

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

Estado do Rio Grande do Sul

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 36	n. 76	p. 1-220	jul./dez. 2015
------	--------------	-------	-------	----------	----------------

JOSÉ IVO SARTORI

Governador do Estado

JOSÉ PAULO CAIROLI

Vice-Governador do Estado

EUIZÉBIO FERNANDO RUSCHEL

Procurador-Geral do Estado

CRISTIANO BAYNE

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

LEANDRO AUGUSTO NICOLA DE SAMPAIO

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

ANA CRISTINA TÓPOR BECK

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Corregedora-Geral da PGE

MELISSA GUIMARÃES CASTELLO

Coordenadora da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Euzébio Fernando Ruschel
(Presidente)
Melissa Guimarães Castello
Guilherme Valle Brum
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
Jose Luis de Bolzan Moraes
Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPETÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária CRB10/1343

Tiago Everling
Analista Jurídico

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Quatro Estações Indústria Gráfica Ltda.

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . -
Porto Alegre : PGE, 1979-

v.; 21 cm.

Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.

Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9,
n. 1-23 (1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

Procuradoria-Geral do Estado do RS

Av. Borges de Medeiros, 1555 – 16. Andar

90110-901 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um autausch

Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

EDITORIAL..... 7

DOCTRINA

A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita

The United Kingdom Supreme Court: judicial review without written constitution

Carlos Eduardo Dieder Reverbel..... 9

Honorários Advocatícios nas Causas em que a Fazenda Pública for Parte: sistemática do novo código de processo civil

Attorney's Fees in the Proceedings in which the Public Treasury is Party: the systematic of the new code of civil procedure

Fábio Jun Capucho..... 31

O Sistema de Controle da Administração Pública e o Papel da Procuradoria do Estado sobre Atos de Improbidade Administrativa

The Control System of Public Administration and the Role of the State Attorney on the Acts of Administrative Misconduct

Fernanda Figueira Tonetto..... 71

Capacidade Contributiva, Tributação Indireta e Mínimo Existencial

Ability to Pay, Indirect Tax and Existential Minimum

Elisângela Simon Caureo..... 103

Funções do Estado

State Functions

Eduardo da Silva Winter..... 153

A Relevância dos Precedentes na Análise Econômica da Litigância: um estudo de Law and Finance

The Relevance of Precedentes on Economic Analysis of Litigation: a study of law and finance

João Máximo Rodrigues Neto..... 193

EDITORIAL

O número 76 da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul consolida o processo de reestruturação desta Revista, que, a partir do volume 36, tem nova identidade visual, novo formato de apresentação da sua edição eletrônica, e, especialmente, novas regras para a publicação de artigos. Desde o número anterior, assegura-se a revisão às cegas, como forma de garantir que os trabalhos publicados sejam artigos de reconhecida qualidade, resguardando a imparcialidade do revisor.

Os artigos selecionados estão perfeitamente adequados à linha editorial da Revista, “Direito Público e Advocacia de Estado”. O Prof. Dr. Carlos Eduardo Dieder Reverbel escreve artigo sobre *A Suprema Corte do Reino Unido: controle de constitucionalidade sem constituição escrita*, em que apresenta um modelo de controle de constitucionalidade extremamente inovador, levando à reflexão sobre as qualidades e deficiências do modelo brasileiro. O advogado Eduardo Winter apresenta artigo intitulado *Funções do Estado*, em que identifica seis funções do Estado (administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora), e defende que cada uma delas estará mais bem executada se atribuída a um poder estatal independente.

Enfocando aspectos processuais do Direito Público, o Professor e Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, Dr. Fábio Jun Capucho, aborda tema atualíssimo no artigo *Honorários Advocatícios nas Causas em que a Fazenda Pública for Parte: Sistemática do Novo Código de Processo Civil*, concluindo que o direito à percepção de honorários pelos advogados públicos reforça a identidade da categoria como parte efetiva da classe dos advogados. João Máximo Rodrigues Neto analisa os custos envolvidos em um processo judicial, em artigo intitulado *A Relevância dos Precedentes na Análise Econômica da Litigância - Um Estudo de Law and Finance*. No artigo *O Incidente de Desconsideração da Personalidade*

Jurídica Previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e as Execuções Fiscais, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Thiago Holanda González apresenta tema de extrema relevância para a atuação judicial dos advogados públicos.

Debruçando-se sobre o sistema de tributação sobre o consumo, a Juíza Federal Elisangêla Simon Caureo debate a relação entre a capacidade contributiva e o mínimo existencial, no artigo *Capacidade Contributiva, Tributação Indireta e Mínimo Existencial*. No artigo *Subsídio e Gratificações Incorporadas: Garantia Constitucional do Direito Adquirido*, o Procurador do Estado do Rio Grande do Sul Paulo Quaglia analisa a possibilidade de manutenção das gratificações de direção, chefia e assessoramento, regularmente já incorporadas. Por fim, a Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul e Mestre em Direito Fernanda Figueira Tonetto estuda *O Sistema de Controle da Administração Pública e o Papel da Procuradoria do Estado sobre Atos de Improbidade Administrativa*.

Percebe-se, portanto, a qualidade e pertinência dos artigos selecionados com o eixo temático da Revista, e, especialmente, com a atividade-fim dos advogados públicos. Esperamos que a leitura da Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul seja muito rica.

Melissa Guimarães Castello

Procuradora do Estado

Coordenadora da Procuradoria de Informação,

Documentação e Aperfeiçoamento Profissional – PIDAP.

**A SUPREMA CORTE DO REINO UNIDO:
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
SEM CONSTITUIÇÃO ESCRITA**
*THE UNITED KINGDOM SUPREME COURT:
JUDICIAL REVIEW
WITHOUT WRITTEN CONSTITUTION*

Carlos Eduardo Dieder Reverbel¹

Recebido em: 18.2.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O presente artigo analisa a trajetória constitucional evolutiva do Reino Unido, mormente desde a abertura do Reino Unido à União Europeia até a adoção definitiva de uma Suprema Corte do Reino Unido.

Palavras-chave: Reino Unido; União Europeia; Ato de Reforma de 1988; Ato de Reforma de 2005; Suprema Corte do Reino Unido; Controle de constitucionalidade.

Abstract: This paper examines the evolving constitutional history of the UK, especially since the opening of the United Kingdom to the European Union until the final adoption of a United Kingdom Supreme Court.

Keywords: United Kingdom; European Union; Reform Act 1998; Reform Act 2005; United Kingdom Supreme Court; Judicial review.

¹ Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da UFRGS. Coordenador da Especialização em Direito do Estado da UFRGS. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFRGS. Doutor em Direito do Estado pela USP

Sumário: 1 Introdução. 2 A trajetória de independência da Suprema Corte Britânica da Câmara dos Lordes. 3 O primeiro passo: o European Communities Act 1972. 4 O segundo passo: o Human Rights Act 1998. a) O HRA e os atos legislativos. b) O HRA e os demais atos públicos. 5 O terceiro passo: a United Kingdom Supreme Court. 6 O quarto passo: a efetiva independência do Judiciário. 7 A contribuição britânica: um novo protagonismo. 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O direito aplicado no Reino Unido convive – de um lado e de outro do *canal da macha, entre Londres e Paris* – com duas realidades jurídicas impactantes e bem peculiares. De um lado, o direito da ilha, originário dos saxões, que invadiram o norte da Inglaterra, fruto do espírito desbravador dos normandos, cujo principal expoente foi Guilherme, o Conquistador, já em 1066. De outro, a realidade moderna do direito aplicado pela União Europeia, com ascendência marcadamente *romano-germânica*, legalista, formalista, positivista. Conciliar o seu direito próprio, costumeiro, histórico e arcaico, com as exigências modernas do direito da União Europeia (o qual traçou diretrizes mais uniformes aos países-membros) não foi tarefa fácil. Custou aos Ingleses, podemos dizer, uma arquitetura constitucional bastante própria, que passo a passo foi adaptada por atos formais do parlamento, internalizando as mudanças vindas de fora.

Essa sequência de tratados, acordos e atos formais do parlamento que impactaram o Direito Constitucional Britânico, rumo ao Controle de Constitucionalidade, podem ser sumariadas, da seguinte maneira: **(a)** *European Economic Community*; **(b)** *European Coal and Steel Community*; **(c)** *European Atomic Energy Community*; **(d)** Tratado de *Maastricht*, o qual incorporou, em seu texto, além dos acordos multilaterais já citados, as emendas dos Tratados de Amsterdã, Nice e Lisboa; **(e)** *European Convention on Human Rights – ECHR*; **(f)** *Human Rights Act – 1998*; **(g)**

Reform Act 2005, o qual formalmente criou a Suprema Corte do Reino Unido, o Controle de Constitucionalidade e a efetiva independência da Câmara dos Lordes. A trajetória evolutiva (*de mudar-conservando*) ora descrita, bem demonstra as razões pelas quais, a Inglaterra tenha sido uma das últimas democracias ocidentais, a adotar um sistema formal de Controle de Constitucionalidade das leis. Eis a síntese desta trajetória, no presente artigo, em quatro passos.

2 A TRAJETÓRIA DE INDEPENDÊNCIA DA SUPREMA CORTE BRITÂNICA DA CÂMARA DOS LORDES

O Reino Unido – que sempre esteve à frente dos avanços institucionais na separação das funções políticas – uma vez alcançada sua pentapartição², na passagem do Século XIX para o Século XX, parou no tempo. Apegado a sua Constituição histórica,³ avesso ao apriorismo constitucional e resistindo à formalização do poder constituinte,⁴ custará a retomar a trajetória evolutiva. Entretanto, ao fazê-lo, no alvorecer do terceiro milênio, soube recuperar seu protagonismo no domínio dos instrumentos institucionais, abrindo-se, agora, às novas tendências continentais. No melhor estilo pragmático, evitou mudanças apressadas, que pudessem precipitar rupturas históricas. E o Parlamento só interveio, por meio de atos formais, quando indispensável.

² O Reino Unido foi o grande protagonista da História da Separação dos Poderes. Em realidade, os poderes tradicionalmente centralizados nas mãos dos Reis Absolutistas, acompanharam uma crescente separação e especialização na História do Ocidente. Esta história remontamos, com bastante detalhamento in: SOUZA JR., Cezar Saldanha & REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos poderes políticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*.

³ BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 9; BARENDT, Eric. *Is there a United Kingdom Constitution?* 17 Oxford J. Legal Stud. 137, 138-146, Spring (1997); VICK, Douglas. W. The Human Rights Act and the British Constitution. 37 *Texas International Law Journal*. Spring, 2002. p. 331-332.

⁴ “The United Kingdom is a rare example of a democracy without a written constitution” VICK, Douglas W. Op. cit., p. 333.

O processo – que vai culminar na criação da *Suprema Corte do Reino Unido* – levou onze anos, contados de seu ponto de partida, a edição do *Human Rights Act 1998–HRA*. Quando aprovado o correspondente *Reform Act 2005* (em vigor desde 2009), quase todas as democracias europeias já haviam ingressado na sexta fase da especialização dos poderes. O Reino Unido está entre as últimas democracias estáveis a criar – separado dos demais poderes – um *tribunal constitucional*,⁵ independente dos demais poderes e com funções análogas às de controle de constitucionalidade.

Faltava ao Reino Unido, instrumentos para tratar formal e sistematicamente os direitos fundamentais. A liberdade de expressão, a liberdade de imprensa e a liberdade de associação, entre tantas, eram direitos não expressamente positivados.⁶ A tutela das liberdades no País dependia apenas do processo democrático e dos instrumentos tradicionais do *rule of law*.⁷ Antes da adoção do *HRA* e da criação da *Suprema Corte*, os residentes no Reino Unido tinham de socorrer-se diretamente da Corte Europeia de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Só quando os dois instrumentos ingressaram no ordenamento britânico é que a tutela dos direitos fundamentais, no País, vai alcançar contornos compatíveis com o das nações mais avançadas.⁸

Assim, paradoxalmente, o Reino Unido atrasou-se na internalização formal dos direitos humanos originários da *European Convention on Human Rights – ECHR* também por possuir uma longa tradição ético-social e político-institucional de atenção às liberdades públicas.⁹

⁵ Ferreres Comella detalha o processo de adoção do controle concentrado (ou centralizado) de constitucionalidade nos países europeus. FERRERES COMELLA, Victor. The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization? *International Journal of Constitutional Law*. p. 461. 2004.

⁶ VICK, Douglas W. Op. cit., p. 341.

⁷ BARENDT, Eric. Freedom of Expression in the United Kingdom Under the Human Rights Act 1998. *84 Indiana Law Journal*. p. 851-852. 2009; VICK, Douglas W. Op. cit., p. 329-330.

⁸ VICK, Douglas W. Op. cit., p. 329.

⁹ “The primary vehicles for protecting human rights under the British system were therefore primarily political and moral rather than legal in nature”. SKOLD, Michael. The Reform Act’s

Somente em 1997, o País incorporou a *ECHR* ao direito interno. E com isso, além de aprimorar a proteção das liberdades no Reino Unido, evitava o constrangimento político, o dispêndio de tempo e o custo econômico, envolvidos no acionamento sistemático de autoridades britânicas perante a *Corte Europeia* em Estrasburgo. Como afirmou o Governo do dia, dirigindo-se a seus cidadãos sobre essa instituição: “*You’ll probably never need it, but it’s nice to know it’s there*”.¹⁰

Nos tópicos seguintes trataremos da trajetória britânica nessa matéria, desde o ingresso do País na União Europeia (*European Communities Act 1972*), passando pela internalização da *ECHR* (*Human Rights Act 1998*), até a adoção definitiva da *United Kingdom Supreme Court (Reform Act 2005)*.

Sintetizaremos o seu itinerário nesses quatro passos progressivos.

3 O PRIMEIRO PASSO: O EUROPEAN COMMUNITIES ACT 1972

A trajetória institucional evolutiva do Reino Unido foi assinalada, na primeira metade no século XIX, com o *Reform Act 1832*, que *de facto* e *definitivamente* consolidava no País, pela via eleitoral, a separação entre a *Coroa* (a chefia de Estado hereditária), o *Governo* (ministros provenientes de eleição) e fincava as bases de uma *Administração Pública*, que, na passagem do século XIX, para o século XX, ganharia a autonomia necessária frente ao Governo do dia. Entretanto, uma instância independente de poder político, voltada para a defesa dos mais altos valores juspolíticos, bem assim, dos direitos fundamentais da Pessoa, teve de esperar até a segunda metade do século XX.

Supreme Court: A Missed Opportunity for Judicial Review in the United Kingdom? 39 *Connecticut Law Review*. vol. 39. p. 2170. 2006-2007.

¹⁰ KITTERMAN, Christina M. The United Kingdom’s Human Rights Act of 1998: will the parliament relinquish its sovereignty to ensure human rights protection in domestic courts? 7 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* p. 585-589. 2000-2001.

