona de Processamento de Exportação (ZPE) em operação no Brasil, a ZPE do Ceará

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
	PERNAMBUCO	Secretaria Executiva de Relações Internacionais	Assessoria Especial ao Governador: assessorar o Governador em assuntos técnicos e políticos relativos à gestão da Administração Pública e no relacionamento com os corpos diplomáticos, consulares e governos estrangeiros; emitir pareceres em documentos técnicos; sugerir medidas e procedimentos no encaminhamento de processos, pleitos e requisições dirigidas ao Governador; elaborar estudos, relatórios e documentos de interesse do Governador, representando-o nas suas relações com os demais Poderes do Estado; planejar, dirigir, coordenar e executar projetos e ações de apoio técnico à governança do Estado, em articulação com os demais órgãos e entidades; atuar na produção de informações estratégicas para subsidiar o processo de tomada de decisões; analisar e elaborar diagnóstico das iniciativas e projetos que envolvam vários órgãos do Estado, visando apoiar a integração e a obtenção de efetividade das ações transversais; assessorar o Gabinete do Governador na coordenação das ações internacionais do estado, em articulação permanente com outros órgãos e entidades estaduais; acompanhar projetos, convênios, contratos e outros assuntos de interesse do Governo junto à União, entidades, organizações, embaixadas estrangeiras e organismos internacionais; apoiar a internacionalização da estrutura produtiva do estado; identificar oportunidades, prospectar, articular, coordenar, fomentar e acompanhar a execução de programas e projetos de cooperação internacional junto a governos estrangeiros, organismos multilaterais e internacionais, organizações não governamentais e congêneres, concernentes aos aspectos administrativos, políticos e de representação

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
	BAHIA	ASSESSORIA INTERNACIONAL	Coordena a agenda internacional do Governador, assessora as ações setoriais dos demais órgãos e entidades estaduais com atuação internacional, promove a interlocução com as instâncias diplomáticas, dialoga com os parceiros internos e externos, integra e acompanha a execução das ações internacionais do governo
CENTRO OESTE	**GOIÁS**	CASA CIVIL	formular e executar diretrizes e políticas para negociações internacionais; articular-se com as agências governamentais estrangeiras; coordenar as ações em nível internacional destinadas ao financiamento de programas e projetos do setor público estadual, de atração de investimentos e de promoção das exportações; articular, acompanhar e avaliar as negociações junto a organismos governamentais e não-governamentais estrangeiros, relativas ao financiamento de projetos na área econômica, técnica, científica, cultural, ambiental e turística de interesse do setor público estadual; elaborar, em conjunto com os Órgãos de assessoramento direto do Governador do Estado, a agenda de viagens oficiais do Chefe do Poder Executivo ao exterior; acompanhar a programação e coordenar a recepção de autoridades e delegações estrangeiras em visita ao Estado de Goiás; preparar subsídios para palestras e apresentações internacionais a serem proferidas pelo Governador do Estado

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
	MATO GROSSO	CASA CIVIL	fortalecer o relacionamento e facilitar a articulação do Governo com as entidades da sociedade civil, visando maior participação do cidadão mato-grossense nas ações de Governo; garantir a representação política do Governador perante os Poderes, outros Entes da Federação, autoridades nacionais e internacionais e sociedade mato-grossense, promovendo a integração política institucional;
	MATO GROSSO DO SUL	Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar	atuar no apoio à organização e realização de eventos nacionais e internacionais e nas atividades de cooperação mútua e de relacionamento.
	DISTRITO FEDERAL	Assessoria Internacional do Governo do Distrito Federal	*
SUDESTE	**MINAS GERAIS**	Assessoria de Relações Internacionais	
	RIO DE JANEIRO	Subsecretaria de Relações Internacionais	ampliar a inserção do Rio de Janeiro no cenário internacional e de buscar parceiros, públicos ou privados, que auxiliem o Estado a concretizar seu programa de desenvolvimento. Nesse sentido, o órgão tem sua atuação estruturada em cinco áreas distintas, porém interligadas: Assessoria Especial, Relações Institucionais, Cooperação Internacional, Comércio e Investimentos e Financiamentos Externos.
	SÃO PAULO	Assessoria Especial para Assuntos Internacionais	coordenar, com as respectivas áreas substantivas, programas de atividades internacionais do Estado de São Paulo, iniciar interlocução com organismos multilaterais para negociar programas de cooperação e "promover a interlocução entre os órgãos do Governo do Estado de São Paulo e os seus homólogos estrangeiros

REGIÃO	ESTADO	ÓRGÃO	OBSERVAÇÃO
SUL	**PARANÁ**	CASA CIVIL	representar o Estado junto a instituições oficiais e privadas, nacionais e internacionais, em assuntos pertinentes ao órgão, respeitada a legislação em vigo
	SANTA CATARINA	GABINETE DO GOVERNADOR	
	RIO GRANDE DO SUL	Secretaria do Desenvolvimento Econômico, Ciência e Tecnologia – SDECT	articulação de assuntos internacionais em nível econômico e empresarial

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALDECOA, Francisco. *De la Comunidad a la Unión:* una visión desde Euskadi and Euroelecciones: Un parlamento para una legislatura constituyente de la Unión Europea. Nova Iorque: Routledge, 1994.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMAZONAS. Procuradoria Geral do Estado. *A Instituição*. Disponível em: <http://www.serins.am.gov.br/a-instituicao/>. Acesso em: 13 set. 2018.

ASSESSORIA INTERNACIONAL DO GDF PROMOVE DEBATE COM UNIVERSIDADES DE BRASÍLIA. Disponível em: < https://blogfonari.wordpress.com/2015/08/12/assessoria-internacional-do-gdf-promove-debate-com-universidades-de-brasilia/ Acesso em: 17 set. 2018.

BALTHAZAR, Louis. *Bilan du nationalisme au Quebec*. Montreal: L'Hexagone, 1986.

BARROS, Marinana Andrade e. *A atuação internacional dos governos subnacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista de Direito Administrativo*, FGV, Rio de Janeiro, n. 225, p.5-37, jul./set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional, *apud* Virgílio Afonso da Silva, O Proporcional e o Razoável, *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 32.

BOGÉA FILHO, Antenor Américo M. A diplomacia federativa: do papel internacional e das atividades externas das unidades federativas nos estados nacionais. Brasília: MRE/CAE, 2011.

BRANCO, Álvaro Chagas Castelo. *Paradiplomacia & Entes não-Centrais no Cenário Internacional*. Curitiba: Juruá, 2008.

BRANDÃO ASSINA DOCUMENTO E DÁ GRANDE PASSO POR SIDERÚRGICA NO MARANHÃO. Disponível em :< https://jornalpequeno.com.br/2017/09/03/brandao-assina-documento-e-da-grande-passo-por-siderurgica-no-ma/. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 14.685, de 17 de março de 2017. DIÁRIO OFICIAL n. 9.373 de 21 de março de 2017.

BRASIL. Decreto nº 8.457 de 2015. Disponível em: <http://www.gabinetecivil.go.gov.br/decretos/numerados/2015/decreto_8457.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. *Manual para instrução de pleitos*. Operações de crédito de Estados, Distrito Federal e Municípios Versão abril de 2015, Brasília.

CASTRO, Jose Luis de Castro. *La emergente participación politica de las regiones en el proceso de construcción europea*. Nova Iorque: Routledge, 1994.

CORNAGO, Noé. *Diplomacia e Paradiplomacia*: redefinição da segurança internacional: dimensões do conflito e cooperação.Nova Iorque: Routledge, 1994.

DOMINGUES, Fernanda. *Estado sedia Fórum Nacional de Gestores de Relações Internacionais*. Disponível em: < http://www.rj.gov.br/web/internacional/exibeconteudo?article-id=4997773. Acesso em: 07 setembro 2018.

FLÁVIO DINO SE REÚNE COM CHINESES PARA INSTALAÇÃO DE SIDERÚRGICA DO MARANHÃO. Disponível em :< https://jornalpequeno.com.br/2017/08/15/flavio-dino-se-reune-com-chineses-para-instalacao-de-siderurgica-no-maranhao/. Acesso em: 17 set. 2018.

GANDIN, Luís Armando. *Dilemas do nosso tempo*: globalização, multiculturalismo e conhecimento (entrevista com Boaventura Sousa Santos). *Currículo sem Fronteiras*, v. 3, n. 2, jul./dez. 2003.

HOCKING, Brian. *Beyond Foreign Economic Policy*: The United States, the Single European Market and the Changing World Economy, Pinter, 1997).

HOCKING, Brian. *Foreign Relations and Federal States* (ed.). Leicester University Press, 1993.

HOCKING, Brian. *Localizing Foreign Policy*: Non-Central Governments and Multi-Layered Diplomacy. Macmillan, 1993.

KEATING, Michael. *The New Regionalism in Western Europe*. Territorial Restructuring and Political Change. Edward Elgar, 1998.

LECOURS, André. *Political issues of paradiplomacy*: lessons from the developed world. Netherlands Institute of International Relations 'Clingendael', 2008. Available from: < https://www.clingendael.nl/sites/default/files/20081217_cdsp_diplomacy_paper_paradiplomacy.pdf >. Accessed 03 October 2016.

LECOURS, André; MORENO, Luis. *Paradiplomacy and stateless nations*: a reference to the Basque Country. Conference The Institutional Accommodation of Diversity, Saint Marc sur le Richelieu, Québec, September 20-22, 2001. Working paper.

LIMA, Yana. *Secretaria quer estreitar relacionamento com países em busca de investimentos* . Disponível em: < portal.rr.gov.br.Acesso em 13 de setembro de 2018.

LUHMANN, Niklas.Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp [trad. esp.: Sistemas sociales: lineamentos para uma teoría general. 2.ed. Barcelona: Anthropos: México: Universidad Iberoamericana/ Santafé de Bogotá: Ceja, 1998.

MARANHÃO. Lei nº 10.735, de 11 de dezembro de 2017. Diário Oficial do Maranhão de 12 de dezembro de 2017.

MARANHÃO. *Programas Especiais do governo geram novas oportunidades de investimentos no Maranhão*. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/programas-especiais-do-governo-geram-novas-oportunidades-de-investimentos-no-maranhao/>. Acesso em 13 set. 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MINAS GERAIS. Assessoria de Relações Internacionais. Disponível em: <http://mg.gov.br/instituicao_unidade/assessoria-de-relacoes-internacionais.

NASSER, Salem Hikmat. *Fontes do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 24.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

O FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. Princípios: *Revista Teórica, Política e de Informação*, n. 67, nov./2002/jan./2003, p. 65-67. Disponível em: <http://revistaprincipios.com.br/artigos/67/cat/1214/o-f&oacuterum-social-mundial.html>

PAQUIN, Stéphane. La paradiplomatie identitaire: Le Québec, la Catalogne et la Flandre en relations internationales. *Politique et Sociétés*, vol. 23, n° 2-3, 2004b, p. 203-237.

PAQUIN, Stéphane. *Paradiplomatie et relations internationales*. Théorie des stratégies internationales des régions face à la mondialisation. Bruxelles: Presses Interuniversitaires Européennes. 2004a.

PARÁ. Disponível em: <www.pa.gov.br>. Acesso em 13 set. 2018.

PARANÁ. Decreto nº 4.896. Diário Oficial do Estado do Paraná nº 9.772, de 29 de Agosto de 2016.

PERNAMBUCO. Assessoria Especial. Disponível em: <www.pe.gov.br/secretarias/assessoria-especial. Acesso em 13 de setembro de 2018.

PORTAL FEDERATIVO. III Seminário e a VI Reunião da Cooperação Internacional descentralizada realizados em Macapá nos dias 18 e 19 de agosto./ Disponível em: <http://www.portalfederativo.gov.br/articulacao-federativa/assessoria-internacional/eventos-e-reunioes/iii-seminario-e-a-vi-reuniao-da-cooperacao-internacional-descentralizada-realizados-em-macapa-ap-nos-dias-18-e-19-de-agosto/apresentacao-vi-reuniao-cid-bahia. Acesso em 13 de setembro de 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 10.ed. Jus podvim, 2018.

RAVENHILL, John. *Asia-Pacific Economic Cooperation*: the construction of pacific rim regionalism. Cambridge University Press, 1999.

RIO GRANDE DO NORTE. Lei nº 14.672, de 1º de janeiro de 2015. Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul de 1 de janeiro de 2015

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Marco Jurídico para a Cooperação Internacional Descentralizada: um estudo sobre o caso brasileiro, PhD São Paulo, Outubro de 2011.

RONDÔNIA. Competências. Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/sepog/sobre/competencias/>

SANTA CATARINA. Assessoria de Comunicação da Secretaria Executiva de Assuntos Internacionais. Representantes de Estados Brasileiros participaram de reunião de Fórum de Relações Internacionais. Disponível em: <https://blogfonari.wordpress.com/2016/09/05/representantes-de-estados-brasileiros-participaram-de-reuniao-de-forum-de-relacoes-internacionais/.> Acesso em: 07 set. 2018.

SANTA CATARINA. Decreto nº 1.504, de 21 de fevereiro de 2018. Diário Oficial de Santa Catarina de 22 de março de 2018.

SÃO PAULO. Relações internacionais. Disponível em: <http://www.saopauloglobal.sp.gov.br/frameRelInternacionais.aspx?gp=82&IdIdioma=1&IdTrad=279>. Acesso em: 17 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHELTON, Dinah. Law, Non-Law and the Problem of 'Soft Law', in SHELTON, Dinah. (Edit) The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, New York: Oxford University Press, 2000. p. 17

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

Referência:
PEREIRA, Miguel Ribeiro. Possibilidades autopoiéticas na construção da paradiplomacia pelos estados-membros. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 225-255.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL COMO ESTRATÉGIA PARA A RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA: o plano de amortização de débitos fiscais

PAULO ROSENBLATT*

RODRIGO TENÓRIO TAVARES DE MELO**

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Regulação responsiva e a recuperação do crédito público. 3 Os negócios jurídicos processuais. 4 Plano de amortização do débito tributário e não-tributário inscrito em dívida ativa. 4. Considerações Finais.

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar o plano de amortização de débitos fiscais como negócio jurídico processual a ser utilizado pela Fazenda Pública como instrumento para a recuperação do crédito tributário inscrito em dívida ativa. Para tanto, discute-se acerca da utilização dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, principalmente na execução fiscal. Mais precisamente, analisa-se a possibilidade do uso do plano de amortização de débitos fiscais como negócio jurídico processual nas execuções fiscais. Por fim, conclui-se que esse plano pode ser de grande importância para a preservação dos interesses não só da Fazenda Pública, mas também dos interesses dos devedores, em uma perspectiva cooperativa.

Palavras-chave: Recuperação do Crédito Público. Negócios Processuais. Plano de amortização do débito inscrito em dívida ativa.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a utilização de meios diversos daqueles constantes do procedimento da execução fiscal para uma possível otimização da recuperação do crédito público. Mais especificamente, estuda-se a utilização dos negócios jurídicos

* Professor das disciplinas de Direito Financeiro e de Direito Tributário da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE), Mestre em Direito Público pela FDR/UFPE, PhD em Direito Tributário pela Universidade de Londres (*Institute of Advanced Legal Studies*). Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

** Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Especialista em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.

processuais nas execuções fiscais, hoje disciplinados com mais vagar no Código de Processo Civil de 2015. Examina-se, especialmente, uma espécie de negócio processual específico, qual seja, o chamado plano de amortização de débitos fiscais.

Para isso, inicia-se com a análise dessa nova perspectiva no contexto da regulação responsiva. Destaca-se de início a importância da mudança de paradigma relativa à forma de recuperação do crédito público por parte da Fazenda Pública, principalmente no que concerne à necessidade de um maior diálogo e cooperação entre a Administração Pública e seus administrados. Após, analisa-se a disciplina dos negócios processuais a partir do que disposto no Código de Processo Civil de 2015.

Se no Código de Processo Civil de 1973 a negociação sobre matéria processual poderia ocorrer somente em algumas situações excepcionais e determinadas, a nova codificação processual mudou profundamente este paradigma ao prever uma cláusula geral que permite convencionar sobre um número indeterminado de situações processuais (MÜLLER, 2015, cap. 9).

Demonstra-se a importância desses mecanismos e como eles podem ser úteis para que o processo possa se tornar mais efetivo, especialmente o da execução fiscal.

Apesar de algumas desconfianças iniciais (LUZES e HILUEY, 2018), próprias da relação historicamente conflituosa entre a Administração Tributária e o contribuinte, a utilização de negócios jurídicos processuais nos processos tributários, sobretudo de execuções fiscais, é um passo importante para o distensionamento e da busca de soluções consensuais.

Por fim, passa-se ao estudo do plano de amortização de débitos fiscais, especificando algumas de suas características essenciais.

Quanto à metodologia, realizou-se uma pesquisa bibliográfica consistente na leitura e análise dos autores que desenvolveram estudos sobre o tema, além da análise da legislação pertinente (métodos analítico-dedutivo).

Assim, o estudo tem por objetivo trazer à tona o tema para debate no âmbito das Fazendas Públicas, para que tal instrumento possa vir a ser utilizado com uma maior frequência, servindo ao seu intento de modo eficaz.

2. REGULAÇÃO RESPONSIVA E RECUPERAÇÃO DO CRÉDITO PÚBLICO

A Administração Tributária tem a missão de tornar eficiente a arrecadação, na forma da lei, sobretudo com a recuperação da dívida ativa e a redução da evasão fiscal. Ocorre que os modelos tradicionais de dissuasão econômica, baseados em penalidades, fiscalizações e retenções na fonte (com a atribuição de responsabilidade a terceiros) são insuficientes. É impossível a qualquer Estado, independentemente do grau de desenvolvimento e de recursos disponíveis, fiscalizar todos os contribuintes e aplicar sanções a todos os inadimplentes. Esse modelo também incentiva a cultura da litigiosidade entre o fisco e o contribuinte.

Nessa perspectiva, a "psicologia fiscal" vem apontando caminhos, ao combinar instrumentos de diálogo e dissuasão da "regulação responsiva", para promover a cooperação entre contribuintes e autoridades fiscais, e estimular o adimplemento voluntário sem abrir mão da força se necessário (BRAITHWAITE, 2011). É nesse sentido também o trecho abaixo transcrito (MCKERCHAR e EVANS, Cris, 2009, p. 171)

> Os tributos e os sistemas fiscais são componentes fundamentais de qualquer tentativa de construir nações, e este é particularmente o caso em nações em desenvolvimento ou transição. [...] Em suma, os impostos constroem a capacidade (para garantir a segurança, satisfazer necessidades básicas e fomentar o desenvolvimento econômico) e construir legitimidade e consentimento (contribuindo para a criação do governo de consenso, responsável e representativo) [1]

Essas estratégias são voltadas, por um lado, a educar o contribuinte, esclarecer dúvidas, prestar assistência ao contribuinte, e criar um ambiente de legitimidade institucional; por outro, a dissuasão e a coercitividade são utilizados contra devedores contumazes. É necessária, portanto, uma mudança de cultura (RASKOLNIKOV, 2009, p. 691).

No Brasil, há problemas estruturais no sistema tributário, descumprimento considerável de obrigações tributárias, recursos administrativos e humanos limitados, alto grau de informalidade na economia, evasão fiscal elevada, corrupção endêmica, baixos níveis de informação e de moralidade fiscal do contribuinte.

A reduzida recuperabilidade do crédito inscrito em dívida ativa, por meio de execuções fiscais, já foi apontado pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da série "Justiça em Números (CNJ, 2009). Também foram apontados o alto custo e a morosidade desses processos executivos. Isso exige atuação estratégica para tornar a arrecadação efetiva e eficiente, especialmente na fase de recuperação da dívida ativa. É preciso responder a cada situação de inadimplemento de forma específica.

Acontece que a Administração Pública deverá obedecer obrigatoriamente o princípio da eficiência, contido no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)[2]. A eficiência e efetividade da cobrança do crédito tributário são os objetivos principais da regulação responsiva, e isto é de extrema relevância no campo fiscal, dado que "(...) o planejamento estratégico é meio pelo qual o Estado deve atingir seus fins, sempre baseado na relação custo-benefício e na menor onerosidade para os cofres públicos e para o cidadão-contribuinte" (ROSENBLATT, 2011, p. 32).

O modelo piramidal de Braithwaite (2011, p. 1-21), autor australiano que pesquisou o comportamento do contribuinte, propõe um sistema escalonado de respostas, partindo-se da persuasão amigável até sanções mais severas (BRAITHWAITE, 2011, P. 1-21). Esse modelo tem sido utilizado em vários países.

[1] "Taxes, and tax systems, are fundamental components of any attempts to build nations, and this is particularly the case in developing or transitional nations. […]In short, taxes build capacity (to provide security, meet basic needs or foster economic development) and they build legitimacy and consent (helping to create consensual, accountable and representative government)" (Tradução dos autores).

[2] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Editada há quase 40 (quarenta) anos, a Lei n. 6.830/1980, encontra-se defasada e a utilização subsidiária de mecanismos mais modernos do Código de Processo Civil em vigor é importante para racionalizar a cobrança do crédito público. A execução fiscal nada mais é do que um procedimento administrativo de cobrança de crédito tributário e não tributário, e que é atribuído, no Brasil, ao Poder Judiciário (BARROS, 2007, p. 4-9; PRUDENTE, 2001, p. 12-21).

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux (2010), presidente da comissão que elaborou o anteprojeto do Código de Processo Civil, defendeu o abandono de certos formalismos processuais em prol da efetividade:

> No afã de atingir esse escopo deparamo-nos com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos. Mergulhamos com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias do *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que compraz em repetir, ousando sem medo.

Nesse contexto, além da transação em matéria tributária, que tem por objetivo a terminação do processo por meio de negociação do próprio direito material[3], é importante promover o diálogo entre o fisco e contribuinte também no âmbito processual, de modo a encurtar o tempo do processo judicial, reduzir a litigiosidade e atingir os objetivos arrecadatórios dentro de um contexto de respeito à lei.

Outras medidas que foram introduzidas ao longo dos anos, para tornar mais efetiva as execuções, com enfoque na recuperabilidade do crédito, foram: a introdução da prescrição intercorrente e a possibilidade de seu conhecimento *ex officio* pelo juiz; a possibilidade de protesto do crédito, sobretudo o de menor monta; a fixação de limites de valor para o ajuizamento de execuções fiscais; e outras propostas estão em debate no Congresso Nacional.

> Diante da escassez de recursos disponíveis e da necessidade de arrecadar mais com menos custos – e com um mínimo de distorções econômicas –, a Administração Tributária precisa atuar de forma estratégica, efetiva e eficiente no gerenciamento de risco. Para isso, ela deve identificar, escalonar e priorizar os riscos de inadimplemento, mirar em alvos específicos de acordo com suas expectativas, alocar os recursos (monetários e humanos) em conformidade com seus objetivos, e estar apta a reconhecer e entender as variações de resultados de arrecadação, o comportamento dos diversos tipos de contribuintes e, assim, desenvolver e aplicar adequadamente um planejamento estratégico adequado para modificar ou reforçar o cumprimento das obrigações tributárias, seja por mudanças administrativas e organizacionais, seja por meio de alterações legislativas (ROSENBLATT, p. 31, 2011).

Com o novo Código de Processo Civil, os negócios jurídicos processuais têm sido apontados como meios para tornar mais eficiente a recuperação do crédito tributário. Portanto, é preciso analisar de que forma esses negócios jurídicos processuais podem ser utilizados pelas Fazendas Públicas e se eles podem ser úteis na melhoria da eficiência do processo da execução fiscal. E também tornando mais efetiva a recuperação da dívida ativa não paga.

[3] O Estado de Pernambuco, de forma pioneira, instituiu um sistema de transação tributária, por meio da Lei Complementar nº 105/2007 e do Decreto Estadual nº 32.549/2008. Hoje é disciplinado pela Lei Complementar nº 401/2018 e pelo Decreto Estadual nº 47.086/2019.

Após, passa-se à discussão dos negócios jurídicos processuais e de seu uso pelas Fazendas Públicas, principalmente com o seu emprego na execução fiscal, e o instrumento dos planos de amortização do crédito.

3. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Dentre as grandes novidades do CPC/15 está a ideia da cooperação (ou comparticipação) – art. 6º, CPC/15 – e da boa-fé (art. 5º, CPC/15) entre as partes e o juiz, com o objetivo de se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (THEODORO JR. e*t al.*, 2015, p. 82-92 e p. 183-240). São hoje normas fundamentais do novo processo civil brasileiro.

E para tornar efetivas essas normas fundamentais, foi espraiado pelo código uma série de dispositivos que têm por objetivo pôr em prática aqueles fundamentos do novo processo constitucional-democrático.

> Há outras normas fundamentais do processo civil brasileiro que não estão consagradas expressamente nos doze primeiros artigos do CPC. Há normas fundamentais na Constituição – devido processo legal, juiz natural, proibição de prova ilícita; há normas fundamentais espalhadas no próprio CPC, como o princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo (art. 190) e o dever de observância dos precedentes judiciais (art. 927)
>
> No rol do Capítulo I há, portanto, esquecimentos incompreensíveis – não seria exagero dizer que os arts. 190 e 927 são pilares do novo sistema do processo civil brasileiro [...] (DIDIER JR., 2016, p. 2).

Alguns desses dispositivos trazem, exatamente, a regulação dos chamados "negócios jurídicos processuais" como forma de aplicação do princípio de respeito ao autorregramento da vontade no processo. Os principais são os arts. 190[4], 191[5] e 200[6], do CPC/15. Tais negócios têm por fundamento claro a ideia de um processo civil cooperativo/comparticipativo, no qual reina a boa-fé, em que é assegurado a todos paridade e, por fim, a possibilidade de obter em prazo razoável a tutela judicial, incluída aí a atividade satisfativa (art. 4º, CPC/15).

[4] Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

[5] Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.
§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.
§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

[6] Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.
Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial.

A eficiência processual é a dimensão material do devido processo legal, a qual exige a resolução do conflito com a adequação do processo à realidade específica de cada caso. A adequação decorre do princípio constitucional da proporcionalidade que ganha destaque na legislação processual civil, especialmente nos negócios jurídicos processuais (BONICIO, 2016, p. 32).

Por meio dos negócios jurídicos processuais é permitido aos sujeitos processuais realizar mudanças no procedimento, flexibilizando-o a ponto de torná-lo mais consentâneo com a especificidade da causa e com a busca da tutela jurídica pretendida (art. 190, primeira parte, CPC/15); ou convencionando quanto aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (art. 190, parte final, CPC/15).

> Estabeleceu, no art. 190, o modelo da flexibilização voluntária do procedimento (cláusula geral de negócio jurídico processual), autorizando às partes plenamente capazes, nas causas sobre direitos que admitam autocomposição: (a) estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa; e (b) convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Permitiu, inclusive, que as parte, junto ao juiz (negócio jurídico plurilateral), fixassem calendário processual (art. 191 do CPC/2015) (GAJARDONI, 2015, cap. 8).

Tanto é verdade essa nova importância dada aos negócios jurídicos processuais com a entrada em vigor do Novo CPC que a doutrina especializada já fala em "Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil" (DIDIER JR., 2015, p. 19-25; REDONDO, 2015, p. 273-274). Esse princípio, nas palavras de Didier Jr. (2015, p. 22-23),

> […] visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. De modo mais simples, esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade.
>
> O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo.

Os negócios jurídicos processuais são definidos pela doutrina especializada como sendo "o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais." (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 59). Trata-se de dar autonomia às partes, no curso do processo. "[O]s negócios jurídicos processuais são bilaterais, não tendo o Poder Judiciário chancela para obrigar as partes a promoverem acordos sobre a causa [...]" (AG - Agravo de Instrumento - Agravos - Recursos - Processo Cível e do Trabalho 0009512-19.2017.4.02.0000, Ricardo Perlingeiro, TRF2 - 5ª Turma Especializada).

Ainda segundo Didier Jr. e Nogueira (2013, p. 59-60), no "negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação." Por sua vez, Braga (2007, p. 24), afirma que nos negócios processuais há "um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados). Há vontade de praticar o ato e vontade de ingressar na categoria e produzir o resultado".

> Por óbvio, tal ato voluntário decorre da lei, ou seja, a parte não pode praticar atos ao seu bel-prazer. O que ocorre é a que a lei elenca algumas opções jurídicas ao sujeito, o qual tem a possibilidade de escolher aquela que melhor apetece à situação que pretende atingir.

Assim sendo, a vontade e o seu autorregramento devem ser postos dentro dos limites legais. Mais ainda nos negócios jurídicos processuais (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 60). "O que pode ser negociado? O que pode ser objeto de um negócio processual? Quais os limites do negócio? Esse é o ponto mais delicado e indefinido na dogmática da negociação processual atípica." (CUNHA, 2016, p. 374).

E a doutrina processual já vem elencando uma série de possibilidades existentes no processo para a realização de negócios jurídicos processuais (CUNHA, 2015). Dentre essas possibilidades estão: pacto de impenhorabilidade; acordo para ampliação de prazos; dispensa consensual de assistente técnico; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; redução de prazos processuais; pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; o estabelecimento da contagem dos prazos processuais em dias corridos, dentre outras (FPPC, 2016).

Mas a questão que é o cerne do presente estudo é a utilização dos negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública nos processos em que atue para a recuperação do crédito inscrito em dívida ativa (tributária/não-tributária), principalmente no que concerne às execuções fiscais. É o que será debatido a seguir.

Como destacado, o objetivo de se efetivar negócios jurídicos processuais concerne à possibilidade de tornar o processo mais eficiente e adequado para o atingimento da tutela jurídica jurisdicional pretendida. Os sujeitos processuais não irão avençar negócios jurídicos para piorar o procedimento comum de determinado processo. Mas sim para melhorá-lo. Trata-se de um modelo de gerenciamento processual (THEODORO JR. e*t al.*, 2015, p.257-300).

Com tal meta, é que se modificam características do procedimento e de determinadas situações processuais.

A questão é saber se toda e qualquer pessoa pode realizar negócios jurídicos processuais. Assim o é porque existem diferenças no grau de liberdade de negociação entre determinadas pessoas, como, por exemplo, entre as pessoas de direito privado e as pessoas de direito público. Ora, o grau de liberdade daquelas é muito maior do que o dessas.

Em relação às pessoas jurídicas de direito público existem algumas restrições no seu atuar que derivam de alguns dogmas, como os da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que são princípios regedores da atuação da Administração Pública em geral (CARVALHO FILHO, 2008, p. 26-28; DI PIETRO, 2004, p. 68-71).

É em razão desses dogmas que há quem entenda que a Fazenda Pública não poderia avençar negócios jurídicos processuais (TARTUCE, 2015, p. 115). E isso porque o art. 190, CPC/15, dispõe que só pode haver negociação processual em processos que versem sobre direitos que admitam autocomposição.

Há, porém, quem entenda ser perfeitamente possível a realização de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública (BARREIROS, 2016; TEIXEIRA, 2015, p. 173-182; CIANCI; MEGNA, 2015, p. 481-506; SANTOS, 2015, p. 507-519): "se podem optar pela arbitragem, tanto mais poderiam celebrar convenções processuais" (DIDIER Jr., 2017, p. 313). E nesse sentido também, veja-se:

> Em qualquer caso, contudo, importa que o processo (futuro ou presente) diga respeito a "direitos que admitam autocomposição", conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de autocomposição (BUENO, 2017, p. 232).

Esses princípios regedores da Administração Pública não podem ser observados de forma absoluta a ponto de prejudicar o próprio Estado e os administrados. Assim, deve-se ter em mente que a possibilidade de avençar negócios jurídicos no processo pode ser conveniente para a Administração, de modo a resguardar, inclusive, o interesse público.

Diante disso, é que Phelippe Oliveira entende que é preciso abandonar o que ele chama de "falso dogma da impossibilidade de transação em matéria de Direito Público no Brasil" (2015, p. 85-111). Apesar de o autor falar apenas em transação, tal afirmação serve para toda e qualquer espécie de negócio jurídico processual.

Como diz Brilhante (2015, p. 53-54), é preciso não simplificar "[...] à demasia o conceito de interesse público, igualando-o e restringindo-o ao interesse imediato do Estado de vencer cada específica demanda jurídica." Assim, o Estado muitas vezes põe os mais diversos entraves para levar adiante um processo, que muitas vezes já se encontra sem qualquer possibilidade de sucesso.

E mesmo que o sucesso do feito seja palpável, por que não realizar um negócio jurídico processual com o fito de conferir ao processo um procedimento mais flexível e mais apto a atingir a tutela jurisdicional?!

De outra banda, é verdade que a realização de negócios jurídicos processuais por parte da Fazenda Pública deve observar alguns limites. Além da necessidade de serem observados os requisitos dos negócios jurídicos em geral (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei – art. 104 do Código Civil), que devem ser devidamente adaptados ao processo, haveria a precisão de a Fazenda ter em conta os requisitos de validade exigidos para todo ato administrativo (CIANCI; MEGNA, 2015, p. 495).

Em resumo, é essencial que, na formação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, sejam observados: a) o objeto da negociação, que deve ser adequado; b) a autoridade competente para negociar; c) a forma, que deve ser transparente e controlável; d) o motivo, que deve ser razoável; e) e a finalidade do acordo, a qual deve ser legítima (CIANCI; MEGNA, 2015, p. 495 e 502).

Quanto aos requisitos acima elencados, mostra-se importante destacar o relativo ao objeto da negociação. Como pode ser concluído do que descrito até agora acerca dos negócios jurídicos processuais, o objeto a ser transacionado nesse tipo de acordo refere-se, por óbvio, a questões concernentes ao processo (questões procedimentais ou questões relativas a

situação/posição processual – ônus, poderes, faculdades, deveres processuais – art. 190, CPC/15).

Assim sendo, o que a Fazenda Pública vai negociar são questões referentes aos processos em que inserida. E, como é praxe no Direito brasileiro, a Fazenda Pública tem uma série de prerrogativas processuais – prazos maiores, intimações pessoais, remessa necessária, dentre outras (CUNHA, 2013).

Em razão disso, há quem entenda (BARREIROS, 2016, p. 338-349) que a Fazenda Pública só pode avençar negócios jurídicos processuais relativos às suas "prerrogativas relacionadas ao funcionamento da estrutura administrativa". Assim, a Fazenda poderia efetivar, por exemplo, negócios relativos a prazos processuais e intimações processuais (BARREIROS, 2016, p. 345-349).

Não poderia, porém, realizar negócios relativos às "prerrogativas relacionadas ao regime jurídico de direito material a que se sujeitam as pessoas jurídicas de direito público ou à própria natureza dessas" (BARREIROS, 2016, p. 341-345). Assim, a Fazenda não poderia efetivar, por exemplo, negócios relacionados ao pagamento por precatório, à remessa necessária, às regras especiais para a fixação de honorários de sucumbência, dentre outras (BARREIROS, 2016, p. 341-345).

Essa divisão quanto ao objeto apto à negociação vem a ser muito interessante para estipular quais negócios jurídicos processuais são possíveis quando se está diante da Fazenda Pública como sujeito processual.

Por óbvio, nas ações em que a Fazenda Pública for parte, o negócio jurídico deverá considerar também a vantajosidade. Nessa hipótese, não se devem admitir acordos do qual decorram prejuízos ao interesse e ao patrimônio públicos, como a renúncia a bens ou direitos do Poder Público, sem a correlata autorização legislativa (PEIXOTO e PEIXOTO, 2017, p. 129). Em todo caso, como bem aponta Leonardo Carneiro da Cunha (2018, p. 710), não se pode invocar a indisponibilidade do interesse público como argumento.

> Há quem diga que a Fazenda Pública não pode celebrar negócio processual quando haja ofensa ao interesse público, estando livre para sua celebração quando se destinar a obter um melhor desenvolvimento do processo.
> A indisponibilidade do interesse público não deve ser invocada como impedimento à celebração de negócio processual pela Fazenda Pública. É possível, até mesmo, haver negócios processuais para fortalecer situações jurídicas processuais do ente público.
> A indisponibilidade do direito material não implica necessária indisponibilidade do direito processual. Mesmo quando os interesses em disputa sejam indisponíveis, há margem para a celebração de convenções ou acordos processuais, por exemplo, a eleição de foro, a suspensão do processo, a dilação de prazos e a redistribuição do ônus da prova.
> A indisponibilidade do direito material não acarreta, por si só, a indisponibilidade sobre o processo, nem a impossibilidade da celebração de negócio jurídico processual.
> Não basta afirmar a presença de um "interesse público" para rejeitar a possibilidade de negócio processual.

É importante, em todo caso, que em cada procuradoria haja a regulamentação procedimental para a realização de negócios jurídicos processuais[7], como forma de garantir o princípio constitucional da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Lei Maior (RODRIGUES, 2016, p. 373).

Postas essas premissas quanto à possibilidade de a Fazenda Pública realizar negócios jurídicos processuais, não se vê qualquer empecilho na utilização desses instrumentos no processo tributário. Especialmente, no processo da execução fiscal.