Somente após a segunda grande guerra mundial, o Reino Unido abriu-se – e, assim mesmo, progressivamente – à Comunidade Europeia de Nações, que se formava e avançava, a passos largos, do outro lado do Canal da Mancha. Essa abertura, do ponto de vista jurídico, foi institucionalizada em uma sequência de atos de direito internacional, assim sumariáveis:

(a) os acordos multilaterais da década de 1950 (*European Economic Community, European Coal and Steel Community* e o *European Atomic Energy Community*¹¹);

(b) o Tratado de *Maastricht*, de 07.02.1992, que incorporou, em seu texto, os acordos multilaterais acima citados, bem assim as emendas dos Tratados de Amsterdã, Nice e Lisboa;

(c) o Ato do Parlamento Britânico, denominado *Human Rights Act 1998*, que internalizou a Convenção Europeia de Direitos Humanos;

(d) o Ato do Parlamento Britânico, denominado *Reform Act 2005*, que criou a *United Kingdom Supreme Court*; e

(e) o não menos importante Ato do Parlamento Britânico, denominado *European Communities Act 1972*, marco jurídico-formal inicial do itinerário da inclusão plena do Reino Unido no convívio das nações europeias.

Essa sequência de *Acts* – cujo marco jurídico inicial firma-se no *European Communities Act 1972* – afetou a tradicional doutrina da *Soberania do Parlamento*. Com a aprovação desse Ato, o Parlamento internalizou o direito comunitário contido no conjunto dos *Acordos Multilaterais Europeus*.¹² Essa necessidade de o Reino Unido abrir-se à

¹¹ European Communities Act 1972, Part I, General Provisions.

¹² SKOLD, Michael. Op cit., p. 2168-2169.

Europa é que destravou o processo institucional evolutivo, que vai levar o País à hexapartição dos poderes.

O ingresso do *UK* na comunidade *européia*, se de um lado destravou a evolução institucional britânica, de outro acarretou conflitos de competência. O *ECA* impõe aos Parlamentos dos Estados membros obediência às normas de Direito Comunitário. Ora, o Parlamento Britânico é, tradicionalmente, muito cioso da sua soberania. A decisão do *Factortame Case*¹³ – interpretando o ingresso do Reino Unido na União Europeia – reafirmou, e de forma peremptória, a vinculação do Parlamento, ao direito comunitário.¹⁴

4 O SEGUNDO PASSO: O *HUMAN RIGHTS ACT 1998*

A evolução institucional britânica – inaugurada com o *ECA* – deu um segundo passo irreversível ao internalizar a *ECHR*. A tarefa foi efetivada com a aprovação, pelo Parlamento, do *Human Rights Act 1998* – *HRA*.

O *HRA* diferencia-se do *ECA* pelo fato de o primeiro ter identificado, na *ECHR*, artigos específicos (arts. 2.º a 12 e 14, da Convenção), Protocolos próprios (arts. 1.º a 3.º, do Primeiro Protocolo; art. 1.º do Décimo Terceiro Protocolo), chamados de “*Convention Rights*”, dos quais o *HRA* selecionou uma lista de princípios a serem aplicados ao País, a saber: (1) direito à vida, e as proibições de tortura e de tratamento desumano; (2) direito de não ser escravizado; (3) direitos à liberdade e à segurança; (4) direito a um julgamento justo; (5) vedação da retroatividade penal; (6) direito à privacidade; (7) liberdade de pensamento, consciência e religião; (8) liberdade de expressão, de associação e de reunião pacífica e sem armas; (9) direito de casar e formar família; (10) direito de fruir das demais prerrogativas e garantias da convenção, sem discriminação

¹³ *Factortame* (n. 2), 1 A.C. 603, apud SKOLD, Michael. Op cit. p. 2169.

¹⁴ SKOLD, Michael. Op cit., p. 2169.

de sexo, raça, cor, idioma, religião, opinião política, origem nacional ou social, condição econômica, vinculação a minorias nacionais ou de qualquer outro *status* ou condição; (11) direito à propriedade e de sua fruição pacífica; (12) direito à educação; e (13) direito a eleições livres.¹⁵

a) O HRA e os atos legislativos

A ECHR, incorporada pelo HRA, introduziu no processo legislativo três diretrizes inducentes a diálogo: (1) a obrigação de o Governo moldar o projeto e conduzi-lo à aprovação, em espírito aberto aos direitos da *Convenção*; (2) a obrigação de o Judiciário, ao interpretar e aplicar as leis, esforçar-se, ao máximo, para compatibilizá-las com a *Convenção* (*Section 3* do HRA); e (3) somente na absoluta impossibilidade de efetivar a compatibilização, é que as Cortes¹⁶ estão autorizadas a declararem a incompatibilidade.¹⁷

Ora, o Parlamento não é um “cartório de registro” da ECHR. Ele não está vinculado à aplicação imediata e irrestrita da *Convenção*; nem pode ser forçado a determinar a aplicação imediata e irrestrita dela.¹⁸ Cabe, sempre, ao Parlamento, como órgão soberano, uma prudente *margem de apreciação*, acerca do direito interno aplicável. A persistirem conflitos, os direitos da ECHR, via de regra, sobrepor-se-ão ao direito britânico,¹⁹ embora – alerta Douglas Vick – “*the ultimate decision whether*

¹⁵ VICK, Douglas W. Op. cit., p. 352-353. Ver ainda, Human Rights Act 1988, arts. 4.º a 14.

¹⁶ House of Lords, the Privy Council, the Courts Martial Appeal Court, the Court of Appeal (in England, Wales and Norte Ireland), the High Court (in England, Wales and Norte Ireland), the Court of Session (in Scotland), and the Scottish High Court of Justiciary when sitting as an appeals court. Human Rights Act 1998, §§ 4, 5.

¹⁷ Cf. VICK, Douglas W. Op. cit., p. 344-345.

¹⁸ “The influence of the Convention on the domestic law of the United Kingdom, however, was limited by the constitutional doctrine of dualism, which separates national from international law”. VICK, Douglas W. Op. cit., p. 344; Ver ainda: JENKINS, David. From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution. 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. p. 948. 2003.

¹⁹ Até porque economicamente o Reino Unido não poderia abandonar os benefícios de estar vinculada à União Europeia. VICK, Douglas W. Op. cit., p.

to amend or repeal an act found by the courts to be incompatible with Convention rights rests with Parliament itself”.²⁰

b) O HRA e os demais atos públicos

A Seção 6 do HRA ampliou o conceito de *Autoridade Pública*. Nesse conceito de *Autoridade Pública* estão abrangidos os atos: (a) das Cortes e dos Tribunais; (b) das agências executivas; (c) da polícia; (d) do setor de imigração; bem como (e) dos atos dos particulares, no exercício de atividade pública.²¹ Entretanto, o HRA não considera de *Autoridade Pública* os Atos praticados pela *House of Parliament*, ou por pessoas que exerçam funções conexas com as funções dessa Casa. Assim, os atos jurídicos que eram praticados pelos *Law Lords*, junto ao *Appellate Committee*, não se enquadravam no conceito de *Ato de Autoridade Pública*.²²

Se a *Autoridade Pública* atuar em desacordo com direitos da *ECHR*, a parte lesada pode valer-se do HRA para impugnar a legalidade do *Ato*, requerendo sua revisão. Tecnicamente, pela natureza de suas funções constitucionais, o Parlamento não *pode* violar os direitos da *Convenção*,²³ pois sua função restringe-se à compatibilização do direito interno britânico com os direitos da *ECHR*. E, ao interpretar os *statutes*, o Parlamento não fica vinculado a suas decisões anteriores. Ou seja: a decisão por ele tomada pode vir a ser revista.

O Judiciário, diferentemente, pode construir uma interpretação nova, tanto a partir dos direitos previstos pela *ECHR*, quanto pelo *case law*. As decisões da *Corte Europeia* – embora possam servir de argumento às Cortes britânicas – não são vinculatórias.²⁴ As decisões judiciais

²⁰ VICK, Douglas W. Op. cit., p. 356.

²¹ Human Rights Act, 1998, § 6 (1).

²² Tal configuração institucional mudou com a criação da Suprema Corte do Reino Unido em 2009.

²³ KITTERMAN, Christina M. The United Kingdom’s Human Rights Act of 1998: will the parliament relinquish its sovereignty to ensure human rights protection in domestic courts? 7 *ILSA J. Int’l & Comp. L.* p. 589-591. 2000-2001; VICK, Douglas W. Op. cit., p. 357.

²⁴ KITTERMAN, Christina M. Op. cit. p. 591. Para Fitzgerald, “the HRA affirmatively directs the

britânicas devem compatibilizar-se, ao máximo, com os direitos da *ECHR*. Entretanto, as Cortes não podem declarar inconstitucionalidade de leis. Só a *High British Court*, enquanto esta existiu, podia pronunciar a *Declaration of Incompatibility*, reportando ao Parlamento, ao qual competia a decisão final sobre o destino da lei.²⁵

A *Declaration of Incompatibility* não afasta a validade da lei e também não vincula o Governo. Cabe ao *Minister of the Crown* propor ao Parlamento emenda à legislação, para eliminar a incompatibilidade da lei perante a *ECHR*, explicitando as razões da alteração.²⁶ Enfim, o *HRA* exige a harmonização dos Direitos da *ECHR* com as exigências do *due process of law*, vale dizer, com os princípios fundamentais do *Common Law*.²⁷

O Judiciário, como autoridade pública, tem o dever funcional de atuar de acordo com a *ECHR*. A Seção 3 do *HRA* estabelece que as Cortes devem levar em conta os direitos da *ECHR*, na aplicação das leis (*statutes*) que regulem as contendas privadas. Aplica-se a *Convenção*, de maneira direta, nas relações entre os particulares e o Estado (aplicação vertical); e, de maneira indireta, nas relações dos particulares entre si (aplicação horizontal).²⁸ Não se pode negar, entretanto, que as leis britânicas (*domestic statutes*) e o *common law* inglês entrelaçam-se, com os direitos da *Convenção*, podendo ser difícil, em certas matérias, uma harmonização perfeita dos direitos fundamentais envolvidos.

courts to apply the ECHR and related European law, while at the same time attempting to preserve Parliament's preeminent role in the British constitutional system". FITZGERALD, Peter L. Op. cit., p. 247.

²⁵ JENKIN, David. Common law declarations of unconstitutionality. 7 *International J. Const. L.* p. 184. 2009.

²⁶ KITTERMAN, Christina M. The United Kingdom's Human Rights Act of 1998: will the parliament relinquish its sovereignty to ensure human rights protection in domestic courts? 7 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* p. 591-594. 2000-2001.

²⁷ Human Rights Act, 1998, § 6 (1), §6 (3)(a).

²⁸ BUXTON, Richard. The Human Rights Act and Private Law. 116 *Law Q. Review.* p. 51-52. 2000. Há quem defenda uma visão horizontal na aplicação dos direitos da *Convenção*. Ver: WADE, William. The United Kingdom's Bill of Rights. *Constitutional Reform in the United Kingdom.* p. 63.

5 O TERCEIRO PASSO: A UNITED KINGDOM SUPREME COURT

O *Reform Act 2005* – ao instituir a *United Kingdom Supreme Court* – conformou irreversivelmente o novo caminho de evolução da ordem político-constitucional inglesa, na direção da *hexapartição dos poderes*. Além disso, o *Reform Act 2005* reconfigurou a arcaica organização do Poder Judiciário britânico, ao instituir uma *Suprema Corte*, separada e independente da *House of Lords*. Examinemos esse processo.

A *House of Lords* foi acumulando, ao longo de sua história, funções legislativas, funções “executivas” e funções jurisdicionais (essas últimas, exercidas, até recentemente, pelo seu *Appellate Committee*²⁹). Porém, diante da abertura do UK às *Cortes Internacionais* e ao *Direito Europeu*, que impactaram profundamente o direito inglês, aspectos centrais dessa tradicional organização ficaram totalmente defasadas, a ponto de se tornarem literalmente impraticáveis. Assim, em 28.07.2009, o vetusto *Appellate Committee* foi, enfim, extinto, com a criação da *UK Supreme Court*.³⁰ Essa última reforma institucional (*Reform Act 2005*) retirou do *Lord Chancellor* o que lhe restava das suas arcaicas funções jurisdicionais.³¹

O motivo determinante para a alteração das responsabilidades do *Lord Chancellor* foi a necessidade de separar-se, institucionalmente, o campo do *direito*, do campo da *política*, evitando a cumulação desses âmbitos da atividade humana, no mesmo órgão.³² A competência do *Lord Chancellor* abarcava, antes do *Reform Act 2005*, três funções políticas bem distintas:

²⁹ Alta Corte de Apelação da Câmara dos Lordes. (Nota dos Autores).

³⁰ A *House of Lords* deixou de ser parte integrante do Poder Judiciário em 28.07.2009, quando o seu *Appellate Committee* (antes de cessar as suas atividades), julgou a *Questão do Suicídio Assistido*. In: Fitzgerald, “*Blair attempted to sweep away 1400 year of British constitutional history*” (...) FITZGERALD, Peter L. Constitutional crisis over the proposed Supreme Court for the United Kingdom. *18 Temp. Int'l & Comp. L. J.* p. 233-4. 2004.

³¹ FITZGERALD, Peter L. Op cit., p. 233; FENNELL, Monica A. Emergent Identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States. *22 Temp. Int'l & Comp.* p. 279. 2008.

³² HALE, Brenda. A Supreme Court for the United Kingdom? *24 Legal Stud.* p. 36, 39. 2004.

(a) de *governo*, o cargo de *Lord Chancellor* (“Ministro da Justiça”); (b) de *parlamentar*, a *Presidência da House of Lords*; e (c) de *magistrado*, a judicatura dos recursos interpostos perante a *House of Lords* e o *Privy Council*.³³

Essa cumulação de atribuições – no mesmo órgão e na mesma Autoridade – além de institucionalmente constrangedora, maculava, no fundo, o *rule of law*, uma vez que, por natureza, essas funções colidem entre si. Impunha-se uma separação, orgânica e pessoal, entre elas. Essa “*impropriedade constitucional*”, apelidada de “*triumvirate of governmental fusion*”,³⁴ ficou mais evidente com a internalização da *ECHR*. Eis a razão pela qual o *Reform Act 2005* transferiu a função judiciária, ainda exercida, à época, pela *House of Lords*, para uma nova instituição: a *United Kingdom Supreme Court*.³⁵ Passemos ao exame das consequências desse avanço sobre a estrutura e o funcionamento do Poder Judiciário.

6 O QUARTO PASSO: A EFETIVA INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO

A internalização no Reino Unido da *ECHR* acentuou o desconforto da obsoleta inserção institucional da mais alta Corte de Apelação do País

³³ “Thus, the Lord Chancellor simultaneously serves as a judge, parliamentarian, and government minister; and it is this multiplicity of roles that the Constitutional Reform Bill endeavors to untangle”. FITZGERALD, Peter L. Op. cit., p. 236.

³⁴ *Triumvirate of governmental fusion*: ou seja, fusão, num mesmo órgão e numa mesma pessoa, de três funções institucionalmente diversas e incompatíveis (tradução livre). FENNELL, Monica A. Op. cit., p. 280.

³⁵ Cf. ANDREWS, Neil. Op. cit. p. 301-303. A *UK Supreme Court* foi instalada no antigo *Middlesex Guildhall*, ao lado da *Parliament Square*, frente às Casas do Parlamento. Composta por doze juízes, ela custou aos cofres públicos 60 milhões de libras. Seus primeiros membros foram os mesmos doze *Law Lords* que, até então, integravam a recém-extinta *High Court of Parliament*. *The UK Supreme Court* não detém o poder de declarar leis inconstitucionais. Esta, em linhas gerais, a estrutura da Corte. Ela vem servindo de modelo para a organização das demais Cortes no âmbito do *Commonwealth*. (HAYNE, K. M. *The High Court of Australia and the Supreme Court of the United Kingdom: The Continued Evolution of Legal Relationships. 1 Cambridge Journal of International and Comparative Law*. p. 13-19. 2012). Maior aprofundamento sobre a Corte, In: FENNELL, Monica A. Op. cit., p. 281; WOODHOUSE, Daina. *The Constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court. 24 Legal Stud.* p. 145-147. 2004.