Diante disso, pensa-se ser plenamente possível a utilização dos negócios jurídicos processuais na execução fiscal. Megna (2017, p. 111) ressalta que

> […] não há indisponibilidade dos meros ritos processuais, desde que estes sejam substituídos por outros que também respeitem o devido processo legal, aplicável aos processos judiciais e administrativos (art. 5º, LIV e LV, da CF). Esta afirmação é corroborada pelo atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que 'a Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial'.

Assim, o objetivo de se realizar negócios jurídicos processuais no âmbito da execução fiscal não é fazer com que a recuperação do crédito público inscrito em dívida ativa não seja mais efetivada pelo procedimento da Lei nº 6.830/80. Não é isso. O que se quer é que, por meio de modificações no procedimento da execução fiscal, a recuperação do crédito público se torne mais efetiva.

Como já demonstrado alhures, o procedimento atual não se mostra efetivo. Agora, obviamente, ao se efetivar um acordo processual, faz-se necessário que se observem as características específicas da negociação efetivada pela Fazenda Pública. Portanto, na execução fiscal a Fazenda vai poder negociar questões relativas às suas prerrogativas processuais negociáveis (BARREIROS, 2016). Não há, contudo, como a Fazenda efetivar um negócio jurídico na execução fiscal que venha a prejudicar a recuperação do crédito, como, por exemplo, realizar um negócio em que em determinada execução fiscal não será possível a penhora de dinheiro (art. 11, I, da Lei nº 6.830/80).

A efetivação do negócio jurídico processual pela Fazenda Pública, aqui inclusa a negociação na execução fiscal, deve ter por objetivo o respeito ao interesse público. Esse interesse público, no caso da execução fiscal, é atingido se o crédito público é recuperado sem sofrer nenhuma limitação em seu montante.

Portanto, é possível que na execução fiscal sejam realizados negócios jurídicos processuais quanto: a) à realização da penhora, ou seja, que ela recaia primeiro sobre determinado bem que, apesar de ser líquido, não está elencado dentre os primeiros da lista do art. 11, da Lei nº 6.830/80; b) quanto à avaliação do bem, ou seja, aceitando-se a estimativa feita pela outra parte - art. 871, I, CPC/15 (RENNER, 2017, p. 604; CARVALHO, 2016 p. 218) ou, até mesmo, caso a avaliação necessite de conhecimentos especializados, escolhendo-se o avaliador (art. 870, Parágrafo único c/c art. 471, CPC/15 e art. 13, § 2º, da Lei nº 6.830/80) e;

[7] Até o momento, editaram portarias regulamentando os negócios jurídicos processuais, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no âmbito federal; e no dos Estados, as Procuradorias Gerais dos Estados do Rio de Janeiro e de Pernambuco. Não se tem notícia de normas dessa natureza nos municípios.

c) a possibilidade de emenda ou substituição da CDA mesmo após a decisão de primeira instância (art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80).

Também pode haver negócios com o objetivo de: a) calendarizar o procedimento dos embargos (art. 191, CPC/15), fixando data para impugnação por parte da Fazenda, para as fases da perícia, para a sentença etc. e; b) fixar o ponto controvertido dos embargos (art. 357, § 2º, CPC/15).

Quanto à penhora, pode ser efetivado negócio que tenha por objetivo permitir a constrição de bem absolutamente impenhorável, como um bem de família, por exemplo (RENNER, 2017, p. 609). Ou também quanto à impossibilidade de substituição de bem penhorado por ambas as partes (art. 15, Lei nº 6.830/80). É também possível que as partes escolham que o leilão seja realizado por leiloeiro escolhido de forma consensual (art. 883, CPC/15).

Um outro acordo muito interessante para tornar a execução fiscal mais efetiva é a reunião de várias execuções contra o mesmo devedor (art. 28, Lei nº 6.830/80), escolhendo um dos processos como processo-piloto, ou seja, nesse processo-piloto será dado prosseguimento conjunto a todas as execuções, inclusive com redistribuição dos processos ao Juízo da primeira distribuição (art. 28, parágrafo único, Lei nº 6.830/80).

Assim, vê-se as várias possibilidades de utilização dos negócios jurídicos processuais no procedimento da execução fiscal. O objetivo de utilizá-los é fazer com que esse processo seja mais eficiente do que se mostra hoje. Ressalte-se, porém, que o uso dos negócios jurídicos processuais não é uma garantia dessa eficiência, mas se mostra como um novo caminho apto a trazer um incremento na recuperação dos créditos públicos inscritos em dívida ativa.

Diante disso, melhor que a Fazenda os utilize, já que permitido pelo sistema, do que ficar no marasmo do procedimento "normal" das execuções fiscais.

4. PLANO DE AMORTIZAÇÃO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO E NÃO-TRIBUTÁRIO INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA

O plano de amortização de débitos fiscais está previsto na Portaria PGFN nº 42, de 25 de maio de 2018, e na Portaria da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco nº 24, de 14 de fevereiro de 2019, como hipótese de negócio jurídico processual.

Não se trata de uma transação tributária, a qual, a teor do artigo 156, III, e 171 do Código Tributário Nacional – CTN[8], é hipótese de extinção do crédito tributário. Isso porque não há concessões mútuas a respeito do crédito tributário da obrigação principal (tributo, multa, juros, correção monetária) ou de honorários advocatícios, mas tão somente um plano de pagamento a ser pactuado no curso da execução fiscal, sem qualquer anistia ou remissão do

[8] Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário.
Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

crédito tributário, ou qualquer acerto envolvendo o direito material[9]. É dizer, trata-se de negócio jurídico processual e não negócio jurídico de direito material.

> Há negócios processuais relativos ao objeto litigioso do processo, como o reconhecimento da procedência do pedido, e há negócios processuais que têm por objeto o próprio processo em sua estrutura, como o acordo para suspensão convencional do procedimento. O negócio que tem por objeto o próprio processo pode servir para a redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento (DIDIER Jr., 2017, p. 309).

Também não cuida o plano de amortização de débito de parcelamento do crédito tributário, modalidade esta de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a qual exige lei específica, consoante previsto nos artigos 150, inciso V, e 155-A do CTN.

Nesse sentido, a simples celebração do negócio jurídico processual a respeito de plano de amortização de débito fiscal não irá suspender a exigibilidade do crédito, nem tampouco permitir a emissão de certidão de regularidade fiscal, a teor do artigo 206 do CTN. Isso ocorrerá apenas na hipótese de oferecimento de garantia pelo devedor, o que também pode ser objeto de negócio jurídico processual.

Com efeito, esse é um plano de pagamento em parcelas do crédito tributário/não-tributário, no curso do processo executivo, que levará em consideração as peculiaridades do caso e as condições de pagamento do contribuinte. É um acordo intraprocessual atípico, lastreado na cláusula geral do artigo 190 do novo CPC de negociação sobre o processo (DIDIER Jr., 2017, p.310). Convindo as partes, o devedor cumprirá a sua obrigação ou obrigações, se mais de uma forem as execuções fiscais, de maneira voluntária, realizando o pagamento na forma e prazos acordados.

[9] É comum a confusão entre transação e o negócio jurídico processual, apesar de se referirem, respectivamente, a um acordo sobre o direito material e o direito processual. A título de exemplo dessa falta de clareza do critério entre um negócio jurídico de direito material e um negócio jurídico de direito processual, vide a ementa julgado abaixo:
PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ACORDO HOMOLOGADO. PRETENSÃO A APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. TERMO HOMOLOGADO QUE FAZ ALUSÃO A OUTRA ESPÉCIE DE APOSENTAÇÃO PARA A QUAL A AUTORA NÃO REUNIA MINIMAMENTE OS REQUISITOS. ERRO MATERIAL. INTERPRETAÇÃO DO JULGADO À LUZ DA BOA-FÉ. CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELA AUTARQUIA NOS TERMOS DA PRETENSÃO INICIAL. 1. A sentença tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas e, no caso, tendo as partes transigido, a homologação da avença deve ser cumprida conforme a real vontade externada no negócio jurídico processual firmado. 2. Na situação, a segurada postulou que lhe fosse concedida a aposentadoria por idade na condição de segurada especial rural. Em audiência, as partes transigiram e o INSS implantou o benefício a partir de 14/04/2011, tal como ajustado consensualmente. 3. Entretanto, no termo de acordo se fez constar benefício diverso do pedido - ao invés de consignar a aposentadoria por idade, referiu-se à aposentadoria por tempo de contribuição. Tal equívoco não invalida a transação, nem autoriza a parte autora a postular a implantação de benefício diverso do que pediu, pois a sentença homologatória deve ser interpretada à luz da boa-fé. Tendo a parte autora, desde o início da relação processual, postulado o benefício da aposentadoria por idade, na condição de segurada especial rural, evidencia-se que a alusão à aposentadoria por tempo de contribuição decorreu de um erro material, sobretudo porque a segurada não reunia as mínimas condições para auferir tal espécie de aposentação. 4. Tendo o INSS cumprido a obrigação em consonância com o objeto do processo, este deve ser declarado extinto e arquivado, tal como determinou o Juízo de Primeiro Grau. 5. Apelação desprovida. (AC 0014350-22.2013.4.01.9199, JUIZ FEDERAL CRISTIANO MIRANDA DE SANTANA, TRF1 - 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DA BAHIA, e-DJF1 05/04/2017 PAG.)

O crédito somente pode ser suspenso se houver parcelamento, na forma da lei, ou por meio de outras das modalidades suspensivas previstas taxativamente no CTN (artigo 141 do CTN[10]); e extinto apenas quando do pagamento de todo o crédito. Nada impede que seja dada uma garantia, no processo de execução, como penhora, de modo a se obter uma certidão positiva com efeito de negativa.

Uma das utilidades desse plano é a possibilidade de regularização, em prazo certo, com a possibilidade de pagamentos que não contemplem parcelas iguais, mensais e sucessivas, já que o tipo de atividade do contribuinte possa ter sazonalidades que importem em pagamentos com valores e periodicidades assimétricos com o objetivo de equacionar o passivo fiscal inscrito em dívida ativa.

Por outro lado, os atos constritivos são suspensos enquanto estiver em curso o cumprimento do plano pelo devedor. Nesse sentido, pode-se negociar a permanência ou não do crédito em redes de proteção de crédito ou de protesto de certidão de dívida ativa.

Diverso de uma penhora de faturamento da empresa, que geralmente ocorre a pedido da Fazenda Pública ao juiz e encontra condicionantes na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o plano é proposto pelo executado e negociado com a Fazenda Pública, e considerado a partir de informações econômico-financeira do devedor – e pode envolver a penhora de faturamento ou de recebíveis futuros.

Além disso, esse plano de regularização pode envolver mais de uma execução e até mesmo débitos inscritos ainda não ajuizados.

Com a apresentação acima de alguns dos detalhes específicos desse tipo de negócio jurídico processual, observa-se diversas hipóteses de como ele pode ser utilizado com grande eficiência pela Fazenda Pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é possível prever quais serão os efeitos dos negócios jurídicos processuais nas execuções fiscais, particularmente do plano de amortização de débitos fiscais, e o quanto isso implicará em recuperação do crédito tributário.

Porém, esse tipo de negócios jurídicos processuais – e esse artigo se filia à ideia de que eles são plenamente compatíveis com o rito dos executivos fiscais – não se propõe a ser uma tábua de salvação para a dívida ativa no Brasil. Trata-se de mais um componente para introduzir o diálogo e cooperação no processo judicial e distensionar as relações entre fisco e contribuintes.

Há toda uma cultura voltada ao litígio, ao formalismo e à procrastinação das soluções necessárias aos problemas, e há até mesmo um desprezo por soluções negociais. A transação e o negócio jurídico processual são instrumentos, portanto, de mudança de cultura.

[10] "As causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão definidas, *numerus clausus*, no art. 151 do CTN" (STJ, 1a T., AgRg no Ag 641.237/RS, Rel. Min. José Delgado, j. em 19/4/2005, DJ de 30/5/2005, p. 229).

Embora não se possa quantificar, no momento, os benefícios desse tipo de iniciativa, é importante notar que ela consolida uma tendência pela solução negociada, desburocratização e diminuição nos custos da Administração Pública para promover a cobrança dos seus créditos, e também dos custos de transação dos contribuintes.

A celebração do negócio jurídico processual e o equacionamento da dívida ativa por meio deste método é, nesse sentido, uma medida flexível e que considera as circunstâncias caso a caso, no qual busca o resultado útil do processo, que é a satisfação do crédito tributário e, ao mesmo tempo, preservar o funcionamento da empresa.

REFERÊNCIAS

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, a.11, n. 39, p. 4-9, out./dez. 2007.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 148, 2007.

BRAITHWAITE, Valerie, BRAITHWAITE, John, et al. An evolving compliance model for tax enforcement. Oxford: Oxford University Press, p. 1-21. Disponível em: https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/42019/2/Braithwaites.Evolving.pdf. Acesso em: 12 mar. 2011.

BRASIL. *Código Tributário Nacional:* Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

_____. Código civil: Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Código de processo civil: Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRILHANTE, Igor Aragão. *Antimanual do advogado público*. Recife: Nossa Livraria, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Negócios processuais.* v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____ . *O estado em juízo no novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2016.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). *Negócios processuais*. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 481-506.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*, 2003-2009. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/justica-numeros/relatorios. Acesso em: 11 abr. 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15.ed. São Paulo: Dialética, 2018.

_____. Comentários Dos Atos Processuais. In. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. CABRAL, Antônio do Passo, e CRAMER, Ronaldo (Coord.). 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord*.). Negócios processuais.* v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 27-62.

DIDIER JR., Fredie. Da Forma dos Atos Processuais. *In*: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Coords.) *Comentários ao código de processo civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Comentários às normas fundamentais processuais. *In:* CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo código de processo civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). *Negócios processuais*. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 19-25.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais.* 2.ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC). *Enunciados sobre o novo CPC*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FUX, Luiz. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296. Acesso em: 23 fev. 2019.

GAJARDONI. Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz do novo CPC. *In:* CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. São Paulo: Atlas, 2015.

LUZES, Cristiano Luzes e HILUEY, Diogo. Negócios jurídicos no processo tributário e o espaço irrenunciável da legalidade. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-ago-16/opiniao-negocios-juridicos-processuais-espaco-legalidade. Acesso em: 23 fev. 2019.

MCKERCHAR, Margaret, e EVANS, Cris. Sustaining growth in developing economies through improved taxpayer compliance: Challenges for Policy Makers and Revenue Authorities. *eJournal of Tax Research*, Austrália, n. 7, 2009.

MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação. *In*: BUENO, C. S.; RODRIGUES, M. A. (Coord.). *Processo tributário*. v.16. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 103-122.

MÜLLER, Julio Guilherme. A Negociação no novo Código De Processo Civil: novas perspectivas para a conciliação, para a mediação e para as convenções processuais. *In:* ALVIM, Thereza Arruda (Coord.). *O Novo Código de Processo Civil Brasileiro* - estudos eirigidos: sistematização e procedimentos. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. *A transação em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. *Fazenda Pública e Execução.* Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 129.

PERNAMBUCO. Procuradoria-Geral do Estado. Portaria nº 24, de 14 de fevereiro de 2019. Disponível em: http://www.pge.pe.gov.br/app_themes/portaria24_njp.pdf. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Portaria nº 742, de 21 de dezembro de 2018. Disponível em: http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=97757. Acesso em 23 fev. 2019.

PRUDENTE, Antônio Souza. Execução administrativa do crédito da Fazenda Pública. *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 13, n. 12. P. 12-21, dez. 2001.

RASKOLNIKOV, Alex. Revealing Choices: Using Taxpayer Choice to Target Tax Enforcement. Columbia Law Review, Estados Unidos, 2009, n. 337, p. 690-1. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=1267622. Acesso em 10 abr. 2011.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). *Negócios processuais.* v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 269-278.

RENNER, Rafael Henrique. Negócios processuais e ações tributárias: alguns aspectos introdutórios. *In*: BUENO, C. S.; RODRIGUES, M. A. (Coord.). *Processo tributário*. v. 16. Salvador: Jus Podivm, 2017. p. 581-612.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROSENBLATT, P. Gerenciamento de Risco na Execução Fiscal. *Revista do Centro De Estudos Jurídicos-Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco*, v. 3, p. 31-61, 2011.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. *In*: CABRAL, A. do P.; NOGUEIRA, P. H. (Coord.). *Negócios processuais*. v.1. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 507-519.

TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil:* impactos, diálogos e interações. São Paulo: Método, 2015.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. Negócios jurídicos processuais e Fazenda Pública. *In*: ARAÚJO, J. H. M.; CUNHA, L. C. da (Coord.). *Advocacia pública*. v.3. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 173-182.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC*: fundamentos e sistematização. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Referência:
ROSENBLATT, Paulo; MELO, Rodrigo Tenório Tavares de. O negócio jurídico processual como estratégia para a recuperação fiscal do crédito inscrito em dívida ativa: o plano de amortização de débitos. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 257-273.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

O CONFRONTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM SEUS LIMITES AUTOPOIÉTICOS:
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL ALOPOIÉTICO NA TEORIA DOS SISTEMAS

ULISSES SCHWARZ VIANA*

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A jurisdição constitucional e sua relação com os *acoplamentos estruturais* (*strukturelle kopplungen*) como mecanismo de observação de possibilidades decisórias. 3 A jurisdição constitucional no contexto da autopoiese, da codificação e da programação condicional do sistema jurídico. 4 Os programas condicionais do direito e a jurisdição constitucional. 5 Jurisdição constitucional e fórmula do risco. 6 Conclusões.

Resumo: o presente texto tem por escopo produzir breve reflexão sobre a jurisdição constitucional e o fenômeno do ativismo judicial. Nele propõe-se uma possível leitura à luz da teoria dos sistemas. Coloca-se em confronto com a necessária consciência dos limites sistêmicos das decisões judiciais, tanto em seu aspecto eficacial, quanto do uso *argumentativo* de elementos principiológicos. As decisões no campo da jurisdição constitucional passam a ser problematizadas como possibilidades de disfuncionalidade das prestações do sistema do direito na sociedade complexa e funcionalmente diferenciada, como manifestações de um ativismo judicial alopoiético.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Ativismo. Autopoiese. Alopoiese. Limites decisórios. Disfuncionalidade. Eficácia. Ressonância. Complexidade e contingência social.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno denominado de forma genérica de *ativismo judicial* tem sido objeto de frequentes questionamentos teóricos e práticos, como também tem sido relacionado com o advento do *neoconstitucionalismo*.

* Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor na Graduação e na Pós-graduação da Escola de Direito de Brasília (EDB) do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor de Direito Tributário na Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Visiting Scholar - Professor Visitante na Pennsylvania State University (Penn State University), Dickinson School of Law (2016). Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul (atuação junto ao STF e Tribunais Superiores). Presidente da Câmara Técnica do CONPEG (Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estado e do DF). Secretário-Geral do FONAP (Fórum Nacional da Advocacia Pública).