(a *Appellate Committee*) no âmbito da *House of Lords* – órgão de natureza política. Essa, a razão pela qual o *Reform Act 2005*, além de criar – em substituição à *Appellate Committee* – uma *UK Supreme Court*, guarneceu-a com todas as garantias inerentes ao Poder Judiciário, a saber:

(a) a independência e a transparência do Poder Judiciário;³⁶

(b) a não *partidarização* do processo de indicação dos Ministros da *Supreme Court*;

(c) a independência e a harmonia entre o Judiciário e o Parlamento;

(d) a nomeação dos Ministros da *UK Supreme Court*, por meio de processo dialogado de escolha, entre Governo, Parlamento e Judiciário, no seio da *Judicial Appointments Commission*;³⁷

(e) a chefia do Poder Judiciário, que cabia ao *Lord Chancellor* (integrante do Governo), é transferida ao Ministro Presidente da *UK Supreme Court*;³⁸ e

(f) a colaboração de todos os poderes instituídos para garantir a independência do Poder Judiciário.³⁹

Com o *Reform Act 2005*, o *Lord Chief Justice* passou a exercer as seguintes funções jurídicas: (1) a de Presidente da *UK Supreme Court*; (2) a de Presidente da *Criminal Division of the Court of Appeal*; e (3) a de representante das sensibilidades do Judiciário da Inglaterra e de

³⁶ No dizer de Kate Malleson “the majority of the public in the U.K. knows little about judges and even less about the system by which they are appointed. (...) This will change once the new U.K. Supreme Court is created in 2009, with its own building in Westmintes Square”. (Parliamentary Scrutiny of Supreme Court Nominees: A View from the United Kingdom. *44 Osgood Hall Law Journal*. p. 563. 2006).

³⁷ FENNELL, Monica A. Op. cit., p. 279-283.

³⁸ Idem, p. 283-287.

³⁹ Constitutional Reform Act, 2005, c. 4, § 3.º(1).

Gales,⁴⁰ diante do Parlamento britânico, do Lord Chancellor e dos Ministros da Coroa. A nova instituição, com suas atribuições, veio a reduzir os poderes jurisdicionais do *Lord Chancellor*, mormente os correspondentes a suas funções jurídicas. A *Reforma* suprimiu as funções jurídicas do *Lord Chancellor*. Manteve, e agora com exclusividade e mais pertinência, o seu papel político-governamental.

O *Reform Act 2005* criou um outro cargo, este de natureza administrativa, qual seja, o de *Chief Executive of the Supreme Court*. Nomeado pelo *Lord Chancellor*, ele assume as funções administrativas, delegadas pelo Ministro Presidente da Corte, mormente nas matérias previstas na Seção 49(1), do *Reform Act 2005*. A coerência do novo conjunto de funções do *Chief Executive* aumentou a credibilidade institucional da Corte, e deu maior consistência ao papel juspolítico constitucional da *United Kingdom Supreme Court*.⁴¹

O primeiro passo abriu o Reino Unido ao Continente. O segundo revalorizou na Ilha os direitos fundamentais, que sempre reivindicaram universalidade. O terceiro passo inseriu, definitivamente, o Reino Unido, na hexapartição dos poderes, reforçando a autonomia e a independência da *Suprema Corte britânica*. O quarto passo, decorrência lógica do terceiro, sacramentou a retirada definitiva do Judiciário, da *House of Lords*.

Nessa quarta fase da história constitucional inglesa, o Judiciário conquista plena autonomia para, de fora do Parlamento, indicar as incongruências e as incompatibilidades dos *statutes*. Abre-se o Reino Unido – com a efetiva e conclusiva separação entre Judiciário e Parlamento – à nova fase institucional, aquela onde há real *controle de constitucionalidade*. Nela, todos os órgãos de poder escutam-se reciprocamente sobre o futuro da norma. A revogação de *statutes* – como a sua elaboração – não deveria ser ato isolado de um poder. Assim chegamos ao derradeiro e concludente tópico final deste artigo.

⁴⁰ A Escócia reservou-se o Direito de instituir a sua própria Alta Corte, em atenção às peculiaridades culturais do Direito Penal escocês. (Nota dos autores).

⁴¹ *Constitutional Reform Act 2005*, c. 4, §§ 7.º(1),(2),(5); § 48(1),(2),(3),(4); § 49(1).

7 A CONTRIBUIÇÃO BRITÂNICA: UM NOVO PROTAGONISMO

A *Soberania do Parlamento*, doutrina inglesa consolidada desde a *Revolução Gloriosa*, vem – nas últimas quatro décadas – sofrendo mitigações. Isso se deve, em boa parte, à crescente exposição do Reino Unido à cultura jurídica continental. Novas circunstâncias do convívio internacional vêm forçando o Reino Unido a encetar mudanças, no sentido de aproximar, seu sistema jurídico, aos parâmetros continentais.

É surpreendente como, conservando as bases de sua organização histórica e costumeira, o gênio britânico tenha sido capaz de construir um genuíno sistema de controle de constitucionalidade. Até recentemente, a ciência do direito constitucional proclamava, dogmaticamente, ser essa uma tarefa impossível. O Reino Unido fez com o controle de constitucionalidade, o que já lograra alcançar com a democracia e a garantia dos direitos fundamentais: construir as respectivas instituições, sem uma constituição escrita e formal.

O Reino Unido elaborou, com feição própria, novas soluções, conformando-as habilmente à tradição medieval do *Rule of Law* e da *Supremacia do Parlamento*. É surpreendente como, por esse caminho, preservando suas formas históricas e a identidade de sua cultura, os ingleses encontraram uma fórmula original de controle de constitucionalidade, de natureza *dialogada* e *coparticipativa*. Com isso, os britânicos estão, ao que tudo indica, recuperando sua vocação de protagonismo, a que se haviam acostumado no passado.

Houve quem denominasse tal instituto de *common law declarations of unconstitutionality*,⁴² o qual obedece aos seguintes passos: (a) a *declaração de incompatibilidade*, sugerida pelo Judiciário, inicia um

⁴² JENKINS, David. Common law declarations of unconstitutionality. 7 *International Journal of Constitutional Law*. p. 183-214. 2009.

processo de diálogo coparticipativo entre os poderes, no qual o Juiz levanta a *incompatibilidade* do *statute* com a Constituição; (b) o Governo, por sua vez, propõe a mudança legislativa; e (c) o Parlamento decide (ponderando a conveniência e a oportunidade), a alteração ou, mesmo, a revogação do *statute*.

Esse diálogo institucional (entre *Juiz, Governo e Parlamento*) não deve violar as autonomias de cada esfera de poder. O Judiciário, isoladamente, não pode declarar a inconstitucionalidade de *statutes*. O *judicial restraint*, construído em face da *Soberania do Parlamento*,⁴³ busca intuir, naturalmente, os limites entre essas esferas de poder. O Judiciário, pelo conjunto de *precedents*, cria o direito (*judge-made-law*), em um complexo processo de “*improvisação continuada*”,⁴⁴ ao aplicar os *statutes* à luz dos *Princípios do Common Law*. Vedou-se ao Judiciário, *coeteris paribus*, sobrepor-se à autonomia do Parlamento e do Governo.

Essa reconfiguração das relações entre os poderes – iniciada pelo *HRA* e consolidada no *Reform Act 2005* – faz com que *Governo e Judiciário* sejam hoje auscultados, pelo *Parlamento*, na conformação de *statutes* potencialmente incompatíveis. Desse processo participam: o *Juiz*, declarando existência de incompatibilidades; o *Governo*, propondo soluções compatíveis com a Constituição; e, o *Parlamento*, tomando as decisões finais. O Reino Unido, apesar da subsistência tradicional do *Princípio da Soberania do Parlamento*,⁴⁵ flexibilizou, enfim, com mais naturalidade,⁴⁶ esse tradicional princípio fundamental da

⁴³ “The rule of law is the most fundamental principle of the British Constitution, with statutes being not the source but the consequence of the rights of individuals as defined and enforced by judges interpreting and applying the common law”. WOLCHER, Louis E. *A Philosophical Investigation Into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*. 13th ed. J. Soc. Pol’y & L. p. 431-432. 2006.

⁴⁴ A expressão em inglês (*muddling through*) foi utilizada por RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

⁴⁵ FENNELL, Monica A. Op. cit., p. 296-299.

⁴⁶ Os Norte-Americanos aceitavam, com maior naturalidade, a ingerência de um poder em outro. Falava-se, por exemplo, na reconfiguração entre uma Suprema Corte conservadora, com um Con-

tradição britânica.

O *HRA* limitou (via *European Convention on Human Rights*) o espectro de atuação do Parlamento. O *Reform Act 2005* retirou os poderes jurisdicionais exercidos historicamente pela *House of Lords*, entregando-os a uma Corte soberana e independente do Legislativo – a *United Kingdom Supreme Court*. Mudou-se, com isso, a configuração dos poderes, suas recíprocas relações e interdependências. Seguramente, o *Reform Act 2005*, ao ampliar o papel do *Judiciário*, restringiu o papel do *Parlamento*.⁴⁷

A Constituição Britânica não adotou um *sistema jurisdicional puro de controle de constitucionalidade*,⁴⁸ como os Estados Unidos e a *Alemanha*. A declaração de *incompatibilidade* difere da declaração de *inconstitucionalidade*. No Reino Unido, aquele processo é aberto a um diálogo institucional. Por isso, vem sendo classificado como um *modelo impuro de controle*.⁴⁹ A *UK Supreme Court* deve buscar uma interpretação dos *statutes*, que seja compatível com os direitos da *ECHR*. Quando isso for impossível, é que cabe acionar o controle de incompatibilidade.

gresso mais liberal. Ver ROSEN, Jeffrey. In: *Courting Controversy*, Time, Thursday, June 28, 2007, especialmente: “Some observers believe that if the Democrats win the presidency in 2008, the clash between a more conservative Supreme Court and a more liberal White House and Congress might reach historic proportions. «You could have significant conflict between the court and the political branches, one that we probably haven’t seen since the 1930s» Samuel Issacharoff of the New York University School of Law has suggested. Yet throughout American history, the President and Congress have gotten angry at the court only when it frustrated the will of a large national majority. In many cases in which the Roberts Court is turning right, it appears to have at least a narrow majority of the country on its side.

⁴⁷ FENNELL, Monica A. Op. cit., p. 295-296.

⁴⁸ System of pure judicial review. A expressão é de BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. *Constitutionalism and Trust in Britain: an Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model*. 17 *Am. U. Int’l L. Rev.* p. 714.

⁴⁹ *Non-pure judicial review model*. A expressão é de BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. Op. cit., p. 714.

8 CONCLUSÃO

O Direito Constitucional inglês evoluiu bastante, mormente se considerarmos o tradicional direito saxônico, aplicado em 1066, por Guilherme o Conquistador. Hoje, os ingleses não somente aceitam; como convivem muito bem com a prática constitucional de revisão dos atos sagrados do parlamento, pelo poder judiciário (UKSC). E mais, tudo ocorre dentro de um sistema que não adotou uma constituição escrita, formal e solene. Esta a maior peculiaridade dos ingleses, adaptar as suas instituições bastantes próprias à realidade constitucional contemporânea.

O Reino Unido, com muita originalidade, encontrou na *declaração de incompatibilidade*, a via natural para o controle dos Atos do Parlamento. Ele não admite que o *Judiciário*, por si só, rejeite *statutes*. O País que protagonizou, no Ocidente, a história da separação dos poderes, foi o mesmo que arquitetou o estágio mais avançado dessa separação: o de controle *institucional, coparticipativo e dialogal*, entre *Parlamento, Governo e Juiz*. Eis o protagonismo inglês revigorado, que, a nosso ver, servirá de modelo à Nova Zelândia, à Austrália e quiçá, a todo o *Commonwealth*.

REFERÊNCIAS

BARENDT, Eric. *An introduction to constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. *Freedom of Expression in the United Kingdom Under the Human Rights Act 1998*. 84 *Indiana Law Journal*. p. 851-856. 2009;

_____. *Is there a United Kingdom Constitution?* 17 *Oxford J. Legal Stud.* 137-146, Spring (1997);

BENDOR, Ariel L.; SEGAL, Zeev. *Constitutionalism and Trust in Britain: an Ancient Constitutional Culture, a New Judicial Review Model*. 17 *Am. U. Int'l L. Rev.* p. 683-722.

BUXTON, Richard. *The Human Rights Act and Private Law*. 116 *Law Q. Review*. p. 51-52. 2000.

FENNELL, Monica A. *Emergent Identity: A comparative analysis of the new Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States*. 22 *Temp. Int'l & Comp.* p. 279-305. 2008.

FERRERES COMELLA, Victor. *The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?* *International Journal of Constitutional Law*. p. 461. 2004.

FITZGERALD, Peter L. *Constitutional crisis over the proposed Supreme Court for the United Kingdom*. 18 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* p. 233-4. 2004.

HALE, Brenda. *A Supreme Court for the United Kingdom?* 24 *Legal Stud.* p. 36-44. 2004.

HAYNE, K. M. *The High Court of Australia and the Supreme Court of the United Kingdom: The Continued Evolution of Legal Relationships*. 1 Cambridge Journal of International and Comparative Law. p. 13-19. 2012

JENKIN, David. *Common law declarations of unconstitutionality*. 7 International J. Const. L. p. 183-214. 2009.

_____. *From Unwritten to Written: Transformation in the British Common-Law Constitution*. 36 Vanderbilt Journal of Transnational Law. p. 863-960. 2003.

KITTERMAN, Christina M. *The United Kingdom's Human Rights Act of 1998: will the parliament relinquish its sovereignty to ensure human rights protection in domestic courts?* 7 ILSA J. Int'l & Comp. L. p. 583-595. 2000-2001.

MALLESON, Kate. *Parliamentary Scrutiny of Supreme Court Nominees: A View from the United Kingdom*. 44 Osgood Hall Law Journal. p. 563. 2006.

WADE, Willian. *The United Kingdom's Bill of Rights. Constitutional Reform in the United Kingdom*. p. 63.

WOLCHER, Louis E. *A Philosophical Investigation Into Methods of Constitutional Interpretation in the United States and the United Kingdom*. 13 Va..J. Soc. Pol'y &L. p. 431-432. 2006.

WOODHOUSE, Daina. *The Constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court*. 24 Legal Stud. p. 134-155. 2004.

RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ROSEN, Jeffrey. In: *Courting Controversy*, Time, Thursday, June 28, 2007,

SKOLD, Michael. The Reform Act's Supreme Court: A Missed Opportunity for Judicial Review in the United Kingdom? *39 Connecticut Law Review*. vol. 39. p. 2149-2182. 2006-2007.

SOUZA JR., Cezar Saldanha & REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova visão dos poderes políticos*. 2^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

VICK, Douglas. W. The Human Rights Act and the British Constitution. *37 Texas International Law Journal*. p. 329-372. 2002.