Há a necessidade de no plano teórico discutir-se e propor novas leituras da questão dos limites *criativos* dos julgadores no exercício fundamental da jurisdição constitucional, os quais podem ser obtidos pelas contribuições da teoria dos sistemas, na perspectiva de uma *observação externa* (jusfilosófica e jus-sociológica), passando pela percepção de possíveis problemas e abusos interpretativos aptos a produzir *disfuncionalidades* sistêmicas na atividade decisório-aplicativa do texto constitucional, parecendo-nos insustentável, como pretendemos demonstrar neste texto, que ao intérprete da Constituição se tenha conferido uma *carte blanche* (discricionariedade judicial aberta) para aplicar suas disposições sem limitações trazidas pela *racionalidade do próprio sistema jurídico*.

A partir de um tratamento transdisciplinar e, para alguns, certamente um tanto heterodoxo, do tema objeto da análise proposta neste texto, lançaremos mão dos estudos da Teoria dos Sistemas Sociais (*Theorie sozialer Systeme)* com o objetivo de fazer estudo sobre um modelo filosófico, com origem também na sociologia jurídica, de produção de decisões judiciais, passando pelas ideias de autopoiese, de codificação sistêmica, de programas condicionais e de acoplamento estrutural[1] (*strukturelle Kopplung*).

Por esse panorama, coloca-se na exposição o problema do elemento *eficacial* da jurisdição constitucional e a delimitação *argumentativa (jurídica)* dos limites textuais e factuais na interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais, sem adentrar a tormentosa questão da diferenciação entre regras princípios, mas situando o problema na perquirição em torno dos geradores de coevolução harmônica do direito com a sociedade e seus outros subsistemas de função, por meio das prestações (decisórias) do subsistema social do direito, na esfera da jurisdição constitucional, que por meio de decisões judiciais deve atuar para produzir, por meio da operação de seus programas condicionais (normas e princípios constitucionais), uma comunicação *normativa* em torno de temas constitucionais, como conflito entre expectativas sociais divergentes, colocando-as no crivo analítico das operações autopoiéticas[2] do sistema jurídico.

Propõe-se uma jurisdição constitucional que se efetive na produção de decisões *congruentes* e *adequadas* aptas a produzir estabilização de expectativas sociais, resolução de conflitos e de redução de complexidades e riscos emergentes no sistema social.

No presente texto, a proposta da Teoria dos Sistemas é também objeto de análise no sentido de que, apesar do fechamento operacional do sistema jurídico, no processo constitucional o juiz deverá observar a ocorrência de acoplamentos estruturais que permitam a exploração das possibilidades de descoberta de *equivalentes decisórios* que estimulem a *abertura cognitiva*, como capacidade de o sistema dos órgãos jurisdicionais *aprender a coevoluir adaptativamente* com a sociedade e seus sistemas sociais.

Ponto a partir do qual se vislumbra a aplicação da Teoria dos Sistemas Sociais no campo das decisões judiciais no campo da jurisdição constitucional e, paralelamente, se expõe o alcance pragmático de suas consequências funcionais, colocando o julagdor diante da *fórmula*

[1] A expressão *acoplamento estrutural*, utilizada neste texto, deriva da terminologia adotada por Luhmann em toda sua obra, escrita originalmente em língua alemã na qual se tem a expressão *strukturelle Kopplung*. Apesar de sua acepção denotar um aspecto de ligação ou ligamento estrutural, um tanto mecanicista e anatômico, ela tem sido amplamente utilizada pelos tradutores dos textos luhmannianos, quer seja nas versões para a língua inglesa (*coupling*) quer seja para o espanhol (*acoplamiento*), por exemplo.

[2] A ideia da autopoiese será objeto de descrição e análise no item II do presente texto, ao qual remetemos o leitor.

do risco, na qual se põe em xeque a tendência dos operadores do sistema jurídico (no texto, obviamente, centrada na figura do juiz constitucional) aos problemas da denominada *illusion of control* (ilusão do controle).

Esta *ilusão do controle* é vista neste texto como propensão, no plano da prática decisória judicial, a esquivar-se das limitações estruturais da realidade social. A realidade social que fenomenologicamente faz emergir os condicionamentos às possibilidades decisórias na aplicação prática da Constituição no contexto da sociedade moderna, sempre caracterizada por grande complexidade e contingência em suas estruturas de expectativas e também semânticas (construção social de sentido).

A jurisdição constitucional e suas decisões ao vistas no vertente texto como produto de uma adequada aplicação da fórmula (condicional) do *se →então*[3]. O que traz consigo problemas de *eficácia e adequação* das decisões na jurisdição constitucional, com grande dever de *argumentação e fundamentação jurídica* (autopoiética).

Dentre os pontos analíticos deste texto, proporemos o conceito de *acoplamento estrutural*, que será oportunamente explorado como instrumento de comunicação e evolução conjunta dos sistemas sociais, operacionalizado em decisões e em uma jurisprudência constitucional regida pelos postulados, para nós, sistêmicos de uma jurisdição constitucional adequada.

A exposição traz, ainda, a proposta de que a jurisdição constitucional deve desempenhar sua *função social* por meio da observância (reflexiva) da qualidade de suas prestações (decisórias), por meio de sua abertura cognitiva (capacidade de observação), levando em conta de que modo suas decisões podem evitar *disfuncionalidades decisórias*. Concepção que poderíamos denominar de introdução de um *consequencialismo sistêmico.*

Aqui queremos colocar em relevo a ideia da *abertura cognitiva* dos sistemas funcionais da sociedade. A *abertura cognitiva* emerge como exigência de ampliação da capacidade da jurisdição constitucional de observação e de *aprendizado* como elementos de conflito (lides constitucionais) no sistema de interação do processo constitucional, trazendo novamente à cena o papel dos *acoplamentos estruturais* (*strukturelle Kopplungen*).

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA RELAÇÃO COM OS *ACOPLAMENTOS ESTRUTURAIS* (*STRUKTURELLE KOPPLUNGEN*) COMO MECANISMO DE OBSERVAÇÃO DE POSSIBILIDADES DECISÓRIAS.

O ponto de partida para a estruturação das ideias expostas neste texto está no delineamento do significado do *acoplamento estrutural*. O acoplamento estrutural é explorado por Niklas Luhmann[4] (2006: 269), quem delineia seu conceito do seguinte modo:

[3] Ou seja, ***se*** presentes certas condições (jurídicas, fáticas e materiais), ***então*** se julga em determinado sentido, ausentes essas condições julga-se de outro modo.

[4] Pensador alemão Niklas Luhmann (1927-1998), professor de sociologia na Universidade de Bielefeld (Alemanha), ao longo de sua vida acadêmica elaborou uma teoria da sociedade de caráter bastante peculiar e inovadora. Dentro de sua perspectiva interdisciplinar, utilizando-se de conceitos obtidos da biologia, da epistemologia cibernética, da matemática e outras áreas do conhecimento, Luhmann se lançou ao trabalho de observar e demonstrar que a sociedade moderna está baseada na existência

> O conceito de acoplamento estrutural [...] se deve a que dois sistemas se contemplam e se perguntam como estão eles ligados entre si: como é absolutamente possível que um sistema, apesar de autopoiético – o que quer dizer, apesar de ele se produzir em suas próprias operações e determinar aquelas que devem cessar de existir ou, consequentemente, deixar de operacionalizar-se – possam funcionar em um ambiente.[5]

Para elaborar sua ideia do acoplamento estrutural, Luhmann (1987a: 286-344) recorre ao conceito de *Interpenetration* (interpenetração), colocando-a na relação entre dois ou mais sistemas autopoiéticos, em função de que ocasionalmente executam operações sobre os mesmos valores ou valores complementares, que em certas situações fazem que os sistemas operem de modo "unificado".

O conceito luhmanniano da *Interpenetration* foi elucidado por Baraldi, Corsi e Esposito (1997: 189), no sentido de que nela (interpenetração) e o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, da qual cada um somente pode então existir se o outro também existir, ou seja, em ***coevolução***.[6], por compartilharem valores *mútuos* ou *complementares*.

A propósito, tomemos como exemplo o fato de que os ***contratos*** que são operações de cunho *econômico*, mas que também emergem como ***instituto jurídico*** *(do contrato)*. Os contratos, então, estão dentro de um acoplamento estrutural entre direito e economia, no qual surgem problemas jurídicos de proteção e defesa do consumidor, além de eventualmente trazer consigo questões ligadas *à dignidade da pessoa* humana, em quadros de execução *vexatória* de obrigações contratuais.

Outro acoplamento estrutural, este sim com relevância direta para a jurisdição constitucional, surge da concepção luhmanniana de que a Constituição é um complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o direito (Luhmann, 2002: 391). Daí o problema de ver o *ativismo judicial* como politização das decisões judiciais, substituindo o sistema político na realização e na definição de programas *finalísticos* de natureza política.

Estes exemplos deixam clara a concepção luhmanniana de que apesar de os sistemas sociais se desenvolverem dentro de uma autorreferência fechada *operacionalmente* (autopoiese), como faz o direito em torno de sua *normatividade*, ao criar e recriar programações decisórias (*modelos decisórios* judicialmente estabelecidos a partir de princípios e de regras *jurídicas*).

Apesar do necessário fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*) para a reprodução autopoiética feita pelas operações do próprio sistema, os sistemas funcionais parciais (economia, direito, educação, intimidade, dentre outros) não operam em um *solipsismo* sistêmico, pois são capazes de perceber os efeitos recíprocos das operações que envolvem valores *mútuos e complementares*¸ os quais são canalizados como estímulos produzidos pelo

de sistemas sociais operacionalmente fechados (*operative Schließung*), mas cognitivamente abertos (*kognitive Öffnung*) e, ainda, nesta relação dual e paradoxal, faz aplicar o conceito de acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplungen*).

[5] Tradução livre do autor – Texto original: „*Der Begriff der strukturellen Kopplung liegt [...], der zwei Systeme gleichzeitig betracht und sich die Frage stellt, wie sie miteinander verbunden sind: wie es überhaupt möglich ist, dass ein System, obwohl es autopoietisch ist – das heißt, obwohl es sich mit eigenen Operationen reproduziert und das entweder tut oder anderenfalls aufhören muss zu operieren, also aufhören muss zu existieren -, in einer Umwelt funktioniert*".

[6] Tradução livre do autor – Texto original: „*Man spricht von Interpenetration [...], wenn die strukturelle Kopplung in einem Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Systemen stattfindet, von denen jedes nur dann existieren kann, wenn die anderem auch existieren. Die betreffenden Systeme entwickeln dann ko-evolutiv.*"

contato/atrito/irritação entre os subsistemas sociais de função pelos acoplamentos estruturais, nos quais se viabiliza a criação de estruturas sociais coordenadas e de adaptações do sistema social para promover a inclusão de novas formas de operações e de modos de vivência[7].

A sociedade depende do sistema jurídico para obter um mínimo de *segurança condicionada pelo direito* (segurança e previsibilidade de expectativas jurídicas**)**, o que de modo central é feito por meio da estabilização de expectativas normativas como expectativas "juridicizadas" como programas condicionais que estão relacionados com a jurisdição constitucional, como elementos de diferenciação funcional do sistema jurídico. Ponto em que devemos recordar a jurisdição constitucional como "aplicadora" da própria Constituição[8], com regramentos e conjuntos principiológicos complexos, como, por ex., aqueles voltados à interação entre ordem social e ordem econômica, com seus focos de constante tensão.

Tal posição serve à compreensão da função da jurisdição constitucional no interior do sistema funcional do direito diante dos acoplamentos estruturais como motor da produção de uma interação *normatizada* entre os subsistemas sociais, ampliando as possibilidades coevolutivas do sistema jurídico com o sistema social geral.

A jurisdição constitucional deve constantemente observar sua função social de construção de estruturas sociais harmonizadas e *normatizadas* (expectativas normativas estabilizadas) à luz dos princípios da dignidade da pessoa humanada e dos postulados da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidades e eficiência, os quais a nosso ver nos dias de hoje constituem o núcleo da *racionalidade do sistema jurídico* contemporâneo.

A jurisdição constitucional em nosso tempo se insere no contexto característico da modernidade com o reconhecimento do *constante e irrefreável* aumento da complexidade das relações sociais que culminaram na *diferenciação funcional* dos subsistemas sociais autopoiéticos, como identificado por Niklas Luhmann (1987a: 256-285) dentro do contexto geral do processo de *diferenciação social* e da correspondente *diferenciação das dimensões de sentido* (Luhmann: 1987a: 127-135).

O direito contemporâneo por meio da jurisdição constitucional se confronta com a contingência de processar a todo tempo, para produzir decisões adequadas, elementos irritantes e perturbadores de outras lógicas *sociais* que operam dentro do sistema geral da sociedade.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO CONTEXTO DA AUTOPOIESE, DA CODIFICAÇÃO E DA PROGRAMAÇÃO CONDICIONAL DO SISTEMA JURÍDICO.

Como se pode perceber da exposição antecedente, o conceito de acoplamento estrutural demanda a formulação conceitual dos sistemas sociais autopoiéticos, para então,

[7] Em relação à absorção de novos modos de vivência pela autopoiese *normativa* do sistema jurídico basta lembrar que o direito passou a reconhecer a *mutação social* do *sistema da intimidade* ao reconhecer na ADPF nº 132 a *união homoafetiva como INSTITUTO JURÍDICO*. Veja-se também o RE 477554 AgR / MG e o ADI 4277 / DF. A autopoiese *normativa* do sistema jurídico pode ser percebida como um rechaço de uma racionalidade autopoiética do sistema da RELIGIÃO, que em suas linhas mais tradicionais se opunha e, ainda, opõe-se ao reconhecimento *jurídico* das populações LGBHT.

[8] Ela própria vislumbrada como o complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o direito. Esse acoplamento estrutural tem sua raiz nada mais nada menos do que na própria Constituição (Luhmann, 2002: 391).

poder-se compreende neste complexo o alcance do papel interpretativo e aplicativo da jurisdição constitucional.

Em primeiro lugar, vejamos a ideia da *autopoiese*. O termo autopoiese é inserido na teoria dos sistemas, com profundas repercussões para a sociologia do direito, a partir do em que Niklas Luhmann entra em contato com a teoria biológica da cognição desenvolvida por Humberto Maturana e Francisco Varela, a partir de um modelo explicativo da organização dos seres vivos, colocando-os na perspectiva de uma organização *autopoiética* em que os seres vivos se produziriam a si próprios por meio de determinadas relações biológicas.

Contudo, em sua contribuição interdisciplinar (melhor até: multidisciplinar) para a teoria dos sistemas, ao transpor o referido conceito para a sociologia, Luhmann (1987a: 61) o fez adaptando-o a sua concepção da forma de desenvolvimento dos sistemas sociais, afirmando que: "A reprodução que é autorreferencial no nível de seus elementos deve aderir ao tipo de elemento que o sistema define. Nesta extensão temos: *re*produção![9]"

Neste ponto reside a maior complexidade conceitual da teoria sociológica e da sociologia jurídica – e por que não também da filosofia do direito? - de Luhmann e, portanto, para a apreciação dos limites decisórios da jurisdição constitucional pelo prisma da teoria dos sistemas, aqui devem ser feitos alguns aclaramentos sobre o arcabouço teórico-conceitual nela adotado.

A ideia da autopoiese, em um primeiro momento, cuida da relação entre o sistema e seu ambiente *Umwelt* (ambiente)[10]. O sistema que tenta reproduzir em menor escala em seu interior um mundo compreensível para si, promovendo deste modo a redução da crescente complexidade em que o *mundo exterior* ao sistema se apresenta como emaranhado impensável de possíveis comunicações de *novos sentidos*, de *novos conflitos*, de novas *lides constitucionais*.

Os eventos que emergem no *ambiente* são tão *multiformes* que determinaram a diferenciação funcional como necessidade do surgimento de sistemas funcionalmente especializados (os subsistemas da sociedade) como uma forma de redução dessa mesma complexidade, o que, neste texto, colocamos no seio da *produção decisória na jurisdição constitucional*.

A teoria dos sistemas aponta, em sua versão luhmanniana, para o fato de que o crescente e excessivo volume de possíveis informações e de multiformes potencialidades de conflitos na sociedade contemporânea exige a formação de núcleos ***especializados*** de ***sentido*** (*Sinn*). Ou seja, núcleos de sentido que partem de uma necessária autorreferência em torno de questões e temas sociais, o que fez emergir sistemas dotados da capacidade de auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e autodefinição (*Selbstbeschreibung*). Temas ligados a ***operações*** e ***expectativas*** sociais devem ser ***processados*** por sistemas surgidos em torno de função social ***especializada*****.** A expressão ***sentido*** (*Sinn*) tem um significado muito específico e próprio no na teoria luhmanniana dos sistemas. *Sentido* deve ser entendido como possibilidade de o sistema funcional da sociedade ao mesmo tempo reduzir e conservar a complexidade do mundo dentro

[9] Tradução livre do autor – Texto original: „*Die selbstreferentielle, auf der Ebene der Elemente >>autopoietische<< Reproduktion hat sich an diejenige Typik der Elemente zu halten, dia das System definiert. Insofern: Reproduktion!*"

10 Poderíamos esquematizar de modo bastante simplificado, somente para permitir a compreensão básica da ideia da autopoiese, deste modo: ***sistema*** *(fechado* operativamente) x ***não-sistema*** (tudo o que está fora do sistema = o ambiente).

do sistema (Luhmann: 1987a, 64-65). Isto permite que o sistema construa um sentido *autorreferencial* que se apresenta como *algo definido* (como, por ex., para o direito *como* fatos jurídicos, atos e fatos processuais) mesmo diante das multiformes possibilidades de informações esparsas no ambiente (*Umwelt*), ou seja, tudo que não esteja sendo *reproduzido* no próprio sistema, pertencendo, assim, ao complexo entorno social de cada sistema na forma de um *não-direito* para o sistema jurídico.

Estas *outras* operações ou acontecimentos *estranhos*, é claro, poderão ser elementos que se "ocorrem" no sistema da economia, da política, da educação, da intimidade ou da religião e que ainda não se apresentaram *como problema jurídico*, em outros termos, ainda não foram *judicializados*.

O problema é que nessa relação entre o sistema (*System*) e seu ambiente (*Umwelt*), surge a necessidade de comunicação de sentido (*Sinn*) entre as irritações (*Irritationen*) – *problemas emergentes* oriundas do ambiente ou entorno (*Umwelt*).

A irritação sistêmica se traduz como estímulos externos que perturbam o sistema, gerando possíveis comunicações que passam a *fazer sentido* (*Sinn*) nas operações internas – autorreferenciais - do sistema.