Atos Legislativos Acessados:

Constitutional Reform Act, 2005.

European Communities Act 1972.

Human Rights Act, 1998.



HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NAS CAUSAS EM QUE A FAZENDA PÚBLICA FOR PARTE: SISTEMÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL¹

ATTORNEY'S FEES IN THE PROCEEDINGS IN WHICH THE PUBLIC TREASURY IS PARTY: THE SYSTEMATIC OF THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

Fábio Jun Capucho*

Recebido em: 08.3.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O artigo analisa o regime jurídico dos honorários advocatícios sucumbenciais instituído pelo novo código de processo civil para as ações em que a Fazenda Pública é parte, como autora ou ré, com o objetivo de identificar direitos e obrigações das partes e, sobretudo, dos advogados.

Palavras-chave: Honorários advocatícios; Código de processo civil; Autonomia; Fazenda Pública.

Abstract: The article analyzes the legal regime of the attorney's fees imposed by the new Code of Civil Procedure for the actions in which the Public Treasury is party, as plaintiff or defendant, in order to identify rights and obligations of the parties and, above all, of the lawyers.

Keywords: Attorney's fees; Code of civil procedure; Autonomy; Public Treasury.

¹ Este artigo começou a ser escrito enquanto o projeto de lei se encontrava aguardando o resultado da avaliação presidencial. Como todo bom otimista, o autor o redigiu desde o início sob a perspectiva de sua sanção integral, o que efetivamente ocorreu, dando origem à Lei 13105/2015.

* Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul; antigo presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul – APREMS (2010-2014); Diretor do Centro de Estudos da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE (2014-2017); Professor da Uniderp e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul – ESMAGIS; Doutor e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sumário: 1 Introdução. Honorários advocatícios e valorização do advogado. 2 Titularidade e autonomia dos honorários advocatícios sucumbenciais. 3 Dos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de derrota da Fazenda Pública 4 Dos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de vitória da Fazenda Pública. 5 Consequências da autonomia do direito dos advogados públicos aos honorários advocatícios sucumbenciais 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E VALORIZAÇÃO DO ADVOGADO

Depois de longos anos de tramitação, foi finalmente aprovado o novo Código de Processo Civil (CPC)².

Pode-se afirmar ter sido um processo legislativo *sui generis*, que despertou atenção incomum e extrapolou a comunidade jurídica, mobilizando diversos grupos de interesse, desde profissionais e econômicos, até outros mais preocupados com os reflexos da novel legislação, por exemplo, em questões de família.

Um segmento profissional sem dúvida fortemente envolvido com a renovação da legislação processual civil, como sequer poderia deixar de ser, foi o da advocacia, a qual, de maneira geral, acredita-se, saiu satisfeito com resultado³⁴.

Um dos aspectos que mais demandou o envolvimento dos advogados no curso da tramitação do novo CPC foi, sem dúvida, a

²<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/12/17/novo-codigo-de-processo-civil-vai-a-sancao/> acessado em 02.02.2015

³ <http://www.oab.org.br/noticia/27947/novo-cpc-garante-conquistas-historicas-para-a-advocacia> acessado em 02.02.2015

⁴ Tendo sido o primeiro código em sentido estrito a ser concebido integralmente em ambiente democrático, na feliz lembrança do deputado federal Fábio Trad, que presidiu na Câmara dos Deputados a comissão especial que apreciou o projeto de lei que resultou no novo CPC, sua tramitação foi marcada por amplos e profundos debates, inclusive por iniciativa da comissão especial, e, obviamente, diversas opiniões contrárias aos dispositivos legais aprovados também foram registradas

formulação de um novo regime para os honorários advocatícios de sucumbência, mormente em razão da polêmica que o tema despertou no parlamento e que tomou também espaços na imprensa⁵.

Este será, justamente, o objeto deste artigo, no qual procurarse-á analisar as regras concernentes aos honorários de sucumbência no contexto das ações judiciais envolvendo a Fazenda Pública⁶, identificadas nos parágrafos 3º a 7º e 19, do art. 85, do novo CPC⁷.

⁵ A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE, acabou publicando nota pública de repúdio a manifestações de associações de magistrados que se opunham à atribuição de honorários de sucumbência aos advogados públicos. Vide <http://s.conjur.com.br/dl/nota-anape-honorarios-advogados-publicos.pdf> acessado em 02.02.105

⁶ Conforme esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o termo Fazenda Pública equivale a Estado, ou pessoa jurídica de direito público em juízo (*A fazenda pública em juízo*. 7ª ed. Rev. Amp. e atual., São Paulo: Dialética, 2009, p. 15)

⁷ § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º: I – os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença; II – não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado; III – não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa; IV – será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação. § 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente. § 6º Os limites e critérios previstos nos §§ 2º e 3º aplicam-se independentemente de qual seja o conteúdo da decisão, inclusive aos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito. § 7º Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada.

A nova disciplina legal resulta, claramente, de uma tentativa de valorizar a atividade advocatícia e, destarte, corresponde a antigo anseio dos advogados por um modelo condigno de fixação dos ônus sucumbenciais.

Não constitui novidade que a valorização de uma profissão ou atividade passa pela sua remuneração correta. O pagamento adequado, correspondente à justa contraprestação do trabalho realizado, seja ele material ou intelectual, é das mais prementes aspirações de todo trabalhador e, possivelmente como consequência, das mais eficazes ferramentas para o engrandecimento da pessoa humana.

Todo trabalhador bem pago se sente útil, inserido e realizado, e seu estado de ânimo contribui para a sensação de satisfação com outros aspectos de seu cotidiano e de sua personalidade.

Como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, “*não se pode desprezar o quanto a garantia da possibilidade de trabalhar, e com isso assegurar seu próprio sustento e dos seus dependentes, constitui dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor de seu próprio destino*”⁸.

Neste sentido, o ordenamento constitucional brasileiro encerra os artigos 1º, III e IV, 5º, XII, 6º e 170, *caput*⁹, os quais demarcam com clareza os parâmetros a serem observados pelo Estado brasileiro no

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. Ingo Wolfgang Sarlet [et ali], 3ª ed., rev. Atual. e amp., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 618

⁹ 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:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º (...)XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

tocante ao trabalho e ao trabalhador, permitindo concluir pela existência de um direito fundamental ao trabalho que atrai e concilia elementos de ordem individual e social.

José Afonso da Silva, ao propósito, registrou:

Este (o direito ao trabalho), porém, resai do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho (...) tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (...) aqui se entroncam o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais (...) que visam todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.¹⁰

A valorização do trabalho, em suma, encontra-se dentre o conjunto de elementos pressupostos para a tutela da dignidade da pessoa humana, a qual, conforme o enunciado de Luís Roberto Barroso, identifica o *valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como a autonomia de cada indivíduo, limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)*¹¹

Pode-se, assim, afirmar que a dignidade da pessoa humana evoca duplice aspecto, um de preservação da pessoa contra ofensas em sentido amplo, outro de garantia do pleno desenvolvimento da personalidade¹²

Deve ser, bem por isto, preocupação constante do Poder Público promover, fiscalizar e garantir a valorização do trabalho e do trabalhador, em ordem a assegurar eficácia plena ao direito ao trabalho e à dignidade da pessoa humana¹³.

¹⁰ SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. rev., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 292/293

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 919, 2012, p. 160

¹² TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 406

¹³ No mesmo sentido, SARLET, 2014, p. 619

Ora, como cediço, os honorários advocatícios, em sentido amplo, correspondem à contraprestação patrimonial da prestação de serviço de natureza técnica especializada pelo advogado, classificando-se em contratuais, arbitrados judicialmente e sucumbenciais¹⁴.

Daí porque disciplinar sua correta e adequada fixação se encontra no âmago do problema da valorização do advogado, liberal ou empregado, privado ou público.

Passemos, pois, à análise do novo regime legal.

2 TITULARIDADE E AUTONOMIA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Acredita-se que não se deve iniciar qualquer estudo sobre o regime legal dos honorários advocatícios de sucumbência no novo CPC sem destacar um **aspecto fundamental e comum** a advogados de toda natureza, consistente na **reafirmação da titularidade destes honorários pelos advogados**¹⁵.

Deveras, pois malgrado a previsão legal expressa pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94)¹⁶, passados vinte anos, críticas ao modelo que atribui ao advogado a titularidade dos honorários de sucumbência seguem sendo realidade¹⁷.

Estas críticas, com o devido respeito, assentam sobre premissa equivocada, qual seja, a de que os honorários advocatícios

¹⁴ art. 22, *caput*, da Lei 8906/94

¹⁵ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor (...) § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

¹⁶ Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor

¹⁷ CORDOVA JUNIOR, Milton. *Honorários de sucumbência pertencem à parte e não ao advogado*. In: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167866,91041-Honorarios+de+sucumbencia+pertencem+a+parte+e+nao+ao+advogado> acessado dia 15.02.2015

sucumbenciais deveriam servir à reparação do prejuízo suportado pela parte vencedora¹⁸ em virtude da (necessária) contratação de advogado para patrocinar sua causa judicialmente. Destarte, a atribuição dos honorários, no caso, ao advogado, acabaria por subtrair fração do direito a que o vencedor faria jus.

Poder-se-ia argumentar que os critérios para a fixação do valor devido pelo vencido **não coincidem** com a ideia de uma prestação de natureza indenizatória, eis que atrelados à qualidade do serviço prestado pelo advogado (o que é inegável), pois a esse argumento poder-se-ia objetar que se tratou de solução para evitar sujeitar uma parte à eleição, por conveniência da outra parte, de advogado excessivamente custoso (o que, no entanto, até onde se sabe, nunca integrou a cogitação dos autores da norma).

Prefere-se afirmar que a tese da natureza indenizatória da prestação em apreço ignora uma circunstância básica, a de que **honorários advocatícios somente podem ser pagos a advogados**. O vencedor, enquanto parte contratante de um advogado, poderia, quando muito, receber **equivalente**, em pecúnia, aos honorários advocatícios contratuais pagos.

Descontada a falta de técnica jurídica, a tese ignora também que **nem sempre o vencedor terá incorrido em despesas** para a contratação do advogado, seja porque agiu em causa própria, seja por ter sido assistido por defensor público ou patrocinado em caráter *pro bono*.

Nestes casos, portanto, a se levar em conta os supostos fundamento e objetivo da obrigação do pagamentos dos honorários, seria indevida a condenação em honorários sucumbenciais, mas é sabido que não é o que ocorre. Aliás, no que toca à situação daquele que tenha advogado em causa própria, **também o CPC de 1973 possuía**

¹⁸ Toma-se a regra geral, em que os honorários são devidos em virtude da sucumbência da parte, sem olvidar que, por vezes, dever-se-á aplicar o princípio da causalidade para aferir a responsabilidade pelo pagamento.

regra específica fixando a obrigação do vencido de pagar os mesmos honorários.

Este aspecto revela que, mesmo no antigo, mas ainda em vigor, CPC, ao par, ao menos, da preocupação com a reparação patrimonial do vencedor, se colocava a necessidade de valorizar o trabalho realizado para o sucesso da demanda.

A questão da **valorização** do advogado, que já se demonstrou tratar-se de **diretriz constitucional**, entende-se, justifica plenamente a prerrogativa de perceber honorários advocatícios de sucumbência. Procurar-se-á, agora, sustentar esta afirmação com base na teoria de Robert Alexy, acerca da máxima, ou regra, de ponderação ou também identificada como da **proporcionalidade**.

A proporcionalidade se incluiria na problemática da **solução da colisão de princípios** ou de normas de direitos fundamentais. Suas três máximas parciais, a saber, **adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**, nesta ordem de ideias, correlacionar-se-iam aos elementos conceituais dos princípios jurídicos como mandamentos de otimização, cuja maior eficácia deve ser buscada observando-se as possibilidades jurídicas e fáticas. No caso, adequação e necessidade se ateriam às possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito às possibilidades jurídicas¹⁹

A noção de **adequação** demanda que as medidas interventivas se revelem aptas à consecução dos fins normativos visados. Já a noção de **necessidade** implica na ausência de meio menos gravoso para o indivíduo igualmente adequado²⁰

A **proporcionalidade em sentido estrito** corresponde, como assinalado, ao juízo acerca da possibilidade jurídica de otimização do princípio, revelado a partir justamente, da relação de antagonismo

¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117/120

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira [et al], São Paulo: Saraiva, 2007, p. 320

em face de outro princípio, cuja solução depende da aplicação da lei de colisão²¹. Esse juízo é descrito, também, como a avaliação positiva diante do questionamento da vantagem dos fins alcançados sobre as restrições impostas a outro direito fundamental²²

Pois bem, como dito, a atribuição ao advogado ou à advogada de honorários na hipótese de ter, ele ou ela, conduzido vitoriosamente uma demanda judicial se revela condizente com a diretriz constitucional da valorização do trabalho, na medida em que enceta nova forma de remuneração do serviço, a qual, ademais, por estar atrelada, na sua estipulação concreta, à qualidade do trabalho, serve vivamente de estímulo ao aperfeiçoamento profissional. Acredita-se, por conseguinte, ser inegável sua adequação.

No tocante à necessidade, obviamente em relação ao advogado não se há de falar em gravame. Ele existiria, em tese, diante da alternativa de atribuir o mesmo valor, mas a título de indenização, ao sujeito contratante do advogado. Nestes termos, está-se convencido de que **não haveria meio menos gravoso ao contratante para, concomitantemente, atender ao interesse do advogado.**

Deveras, pois neste caso o suposto prejuízo do contratante é meramente eventual, condicionado ao pressuposto de que tenha remunerado diretamente ao advogado, o que já se consignou não ocorrer sempre. Ademais, o prejuízo somente seria evitado se a remuneração devida pelo contratante ao advogado se contivesse nos limites da condenação possível legalmente. Isto sem mencionar que, sem a intervenção do advogado, o contratante não alcançaria o bem demandado, ou seja, seu prejuízo seria ainda maior.

Ou seja, **a eficácia protetiva de regra que atribuisse ao contratante direito a reparação por despesas com honorários advocatícios, nos termos do antigo CPC, é restrita**, ao passo que,

²¹ ALEXY, 2008, p. 117

²² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7ª ed. ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 173

para o advogado, a atribuição do direito aos honorários sucumbenciais é sempre benéfica.

Sem dúvida, quer pela atribuição da remuneração em si, quer pela valorização do profissional decorrente do fato de que, neste modelo, isto é, de verdadeiros honorários advocatícios sucumbenciais, é ao advogado que compete deliberar se abdica, ou não, de remuneração superior ao valor da sucumbência, uma questão simbólica, mas que o empodera no contexto da relação.

Tem-se também que **a regra não prejudica concretamente o contratante**. Ele sempre poderá optar pela contratação de advogado que aceite laborar apenas pelo valor da sucumbência ou, não o encontrando, se valer de um defensor público ou de serviço de assistência judiciária gratuita.

É preciso registrar, ainda, que não se acredita estar excluído, **teoricamente**, o direito de a parte pleitear, em conjugação com a pretensão original, a reparação integral dos valores que, de boa-fé, tiver pago ao seu advogado para obtê-la pela via judicial.

Do antagonismo entre o direito à valorização profissional do advogado e o direito à reparação integral do contratante, considerando a certeza do benefício e a eventualidade do malefício, haver-se-á de optar sem qualquer dúvida pelo direito do advogado.

Insiste-se, destarte, na **plena juridicidade e constitucionalidade da disposição legal**. Consectário desta titularidade ora reafirmada positivamente, é o reconhecimento da **natureza autônoma do direito** aos honorários sucumbenciais, isto é, independente do direito defendido com sucesso pelo advogado, o que lhe permite tramitar de maneira também independente, conforme a **iniciativa** de seu titular.

Outra consequência necessária, que felizmente o legislador não deixou de expressar²³, é a identificação dos honorários a uma prestação

²³ art. 85, §14, do novo CPC

de **natureza alimentar**, portanto, um crédito **privilegiado** normativamente.

Não poderia deixar de ser desta forma, porquanto os honorários advocatícios sucumbenciais, como já se enfatizou, servem de **contraprestação ao trabalho** realizado pelo advogado em cada processo específico.

Tem-se em suma, que o novo CPC foi **criterioso e cuidadoso** ao tratar do direito aos honorários advocatícios sucumbenciais, o que é extremamente relevante para o presente estudo, em especial no que se refere aos honorários devidos aos advogados públicos, já que se imporá analisar sua situação à luz do paradigma da autonomia do direito **aos honorários sucumbenciais**, dado que revoluciona, pensa-se, o tratamento da matéria, o que se irá demonstrar oportunamente.

3 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM CASO DE DERROTA DA FAZENDA PÚBLICA

Antes, porém, tratar-se-á da situação dos advogados que, tendo litigado contra a Fazenda Pública, seja ela a da União, dos Estados, do Distrito Federal ou a dos Municípios, conduziram seus representados à vitória, tornando-se, em consequência, credores de honorários advocatícios sucumbenciais.

Conforme adiantado, neste pormenor, atendeu-se antiga reivindicação da classe dos advogados e se promoveu a introdução de um novo modelo cujo objetivo declarado foi o de evitar a iniquidade do arbitramento de valores vis a título de honorários sucumbenciais.

O problema do regime revogado residiria, em primeiro lugar, na adoção de critério para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais baseado na natureza jurídica da parte vencida.

Como cediço, na hipótese de derrota da Fazenda Pública, o valor dos honorários deveria ser arbitrado segundo apreciação equitativa

do juízo, ao passo que, vencido o particular, os honorários deveriam equivaler a um mínimo de dez e a um máximo de vinte por cento do valor da condenação.

Esta dualidade supostamente teria criado um privilégio em favor da Fazenda Pública, em nítido prejuízo dos profissionais que contra ela litigavam.

É a opinião, por exemplo, de Paulo Henrique dos Santos Lucon, recentemente renovada:

De há muito, aliás, venho sustentando a inconstitucionalidade desse dispositivo, por considerar que ele representa uma violação à garantia do tratamento igualitário das partes no processo³. Se por um lado, enquanto da vigência do CPC de 1973, não existe um patamar mínimo legal para os honorários sucumbenciais fixados nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, por outro lado, sagrando-se vencedora, a Fazenda Pública terá a sucumbência fixada entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, consoante o disposto no art. 20, §3º, do Código. O legislador tratou, portanto, de impor um tratamento desigual a situações em que não há um grau de desigualdade justificável, qual seja, a qualidade da parte, no caso uma pessoa jurídica de direito público.²⁴

Ives Gandra da Silva Martins já havia se manifestado de modo muito ácido acerca da regra de fixação dos honorários sucumbenciais no CPC anterior, igualmente identificando como um privilégio indevido o critério adotado na hipótese de derrota da Fazenda Pública:

Tal preconceito aristocrático (em favor da Fazenda Pública) terminou por tornar o direito aos honorários de sucumbência, um direito inexistente, pelo aviltamento dos honorários destinados aos patronos dos contribuintes, enquanto são garantidos honorários de 20% aos patronos da Fazenda Pública.

²⁴LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Revisão de honorários e a súmula 7 do STJ (honorários contra a Fazenda Pública e honorários recursais)* In: [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216072,51045-Rev/sao+de+honorarios+e+a+Sumula+7+do+STJ+\(honorarios+contra+a](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI216072,51045-Rev/sao+de+honorarios+e+a+Sumula+7+do+STJ+(honorarios+contra+a) acessado em 15.02.2015

O pior, entretanto, nesta desconsideração do CPC atual no que diz respeito ao máximo e ao mínimo de honorários advocatícios, é que o princípio da isonomia sempre foi ignorado pelo Poder Judiciário, ao tratar os honorários de sucumbência do Fisco, tendo-o por um direito sagrado, como o das “sagradas vacas” indianas, enquanto o direito do advogado constituído pelo contribuinte, um desconfortável direito, a ser apenas tolerado e reduzido a sua expressão mais insignificante²⁵

Como se percebe dos dois excertos reproduzidos, identificava-se a ausência de limites previamente estabelecidos para a fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais, no caso de derrota da Fazenda Pública, a um tratamento anti-isonômico que se encontraria na raiz do aviltamento do seu valor pelo Poder Judiciário, sendo essa questão, de ordem prática, o segundo aspecto criticado no modelo legal revogado.

Há, acredita-se, equívoco nas premissas, ou seja, tanto no que concerne à afirmação de que a regra revogada fosse injustificável, quanto na de que fora a causa da fixação de honorários vis, miseráveis realmente, aos advogados que militavam contra a Fazenda Pública.

Acredita-se, a bem da verdade, que a regra revogada, que ordenava se promovesse apreciação equitativa das circunstâncias da ação para a fixação do valor da condenação a título de sucumbência, **era perfeitamente adequada**. Afinal, não se pode olvidar que a Fazenda Pública é, na realidade, depositária de valores hauridos através da contribuição da sociedade, donde **a proteção do erário público se revelar proteção de interesse público**. Certamente foi raciocínio desta natureza que levou o legislador a conferir ao prudente arbítrio do juiz, observada a equidade, o arbitramento dos honorários advocatícios quando restasse vencida a Fazenda Pública.

A Fazenda Pública, pela própria natureza da sua atuação, **é sujeita a inúmeras demandas repetitivas**, o que torna litigar contra ela, a partir de um determinado ponto, relativamente mais simples - quando

²⁵<http://www.conjur.com.br/2014-mai-07/ives-gandra-honorario-sucumbencia-cpc-avanco> acessado em 15.02.2015

se firma uma tese contrária, por exemplo, em matéria tributária – sem que o valor em disputa se reduza em razão dessa vantagem.

Ademais, conquanto a Fazenda Pública, muito por força da atuação de seus advogados, venha **se esforçando para reduzir a litigiosidade**, não se deve ignorar sua **frequente presença em processos judiciais** e, por conseguinte, que a fixação dos honorários de sucumbência não poderia ser promovida sem levar em consideração esse contexto.

Desta forma, não deveria ser difícil entender porque, embora devesse utilizar o magistrado dos mesmos fatores presentes no §3º, do art. 20, do CPC, para o arbitramento dos honorários, **não estava, na hipótese de derrota da Fazenda Pública, jungido a observar qualquer patamar mínimo.**

Neste ponto é que se encontra a **confluência** com a segunda conclusão criticada, no sentido de que a regra revogada seria **causa do aviltamento** dos honorários advocatícios arbitrados aos profissionais que conduziam demandas vitoriosas contra a Fazenda Pública.

Efetivamente a regra do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil de 1973, ao determinar que a obrigação da Fazenda Pública, no tocante aos honorários de sucumbência, resultasse de apreciação equitativa, levou a jurisprudência a se firmar no sentido da possibilidade de o valor ser equivalente a percentual inferior a 10% (dez por cento) do objeto da sentença condenatória²⁶.

É preciso que se entenda, porém, que nem de longe esta possibilidade foi posta pelo legislador como uma diretriz ou meta.

Conforme esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha, o que se procurava assegurar era **a adequada contraprestação ao trabalho realizado pelo advogado, sem gerar gravame excessivo ao erário**²⁷.

²⁶ Neste sentido, EREsp n. 478491/DF, rel. Min. FRANCIULLI NETTO

²⁷ CUNHA, 2009, p. 129/130

Note-se que a adoção de percentual inferior a dez por cento do objeto da condenação não implica, **necessariamente**, se esteja diante de honorários vis, já que, não raro, o valor da condenação é extremamente elevado. Por conseguinte, a aplicação pura e simples de um percentual predefinido poderia, **ao contrário**, resultar em honorários vultosos, **superiores ao que seria razoável** no caso concreto, o que caracterizaria enriquecimento privado injustificado, porquanto é certo que o valor da condenação não é indicativo da qualidade do serviço prestado.

O sistema de apreciação equitativa pelo juízo para fixação do valor dos honorários sucumbenciais, é, rigorosamente, **neutro do ponto de vista formal**, faz-se imperioso reconhecer.

Por não configurar um padrão objetivo, a **discricionariedade judicial** lhe é inerente, mas, como cediço, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade. A conclusão correta, portanto, é que **houve mal uso do sistema por alguns magistrados**, o que não deveria invalidar a regra como um todo.

Em que pese a convicção nestas afirmações, o fato é que o legislador andou por outro caminho e instituiu um novo modelo **visando justamente reduzir a esfera de atuação discricionária dos magistrados como meio para assegurar retribuição mais adequada ao advogado**.

O novo modelo, no entanto, **não unificou plenamente em um regime a fixação dos honorários sucumbenciais**, e diante da singularidade apontada em torno da Fazenda Pública, acredita-se que se trata de solução prudente e acertada²⁸.

Assim é que a nova fórmula de calcular os honorários sucumbenciais, quando vencida a Fazenda Pública, conjuga o resultado da análise acerca da **qualidade** do serviço advocatício prestado

²⁸ Quer dizer, não unificou formalmente, uma vez que a amplitude da faixa inicial contempla significativa parte das demandas contra a Fazenda Pública, sendo muito superior, apenas a título de exemplo, ao limite dos juizados especiais.

com o **escalonamento objetivo** da obrigação a partir de critérios pertinentes à **dimensão econômica do objeto** da demanda.

Desta forma, estar-se-ia, como adiantado, **coibindo a discricionariedade dos magistrados**, cujo exercício abusivo se reputa causa do aviltamento da remuneração dos advogados na seara contenciosa.

A possibilidade de maior controle sobre o resultado do arbitramento é, com efeito, vantagem destacada no novo sistema, e não se resumiria à redução da discricionariedade jurisdicional decorrente da estipulação de faixas de valores. Ao propósito, novamente se colaciona a opinião de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

O importante, acima de tudo, é que referidos critérios são, por essência, exclusivamente técnico-jurídicos, o que possibilitará, portanto, o controle de sua aplicação pelo Superior Tribunal de Justiça. Não poderá o STJ, em síntese, rever os requisitos fáticos — grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a prestação do serviço —, que levaram o juiz a estabelecer o valor devido a título de honorários dentro da faixa estabelecida de acordo com o valor da condenação, mas sempre poderá ele rever a decisão que desprezitar esses limites legais máximos e mínimos²⁹

A solução engendrada pelo legislador parece ter sido considerada satisfatória pela administração da Advocacia-Geral da União³⁰, embora, ao que se deduz, apenas em face de alternativa mais gravosa ao interesse público, que seria estender, pura e simplesmente, o regime aplicado às causas que não envolvem a Fazenda Pública, consoante art. 85, §2º, do novo CPC31.

²⁹ LUCON, 2015

³⁰ http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/316792 acessado em 25.02.2015

³¹ § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo e dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

- I – o grau de zelo do profissional;
- II – o lugar de prestação do serviço;

Foi, claramente, uma solução de compromisso, para preservar **minimamente** o interesse público, dada a dificuldade de compreensão da singularidade da Fazenda Pública e da justiça inerente à adoção dessa condição como fator de *discrímen*.

Veja-se que não se está a questionar a **necessidade de assegurar a todo advogado honorários sucumbenciais adequados**.

Porém, em que pese o escalonamento adotado, uma vez que o critério eleito como **central** para o arbitramento dos honorários sucumbenciais foi o da **dimensão econômica do objeto da ação**, não está afastada a possibilidade de se atingir valores vultosos **sem que a fixação se justifique plenamente à luz do trabalho efetivamente realizado**.

Com efeito, não se pode perder de vista que os honorários advocatícios sucumbenciais **visam a contraprestação do trabalho do advogado no caso concreto**, devendo a sua **qualidade** operar como **critério primordial** para a fixação do valor devido pelo vencido.

Todavia, tendo sido adotados **percentuais mínimos para cada faixa de valor**, o magistrado se verá constrangido, por vezes, a adotá-lo **independentemente da correspondência** entre o valor resultante da fórmula e a justa remuneração pelo trabalho realizado.

Note-se, ademais, que **a possibilidade de fixação por apreciação equitativa do juiz foi reservada, no novo CPC, para a hipótese de valores reduzidos**, deixando a descoberto a situação de o juiz se deparar com valores expressivos como base de cálculo³². Como a vedação do enriquecimento sem causa é um

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

³² § 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º

princípio jurídico consolidado, no entanto, acredita-se que ainda assim poderá o juiz, **mediante adequada fundamentação**, promover a redução que se fizer necessária para evitar a ocorrência de desvio, consistente em arbitramento superior ao valor corrente em mercado para igual serviço³³.

Deixando de lado a questão dos limites do arbitramento, chama-se a atenção para o método de cálculo dos honorários, cuja aplicação deverá ensejar dificuldades. O parágrafo quinto do art. 85 dispõe:

§ 5º Quando, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública ou o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente.

A redação, com todo o respeito, não é de se elogiar. Aparentemente, naqueles casos em que a dimensão econômica da causa for elevada, será preciso aplicar não uma, **mas duas ou mais alíquotas** para se chegar ao valor efetivamente devido a título de honorários.

Acredita-se que não se poderá concluir pela aplicação de alíquota da faixa inicial sobre os valores insertos nas demais porque acabaria por subverter a lógica da estipulação de faixas.

A razão da preferência por esta fórmula, em detrimento da incidência de alíquota correspondente à faixa em que se enquadrasse o **valor total** da condenação, do benefício econômico ou do valor da causa, não é clara. Pensa-se que ao próprio magistrado será difícil imaginar se o valor resultante será, ou não, correspondente ao trabalho executado, e que, provavelmente, depois de concluído o cálculo, muitos julgadores se sentirão obrigados a rever o critério adotado.

³³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 188/189

Além disto, como cada faixa de valor encerra alíquotas mínima e máxima, como deverá o magistrado proceder para a identificação da alíquota devida em cada faixa? Mormente quando se percebe que os intervalos entre as alíquotas mínima e máxima **não são uniformes** (dez pontos percentuais na faixa inicial, dois ou três pontos nas demais)?

Em suma, optou-se por um modelo muito **complexo e trabalhoso**, cuja vantagem não se revela imediatamente.

Também se deve redobrar a atenção em torno da base de cálculo da obrigação, posto que, visando reduzir as hipóteses em que o juiz estará autorizado a arbitrar o valor devido ao advogado segundo apreciação equitativa, o legislador ampliou o rol de bases imponíveis possíveis.

Assim é que, ao lado do valor da condenação, passou a figurar o proveito econômico obtido pelo vencedor da ação.

As duas hipóteses se distinguem na medida em que certas prestações impostas judicialmente, com valor econômico, não resultam de decisões de natureza condenatória, como, por exemplo, mandamentais, ou que determine alguma obrigação de fazer.