Destacamos acima a expressão '*jurídicos*'**,** que aparece no novel código processual como fundamentos *jurídicos* do pedido, que servem aqui para facilitar a ideia de que a autorreferência (autopoiética) do sistema jurídico exige que os *fatos* ocorridos no ambiente social devam ser <u>*traduzidos para o direito*</u> *como "fundamentos* <u>*jurídicos*</u>", como problemas e conflitos que devam ser internalizados pelo advogado, público ou privado, e pelos órgãos do Ministério Público *como temas e questões que apresentem relevância e que possam ser processadas pelos programas decisórios (princípios, regras e procedimentos)* autorreferentes do sistema do direito, que se apresentam como *problemas para a racionalidade sistêmica do direito*, como *argumentação jurídica* produzida pelas partes perante a jurisdição constitucional.

Se a petição inicial vier a ser recebida pelo juiz dá-se um primeiro passo para que a ***lide*** possa enfim produzir alguma ressonância (*Resonanz*) [= produção de sentido jurídico], isto porque a irritação só pode produzir ressonância dentro do sistema "*on the basis of its own frequencies"* (Luhmann, 1989: 16). Ou seja, a irritação sistêmica do ambiente trazida na petição inicial só produzirá ressonância – condições de desenvolvimento do processo - quando possuir algum sentido (*Sinn*) *jurídico* para o sistema do direito.

Eis aí a questão da seletividade das informações (dados e *fatos* do ambiente) que serão internalizadas no sistema. Essa seletividade é na verdade o *filtro* sistêmico, pelo qual as informações (irritações) passam pelo crivo do código binário (código de linguagem) - positivo e negativo (sim/não). No caso, temos no direito como código binário *direito x não direito*, *fato jurídico x fato não jurídico (irrelevante jurídico), lícito x ilícito*.

De toda sorte, o que importa aqui é que este *filtro sistêmico* do código binário preserva a autorreferência criando do sistema parcial ao construir um núcleo de sentido capaz de reduzir a complexidade do ambiente e de proporcionar o fechamento operacional (*selbstreferentielle Geschlossenheit*).

Para maior clareza sobre o que constitui o código (binário) sistêmico (*Code*), é bom observar a leitura proposta por Baraldi, Corsi e Esposito (1997: 33-34) de que o código é uma "regra de duplicação" que com base na base da linguagem se valida então também o código dos Sistemas funcionais diferenciados, os quais sempre se estabelecem sobre um esquema binário que rege certos tipos de diferenciação, que sua por sua rigidez excluem 'terceiros valores'.

O código rege a racionalidade *jurídica* do sistema do direito, servindo para a exclusão de questões *sem implicações jurídicas das operações sistêmicas* (aqui, no caso, de decisões no processo), mas ao lado do *código sistêmico* surge a figura dos *programas decisórios* que derivam do conceito de programa (*Programme*), conforme explicitado por aqueles mesmos autores (1997: 139), os programas constituem um complexo de condições de verificação de correção, orientando os sistemas para a estruturação da complexidade, pois ao ser observada a correção [ou não] de determinado comportamento, os "programas pontos de vista específicos que servem à identificação das conexões da expectativa [...]".

Neste contexto, o subsistema do direito orienta sua seletividade de sentido das irritações do ambiente pelo código binário *direito/não direito*, o que insere o sistema no conceito de sistemas sociais autopoiéticos, os quais se definem como subsistemas sociais diferenciados por critérios próprios de seletividade das informações existentes em um ambiente de crescente complexidade (hipercomplexidade). Baesado em um código binário (*Codierung*) próprio (positivo/negativo) os sistemas estabelecem sua autorreferência (*Selbstreferenz*) e seus critérios de auto-observação (*Selbstbeobachtung*), com vistas à reprodução de seus elementos por seus próprios elementos com o estabelecimento de seus programas (*Programmierung*).

E para as operações decisórias produzidas no interior do subsistema do Direito, que sentido assume a autopoiese?

Na teoria dos sistemas, Luhmann esclarece que o Direito, como um dos sistemas da sociedade, apresenta-se de modo peculiar: *suas operações não se realizam unicamente no interior do sistema jurídico*.

Assim, apesar de o Direito ser um subsistema social autopoiético de tipo peculiar, ele também utiliza a linguagem para estabelecer uma possibilidade de comunicação extrassistêmica - como fazem todos os subsistemas que integram a sociedade. Sem, contudo, deixar de referir-se a seu código próprio, ao qual se subordinarão internamente todas as operações autorreferenciais do sistema.

Colocado de outro modo, para a preservação de sua autorreferência o Direito constitui seus *programas normativos* (estudados a seguir) dentro do *seu* sistema. Entretanto, no que tange aos acoplamentos estruturais do Direito com o ambiente (*Umwelt*) a autopoiese nada revela sobre os efeitos mútuos (sistema ↔ ambiente) das estruturas que devem ser constituídas em razão dos referidos *acoplamentos estruturais*.

Os acoplamentos estruturais servem para parametrizar a *dimensão social* da lide submetida à decisão na jurisdição constitucional, colocando o julgador diante de eventos *recursivos ou inovadores* sobre os quais, de modo crescente, o sistema jurídico deve fornecer suas prestações decisórias (decisões judiciais). Daí que podemos ver os acoplamentos estruturais como possibilidades intersistêmicas de judicialização de conflitos, como, por ex., de conflitos econômicos em decorrência da interpretação e da validade (jurídica) de cláusulas

contratuais ou, ainda, de conflitos políticos que ressoam no campo das *políticas públicas* que se relacionam com o tema dos *direitos fundamentais*.

O processo crescente de judicialização de temas de interesse do sistema social, como consequência do aumento da contingência e da complexidade da própria sociedade, traz sobrecarga à autopoiese do Direito e impõe ao subsistema jurídico tomar parte em novos acoplamentos estruturais e produzir novas e recursivas decisões judiciais.

Tanto que devemos anotar aqui a observação de Luhmann sobre o necessário reforço da atenção decisória ao código binário autorreferencial do direito (*direito* x *não direito*) e de sua correlação com questão da autopoiese e acoplamentos estruturais e da necessidade de o direito preservar sua funcionalidade por meio de seu *fechamento operativo* e *sem colonizar-se por lógicas estranhas à interpretação e à argumentação propriamente jurídicas*.

Com isso, não se quer afirmar a existência de um fechamento do tipo *solipsista* do sistema jurídico em torno de sua *pura normatividade*, como um *discurso decisório* sobre *normas* (princípios, regras e procedimentos). Mas sim da possibilidade de uma *abertura cognitiva* para eventos sociais *autorreferencial e devidamente filtrados* e compreendidos como *fatos jurídicos,* Estes acontecimentos que podem assumir relevância jurídica também podem eventualmente envolver o compartilhamento de *valores comuns* com outros subsistemas de função, acabando por exigir a produção de uma comunicação sobre temas jurídicos que produza conexões também fora do sistema, o que podemos chamar de *eficaciabilidade* das comunicações (jurídicas), com os parâmetros e critérios expostos por meio de uma *adequada argumentação jurídica que fundamenta as decisões judiciais*.

O que surge daí é que para Luhmann o sistema do Direito, apesar de operacionalmente fechado (*operative Schließung*), é *cognitivamente aberto* (*kognitiv Öffnung*), pois ele necessita interagir com seu ambiente (*Umwelt*).

O sistema do Direito se "relaciona indiretamente" com seu ambiente e interage com ele e, para isso, se utiliza dos acoplamentos estruturais dentro do processo de tomada de decisões judiciais e na conformação da jurisprudência, mas sem que se possa exigir a internalização de *todos* os elementos *ambientais* do conflito. Este decorre da necessidade de que o juiz constitucional produza *consistência e adequação* no processo decisório, não se permitindo trazer para o interior do sistema questões que não apresentam um quadro mínimo de possíveis soluções jurídicas, exatamente porque não há soluções disponíveis no campo da política, da economia ou religião, para citar exemplos.

Daí a necessidade da produção *funcional*[11] de decisões judiciais[12], objeto da presente exposição, evitando-se os riscos de um processo oscilante baseado em decisões *ad hoc* regidas por questões que refogem ao limite e às capacidades operacionais *recursivas* do subsistema da jurisdição constitucional.

Bom notar que a existência de núcleos principiológicos no texto constitucional, não pode ser visto concessão pelo legislador de uma *carte blanche* aos juízes e Tribunais constitucionais para introduzir *simbolicamente* problemas e conflitos sem possibilidades ainda

[11] Termo aqui utilizado com ênfase em oposição a uma *decisão* ***disfuncional*.**
[12] Advirta-se, mais uma vez, que não são somente as decisões judiciais que se apresentam como decisões do sistema jurídico, mas também, por ex., um parecer emitido pelos órgãos jurídicos da Administração Pública.

de adequação e acomodação *eficacial* nas estruturas normativas do direito, como também da própria sociedade, o que somente redundaria em desprestigiar a *adequação autorreferente do processo decisória*. Por este ângulo, o juiz constitucional não está autorizado a decidir por *critérios pessoais dilemas* políticos, econômicos e morais[13] que estão fora da capacidade eficacial do direito, o que implicaria em ruptura com a consistência do sistema jurídico.

A autorreferência e a autopoiese o sistema jurídico não conferem no campo da jurisdição constitucional permissão para a adoção de ***soluções discursivas verticais*** em decisões sobre temas constitucionais, com a imposição pelo julgador de opções ***pessoais*** que não se inserem nos limites da racionalidade do sistema jurídico como um todo.

Em outros termos, não se pode admitir atividade decisória que se apresente como mero ***decisionismo***, que somente serve à produção da percepção na sociedade de *ineficácia prática* da jurisdição constitucional, colocando-se suas decisões *disfuncionalmente* diante de uma contingência social *desestruturada e sem possibilidade de adequado tratamento jurídico*. Quadro propício a gerar e agravar a percepção de *perda da função* (*Funktionverlust*) do sistema jurídico e do subsistema da jurisdição constitucional. Em outros termos, como 'perda' de sua função de *generalizar congruentemente* as expectativas normativas dentro da sociedade funcionalmente diferenciada.

Em nossa visão, exatamente aí se coloca o problema do denominado *ativismo judicial*, em algumas de suas configurações[14].

As decisões na jurisdição constitucional devem apresentar *fundamentação e argumentação jurídica* realista, coerente e consistente. Isto se obtém pelo reconhecimento da presença de antigos e novos acoplamentos estruturais, o que traz consigo um maior dever de *consistência* na *argumentação jurídica* que fundamenta as.

4. OS *PROGRAMAS CONDICIONAIS* DO DIREITO E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O texto já se apresenta maduro para a introdução da elucidação do conceito luhmanniano de *programas condicionais* do sistema jurídico, o que se afigura necessário ao encadeamento lógico das ideias apresentadas até aqui.

Sobre a concepção dos programas condicionais é conveniente apresentar a concepção luhmanniana de que o sistema do Direito atua por meio da constituição de processos (procedimentos) dirigidos à *produção de decisões – programas normativos*.

Ideia está ligada ao conceito de programas decisórios, pois *programas* são as condições restritivas – *constraints*[15] - da solução dos problemas emergentes segundo Luhmann

[13] Sobre os problemas dos dilemas morais e éticos, veja-se Rosalind Hursthouse (2000).

[14] Não cabe neste texto, mas somente mencionamos a nossa distinção entre *ativismo judicial* alopoiético (sem compromisso com a lógica e os limites da autorreferência do sistema jurídico) e *ativismo judicial* **autopoiético,** o qual em face de *hard cases* e situações inovadoras exige uma atividade criadora do direito pelo julgador, preservando, contudo a funcionalidade do sistema jurídico e regendo-se por critérios estritamente jurídicos fornecidos pela totalidade do sistema funcional do direito.

[15] O que quer significar que o juiz deve decidir dentro das *contenções* (*constraints*) resultantes da necessidade de se observa o *direito*, deixando de fora *Weltanschauungen* de natureza política, religiosa ou de preconceitos íntimos.

(1987: 227). O sistema funcional do direito, portanto, estabelece uma expectativa condicional na relação de se → então (*wenn → dann*), que se estabelece entre um conjunto fático (*Tatbestand*) e suas consequências *jurídicas*.

A execução dessa operação (***se → então***) tem como pressuposto o exame e a seleção dos *fatos* e do *programa condicional* parar, enfim, produzir um ato decisório (Luhmann, 1987: 227).

É bom que se recorde que os sistemas surgem em torno da necessidade de redução da complexidade do ambiente. O sistema do Direito não é diferente. Ele surge, como positivação, da relação entre a programação condicional e a *incerteza* (do futuro), a qual passa a ser eliminada por meio da normatização, ou seja, pelo estabelecimento da própria programação condicional apta a gerar estabilização de sentido nas decisões da jurisdição constitucional, *estabilizando-se expectativas sociais sobre questões jurídicas*.

E a solução de questões jurídicas sempre perpassa pelo dever de uma ampla, consistente e adequada *argumentação jurídica* opções decisórias adotadas pelo julgador, na exposição e explicitação de seus fundamentos.

Esta argumentação *juridicamente adequada* se coloca diante necessidade de criar um ambiente de congruência de *expectativas normativas*, as quais, por sua vez, estão diante do necessário processamento da *incerteza de confirmação* de expectativas sociais. Daí advém a importância do estabelecimento de *programas condicionais* pelo sistema jurídico.

Já se torna perceptível ao leitor que as expectativas que se inserem no campo do sistema do direito são *expectativas normativas*! Observe-se a propósito que na teoria luhmanniana a ideia das expectativas (*Erwartungen*) - comportamentos esperados - se apresentam em uma dicotomia entre *expectativas cognitivas* (*kognitive Erwartungen*) e *expectativas normativas* (*normative Erwartungen*). Nas expectativas cognitivas os sistemas sociais "aprendem" (*lernen*) com os comportamentos que destoam (*surpreendem*) e que desviam daqueles anteriormente observados.

Os sistemas, na perspectiva cognitiva, não "resistem" as condutas e comportamentos desviantes, mas, ao contrário, com eles, assimilando-os e incorporando-os ao sistema e, assim, aumentando sua complexidade interna e estabelecendo novas programações para suas operações.

Já nas expectativas normativas os sistemas reagem de modo contrafactual ("resistem") para estabilizar determinados comportamentos, movidos por uma necessidade de generalização de expectativas de comportamentos que permitam aos sistemas funcionarem dentro de um limite de "segurança" compatível com sua reprodução autopoiética (manutenção e previsibilidade).

Dentro desta perspectiva, Luhmann (1999: 117) sobre o sistema do Direito assevera que o sistema jurídico se insere no "domínio das expectativas normativas". O que implicar em que as expectativas quando desapontadas e frustradas não "cedem", não se modificam ou se adaptam, porque são estabelecidas também como premissas de futuros comportamentos. Com

suas ‘normas’, o Direito dirige-se à estabilização contrafática, das expectativas de comportamento ocasionalmente desapontadas.[16]

Luhmann (1998: 140) observa que:

> Pouco se conscientiza de uma segunda propriedade do direito positivo: sua “programação condicional”. No recurso do recente desenvolvimento do Direito está o direito explicitamente formulado e exteriorizado na forma de programas condicionais, o que é válido ainda quando as normas estejam articuladas ou linguística ou representativamente ou em bases simplificadas. O Direito é a sua estrutura não mais como expectativa de conduta e não mais uma formulação prévia de um objetivo bom, que por meio da efetivação da ação sua natureza realiza, senão como regulação de um programa condicional em que, dadas as condições, concretizam-se decisões específicas. Isso traz consigo a “moldura fática” e as “consequências jurídicas” em uma relação de se/então, na qual se exerce o exame e a seleção, portanto, produzindo uma decisão. Mais ainda, conduz a uma esperada relação de se/então entre as circunstâncias fáticas e a consequência jurídica, cuja execução do exame da seleção pressupõe, portanto, uma atividade decisória[17].

Na atividade decisória voltada para a estabilização contrafactual das expectativas (normativas), o direito está dotado de instrumentos *processuais constitucionais*, como, por ex., as ações de controle de constitucionalidade, e das sanções (*Sanktionen*) materiais e processuais (*vide* o §2º do art. 77 do NCPC). O processo e as sanções jurídicas se inserem na função de coercitivamente estabilizar certos comportamentos selecionados, inserindo-os no campo das expectativas normativas postas nas estruturas das programações condicionais do Direito, com vistas à superação das incertezas comportamentais, criando assim uma *incerteza contingente* (***se → então***)[18].

Agora se pode ver que a programação condicional não funciona como excludente ou óbice ao desenvolvimento dos programas que especificam metas de ação (programas finalísticos[19]) – em sua atuação dirigida a um fim selecionado -, presentes nos demais sistemas funcionais (finalísticos).

---

[16] Tradução livre do autor – Texto original: „*Ohne Zweifel gehört das Recht in den Bereich der normativen Erwartungen. Es impliziert, daß die Eerartungen im Enttäuschungsfalle nicht aufgegeben oder modifiziert, sonder als Prämissen weiterens Verhaltens fesgehalten werden. Als Norm zielt das Recht auf enttäuschungsfeste, gegebenenfalls kontrafaktische Stabilisierung von Verhaltenserwartungen.*“

[17] Tradução livre do autor – Em alemão: „*Weniger bewußt geworden ist eine zweite Eigenschaft positiven Rechts: seine konditionale Programmierung. Im Laufe der neuzeitlichen Rechtsentwicklung ist das explizit formuliert Recht durchgehend auf die Form eines konditionalen Programms gebracht worden, und das gilt auch dann, wenn Normen aus sprachlichen, darstellungsmäßigen oder Vereinfachungsgründen anders artikuliert werden. Das Recht ist seiner Struktur nach nicht mehr einfache Verhaltenserwartung undi nicht mehr Vorformulierung eines guten Zieles, durch dessen Aktualisierung das Handelns sein Wesen verwirklicht, sonder es wird al konditionales Entscheidungsprogramm gesetzt, das die Bedingungen angibt, unter denen bestimmte Entscheidungen zu treffen sind. Es bringt damit >>Tatbestand<< und >>Rechstsfolge<< in einen Wenn-Dann-Zusammenhang, dessen Vollzug Prüfung und Selektion, also Entscheidung, voraussetzt.*“

[18] Na teoria dos sistemas e em sua aplicação na sociologia jurídica, a este propósito escreve Luhmann (1998, 229) que: “Esta relação do condicionamento em face da complexidade só se torna concebível se notar-se corretamente a correlação entre programa condicional e incerteza. Do ponto de vista daquele que observa, daquele que no presente vivencia e atua no sistema, é e continua sendo a de se sobrevirá um determinado conteúdo fático, como também a de que é e permanece incerto se uma determinada sanção ocorrerá. Estas incertezas não serão minimamente superadas pela normatização e programação condicionais, ao contrário tornar-se-ão capazes disso ao serem transformadas na forma de “incerteza contingente”, ou seja, na regulação da contingência da conduta e da contingência da sanção na relação seletiva se/então. A relação, precisamente colocada, estabelece-se não entre conduta e sanção, como superveniências fáticas (ou seja, como se sem elas não surgissem), senão entre a contingência da conduta e a contingência da sanção. Ela conduz a seleção da conduta e a seletividade do sancionamento a uma conexão e desempenha a função de uma estrutura.”

[19] Programas finalísticos devem ser entendidos à luz da seguinte concepção luhmanniana (Luhmann, 1987: 278): „*In der Orientierung an solchem Vorher und Nachher, solchen Bedingungen und solchen Ergebnissen kann die Handlungsreduktion*

O problema decisório no sistema jurídico emerge quando as decisões judiciais se afastam de seu papel condicional e *alopoieticamente* o transmudam-se em função finalística, como veremos, dentro de uma indevida concepção de *ativismo judicial*.

Este quadro de uma possível e eventual *interpretação* do referido dispositivo constituiria um problema para a função e para as prestações decisórias do sistema jurídico, mormente quando se tem em mente o complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o direito. Esse acoplamento estrutural tem sua raiz nada mais nada menos do que na própria Constituição (Luhmann, 2002: 391). Daí o problema da politização das decisões judiciais, substituindo o sistema político na realização e na definição de programas *finalísticos* de natureza política.

As decisões judiciais, como prestações decisórias do sistema jurídico, ao deixaram seu papel de meio de *garantia e condicionalização* (programas condicionais) de desenvolvimento dos programas finalísticos da política, em um grave processo de *alopoiese*[20], situação em que passaria a assumir os riscos inerentes aos programas finalísticos da política. Este cenário indica a geração de disfuncionalidades gravíssimas, naquilo que denominamos *ativismo judicial alopoiético*.

O sistema jurídico, neste contexto, deixa de lado sua função de *generalizar de modo congruente as expectativas* na sociedade e passa a produzir *decisões coletivamente vinculantes* (Luhmann, 2002: 83-84), estabelecendo de modo abstrato e geral finalidades políticas, as quais podem colocar o direito em face do problema de sua *legitimidade* para fazê-lo, mormente quando se confronta com um modelo de democracia representativa, com representantes *eleitos* pelo Povo para o exercício precisamente de poder político (*politische Macht*) (Luhmann, 2002: 118-168).

Por este prisma, perde-se a importância dada à comunicação do "jurídico" à sociedade, na forma de programas condicionais próprios do sistema jurídico.

Como exemplo desse problema, no texto da Constituição brasileira de 1988, que é conceitualmente acoplamento estrutural entre política e direito, nota-se que a linguagem jurídica corrente, ao referir-se à concretização dos princípios de conformação política das áreas

an Selektionssicherheit gewinnen. Wenn die Umweltlage des Systems eine solche Asymtrisierung stüzt, wenn sie die Ergebniserwartungen honorieren und die Bedingungen liefert, kann das System durch Handeln eine Umsetzung von Input in Output vollziehen; es kann zumindest den eigenen Selektionsvollzug in dieser Richtung präzisieren. Das geschieht in der Form der Programmierung *des Handelns, die Bedingungen der Richtigkeit des Handelns entwederan Hand von Auslösebedingungen oder an Hand von bezweckten Folgen oder an beiden Geschtspunkten festmacht. Entsprechend kann man Konditional programme und Zweckprogramme unterscheiden.*" - (Tradução livre do autor: Pela orientação por um antes e um depois, tais condições e resultados, a redução (das condições) para a ação adquire grande precisão em suas seleções. Se a situação do ambiente do sistema dá suporte a tal assimetrização, se esse "honra" as expectativas a provê condições, o sistema pode executar a transformação do *input* em *output* por meio da ação; ao menos ele pode resumir a execução de suas seleções deste modo. Isto ocorre na forma de *programas* de ação, os quais estabelecem as condições para a correção da ação ao gerar condições que disparam ações ou finalidades que a ação deve visar, ou vice-versa. De modo correspondente, podem ser distinguidos programas que criam condições de outros que especificam finalidades.

[20] Sobre a distinção entre *autopoiese* e *alopoiese*, Alex M. ANDREW (1981: 157) esclarece que: "*The autopoietic viewpoint recognizes the organization that appears autonomously within the system; characteristics resulting from interaction with an environment are termed structure rather than organization. With this distinction, autopoietic systems are organizationally closed and can be described without reference to inputs or outputs. Systems that are not organizationally closed are termed allopoietic"*. Cuida-se no caso do sistema jurídico de uma lógica *excludente*, por ex., da lógica do poder (*Macht*) e da função político-partidária do sistema político. Marcelo NEVES (2007: 241) chega a falar em "corrupção sistêmica" quando a lógica de um sistema passa a ser aplicada *indiferenciadamente* por outro, na forma de uma *alopoiese*.

social e econômica no Estado brasileiro, tem se utilizado correntemente a expressão reveladora da necessidade de *implementação de políticas públicas*.

Estas *políticas públicas* – originariamente estabelecidas pelo sistema parcial da *política* (por sua função constituinte, legislativa ou administrativa) – acabam por gerar situações de conflito e se inserem em programações condicionais do sistema do Direito e passam a ter de ser *comunicadas* (decididas) como *dever jurídico-constitucional de implementação*, momento em que *a priori* não podem as decisões judiciais fazer opções estritamente *políticas* sobre o *modo* específico (discricionariedade política ou administrativa) por que tais *políticas públicas* devam ser realizadas, em substituição ao administrador público e dos detentores de mandato político, exceto em um quadro de omissão renitente e duradoura injustificável e que seja *apta* a ferir ou negar de forma imediata os direitos fundamentais mais básicos (como normas ou comandos jurídicos).

Pela observação final do parágrafo antecedente já resta claro que não se está aqui, deve ser advertido, a defender que o sistema jurídico, por meio de suas organizações judiciárias, não possa exercer um *ativismo autopoiético*, no sentido de que por meio da binariedade *constitucional* x *inconstitucional*, ou, mais precisamente da ideia da *omissão ou inércia inconstitucional*, exercer um papel pró-ativo no cenário social.

O problema está no dever de o sistema judiciário, como organização estruturada dentro do sistema jurídico, dar-se conta dos riscos da adoção de decisões que assumem ou até mesmo desconsideram os limites *políticos e financeiros* no momento em que sem a visão do ***todo*** determina e impõe escolhas sobre políticas públicas que devam ser operacionalizadas em detrimento de outras (questão da prevalência ou urgência de uma política pública sobre outra) ou de uma *gestão global* das estruturas administrativas.

Exatamente ao assumir por meio de decisões judiciais *opções políticas* ou tentativas de solucionar discursivamente *simbolismos políticos* (= questões políticas e financeiras ainda sem possíveis soluções), interferindo, por ex., de modo forçado e *ad hoc* no modo e circunstâncias estruturais de execução *específica* de políticas públicas é que o direito passar a assumir os riscos de consequências *políticas* (!) dessas decisões ao se afigurarem inexequíveis e inefetivas no plano prático, em um verdadeiro movimento *alopoiético* do sistema jurídico.

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E *FÓRMULA DO RISCO*

Luhmann desenvolve sua crítica sociológica ao sistema jurídico dentro da perspectiva da *fórmula do risco* (*Risikokalküle*) ou, em uma tradução mais literal, *cálculo do risco*.

Pela *fórmula do risco*, Luhmann (1995: 561-565) propõe que o conceito de risco se relaciona com a possibilidade de ocorrência de futuros danos, que surgem como consequência de decisões atuais. A decisão (judicial, por ex.) - preferida no presente - não pode prever tudo o que irá ocorrer no futuro.

Apesar da falta de previsibilidade dos riscos *externos* à decisão, aquele que decide pode prever os possíveis danos futuros decorrentes *de seu próprio modo de decidir*. Ou seja, a

própria decisão pode criar riscos inerentes, quando mesmo se vislumbrando de antemão possíveis efeitos negativos dela decorrentes, quem decide assume o *risco* de produzi-los.

Deve ser visto que na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann subjaz sempre a ideia da contingência. Aliás, a contingência é um dos fatores que determinam o surgimento dos subsistemas sociais, ao criar uma redução da hipercomplexidade do ambiente e propiciar uma previsibilidade (contingente) das operações (recursivas) futuras no sistema.

A fórmula do risco surge no contexto da contingência dos efeitos das decisões que são tomadas hoje e seus possíveis efeitos negativos futuros, que devem de antemão ser evitados ou minimizados.

No que se refere ao Direito, Luhmann (1995: 558) aponta para incerteza do próprio Direito como *direito da sociedade* (*Recht der Gesellschaft*), visto que a própria sociedade não pode contar com parâmetros constantes (inalteráveis). Os valores sociais, assim, não podem ser simplesmente projetados para o futuro e passar a funcionar como regras de colisão, pois o futuro se apresenta como *provável* ou *improvável*.

Os plexos principiológicos e de regras constitucionais conduzem a uma percepção de riscos decisórios, em vez de remeter a um *decisionismo ativista e alopoiético*, exige da jurisdição constitucional postura de responsabilidade em face dos possíveis efeitos de suas decisões aos destinatários atuais e futuros de sua decisão, pois ao decidir o julgador cria um *modelo decisório* que servirá de balizamento para decisão de *casos iguais* no futuro (*ativismo autopoiético*).

Apesar de que quaisquer projeções do futuro podem ser divergentes, mesmo assim as decisões da jurisdição constitucional não podem ser produzidas, como se pode verificar empiricamente notar em muitos casos, com base em cada caso presente (hoje) em decisões judiciais *ad hoc*, sem tomar em conta a relevância da expectativa em jogo com vistas à estabilização contrafática das projeções de futuro, não se colocando no contexto da *macrovisão decisória* (Viana, 2015: 258-263), em que se tem em mente não estar decidindo-se um caso isolado, mas criando *modelos decisórios* que permitam a decisão de *casos iguais*.

Ponto em que o operador no sistema jurídico deve em maior grau avaliar o *risco próprio do direito*.

Isto serve para estabelecer-se um contrapeso à já mencionada *illusion of control* (ilusão do controle)[21], na qual os que tomam decisões na esfera funcional do direito, muitas vezes, não percebem a responsabilidade ligada à necessidade de controle do risco.

É dizer, o julgador que decide, com base nas operações condicionais do Direito, não poderá invocar a formulação aberta dos núcleos principiológicos da Constituição, como elementos de discricionariedade judicial aberta, para deixar de considerar, de modo responsável, as variáveis ligadas à contingência de eventualmente as próprias decisões jurídicas (ad hoc) produzirem efeitos danosos para as expectativas sociais, não as estabilizando, mas

[21] Veja-se em Luhmann (1995: 560). Bom registrar que a expressão *illusion of control* surge nas pesquisas experimentais da psicóloga e professora da Universidade de Harvard Ellen Jane LANGER (1999: 239-240), inserindo-se posteriormente no campo de perquirição de processos decisórios e dos efeitos neles causados pela autoilusão, como se pode estudar em Scott PLOUS (1993: 170-172).

fazendo-as oscilar ao sabor das preferências de cada julgador individual no âmbito da jurisdição constitucional.

Neste ponto convém relembrar a lúcida lição de Eduardo García de ENTERRÍA (2011: 128) ao, solenemente, advertir que:

> Al sistema jurídico no interesan las opiniones personales de quienes actúan como jueces, sino solo su capacidad para expresar las normas que la sociedad se ha dado a sí misma y para hacerlas llegar a su efectividad última, lo que le impone operar necesariamente con sus principios y afinando su alcance.

Ou seja, retornando a nossa leitura, a sociedade moderna impõe, com suas incertezas e contingências, o aumento das presunções das consequências possíveis - negativas ou positivas - que passam a servir de critério para o desenvolvimento de decisões judiciais *consistentes* e *recursivamente aplicáveis* a casos semelhantes. E talvez exatamente por falta da observação (previsão) das consequências *sistêmicas*, ou melhor, dos resultados positivos ou negativos produzidos *internamente* em outros subsistemas da sociedade, as decisões proferidas pelo sistema jurídico têm criado um sentimento de insatisfação nas pessoas, o que, paradoxalmente, pode nascer da pretensão irrefletida (sistemicamente) de utilização das disposições constitucionais vagas e textualmente abertas (plurívocas).

Este quadro se forma pela adoção pelo juiz de *idealismos*, ou melhor, de suas *idealizações* subjetivas despidas de autorreferência *jurídica* (é dizer, não regidas de forma *consistente* e *adequada* pelo código e programas decisórios do próprio sistema jurídico), exatamente quando ele '*passa por cima'* das circunstâncias desfavoráveis existentes (ou mesmo a falta absoluta de condições) nas estruturas sociais apresentadas nos fatos do processo e as deixa de 'considerar' como *fator de risco* na decisão, reduzindo a possibilidade e a abrangência da *eficácia* do próprio ato decisório – em desprestígio do sistema jurídico e de sua jurisdição constitucional que passam a ser vistos como *disfuncionais e despidos de eficácia* pela sociedade a quem devem *adequadamente* servir.

Em síntese, uma decisão do sistema parcial do Direito, ao desconsiderar a fórmula do risco, em vez de criar as condições propícias para o bom funcionamento dos subsistemas da sociedade, passar a causar perturbações e irritações negativas, que vão de encontro à teleologia da função condicional/decisória do sistema jurídico.

É exatamente por meio da observação dos possíveis acoplamentos estruturais entre os sistemas das ordens social e econômica e o Direito, como meio de harmonização da comunicação para a ampliação da eficiência operacional de cada um deles em proveito da sociedade, que propomos a redução do risco inerente às decisões judiciais. O que passa pela da avaliação prospectiva dos *efeitos sistêmicos* das decisões jurídicas, principalmente das decisões judiciais, por sua importância central nesta exposição.

Ou seja, colocam-se as decisões do subsistema jurídico na contingência de verificar as possibilidades fáticas, materiais e *programáticas* (programas condicionais do direito + programas finalísticos dos outros sistemas envolvidos). Possibilidades observáveis por meio da percepção de acoplamentos estruturais, pelos quais os *valores sociais* comuns ou complementares a outros sistemas acoplados possam ser *traduzidos* no código binário do direito.

O sistema jurídico, deste modo, não passará a assumir as pressões políticas decorrentes de opções *simbólicas* (*promessas irrealizáveis*)[22] do legislador, seja aquelas introduzidas pelo poder constituinte no acoplamento estrutural da Política com o Direito, que é a própria Constituição.

Aqui não se está trabalhando, bom que se diga, com a proposta de que o sistema funcional do direito deixe de *explorar* argumentativa e faticamente novas e adicionais formas de promover os *deveres jurídicos e metas* constitucionais, mormente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais e sua concretização por meio de políticas públicas.

A questão é aqui colocada em outros termos, momento em que invocamos a admoestação de Luhmann (1995: 562) de que "*In selbstrefentieller Perspektive, also bezogen auf Begriffe, muβ das Recht die eigene Riskanz reflektieren*"[23].

O julgador na jurisdição constitucional ao decidir, então, não pode perder o sentido da *autorreferência que permite ao sistema que ele opera a reprodução autopoiética com base em seu código binário (direito x não direito),* devendo sempre refletir em um metanível sistêmico sobre os riscos não razoáveis que a decisão, de modo previsível, pode gerar para a sociedade, onde se encontra a figura processual sistêmica do *jurisdicionado*.

Mais ainda, a jurisdição constitucional não pode entregar-se à postura denunciada de modo veemente por Luhmann (1999: 281) como a tendência do jurista àquilo que ele denomina de *Flucht in die Phantasie* (fuga à fantasia). Esta fuga seria empreendida pelo jurista, em certas oportunidades, quando ele se vê colocado diante de dificuldades e impossibilidades fáticas, materiais (até mesmo jurídicas) em vez de averiguar a função condicional da uma lei diante dos fatos, nela se acaba por optar pela formulação de parágrafos "irrealizáveis" – ornados pelas idealizações subjetivas do juiz do caso; cheios de conceitos filosóficos e jurídicos vagos e indeterminados – que servem de *fundamento*s supostamente *jurídicos* para a produção de decisões judiciais que envolvem, muitas vezes, a solução *simbólica* de conflitos de conteúdo político e econômico, paradoxalmente *ainda sem soluções sustentáveis e eficazes* nas operações do direito.

Em outros termos, quando se depara com a impossibilidade (por falta de condições materiais, por exemplo) de eficácia (ressonância) da decisão do subsistema jurídico na sociedade (em outros subsistemas funcionais), o juiz ou tribunal vem a optar por se socorrer de conceitos ***vagos*** como "*função social*", "*exigências sociais*" e até de "*justiça*", dentre vários outros, sem colocar-se como *operador* de um sistema regido por uma *racionalidade própria* que se coloca diante da necessidade da produção de decisões *consistentes* e *adequadas internamente* no sistema e ainda *externamente* como estabilização *congruente* de expectativas normativas, momento em que a sociedade olha para o seu direito como produtor de *segurança e estabilidade* de sentido das decisões jurídicas (aqui especificamente *judiciais*).

Conceitos vagos e plurissemânticos são, às vezes, utilizados argumentativamente como *'princípios'* de modo arbitrário para fundamentar decisões judiciais, sem qualquer consideração ou avaliação dos riscos gerados pelo próprio direito e pelo compromisso *funcional* do direito de desenvolver-se de forma coordenada e coevolutiva do subsistema funcional do

[22] Sobre esta questão, leia-se a excelente monografia de Marcelo Neves (2007) e o trabalho de Andreas Zielcke (1980).
[23] Tradução livre do autor: "Em uma perspectiva autorreferencial, é dizer, referida a conceitos, o Direito deve refletir sobre seu próprio risco".

direito com o sistema social. Este compromisso pressupõe prestações jurídicas decisórias *consistentes e adequadas* ao sistema geral da sociedade, aptas a produzir um nível mínimo de *eficaciabilidade*, como resultados práticos e efetivos da jurisdição constitucional.

A produção pela jurisdição constitucional de decisões jurídico-constitucionais *sistêmicas* e dotadas de uma *adequada complexidade*, refletida como compatibilidade com a estrutura social geral existente em determinado estágio do desenvolvimento econômico, político e social de uma sociedade. Com a necessária compreensão recíproca (intersistêmica) da comunicação dos programas finalísticos com os programas jurídico-condicionais.