O valor da causa foi igualmente erigido a possível base de cálculo da obrigação de pagar honorários sucumbenciais, consoante parágrafo quarto, inciso III, do art. 85, do novo CPC.

Afinal, muito embora já fixasse o antigo CPC a obrigatoriedade da atribuição de valor à causa, inclusive com parâmetros específicos³⁴, é sabido que, **na prática**, essa atribuição não raro era aleatória ou em valor meramente simbólico, diante da concepção de que se trataria de mera **formalidade**, mormente nas situações em que, justamente, o proveito econômico da causa não era imediatamente identificável.

A nova legislação reproduz a regra de que o valor da causa deve ser **certo**, ainda quando não se possa determinar imediatamente o

³⁴ artigos 258 e 259, da Lei 5869/73

conteúdo econômico objeto da ação, assim como, de modo geral, os parâmetros para sua fixação em diversas hipóteses³⁵.

Neste sentido, não fosse a possibilidade de servir de base de cálculo dos honorários advocatícios sucumbenciais, provavelmente não haveria substancial alteração no quadro identificado.

Ou seja, a adoção de novo critério para a fixação da obrigação da parte sucumbente acabou por conferir real importância à atribuição do valor da causa, não obstante, da maneira como formulada a norma, sua aplicação como base de cálculo seja residual.

4 DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS EM CASO DE VITÓRIA DA FAZENDA PÚBLICA

No tocante à hipótese de vitória processual da Fazenda Pública, a polêmica em torno dos honorários advocatícios sucumbenciais foi muito maior³⁶ e obrigou os diversos segmentos da advocacia pública a encampar verdadeira luta para evitar a perda da titularidade desses honorários advocatícios.

Todo este embate não foi, propriamente, novidade para os advogados públicos, em especial os da esfera federal, já que, de modo geral, Estados e os Municípios não se sujeitaram a entendimentos restritivos quanto aos direitos de seus procuradores.

Quer-se com isto referir à circunstância de que a conclusão pela titularidade, pelos advogados públicos, dos honorários advocatícios de sucumbência, poderia ser alcançada através da interpretação do próprio Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), mais precisamente de seus artigos 3º, §1º, 22, *caput*, e 23³⁷, mas que, no entanto e infelizmente,

³⁵ artigos 291 e 292, da Lei 13305/15

³⁶ Durante a análise presidencial do projeto, ficou patente que o tema era um dos cotados a veto. Vide, e.g., <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/dilma-ouvir-opinioao-fux-vetos-cpc> consultado em 04.03.2015

³⁷ Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

desenvolveu-se na jurisprudência tese contrária, registrando-se precedentes oriundos, inclusive, do E. Superior Tribunal de Justiça³⁸³⁹.

Felizmente, porém, **este obstáculo foi superado**. A partir da edição do novo CPC, os honorários advocatícios sucumbenciais, são, inegavelmente um **direito autônomo de todo e qualquer advogado** (art. 85, *caput*).

Nesta ordem de ideias, releva destacar a **unidade do conceito de advogado**, profissional responsável pela orientação e defesa jurídicas das pessoas, naturais ou jurídicas, públicas ou privadas.

A alusão a advogados públicos e privados, por conseguinte, diz respeito a uma classificação baseada em elemento não essencial, que **não atinge o núcleo das prerrogativas profissionais da advocacia**, que inclui o direito a percepção de honorários advocatícios.

O critério classificatório adotado, afinal, consiste na **existência de vínculo** entre o advogado e pessoa jurídica de direito público, que se promove mediante a investidura em cargo público de provimento efetivo ou, **excepcionalmente**, em comissão, caso do Advogado-Geral da União (art. 131, §1º, da Constituição Federal de 1988)⁴⁰.

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor

³⁸ v.g. AgRg no [AREsp 233.603-RS](#), Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima

³⁹ *O fundamento da tese reside no art. 4º, da Lei n. 9.527/97, que excepciona a regra geral do Estatuto da Advocacia, determinando que as disposições constantes de seu Capítulo V, Título I, não se apliquem à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Todavia, referido capítulo sequer tratava especificamente do direito aos honorários de sucumbência, cuja disciplina se encontra no capítulo seguinte do Estatuto.*

⁴⁰ *A Constituição Federal de 1988 previu expressamente apenas duas carreiras de advogados públicos, vinculadas à União e aos Estados e ao Distrito Federal. Propostas de emenda constitucional, no entanto, visam introduzir novas carreiras, dentre elas a de procurador do município.*

Ou seja, a expressão advogado público exclui aqueles profissionais que advogam para a Administração Pública vinculados apenas contratualmente, portanto sem a necessária investidura administrativa.

O que releva ter presente, no entanto, como assegurado no já citado art. 3º, §1º, do Estatuto da Advocacia, é que aos advogados públicos se aplicam dois regimes, **o da profissão e o do cargo**.

No dizer de Carlos Ayres Britto, existe, no caso do advogado público, uma *justaposição normativa* entre os papéis de advogado e servidor público, **acumulando-se os dois títulos**⁴¹.

Portanto, se insiste que na afirmação de que ao advogado cabe o direito aos honorários advocatícios sucumbenciais (art. 85, *caput*), está contida **a atribuição da titularidade da prestação a advogados privados e públicos**.

Sem dúvida, inexistente qualquer fundamento jurídico para eventual distinção, que teria nítido caráter **discriminatório**.

Afinal, a circunstância de o advogado público ser remunerado pela Fazenda Pública a que se vincula não difere da situação do advogado empregado, sem que se invista contra o direito desse aos honorários sucumbenciais.

Ademais, como demonstrado, pensar nos honorários sucumbenciais em termos de indenização ao sujeito representado pelo advogado não constitui argumento **suficiente** para macular a juridicidade da atribuição da verba honorária ao profissional.

Pode-se acrescentar, neste aspecto, que, em se tratando da advocacia pública, é inviável pensar os honorários sucumbenciais apenas em termos de cada ação isolada.

Esta linha de pensamento, afinal, é francamente restritiva, ignorando a realidade de que a advocacia pública possui caráter **orgânico**, revelado pela sua estruturação em carreira, e também **necessário** e

⁴¹ BRITTO, Carlos Ayres. <http://unafe.org.br/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/Parcer%20Ayres%20Brito%20-%201º%20.8.2014.pdf>, p. 10/11, acessado em 04.03.2015

permanente, o que se denota do fato de que a Constituição Federal de 1988 não somente lhe atribuiu a condição de **função essencial à Justiça** (artigos 131 e 132), mas tornou **inarredável** que os entes públicos promovam a formação de órgãos jurídicos especializados para lhes atender⁴².

Tampouco se deve ignorar que a **competência** dos advogados públicos não se esgota na representação judicial da Fazenda Pública, mas abrange sua representação extrajudicial e também as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos.

Significa que, se em relação ao advogado que presta um serviço isolado já é difícil aceitar a tese do caráter indenizatório dos honorários sucumbenciais, no que diz respeito aos advogados públicos, que formam um corpo jurídico à disposição do ente público, ela se revela totalmente **despropositada**.

Por outro lado, cumpre **discordar** daqueles que defendem a incompatibilidade do sistema de subsídio que se aplica aos advogados públicos e a percepção de honorários sucumbenciais⁴³.

Tem-se em vista a clássica lição segundo a qual “*a norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesse para a qual foi redigida*”⁴⁴.

O objetivo da implantação da figura do subsídio foi dar **clareza e transparência** à remuneração dos servidores públicos, notadamente daqueles agentes cuja posição representa o cume das estruturas funcionais de cada ente público.

⁴² A conclusão, expressa no tocante à União, aos Estados e ao Distrito Federal, aplica-se também aos Municípios, senão por outras razões, por força do princípio da simetria

⁴³ Esta questão foi muito bem enfrentada na nota divulgada pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE, indicada na nota 5, razão pela qual, reportando-se aos seus argumentos, procurar-se-á restringir o debate a alguns de seus aspectos tão somente.

⁴⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 125

Desta maneira, isto é, com a **redução** de todas as rubricas que tradicionalmente faziam parte da remuneração dos servidores públicos a uma parcela única, pretendia-se **facilitar** a tarefa do administrador público de **controlar as despesas com pessoal**, pressuposto para a **manutenção da responsabilidade fiscal**, conceito presente nos modelos de **administração pública gerencial** e que, à época da implantação desta figura, orientava a gestão pública federal, quem propôs a alteração constitucional correspondente.

Os honorários sucumbenciais, contudo, configuram **rendimentos** do advogado, mas não representam dispêndio ou despesa pública e, por conseguinte, **não interferem** na manutenção da responsabilidade fiscal do ente público.

Negar sua percepção ao advogado público, portanto, não pode ser **lógica ou juridicamente** sustentado com base na noção de subsídio, tendo em vista sua **finalidade** e até mesmo seu **objeto**, já que não se está tratando de prestação inerente ao regime do cargo, mas ao da **profissão** de advogado, distinção a que se voltará oportunamente.

Seria **incoerente**, até mesmo, com o sistema constitucional de proteção à pessoa e valorização do trabalho a que se aludiu no início deste estudo, porquanto se trataria de negar uma prestação assegurada aos demais advogados e que visa retribuir o exercício de atividade profissional.

Plenamente **justificada**, por conseguinte, a solução encampada pelo legislador de atribuir também aos advogados públicos a **titularidade** do direito aos honorários advocatícios sucumbenciais, o que se insiste, foi feito no **caput do art. 85, do novo CPC**.

Diante desta constatação, qual o **sentido** do §19, do art. 85, o qual prevê que: “*Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei*”? É o que se procurará examinar na sequência.

5 CONSEQUÊNCIAS DA AUTONOMIA DO DIREITO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Disse-se que a **autonomia** do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais traz **consequências** relevantes para os advogados públicos, e isto se torna evidente na medida em que condiciona a **interpretação** do sentido e alcance do art. 85,§19, do novo CPC.

De pronto, faz-se mister firmar a premissa de que este parágrafo deve ser interpretado à luz do **paradigma da autonomia** do direito do advogado público aos honorários sucumbenciais, o que importa rever, para **afastar**, a ideia bastante difundida de que se está diante de benesse outorgada pela entidade de direito público à qual se vincula o profissional.

Vem a calhar um pequeno excerto de minha tese de doutorado:

Normalmente, ideias ou teses meramente aceitáveis acabam encontrando maior respaldo social, não porque sejam mais verdadeiras, mas porque são mais compreensíveis ou se apresentam mais identificadas com algum interesse ou pré-compreensão da audiência para a qual se destinam, soando mais familiares. Estas ideias acabam ganhando, também, por conseguinte, maior estabilidade.

Ao conjunto de ideias que guardam estas características, sendo respeitadas por sua aceitabilidade, John Kenneth Galbraith denominou sabedoria convencional (conventional wisdom).

*Assim é que, sob o ponto de vista de John Kenneth Galbraith, a sabedoria convencional deve ser simples, conveniente, cômoda e confortadora – **embora não necessariamente verdadeira.***

De acordo com Steven Levitt e Stephen Dubner, uma das principais fontes da sabedoria convencional se encontra entre os especialistas. E isso é perfeitamente compreensível, na medida em que a sabedoria convencional deve ser confortadora, e para este fim é difícil imaginar algo melhor do que o endosso de experts.

É importante registrar que, ao lado de “interesseiros”, existem os que propagam as ideias que formam a sabedoria convencional, especialistas ou não, por convicção ou de todo modo atuando conforme a boa-fé.⁴⁵

Acredita-se, com o devido respeito, estar-se diante de uma situação desta natureza. Mesmo os advogados públicos que percebem honorários sucumbenciais se sentem atualmente premidos a negociar com o chefe do respectivo Poder Executivo os termos do pagamento desta verba.

Ocorre que, o que a sabedoria convencional, no caso, oculta é que, na realidade, ao menos desde **1994**, com a vigência do Estatuto da Advocacia, e a atribuição da titularidade dos honorários sucumbenciais aos advogados, a afirmação **deixou de fazer qualquer sentido jurídico**.

O advogado público, afinal, registrou-se logo acima, se encontra sujeito a **dois regimes distintos, mas harmônicos**: o da sua profissão e o do seu cargo.

E a sucumbência, que se apresenta como causa da exigibilidade dos honorários sucumbenciais, é uma **questão de direito processual**, resolvida legislativamente nos termos da competência constitucional⁴⁶.

Com efeito, o direito foi conferido pela **autoridade competente** e através do **veículo adequado**. Competente, pois dispõe o art. 22, I, da Constituição Federal, caber à União legislar, em **caráter privativo**, sobre direito processual.

Embora acerca da competência privativa costume-se distingui-la da exclusiva por ser delegável⁴⁷, não foi o caso, posto exercida plenamente pela titular.

⁴⁵ *Responsabilidade objetiva e dimensionamento da indenização (...)*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 17/18

⁴⁶ Em que pese respeitável, a opinião em favor de um regramento regional processual (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, 110) não se revela viável em virtude da distribuição de competências que revela a consolidação do modelo unitário

⁴⁷ A classificação com base no critério da delegabilidade, embora prevaleça, não é imune a críticas, como as desferidas por Fernanda Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA, 1991, p. 86/87)

Adequado, porquanto não se poderia imaginar veículo melhor para uma norma processual do que um novo código de processo civil.

Deste modo, os honorários advocatícios sucumbenciais consistem, inegavelmente, em verba de natureza processual, vinculada a **fato estritamente processual**, que é a sucumbência.

Portanto, no exercício regular de sua competência, à União era lícito e legítimo que se promovesse a opção pela valorização dos advogados atribuindo-lhes o direito aos honorários sucumbenciais.

Fica claro, conseqüentemente, e não pode ser ignorado, **que os honorários sucumbenciais não se inserem no regime do cargo, mas no da profissão de advogado.**

Se o legislador competente a atribuiu aos advogados, **não poderia o ente público**, a título de estatuir o regime jurídico do cargo, promover outra destinação à verba honorária. Ou seja, ou bem se paga a verba em conformidade com o disposto na norma processual, **ou não haverá legitimado a percebê-la.**

Daí porque se acredita que, ao afirmar que os advogados públicos perceberão os honorários nos termos da lei, **o que se diferiu foi tão somente a disciplina da forma de concretização do direito preconizado no caput do artigo.**

Não pode haver dúvida de que a lei a que se refere o novo CPC no parágrafo em apreço deve limitar-se a concretizar o direito aos honorários sucumbenciais, **dispondo exclusivamente sobre a sua arrecadação e distribuição.**

Nem se diga que esta interpretação feriria a autonomia dos entes estaduais ou municipais. Deveras, pois não se está restringindo a competência de cada um desses para regular as atribuições, vantagens, prerrogativas ou deveres do cargo.

Cada ente ainda poderá, em especial, **seguir fixando a política remuneratória do cargo.** O que não poderá fazer será dispor dos honorários sucumbenciais, eis que se trata de rendimento associado ao regime da profissão do advogado público.

Ou seja, o ente público utilizará a percepção de honorários sucumbenciais pelo advogado público tão somente como um **dado**, mas poderá fazê-lo inclusive para a disciplina da política remuneratória própria do cargo, **desde que essa utilização seja pautada pela boa-fé**.

Aliás, não é excesso registrar que **todo o desenrolar de eventos** para efetivar a regra do art. 85, §19, do novo CPC, haverá de ser pautada pela boa-fé, como se procurará explicitar.

A boa-fé é um dos mais relevantes princípios jurídicos e sua eficácia, no âmbito do direito privado, foi acentuada a partir de sua caracterização como boa-fé objetiva:

*A expressão boa-fé objetiva exprime o standard de lisura, correção, probidade, lealdade, honestidade – enfim, o **civiliter agere** que deve pautar as relações intersubjetivas regradas pelo Direito. (...) Aí está a boa-fé em sua função de garante das **legítimas expectativas** e de uma **ação orientada pela probidade e correção** no tráfego jurídico⁴⁸*

Nalinha de desenvolvimento do conceito realizado particularmente pela doutrina alemã, a **boa-fé objetiva** tem sido compreendida pela doutrina e jurisprudência brasileiras como elemento **indispensável à proteção da confiança** que, enquanto valor não apenas ético, mas também jurídico, deve permear todas as relações intersubjetivas⁴⁹.

E, em que pese inicial resistência à sua incorporação no contexto das normas de direito administrativo, como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as diversas transformações pelas quais vem passando este ramo jurídico, **notadamente no que diz respeito aos vetustos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse**

⁴⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: *Direito civil contemporâneo (...)*. Gustavo Tepedino (org.), São Paulo: Atlas, 2008, p. 81

⁴⁹ WALD, Arnoldo. Princípio da confiança. In: *Dicionário de princípios jurídicos*, Ricardo Lobo Torres [et ali] (org.), Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 178

público, acabaram por levar à sua adoção também para disciplinar as relações entre os cidadãos e os entes de direito público⁵⁰. Foi, inclusive, previsto expressamente na legislação federal (Lei 9.784/99)⁵¹.

Também a jurisprudência consolidou o entendimento de que a Administração Pública se sujeita à rigorosa observância da boa-fé e à proteção da confiança do cidadão. No âmbito do E. Supremo Tribunal Federal, conforme se percebe do seguinte excerto, a tese revela seus contornos publicísticos e é associada a outros elementos fundamentais:

*Na realidade, os postulados da segurança jurídica, da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, mesmo as de direito público (RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES), em ordem a viabilizar a incidência desses mesmos princípios sobre comportamentos de qualquer dos Poderes ou órgãos do Estado, para que se preservem, desse modo, situações administrativas já consolidadas no passado*⁵².

Realmente, a centralidade reconhecida às normas de direito constitucional, em especial no que concerne à tutela dos direitos fundamentais, acabou por subverter o paradigma da proteção da autoridade que norteou a formulação da noção de supremacia do interesse público,

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16ª ed. rev. e atual, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96

⁵¹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...) IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

(...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação

⁵² AC 3172 MC-AGR/DF, rel. Min. Celso de Mello

em prol de visão mais **democrática e republicana** de administração pública, onde **não se divisa cisão** entre interesse público e interesse privado, pressuposto da prevalência de um sobre o outro⁵³.

Tem-se, como consequência desta nova visão acerca do significado de interesse público, e das prerrogativas que ele pode conferir ao administrador público, que a coordenação das ações estatais se legitima atualmente apenas quando **respeita efetivamente** os interesses privados individuais e meta-individuais correlacionados, o que se pode traduzir como exigência de um comportamento administrativo, em face do cidadão, **pautado pela veracidade e transparência quanto aos seus motivos e fins**.

Cumpra registrar, ainda, que, malgrado o princípio da proteção da confiança legítima tenha sido inicialmente invocado como limite à revisão de atos administrativos concretos, passou, em um segundo momento, a ser utilizado para a tutela da segurança jurídica face ao exercício do poder normativo da administração pública.⁵⁴

A boa-fé objetiva e a proteção da confiança traduzem, portanto, verdadeira **garantia** de boa-administração, conferindo ao cidadão porventura lesado os **instrumentos** para **impugnar e reverter** as decisões ou ações administrativas que não se coadunem com os parâmetros de honestidade e retidão inerentes aos princípios em apreço.

Por tudo isto, é evidente que a Administração Pública não pode, por exemplo, iniciar procedimento legalmente previsto para alcançar determinado objetivo, mas com o propósito de atingir fim diverso, ainda que sob alegação de interesse público.

A derrocada de uma visão autoritária de interesse público induz a insuficiência da alegação de legalidade, quando observada apenas

⁵³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade (...). In: *Interesses públicos versus interesses privados* (...). Gustavo Binenbojm [et ali], Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 166

⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo (...). 3ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 203/204

do ponto de vista formal, como sustentáculo de decisões e ações administrativas, como ressalta Manoel Messias Peixinho:

*O princípio da legalidade adquiriu nova dimensão com a ascensão do princípio da moralidade ao status constitucional (...) Assim, insuficientes são aqueles atos administrativos que, mesmo ostentando um status de aparência de legalidade, discrepem dos valores éticos previstos e respeitados em determinada comunidade. Neste sentido, pode-se dizer que a legalidade ética é a conformação harmoniosa dos princípios da legalidade e da moralidade.*⁵⁵

Tampouco poderá adotar a administração pública comportamentos contraditórios, vedação que se revela com todo seu vigor quando caracterizado prejuízo concreto a direito do cidadão.

Para Anderson Schreiber, a aplicação do princípio da proibição do comportamento contraditório, nas relações de direito público, decorre dos princípios da moralidade e da igualdade dos administrados perante a Administração Pública (cf. art. 37, *caput*, CF/88), bem como do princípio da solidariedade social, considerado, pelo autor, “o seu fundamento normativo mais elevado”⁵⁶.

O comportamento contraditório, com efeito, discrepa totalmente do parâmetro de honestidade decorrente da boa-fé objetiva e rompe o vínculo de confiança exigida em qualquer relação.

Afinal, como esclarece com precisão Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Os interesses individuais e coletivos não podem ser expostos à imprevisibilidade acentuada, nem mesmo a mudanças bruscas e irrefletidas, sendo imperioso proteger a boa-fé dos integrantes da

⁵⁵ PEIXINHO, Manoel Messias. Princípios constitucionais da administração pública. In: *Os princípios da constituição de 1988*, Manoel Messias Peixinho [et ali] (org.), 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 532

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e ‘venire contra factum proprium’*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 208

*sociedade. Em outras palavras, embora seja inerente ao direito ser um sistema mutante, porquanto relativo a uma sociedade em permanente transformação, deve-se buscar um mínimo de equilíbrio e estabilidade necessários ao futuro das relações sociais*⁵⁷

Pois bem, tendo sido demonstrado, em abstrato, a **imprescindibilidade** da observação da boa-fé objetiva pelo ente público, tratar-se-á da sua aplicação concreta no caso dos honorários advocatícios sucumbenciais destinados aos advogados públicos.

A primeira consequência do art. 85, §19, sem dúvida, consiste na **obrigatoriedade de legislar** ao respeito da distribuição dos honorários advocatícios de sucumbência aos advogados públicos.

Se é obvio que não poderá qualquer dos entes públicos (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) **negar a destinação dos honorários** aos advogados públicos, igualmente certo que tampouco poderão criar obstáculos que **esvaziem ou mitiguem** a garantia aos honorários sucumbenciais fixada pelo novo CPC.

Adiar a edição de lei, restringindo **indevidamente** a percepção dos honorários devidos consubstanciará, por conseguinte, evidente **atendado** à boa-fé objetiva. Mormente porque **nunca se deixou de cobrar e receber** os honorários advocatícios sucumbenciais dos derrotados nas demandas contra a Fazenda Pública, donde urgir promover a sua adequada destinação.

Esta problemática aflige principalmente os advogados públicos que, atualmente, não percebem honorários advocatícios sucumbenciais, como os da União, exemplo mais emblemático pelo número de profissionais envolvido.

Para estes advogados públicos, acredita-se que o **termo final** para que esteja em vigor norma disciplinando a distribuição dos honorários sucumbenciais **coincide** com o termo inicial da **vigência** do novo

⁵⁷ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodium, 2009. p. 83/84

CPC. Sem dúvida, pois do contrário haveria **prejuízo indevido** aos advogados públicos.

Na hipótese de não ter sido oportunamente providenciada a legislação necessária, acredita que estará caracterizada a **mora** do ente público, cujas consequências seriam a **obrigatoriedade** de pagamento pelo ente público e a **indisponibilidade** dos valores arrecadados a título de honorários sucumbenciais para assegurar o pagamento, ainda que em atraso e com os devidos acréscimos, desses valores aos seus reais destinatários. Espera-se, contudo, que esta situação jamais se caracterize.

Diversamente, a experiência estadual e municipal em matéria de honorários de sucumbência é antiga. Com efeito, é notório que, ainda no contexto da redação original do art. 20, do antigo CPC, diversos entes públicos conferiram aos seus advogados o direito de perceber honorários sucumbenciais.

Atualmente, por exemplo, 20 (vinte) Estados possuem norma legal disciplinando a percepção de honorários advocatícios de sucumbência por seus procuradores⁵⁸.

Desta forma, qual o efeito da **superveniência** do novo CPC? Antes de examinar esta questão, é preciso registrar que, claro, não se precisará aguardar o decurso da *vacatio legis* do código para promover a destinação dos honorários sucumbenciais aos advogados beneficiados, **não havendo que se falar em solução de continuidade**.

Acredita-se, ai sim tratando dos efeitos da nova legislação, que não se poderá questionar a **persistência** do sistema previamente implantado, **salvo** quando ele representar, **de qualquer modo, restrição indevida** ao direito dos advogados públicos aos honorários advocatícios sucumbenciais, devidos em sua **integralidade** aos profissionais que compõem os corpos jurídicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁵⁸ Conforme relatório de prerrogativas elaborado pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE, apresentado ao seu Conselho Deliberativo em 18.10.2014

Afinal, seria ofensivo à boa-fé e a proteção da confiança que qualquer dos entes públicos buscasse **se apropriar de direito alheio**.

Com efeito, como demonstrado, não se pode mais cogitar, no caso, de interferência **indevida** do ente público, ainda a título de regime jurídico do cargo, porquanto **o direito aos honorários é autônomo** e tem por **fundamento exclusivo** a legislação processual. Eventual restrição, indevida, por conseguinte, poderá ser impugnada, administrativa ou judicialmente.

Fixada a obrigatoriedade de legislar e até o seu conteúdo geral, distribuir a integralidade dos honorários sucumbenciais arrecadados, vem a questão acerca da implantação da norma e surge a dúvida sobre a **competência** para editar a lei a que se reporta o código.

Vale anotar, como observação, que o ideal seria que os próprios advogados públicos disciplinassem a distribuição dos honorários arrecadados, em caráter direto, mediante deliberação coletiva, ou, ao menos, em caráter institucional, mediante ato normativo do órgão (procuradoria). No entanto, talvez se precavendo de disputas intermináveis, o legislador resolveu que esta distribuição deveria ser disciplinada por lei.

Deste modo, importa deixar claro, em primeiro lugar, que **não se trata mais de uma questão processual**, a reclamar o exercício de competência da União. O fim da legislação ora cogitada, como adiantado, é apenas disciplinar a arrecadação e distribuição dos honorários sucumbenciais aos seus titulares, os advogados públicos, ou seja, **questão puramente contábil-administrativa**.

Em parecer contratado pela UNAFE – União dos Advogados Públicos Federais do Brasil, Carlos Ayres Britto, ao tratar da necessidade de lei no caso, identificou o cerne do problema, reconhecendo coincidir com a necessidade de se promover o registro formal da **intermediação** que o ente público fará entre o obrigado ao pagamento dos honorários, o sucumbente, e o seu credor, o advogado público⁵⁹.

⁵⁹ <http://unafe.org.br/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/Parecer%20Ayres%20Britto%20-%201%20.8.2014.pdf> p. 21/22 acessado em 22.02.2015

Trata-se, portanto, do exercício de competência **própria** de cada ente, não de competência concorrente. Donde caber à União, aos Estados, ao Distrito Federal disciplinar a distribuição dos honorários aos seus respectivos advogados⁶⁰.

Superada a questão acerca da competência para a edição da lei regulamentadora, pode-se passar à análise da **forma de distribuição**.

Acredita-se que os honorários sucumbenciais, em se tratando de advogados públicos, **ordinariamente** não poderão ser entregues diretamente aos profissionais que atuaram na causa.

Isto porque os advogados públicos, em todas as três esferas da República, **devem** ser organizados em **carreira**, sendo o exercício de suas atribuições, abstratamente previstas na Constituição Federal ou no Estatuto da Advocacia, disciplinadas **concretamente** através de normas internas de caráter administrativo.

Significa, por um lado, que não há, ordinariamente, um advogado público, mas vários advogados servindo a uma mesma Fazenda Pública.

Por outro, que a atuação de certo advogado público em determinada causa é resultado de decisão administrativa e, por conseguinte, deve-se reconhecer que sua presença em cada processo é, na realidade, **institucional**.

Nestes termos, pensa-se que não seria legítimo **privilegiá-lo** pela oportunidade que lhe tocou em detrimento dos demais integrantes da carreira que tenham sido designados para outras causas ou, ainda, outras tarefas, recordando que a representação judicial não encerra o rol de atribuições do advogado público.

Contudo, não se deve olvidar que **todo advogado** é legitimado a perceber honorários advocatícios de sucumbência.

⁶⁰ A experiência estadual revela que ordinariamente se constitui um fundo para depósito dos honorários sucumbenciais arrecadados, incumbindo ao órgão da advocacia pública promover o rateio entre os advogados que o compõem, segundo critério prefixado em lei. Nada obsta, no entanto, que a lei atribua a realização do rateio a outra entidade, como a associação dos próprios procuradores, que ficará responsável pela observância dos critérios legais

Para conciliar estes fatores, acredita-se que se deve reconhecer, ressalvada a hipótese de existir apenas um advogado público ativo, que os honorários sucumbenciais **são devidos ao conjunto dos advogados públicos reunidos em carreira.**

Como consequência, os honorários sucumbenciais efetivamente recolhidos deverão de ser **rateados** entre os integrantes da carreira, em frações **idênticas**⁶¹.

O regime é **semelhante** ao da solidariedade ativa do direito privado, com a ressalva de que não habilita cada advogado público a exigir, **para si**, o valor dos honorários sucumbenciais devidos em causa em que tiver atuado, mas apenas para futuro **rateio** com o restante do conjunto de advogados do específico ente público.

Acredita-se que esta solução, além de consolidada na prática e de conciliar os diversos aspectos jurídicos em torno da distribuição dos honorários sucumbenciais, enaltece também o princípio da **boa-fé**, na medida em que destaca o **aspecto cooperativo** da atuação dos advogados públicos reunidos em carreira.

A última questão que se deseja abordar neste estudo diz respeito aos **limites** do rateio individualmente considerado. Quer-se, com isto, tratar da problemática acerca da sujeição dos honorários sucumbenciais ao **teto** remuneratório previsto constitucionalmente para os servidores públicos⁶².

⁶¹ Esta é, s.m.j., prática uniforme entre as procuradorias que atualmente já distribuem honorários sucumbenciais

⁶² Art. 37, XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos

De pronto se esclarece que a conclusão é pela **não sujeição**. Para sustentar esta conclusão, alguns aspectos devem ser identificados em ordem a estabelecer a própria **função** do teto, modo mais simples de desfazer o **equívoco** daqueles que pretendem limitar o valor dos honorários sucumbenciais ao referido teto.