Com esse modo de operacionalização da jurisdição constitucional ganha a sociedade e ganha o próprio direito, pelo aumento de sua confiabilidade (segurança e previsibilidade jurídicas) e minimização dos riscos de suas decisões judiciais, coordenada pela observação e percepção de acoplamentos estruturais, reduzindo o risco de possíveis repercussões negativas para a sociedade, concebida como uma diferenciação entre sistemas parciais incumbidos de uma função especializada.

Na busca desta coordenação, com vistas à eficiência e ganho de compatibilidades funcionais, o Direito acabar por autorreferencialmente fazer uma auto-observação (reflexividade sistêmica) de seus próprios riscos, buscando, dentro das opções da fórmula do *se → então*, reduzi-los.

O necessário confronto da cadeia de produção de decisões da jurisdição constitucional com o paradoxo central do direito, na teoria de Niklas Luhmann, o da *abertura no fechamento*, que se traduz, em nossa leitura, como uma abertura para as dimensões temporal, material e social sem que isso signifique uma *abertura indiscriminada a todos os fenômenos e demandas 'sociais'*. Essa abertura sem critérios (autorreferentes) levaria o direito, em suas operações *jurídicas*, a perder sua autorreferência e produzir processo decisório oscilante, inconsistente, o que acabaria por incorporar expectativas (sociais) que suas estruturas sistêmicas *não podem cumprir*, contribuindo para o desprestígio do sistema jurídico em uma sociedade complexa e contingente.

A jurisdição constitucional traz consigo o grande problema dos limites do processamento e produção de decisões judiciais no interior de um sistema jurídico submetido a sua própria autopoiese está na ideia da necessidade de produção do ideal da segurança, o que leva Luhmann (1995: 194) a proclamar que:

> A segurança jurídica deve consistir, primeiramente, antes de tudo, na segurança de que questões, que assim se deseje, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não abrangido pelo direito.[24]

Exatamente aqui se coloca o dever de *openness* e de transparência das decisões da jurisdição constitucional, como dever de profunda, honesta e clara *argumentação jurídica (autopoiética)*. Transformando o texto constitucional em premissas concretas e *jurídicamente* delimitadas [premissas autopoiéticas] em seu ato decisório.

[24] Tradução livre do autor – texto original: *„Rechtssicherheit muß zunächst vor allem in der Sicherheit bestehen, daß Angelegenheit, wenn das gewünscht wird, allein nach dem Rechtscode behandelt werden und nicht etwa nach dem Machtcode oder irgendwelchen, vom Recht nicht erfaßten Interessen".*

6. CONCLUSÕES

(a) A jurisdição constitucional deve estar imbuída de sua função social de prestações decisórias que promovam coevolutivamente a construção de estruturas sociais harmonizadas e *normatizadas* (expectativas normativas estabilizadas) à luz dos princípios da dignidade da pessoa humanada, dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, *rule of law*, publicidade e eficiência, os quais a nosso ver nos dias de hoje constituem o núcleo da *racionalidade sistêmica* do direito contemporâneo. Essas exigências se inserem no contexto característico da modernidade com o reconhecimento do *constante e irrefreável* aumento da complexidade das relações sociais. A jurisdição constitucional deve ter em perspectiva que o sistema jurídico contemporâneo se vê na contingência de processar a todo tempo, para produzir decisões adequadas, elementos irritantes e perturbadores de outras lógicas *sociais* que operam dentro do sistema geral da sociedade que precisam ser *processadas* por uma *racionalidade* jurídica.

(b) Paradoxalmente, o sistema jurídico não tem como absorver indiscriminadamente todos os problemas estruturais da sociedade contemporânea, sendo que mesmo ao conferir *normatividade aos princípios* e ao observar a *função social do ordenamento jurídico*, a jurisdição constitucional terá que se ater aos limites das possibilidades *jurídicas* da decisão, aspecto em que lhe servirão os acoplamentos estruturais como instrumentos para a viabilização da *adequação* das decisões da jurisdição constitucional como função adaptativa do direito ao entorno (ambiente) social, onde se encontra a figura sistêmica do 'jurisdicionado'. Mas, por necessidade de *adequação interna* da jurisdição constitucional, deve ser preservado, nomeadamente, o fechamento operacional do Direito em seu código binário (linguagem operativa) e em suas programações de índole condicional.

(c) Qualquer manifestação de *ativismo* na jurisdição constitucional encontra limite na *fórmula do risco* proposta por Luhmann, a qual aponta para a circunstância de que não há mais espaço para certezas absolutas no campo operacional do sistema jurídico e de seu subsistema da jurisdição constitucional. Ao aplicar os dispositivos constitucionais deve ter-se em conta o fato inarredável de que o direito pode produzir e produz seus próprios riscos porque inserido em uma sociedade em si mesma submetida aos riscos inerentes às estruturas da modernidade, cuja alta complexidade amplia em cada vez maior grau as *necessidades*, os *conflitos* e, assim, os *riscos sociais*. A '*função social*' da jurisdição constitucional além de exigir uma interpretação pluralista e, portanto, *complexa*, ela deve permanecer dentro da função do direito ("ativismo" autopoiético) de estabilizar de *modo congruente* as expectativas normativas contingentes e complexas da sociedade contemporânea.

(d) Uma interpretação *aberta* e não relacionada realisticamente com a função social do próprio direito [de estabilizar de *modo congruente* as expectativas normativas] pode conduzir a um ativismo *alopoiético* guiado por idealizações subjetivas (político-ideológicas, econômicas e religiosas, dentre outras, do julgador) evitando-se o risco de que o direito nem sempre veja confirmados (concretizados) seus programas condicionais (normatividade e procedimentalização), o que decorreria da desconsideração de fatores observáveis nos fatos comprovados no processo que demonstram estar-se diante de deficiências das estruturas sociais inerentes aos outros sistemas funcionais da sociedade (política, economia, educação, dentre outros). A jurisdição constitucional não deve contar com a *força coercitiva* do direito para

impor como movimento *up down* a *eficácia* de sua decisão em *todos* os casos e situações, submetidos à jurisdição constitucional. Desta forma, os acoplamentos estruturais com outros subsistemas funcionais da sociedade, submetem o direito a uma necessária auto-observação (*reflexividade*) para a averiguação da possibilidade de criação de riscos decorrentes de suas próprias operações decisórias.

(e) A jurisdição constitucional deve potencializar sua autocontenção (*self-restraint*) e observar *programas decisórios* já estabelecidos e recursivamente estabilizados no sistema (como normas [regras e princípios], procedimentos etc) em sua autorreferência estritamente *jurídica*, que preservam o fechamento operacional e a reprodução autopoiética do direito. Não há como, dentro dessa moldura teórica, pensar-se que a jurisdição constitucional possa abrir-se *indiscriminadamente* para *o social* (?), impondo ao sistema decisório do direito, que necessita de *recursividade*, *adequação* e *congruência*, uma carga *fática* insuportável e insolúvel por meios de *soluções meramente discursivas* e *idealizadas* (ativismo judicial alopoiético), em sobressaltos de decisões produzidas *ad hoc*, sem ater-se a um contexto de *macrovisão decisória* (Viana, 2015: 258-263).

(f) Não se pode, por outro lado, assumir a jurisdição constitucional como atividade submetida a um *solipsismo sistêmico* que crie obstáculo à ***desparadoxação*** da relação entre abertura cognitiva (*kognitive Offenheit*) do sistema e fechamento operativo (*operative Schließung*). Ponto em que a *fórmula do risco* (*Risikoskalküle*) contribui como mecanismo que também impede a postura (*positivista em sentido estrito*) de indiferença às condições (ou ausência delas) no âmbito das operações sociais, o que como visto não implica no simples abandono da autorreferência e da autopoiese jurídica. A *fórmula do risco* remete a jurisdição constitucional à necessidade de contextualização (*circunstancialização*) diante do *Tatbestand* (quadro fático) para, então, o Direito aferir, por ex., os limites sistêmicos das possibilidades sociais (*econômicas e políticas, dentre várias outras*) de concretização de direitos que emergem como conflitos – *litígios ou lides processuais, em um movimento de desparadoxação entre a autorreferência (fechamento) e a heterorreferência (abertura) do sistema funcional do direito.*

(g) Por fim, a jurisdição constitucional deve ser remetida centralmente para a própria *função social do sistema jurídico*, que não pode ser vislumbrada como autorização para o exercício de qualquer forma de *discricionariedade judicial expansiva*, mas sim como um dever de a jurisdição constitucional promover a evolução criativa e adaptativa do direito em sua relação com a sociedade, sem que o juiz constitucional se sinta livre para colonizar o sistema jurídico, de modo *disfuncional*, com lógicas operativas e racionalidades não jurídicas (extra ou metajurídicas), submetendo o sistema do direito a lógicas operativas próprias, por exemplo, do sistema econômico ou do político. A jurisdição constitucional deve confrontar-se com o necessário *aumento das exigências da carga argumentativa* ao decidir, o que faz com as exigências mais estritas de *argumentação jurídica* que se traduza como referência à autopoiese jurídica, traduzindo-se na proposta de um direito que por meio da reprodução de suas operações decisórias em uma jurisdição constitucional que seja capaz de fornecer decisões judiciais *adequadas* e *consistentes* porque atentas a seus limites sistêmicos, preservando, assim, sua função social de produzir estabilidade *dinâmica* (mutabilidade autocontrolada) em torno do ideal da *segurança jurídica*, como consequência de uma efetiva *generalização congruente de expectativas normativas*, regida pelo código binário jurídico e concretizada por meio dos programas decisórios (condicionais) do direito. Somente desta forma a jurisdição constitucional promoverá o processamento adequado da contingência e da complexidade crescente da sociedade moderna. A jurisdição constitucional, neste horizonte, constrói o direito em um

"ativismo judicial" *autopoiético* em decisões autorreferentes a partir do texto constitucional, formando *modelos decisórios* capazes de produzir *recursividade* e aplicação em casos iguais, imbuído de *macrovisão decisória*. Enfim, a jurisdição constitucional deve atentar cada vez mais às exigências da *eficaciabilidade decisória*, *estabilidade*, *previsibilidade*, os quais conduzem aos valores magnos da *adequação decisória* e da *previsibilidade jurídica*. Antes de tudo, a jurisdição constitucional deverá estar atenta à própria função social do direito, que sistemicamente se traduz como seu dever de autocontenção para promover o precioso fruto jurídico da *estabilização congruente de expectativas normativas* por meio da jurisdição constitucional.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Alex M. *Autopoiesis, a theory of living organizations.* Nova Iorque: Elsevier North Holland. 1981

BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO; Elena. *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systemee*. Frankfurt ao Meno: Suhrkamp. 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Ley y Inmunidades del Poder*. Cizur Menor: Thomson Reuters. 2011

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método.* Petrópolis: Vozes. 1997.

HURSTHOUSE, Rosalind. *On Virtue Ethics*. Oxford: Oxford University Press. 2000.

KAUFFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*. Madrid: Debate. 1992.

KELSEN, Hans. *Reine Rechtstheorie*. Viena: Franz Deuticke. 1960.

LANGER, Ellen J.. The illusion of control. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (Eds). *Judgement under Uncertainty*: Heuristics and Biases. Cambridge: Cambridge University Press. 1999.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 3.ed. Darmstadt: Wesdeutscher Verlag. 1987.

_____. *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp. 1987.

_____. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp. 1995.

_____. *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp. 1999.

_____. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie.* 4.ed. Berlin: Duncker & Humblot. 1990.

_____. *Die Politik der Gesellschaft*. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp. 2002.

_____. *Einführung in die Systemtheorie*. 3.ed. Heidelberg: Carl-Auer. 2006.

_____. *La realidad de los medios de masas*. 1ª reimpressão. México: Anthropos Editorial. 2007.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J.. *A árvore do conhecimento:* as bases biológicas da compreensão humana. 6.ed. São Paulo: Palas Athena. 2007.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision-making*. Nova Iorque: McGraw Hill Publisher. 1993.

VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann:* complexidade e contingência no sistema jurídico. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2015.

ZIELCKE, Andreas. *Die symboliche Natur des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot. 1980.

Title: The confrontation of constitutional jurisdiction with its autopoitical limits: the problem of alopoietic judicial activism in the systems theory.

***Abstract*:** This article has the scope to produce brief reflection on the constitutional jurisdiction and the phenomenon of judicial activism. It proposes a possible reading in the light of systems theory. It confronts the necessary awareness of the systemic limits of judicial decisions, both in its efficacious aspect, and in the argumentative use of principles. Decisions in the field of constitutional jurisdiction begin to be problematized as possibilities of dysfunctionality of the benefits of the legal system in a complex and functionally differentiated society, as manifestations of an allopoietic judicial activism.

Keywords: Constitutional Jurisdiction. Activism. Autopoiesis. Alopoiese. Decision limits. Dysfunctionality. Efficiency. Resonance. Complexity and social contingency.

Referência:
VIANA, Ulisses Schwarz. O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoiéticos: o problema do ativismo judicial alopoiético na teoria dos sistemas. *Direito Público*: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerias, Belo Horizonte, v.15, n.1, jan./dez., 2018. p. 275-296.

Recebido em: Dezembro/2018.
Aceito em: Março/2019.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

normas para envio de artigos para publicação na Revista Jurídica da AGE

O periódico *DIREITO PÚBLICO: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado* pretende divulgar estudos, artigos, ensaios, enfim trabalhos jurídicos, da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

Os artigos enviados para publicação na Revista Jurídica da AGE deverão obedecer as normas da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas.

As peças processuais e pareceres dispensam a adoção desta padronização, embora possam ser adaptadas, em sede de revisão, em concordância com as normas previstas na ABNT.

Serão aceitos originais preferencialmente inéditos ou apresentados em eventos públicos.

ORIENTAÇÃO EDITORIAL:

1) Apresentação do artigo.

Os trabalhos destinados à Revista serão precedidos de folha de rosto em que se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), endereço, telefone, fax e e-mail, mencionando também a situação acadêmica do autor (ou autores), títulos e instituição à qual pertença.

Caso o artigo tenha sido publicado ou apresentado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) deverá ser feita referência à publicação ou ao evento.

Em anexo ao artigo, deverá também ser juntada autorização do(s) autor(es) para publicação, conforme modelo a seguir.

Os artigos deverão ser enviados para o e-mail institucional, no formato RTF (Rich Text Format) com os critérios descritos a seguir: processado em Word (RTF) for Windows, fonte Times New Roman, Preta, corpo 12 para todo o trabalho e corpo 14 para o título do artigo e título das seções e subseções; margem superior 3 cm, margem inferior 2 cm, margem esquerda 3 cm, margem direita 2 cm, cabeçalho e rodapé 1,45 cm; em papel A4, com digitação apenas no anverso da folha. A ordem de apresentação será: título (:subtítulo), nome do autor(es), sumário, resumo, palavra-chave, texto e referência bibliográfica, além de título (*title*), resumo (*abstract*) e palavra-chave (*keyword*) traduzidos para o inglês, com autorização para publicação em meio impresso e digital, e na internet.

2) Título

O título do artigo, com destaque para essa parte, é indicado na parte superior da primeira folha, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14); podendo complementar o título, o subtítulo segue abaixo do título, diferenciado tipograficamente, ou separado por dois pontos (:), centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, preta, corpo 14). E também o título em inglês.

3) Autor

O nome do autor é indicado por extenso abaixo do título, centralizado e em letras maiúsculas (fonte Times New Roman, corpo 14).

As indicações de formação acadêmica, títulos e instituição que pertence serão feitas em nota de rodapé precedida de símbolo gráfico (*).

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento da AGE/MG.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor (ou autores) podem ser mencionados ao final do artigo, antes das referências bibliográficas.

4) Sumário

Com a finalidade de visualizar a estrutura do trabalho e refletir sua organização, o artigo conterá um sumário logo abaixo do nome do autor, e nele serão mencionados os principais pontos a serem abordados pelo trabalho, através de numeração progressiva das seções.

Será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 3 cm da margem esquerda e direita, alinhamento justificado; espaçamento simples. E posteriormente ao sumário o Resumo do artigo.

5) Corpo do Texto

O corpo do texto será apresentado em fonte Times New Roman, Preta, corpo 12, parágrafo com recuo a 2 cm da margem esquerda e alinhamento justificado; espaçamento simples, entre linhas antes e

depois de parágrafos, 6 pt ou automático; para todo o trabalho.

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Deve-se evitar o uso de negrito ou sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

6) Capítulo

O capítulo ou títulos das seções e subseções, digitados em letra maiúscula, obedecerão a mesma fonte do texto, corpo 14, negrito; entre linhas precedidos de espaço 1,5 e espaço duplo que os sucederem; alinhado na margem esquerda; com numeração progressiva.

7) Citação

A citação obedecerá à mesma fonte do texto, corpo 10; recuo 4 cm, se ultrapassar 3 linhas. Caso as citações diretas limitem-se a esse espaço, deverão estar contidas no texto entre aspas duplas.

A transcrição literal de parte de normas jurídicas terá o recuo de parágrafo a 4 cm da margem esquerda e será precedida da expressão latina (em itálico) *in verbis:*.

As notas de referência para indicar as citações de fonte bibliográfica ou considerações e comentários que não devem interromper a sequência do texto aparecerão em notas de rodapé:

Apud = citado por, conforme, segundo (usado para indicar citação de citação)

Ibidem ou *Ibid*. = na mesma obra (usado quando se fizer várias citações da mesma obra)

Idem ou *Id*. = do mesmo autor (usado quando se fizer citação de várias obras do mesmo autor)

Opus citatum ou *Op. cit*. = na obra citada (usado para se referir à obra citada anteriormente e é precedida do nome do autor)

Loco citato ou *Loc. cit*. = no lugar citado

Sequentia ou *Et. Seq*. = seguinte ou que se segue

Passim = aqui e ali; em vários trechos ou passagens

Confira ou Cf. = confira, confronte

Sic = assim mesmo, desta maneira

8) Notas de rodapé

As notas de rodapé de página obedecerão à mesma fonte do texto, corpo 10; parágrafo de 0,5 cm da margem esquerda; alinhamento justificado; espaçamento entre linhas simples; numeração progressiva.

9) Referência bibliográfica

As referências bibliográficas serão apresentadas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), no final do artigo.

Os trabalhos publicados pela Revista poderão ser reimpressos, total ou parcialmente, por outra publicação periódica da AGE, bem como citados, reproduzidos, armazenados ou transmitidos por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original, aplicando-se o disposto no item anterior.

AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO

Pelo presente termo de autorização, cedo ao Conselho Editorial da Revista Jurídica da ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO de Minas Gerais, Av. Afonso Pena, 4.000 – Cruzeiro – Belo Horizonte – MG, a título gratuito e por tempo indeterminado, os direitos autorais referentes ao artigo doutrinário de minha autoria, intitulado

_____ _____ para fins de divulgação pública em meio impresso e eletrônico através das publicações produzidas pelo órgão.

_____
(cidade), (data)

_____
(nome)

Advogado-Geral do Estado
Sérgio Pessoa de Paula Castro

Advogado-Geral Adjunto
Danilo Antônio de Souza Castro

Advogado-Geral Adjunto
Luciano Neves de Souza

PROCURADORES DE ESTADO

Adilson Albino dos Santos
Adriana Gonçalves Myhrra
Adriano Antônio Gomes Dutra
Adriano Brandão de Castro
Adrienne Lage de Resende
Alana Lúcio de Oliveira
Alberto Guimarães Andrade
Alda de Almeida e Silva
Alessandra Nunes Villela
Alessandro Fernandes Braga
Alessandro Henrique Soares Castelo Branco
Alessandro Rodrigues
Alexandra Magalhães Neves
Alexandre Bitencourth Hayne
Alexandre Diniz Guimarães
Alexandre Moreira de Souza Anaguchi
Aline Almeida Cavalcante de Oliveira
Aline Cristina de Oliveira Amaranti
Aline Di Neves
Aline Guimarães Furlan
Aloísio Vilaça Constantino
Amanda Assunção Castro
Amélia Josefina Alves N. da Fonseca
Ana Carolina Cuba de Almada Lima
Ana Carolina Di Gusmão Uliana
Ana Carolina Oliveira Gomes
Ana Cristina Sette Bicalho Goulart
Ana Luiza Boratto Mazzoni Paiva
Ana Luiza Goulart Peres Matos
Ana Maria de Barcelos Martins
Ana Maria Jeber Campos
Ana Maria Richa Simon
Ana Paula Araújo Ribeiro Diniz
Ana Paula Ceolin Ferrari Bacelar
Ana Paula Muggler Rodarte
Ana Silvia Lima Azevedo
Anamélia de Matos Alves
André Borges Pires
André Luis de Oliveira Silva
André Robalinho de Albuquerque e Mello
André Sales Moreira
Andréa Maura Campedelli Machado Piedade
Angela Regina Soares Leite
Anna Carolina Heluany Zeitune Pires
Anna Lúcia Goulart Veneranda
Antônio Carlos Diniz Murta
Antônio Olímpio Nogueira
Armando Sérgio Peres Mercadante
Arthur Pereira de Mattos Paixão Filho
Aurélio Passos Silva
Bárbara Maria Brandão Caland Lustosa
Barney Oliveira Bichara
Beatriz Lima de Mesquita
Bianca Mizuki Dias dos Santos
Brenna Corrêa França Gomes
Breno Rabelo Lopes
Bruno Balassiano Gaz
Bruno Borges da Silva
Bruno Matias Lopes
Bruno Paquier Binha
Bruno Resende Rabello
Bruno Rodrigues de Faria
Caio de Carvalho Pereira
Camila de Alcantara Almeida Favalli
Carla Morena Lima de Oliveira Dias
Carlos Alberto Rohrmann
Carlos Augusto Góes Vieira
Carlos Eduardo Tarquíneo
Carlos Eduardo Wanderley Curio
Carlos Frederico Bittencourt Rodrigues Pereira
Carlos José da Rocha
Carlos Roberto Meneghini Cunha
Carlos Torres Murta
Carlos Victor Muzzi Filho

Carolina Borges Monteiro
Carolina Couto Pereira Roquim
Carolina Guedes Pereira Roquim
Carolina Miranda Laborne Mattioli Hermeto
Cássio Roberto dos Santos Andrade
Catarina Barreto Linhares
Cédio Pereira Lima Júnior
Celeste de Oliveira Teixeira
Célia Cunha Mello
Célio Lopes Kalume
César Raimundo da Cunha
Christiano Amaro Correa
Clara Silva Costa de Oliveira
Clarissa Teixeira Eloi Santos
Claudemiro de Jesus Ladeira
Claudia Lopes Passos
Cláudio Roberto Ribeiro
Cléber Maria Melo e Silva
Cléber Reis Grego
Cornélia Tavares de Lanna
Cristiane de Oliveira Elian
Cristina Grossi de Morais
Daniel Bueno Cateb
Daniel Cabaleiro Saldanha
Daniel Henrique Pimenta Faria
Daniel Luiz Barbosa
Daniel Santos Costa
Daniela Victor de Souza Melo
Danielle Fonseca Mattosinhos
Danilo Antônio de Souza Castro
Dario de Castro Brant Moraes
David Pereira de Sousa
Débora Bastos Ribeiro
Débora Val Leão
Denise Soares Belém
Dimas Geraldo da Silva Júnior
Diógenes Baleeiro Neto
Dirce Euzébia de Andrade
Douglas Gusmão
Éder Sousa
Edgar Saiter Zambrana
Edrise Campos
Eduardo de Mattos Paixão
Eduardo Goulart Pimenta
Eduardo Grossi Franco Neto
Elisângela Soares Chaves
Elisa Salzer Procópio
Eliza Fiúza Teixeira
Emerson Madeira Viana
Érico Andrade
Érika Gualberto Pereira de Castro
Ester Virgínia Santos
Esther Maria Brighenti dos Santos
Evandro Coelho Taglialegna
Evânia Beatriz de Souza Cabral
Fabiana Kroger Magalhães
Fabiano Ferreira Costa
Fábio Diniz Lopes
Fábio Murilo Nazar
Fabíola Pinheiro Ludwig Peres
Fabrícia Barbosa Duarte Guedes
Fabrícia Lage Fazito Rezende Antunes
Felipe Lopes de Freitas Honório
Fernanda Barata Diniz
Fernanda Caldeira Reis Correa
Fernanda Carvalho Soares
Fernanda de Aguiar Pereira
Fernanda Paiva Carvalho
Fernanda Saraiva Gomes Starling
Fernando Antônio Chaves Santos
Fernando Antônio Rolla de Vasconcellos
Fernando Barbosa Santos Netto
Fernando Salzer e Silva
Flávia Bao Travizani
Flávia Bianchini Mesquita Gabrich
Flávia Caldeira Brant de Figueiredo
Francisco de Assis Vasconcelos Barros
Françoise Fabiane Ferreira
Gabriel Arbex Valle
Gabriela Silva Pires e Oliveira
Gelson Mário Braga Filho
Geralda do Carmo Silva
Geraldo Ildebrando de Andrade
Geraldo Júnio de Sá Ferreira
Gerson Pedrosa Abreu
Gerson Ribeiro Junqueira de Barros
Gianmarco Loures Ferreira
Giselle Carmo e Coura
Grazielle Valeriano de Paula Alves
Guilherme Bessa Neto
Guilherme do Couto de Almeida
Guilherme Guedes Maniero
Guilherme Soeiro Ubaldo
Gustavo Albuquerque Magalhães
Gustavo Brugnoli Ribeiro Cambraia
Gustavo Chaves Carreira Machado
Gustavo de Oliveira Rocha
Gustavo de Queiroz Guimarães

Gustavo Luiz Freitas de Oliveira Enoque
Hebert Alves Coelho
Helena Retes Pimenta Bicalho
Iara Rolim Freire Figueiredo
Ivan Luduvice Cunha
Izabella Ferreira Fabbri Nunes
Jader Augusto Ferreira Dias
Jaime Napoles Villela
Jalmir Leão Santos
Jamerson Jadson de Lima
Janaína Cristina Reis Jenkins de Freitas
Jaques Daniel Rezende Soares
Jason Soares de Albergaria Neto
Jerusa Drummond Brandão Regazzoni
Joana Faria Salomé
João Calcagno Bandeira de Melo
João Lucas Albuquerque Daud
João Paulo Pinheiro Costa
João Viana da Costa
Joel Cruz Filho
José Antônio Santos Rodrigues
José dos Passos Teixeira de Andrade
José Franklin Toledo de Lima Filho
José Hermelindo Dias Vieira Costa
José Horácio da Motta e Camanducaia Júnior
José Maria Brito dos Santos
José Roberto Dias Balbi
José Sad Júnior
Josélia de Oliveira Pedrosa
Juarez Raposo Oliveira
Juliana Faria Pamplona
Juliana Padilha Nunes Mattar
Juliana Rizzato Silva
Juliana Schmidt Fagundes
Juliano Lomazini
Júlio César Azevedo de Almeida
Jullyanna Ribeiro dos Santos Pena
Junia Maria Coelho Ferreira Couto
Karen Cristina Barbosa Vieira
Kelly Christinne Mota Fonseca
Kleber Silva Leite Pinto Júnior
Lais D'Angela Gomes da Rocha
Larissa Maia França
Larissa Rodrigues Ribeiro
Leandro Almeida Oliveira
Leandro Anésio Coelho
Leandro Lanna de Oliveira
Leandro Moreira Barra
Leandro Raphael Alves do Nascimento
Leonardo Augusto Leão Lara
Leonardo Bruno Marinho Vidigal
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Matos Clemente
Leonardo Oliveira Soares
Letícia Rodrigues Vicente
Levy Leite Romero
Liana Portilho Mattos
Lina Maia Rodrigues de Andrade
Lincoln D'aquino Filocre
Lincoln Guimarães Hissa
Lucas Leonardo Fonseca e Silva
Lucas Oliveira Andrade Coelho
Lucas Pinheiro de Oliveira Sena
Lucas Ribeiro Carvalho
Luciana Ananias de Assis Pires Pimenta
Luciana Guimarães Leal Sad
Luciana Trindade Fogaça
Luciano Neves de Souza
Luciano Teodoro de Souza
Luis Gustavo Lemos Linhares
Luísa Carneiro da Silva
Luísa Cristina Pinto e Netto
Luísa Pinheiro Barbosa Mello
Luiz Francisco de Oliveira
Luiz Gustavo Combat Vieira
Luiz Henrique Novaes Zacarias
Luiz Marcelo Cabral Tavares
Luiz Marcelo Carvalho Campos
Luiza Palmi Castagnino
Lyssandro Norton Siqueira
Madson Alves de Oliveira Ferreira
Maiara de Castro Andrade
Manuela Teixeira de Assis Coelho
Marcelino Cristelli de Oliveira
Marcella Cristina de Oliveira Trópia Pinheiro
Marcelo Barroso Lima Brito de Campos
Marcelo Berutti Chaves
Marcelo Cássio Amorim Rebouças
Marcelo de Castro Moreira
Marcelo Pádua Cavalcanti
Márcio dos Santos Silva
Marco Antônio Gonçalves Torres
Marco Antônio Lara Rezende
Marco Otávio Martins de Sá
Marco Túlio Caldeira Gomes
Marco Túlio de Carvalho Rocha
Marco Túlio Fonseca Furtado
Marco Tulio Gonçalves Gannam

Marconi Bastos Saldanha
Marcos Saulo de Carvalho
Margarida Maria Pedersoli
Maria Aparecida dos Santos
Maria Carolina Beltrão Sampaio
Maria Cecília Almeida Castro
Maria Clara Teles Terzis
Maria Cristina Castro Diniz
Maria Eduarda Lins Santos de Almeida
Maria Elisa de Paiva Ribeiro Souza Barquete
Maria Letícia Séra de Oliveira Costa
Maria Teresa Cora Hara
Maria Teresa Lima Lana
Mariana Oliveira Gomes de Alcântara
Mariana Santos de Brito Alves
Mariane Ribeiro Bueno
Mário Eduardo Guimarães Nepomuceno Júnior
Mário Roberto de Jesus
Marismar Cirino Motta
Mateus Braga Alves Clemente
Matheus Fernandes Figueiredo Couto
Maurício Barbosa Gontijo
Maurício Bhering Andrade
Maurício Leopoldino da Fonseca
Max Galdino Pawlowski
Melissa de Oliveira Duarte
Michele Rodrigues de Sousa
Mila Oliveira Grossi
Milena Franchini Branquinho
Miucha Ferreira M. B. R. Alcântara
Moisés Paulo de Souza Leão
Mônica Stella Silva Fernandes
Nabil El Bizri
Nadja Arantes Grecco
Naldo Gomes Júnior
Natália Lopes Gabriel Costa
Natália Moreira Torres
Nathália Daniel Domingues
Nayra Rosa Marques
Nilber Andrade
Nilma Rogéria Cândido
Nilton de Oliveira Pereira
Nilza Aparecida Ramos Nogueira
Núbia Neto Jardim
Olir Martins Benadusi
Onofre Alves Batista Júnior
Orlando Ferreira Barbosa
Otávio Machado Fioravante Morais Lages
Pablo de Almeida Fernandes
Paloma Inaya Nicoleti da Silva
Patrícia Campos de Castro Véras
Patrícia de Oliveira Leite Leopoldino
Patrícia Martins Ribeiro Raposo
Patrícia Mota Vilan
Patrícia Pinheiro Martins
Paula Abranches de Lima
Paula Maria Rezende Vieira Serafim
Paula Souza Carmo de Miranda
Paulo da Gama Torres
Paulo Daniel Sena Almeida Peixoto
Paulo de Tarso Jacques de Carvalho
Paulo Fernando Cardoso Dias
Paulo Fernando Ferreira Infante Vieira
Paulo Gabriel de Lima
Paulo Henrique Gonçalves Pena Filho
Paulo Henrique Sales Rocha
Paulo Murilo Alves de Freitas
Paulo Rabelo Neto
Paulo Roberto Lopes Fonseca
Paulo Sérgio de Queiroz Cassete
Paulo Valadares Versiani Caldeira Filho
Plínio José de Aguiar Grossi
Pollyanna da Silva Costa
Priscila Vieira de Alvarenga Penna
Rachel Patrícia de Carvalho Rosa
Rachel Salgado Matos
Rafael Assed de Castro
Rafael Augusto Baptista Juliano
Rafael Cascardo Lopes
Rafael Ferreira Toledo
Rafael Rapold Mello
Rafael Rezende Faria
Rafaela Resende Brasil de Castro
Rafaella Barbosa Leão
Ranieri Martins da Silva
Raquel Correa da Silveira Gomes
Raquel Guedes Medrado
Raquel Melo Urbano de Carvalho
Raquel Oliveira Amaral
Raquel Pereira Perez
Regina Lúcia da Silva
Renata Couto Silva de Faria
Renata Cristina Ricchini Leite
Renata Tostes dos Santos Albuquerque
Renata Viana de Lima Netto
Renato Antônio Rodrigues Rego
Renato de Almeida Martins
Renato Saldanha de Aragão

Ricardo Adriano Massara Brasileiro
Ricardo Agra Villarim
Ricardo Magalhães Soares
Ricardo Milton de Barros
Ricardo Sérgio Righi
Ricardo Silva Viana Júnior
Roberto Guilherme Costa Ferreira Neto
Roberto Portes Ribeiro de Oliveira
Roberto Simões Dias
Robson Bicalho de Almeida Junior
Robson Lucas da Silva
Robstaine do Nascimento Costa
Rochelle Cardoso Barth
Rodolfo Figueiredo de Faria
Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
Rodrigo Maia Luz
Rodrigo Peres de Lima Netto
Rogério Antônio Bernachi
Rogério Guimarães Salomé
Rogério Moreira Pinhal
Romeu Rossi
Rômulo Geraldo Pereira
Ronaldo Maurílio Cheib
Roney de Oliveira Júnior
Rosalvo Miranda Moreno Júnior
Samuel de Faria Carvalho
Sandro Drumond Brandão
Sarah Pedrosa de Camargos Manna
Saulo Dantas de Santana
Saulo de Faria Carvalho
Saulo de Freitas Lopes
Sávio de Aguiar Soares
Sérgio Adolfo Eliazar de Carvalho
Sérgio Duarte Oliveira Castro
Sérgio Pessoa de Paula Castro
Sérgio Timo Alves
Sheila Glória Simões Murta
Shirley Daniel de Carvalho
Silvana Coelho
Silvério Bouzada Dias Campos
Simone Ferreira Machado
Soraia Brito de Queiroz Gonçalves
Tatiana Mercedo Moreira Branco
Tatiana Sales Cúrcio
Telma Regina Pereira Santos Rodrigues
Tércio Leite Drummond
Thaís Caldeira Gomes
Thaís Saldanha Belisário Santos
Thereza Cristina de Castro Martins Teixeira
Thiago Avancini Alves
Thiago de Oliveira Soares
Thiago de Paula Moreira Fracaro
Thiago Diniz Mateus dos Santos
Thiago Elias Mauad de Abreu
Thiago Henrique de Oliveira
Thiago José Teixeira de Assis Coelho
Thiago Knupp Souza de Andrade
Tiago Anildo Pereira
Tiago Maranduba Schröder
Tiago Santana Nascimento
Tuska do Val Fernandes
Valéria Duarte Costa Paiva
Valéria Maria Campos Frois
Valério Fortes Mesquita
Valmir Peixoto Costa
Vanessa Almeida Cruz
Vanessa Ferreira do Val Domingues
Vanessa Lopes Borba
Vanessa Saraiva de Abreu
Victor Hugo Versiani Nunes Lacerda
Vinicius Rodrigues Pimenta
Vitor Ramos Mangualde
Wallace Alves dos Santos
Wallace Martiniano Moreira
Walter Santos da Costa
Wanderson Mendonça Martins
Wendell de Moura Tonidandel

ADVOGADOS AUTÁRQUICOS

Abdala Lobo Antunes
Alesxandra Marota Crispim Prates
Aloísio Alves de Melo Júnior
Antônio Eustáquio Vieira
Bernardo Werkhaizer Felipe
Christiano de Senna Micheletti Dias
Cíntia Rodrigues Maia Nunes
Cláudio José Resende Fonseca
Débora Cunha Penido de Barros
Daniel Francisco da Silva
Eneida Criscoulo Gabriel Bueno Silva
Fabíola Peluci Monteiro
Fernanda de Campos Soares
Flávia Baião Reis Martins
Gladys Souza de Reque
Humberto Gomes Macedo
João Augusto de Moraes Drummond
Laurimar Leão Viana Filho

Márcio Roberto de Souza Rodrigues
Marcos Ferreira de Pádua
Maria Beatriz Penna Misk
Maria Estela Barbosa Figueiredo
Reynaldo Tadeu de Andrade
Rosália Silva Bicalho
Valéria Magalhães Nogueira
Valéria Miranda de Souza
Wagner Lima Nascimento Silva

IDENTIDADE ORGANIZACIONAL

NEGÓCIO

Assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial do Estado de Minas Gerais.

MISSÃO

Defender com êxito os direitos e legítimos interesses do Estado de Minas Gerais.

VISÃO

Tornar-se referência nacional em assessoramento jurídico, representação judicial e extrajudicial de entes públicos.

PRINCIPAIS VALORES

Justiça, Verdade, Moralidade, Ética, Interesse Público, Legalidade, Eficiência e Lealdade.