Neste sentido, é preciso lembrar que a estipulação de um teto surgiu **não** com o objetivo de **limitar arbitrariamente** o acesso dos servidores públicos aos bens da vida ou à contrapartida adequada ao seu trabalho.

Tratava-se de mais uma **ferramenta organizacional** do estado, no espírito da reforma administrativa promovida pela gestão federal à época, de cujo rol de realizações se destaca a Emenda Constitucional 19/98, e as alterações promovidas nos artigos 37, 39 e 169, da Constituição Federal.

Dois **marcos** deste processo de reforma consistem na elevação da **eficiência** a princípio da administração pública e a preocupação com a **responsabilidade fiscal** pelo administrador público, conforme expresso na exposição de motivos da proposta que resultou na EC 19/98⁶³.

A atuação do teto, em especial em conjugação com a figura do subsídio, visava assegurar o **controle** das despesas com pessoal em ordem a respeitar os limites da responsabilidade fiscal do ente público.

No entanto, há de se recordar, primeiramente, que nem todas as parcelas percebidas por detentores de cargo se submetem ao teto.

José dos Santos Carvalho Filho, ao examinar o problema em torno da submissão da remuneração dos servidores públicos ao teto (limite máximo) estipulado pelo art. 37, XI, da Constituição Federal, arrola algumas situações que estariam excluídas deste regime. Neste sentido, interessa destacar que, ao par das verbas

membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos

⁶³ Exposição de motivos da EC 19/98 http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/Emendas-Constitucionais/EC19/Camara/EC019_cam_23081995_ini.pdf acessado em 04.03.2015

de natureza indenizatória, que obviamente não se confundem com remuneração, incluem-se parcelas que, a despeito de configurar rendimento do servidor, poderiam ser percebidas a despeito de ultrapassarem o teto.

Estas parcelas possuiriam natureza as mais diversas, como o terço constitucional de férias ou o abono permanência, benefícios oriundos de plano privado de previdência, bolsas de estudo ou gratificação eleitoral⁶⁴.

Faz-se este registro para demonstrar que o regime do teto remuneratório contempla exceções, as quais devem ser compreendidas **em consonância com o propósito ou finalidade da instituição do limite**.

Nesta ordem ideias, como mencionado no tópico anterior, é imprescindível ter em mente que os honorários sucumbenciais, conquanto representem para o advogado rendimento, **não constituem despesa pública**, não interferindo com a responsabilidade fiscal do ente público.

Logo, mais uma vez, não se pode sustentar lógica ou juridicamente a restrição ao direito dos advogados públicos com base na **finalidade** do instituto, desta feita, no do teto.

Conseqüentemente, acredita-se que aplicar eventual restrição consistiria em conduta indevida, **sem base constitucional**.

Dois outros fundamentos podem, sem embargo, ser invocados para impugnar tentativa de restrição pelo ente público.

O primeiro deles reside na circunstância de que reduzir o montante dos honorários a serem percebidos pelo advogado público representaria interferência em parcela que **não integra o regime jurídico do cargo do advogado público**. Ou seja, extaria havendo **excesso ilegal**, mesmo que a iniciativa partisse da administração

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 28ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2015, p. 785

federal, igualmente jungida a promover a destinação dos honorários aos seus advogados.

Além da problemática da competência, pensa-se que a restrição consubstanciaria prática **vedada** pela boa-fé objetiva. Realmente, mais uma vez se valendo da lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Não se pode admitir um comportamento público que crie expectativas e que, posteriormente, frustre, de modo desarrazoado, o estado de confiança decorrente até mesmo da presunção de legitimidade reconhecida ao Estado⁶⁵

Ora, o objetivo do legislador ao atribuir ao advogado público os honorários sucumbenciais se veria **frustrado** se o pagamento da verba honorária se esvaziasse pela sua **absorção** pelo teto constitucional.

Veja-se que seria, portanto, **ofensivo à boa-fé** se o ente público, visando contornar o obstáculo da incompetência para disciplinar os honorários sucumbenciais ou interferir no seu montante, propositalmente **recusasse** a revisão devida à remuneração do advogado público sob seu encargo ou de **qualquer forma** buscasse **reproduzir os efeitos** da limitação pelo teto ao **total** dos rendimentos percebidos pelo advogado público, isto é, subsidio mais honorários sucumbenciais.

Logo, qualquer restrição praticada administrativamente por ente público representaria ato nitidamente ilegal, que poderia ser combatido, inclusive, mediante mandado de segurança.

⁶⁵ CARVALHO, 2009, 111/112

6 CONCLUSÃO

O novo CPC empreendeu ampla revisão na sistemática dos honorários sucumbenciais, nitidamente orientado pelo objetivo de promover a valorização do trabalho do advogado.

Acertadamente, não acolheu teses que visassem discriminar advogados privados ou públicos, tendo procurado tratar de maneira equilibrada os respectivos regimes de fixação da obrigação.

Atendeu, destarte, antigas e relevantes reivindicações dos advogados, tudo com o objetivo já identificado de resgatar sua dignidade pela atribuição de rendimentos condignos.

Não descuidou, neste propósito, todavia, da singularidade da Fazenda Pública, de modo que, a despeito de críticas pontuais, o sistema desenvolvido para a hipótese de sua derrota processual contempla garantias para evitar a imposição de gravame substancial aos cofres públicos e, conseqüentemente, à sociedade.

Algumas questões, como a fórmula de cálculo da obrigação e a ausência de previsão para a redução de condenações que, a despeito do escalonamento, se revelem excessivas, serão desafiadoras, mas não desmerecem o quadro geral.

Especialmente no que concerne aos advogados públicos, a reafirmação definitiva da autonomia do direito aos honorários sucumbenciais representa alteração paradigmática no regime da prestação, reforçando a identidade da categoria como parte efetiva da classe dos advogados.

Em suma, portanto, a nova sistemática responde bem à sua função.

**O SISTEMA DE CONTROLE DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PAPEL DA
PROCURADORIA DO ESTADO SOBRE ATOS
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**
*THE CONTROL SYSTEM OF PUBLIC ADMINISTRATION
AND THE ROLE OF THE STATE ATTORNEY ON THE
ACTS OF ADMINISTRATIVE MISCONDUCT*

Fernanda Figueira Tonetto¹

Recebido em: 13.3.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O presente estudo analisa o atual sistema de controle da Administração Pública Direta e Indireta e, em especial, o papel do Procurador do Estado nesse processo, bem como os mecanismos legais que se encontram à sua disposição para que possa se desincumbir de tal mister. A pesquisa parte da premissa de que a eficácia da sistemática em epígrafe ampara-se em uma Administração Pública pautada no modelo gerencial e estruturada sob a égide da descentra-

Abstract: This paper examines the current control system of the Direct and Indirect Public Administration and especially the role of the State Attorney in this process and its available legal instruments. This research assumes that the control effectiveness depends on the Public Administration built according the management model and based on decentralization, known that competences of the welfare and democratic state grew up a lot, especially with

¹ Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Doutoranda em Direito na Université Paris II Panthéon-Assas. Doutoranda em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria.

lização, dado o incremento das competências do Estado Social e Democrático de Direito no que tange à prestação dos serviços públicos. Restam analisados tanto o controle externo quanto o controle interno da Administração Pública, em especial no que tange à investigação e punição de atos de improbidade administrativa, com ênfase no ordenamento jurídico estadual, destacando-se as atividades de controle que podem ser realizadas pela Advocacia Pública do Estado.

Palavras-chave: Administração pública; Improbidade administrativa; Procurador do Estado; Controle de legalidade; Controle da administração.

Sumário: 1 Introdução. 2 A improbidade administrativa no cenário brasileiro. 2.1 Um breve histórico sobre a corrupção, ou uma tentativa de identificar suas causas. 2.2 A organização do Estado e as formas de controle da Administração Pública. 3 As prerrogativas da Advocacia de Estado na promoção do controle dos atos de improbidade administrativa. 3.1 O instituto do controle interno como prerrogativa do Procurador do Estado. 3.2 O controle externo e a legitimidade da Advocacia Pública para a ação de improbidade administrativa. 4 Conclusões.

regard to the provision of public services. It analyzes both external control and the internal control of the Public Administration, principally the investigation and the punishment of acts of administrative misconduct, with emphasis on state law, highlighting the activities of the State Attorney.

Keywords: Public administration; Administrative misconduct; State Attorney; Legality control; Control of public administration.

1 INTRODUÇÃO

A construção do sistema de controle dos atos da Administração Pública e, por consequência, dos atos de improbidade administrativa, parte necessariamente da existência de um Estado estruturado sobre o princípio da tripartição dos Poderes e que tenha evoluído de um modelo patrimonialista ou burocrático para um sistema de Administração Pública gerencial.

Somente em Estados ancorados no tripé da separação entre as funções Executiva, Legislativa e Judicial pode existir o desejável controle, que se ampara em princípios como os da legalidade e da moralidade. No Estado absolutista, por exemplo, inexistia o interesse do soberano em controlar suas decisões, tornando ineficiente qualquer espécie de fiscalização dos seus atos. Ademais, para se poder falar em persecução da improbidade administrativa, foi também necessária a separação entre as esferas pública e privada, algo que não se falava em tempos de pré-iluministas.

Para tanto foi preciso que a Administração Pública avançasse, deixando de ser meramente patrimonialista, tal como ocorria nos regimes autoritários, em que essa separação dificilmente se cristalizava, e, posteriormente, abandonando o sistema burocrático, que possuía métodos ineficazes de controle à medida em que se encontrava engessado pelo formalismo excessivo. Foi necessário progredir até se chegar ao atual modelo gerencial, pautado por princípios reitores voltados ao planejamento estratégico com vistas à redução de despesas, incremento da eficiência dos serviços públicos e combate à corrupção.

A Administração Pública, antes ensimesmada e voltada muito mais ao próprio Estado, reformula a noção de interesse público, passando a identificar-se muito mais com os anseios das pessoas que são destinatárias de sua existência, com vistas a atender as novas demandas inerentes ao então incipiente Estado social.

Tais transformações possibilitaram o incremento de formas mais modernas de gestão pública, de sorte a modificar sobremaneira o aparato de controle dos atos administrativos. É na perspectiva da Administração Pública gerencial, caracterizada por possuir (1) perfil competitivo, (2) mecanismos eficazes de controle de gastos e (3) prestação de serviços públicos eficazes e de qualidade, que se estrutura todo o sistema de controle interno e externo da Administração Pública Direta e Indireta e, por consequência, o sistema de controle dos atos de improbidade administrativa.

Devido à sua importância, a matéria foi erigida a *status* constitucional, dedicando-se o legislador ao tema da fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal, modificados pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, a qual pode ser considerada um dos marcos da transição da Administração Pública burocrática para a gerencial.

Tais dispositivos merecem ser estudados e compreendidos à luz do conceito de descentralização, tido como um dos princípios reitores da Administração Pública gerencial e que delimita os meios e formas de controle dos atos administrativos. Da mesma forma, essas normas devem ser interpretadas em conjunto com o artigo 37, §4º da Constituição Federal ao dispor sobre as penas aplicáveis à improbidade administrativa.

Face a todos esses instrumentos, fortalece-se o papel do Procurador do Estado enquanto órgão encarregado de zelar pela escorreita conduta do agente público, incumbindo-lhe empreender a persecução relativamente a atos que corrompem a desejada probidade, prerrogativa essa que lhe é conferida pela Lei nº 8.429/92.

Dentre outros instrumentos que se encontram à disposição da Advocacia Pública para o fim de exercer o controle da prática de atos de improbidade administrativa, mecanismos esses que se pretende destacar no presente trabalho, ressalta-se que tais institutos,

paralelamente ao ajuizamento de ação de improbidade administrativa pelas Procuradorias de Estado, constituem-se em prerrogativas que se reforçam especialmente quando conjugadas à utilização de outros aparatos, como o controle de legalidade, prévio ao ajuizamento da ação. Dada a sua característica de controle não-judicial, concentra no Procurador do Estado poderes investigativos e de orientação ao administrador que por si sós justificam seu aperfeiçoamento e ampla utilização, conforme se passará a referir.

2 A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NO CENÁRIO BRASILEIRO

2.1 Um Breve Histórico sobre a Corrupção, ou uma Tentativa de Identificar suas Causas

Partindo-se da premissa Durkheimiana² de que a transgressão é inerente ao homem e de que enquanto existirem relações intersubjetivas presente estará a iminência do conflito de interesses e, portanto, da transgressão, da mesma forma, enquanto existir Estado, a prática de atos de improbidade administrativa será latente.

Muitas teorias já tentaram explicar a razão da existência do Estado, esse ente abstrato que se substitui à vontade dos indivíduos para satisfazer os interesses dos substituídos, e a conclusão a que se pode chegar é no sentido de sua imprescindibilidade para a vida em sociedade.

Ao discorrer sobre a *Origem do governo*, David Hume³, por exemplo, parte da premissa de que os homens em geral são regidos por seu auto-interesse, observando que dificilmente os homens se preocupam com alguém além de si mesmos ou dos amigos ou conhecidos mais

² DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

³ HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Trad. Déborah Danowski. São Paulo: UNESP, 2009.

próximos. Por outro lado, para preservar esse auto-interesse, os homens tem consciência de que devem observar as regras de justiça, pois se não o fizerem não haverá preservação da sociedade e se retornará ao que denomina *condição miserável e selvagem*, representada como sendo o estado de natureza.

Portanto, os homens possuem o auto-interesse como interesse imediato, sendo a preservação da sociedade um meio para a satisfação desse fim, constituindo-se portanto em um interesse mediato. A observância das regras da sociedade e a proteção das regras da justiça são, assim, formas de preservação do auto-interesse. Para Hume, muito embora seja reconhecido o interesse dos homens na preservação da sociedade e da justiça, justamente por se tratarem de interesses mediatos, esses são continuamente violados, em razão da tendência dos homens de cederem às suas paixões, que se constituem em interesses mais fortes e vívidos, advindos de sua maior contiguidade.

Para David Hume, os homens em geral possuem dificuldade em dar primazia ao interesse mediato (preservação da sociedade e da justiça) em detrimento de seus interesses imediatos (auto-interesse), ou, para usar suas palavras, os homens “*são incapazes de preferir o distante ao contíguo*”⁴, o que explicita da seguinte forma:

A única dificuldade, portanto, é descobrir esse expediente por meio do qual os homens curam sua fraqueza natural, submetendo-se à necessidade de observar as leis da justiça e da equidade, não obstante sua violenta propensão a preferir o que é contíguo ao que é remoto. É evidente que esse remédio nunca poderia ser eficaz sem corrigir essa propensão; e como é impossível mudar ou corrigir algo importante em nossa natureza, o máximo que podemos fazer é transformar nossa situação e as circunstâncias que nos envolvem, tornando a observância das leis da justiça nosso interesse mais próximo, e sua violação, nosso interesse mais remoto. Mas como isso

⁴ *Op. Cit.*, p. 575.

é impraticável com respeito a toda humanidade, só pode funcionar com respeito a umas poucas pessoas, em quem criamos um interesse imediato pela execução da justiça.

Portanto, o instrumento pelo qual os homens curam sua fraqueza natural e se submetem à observância das leis da justiça é constituir os governantes e o Estado, que por seu papel na sociedade começam a ter como interesse imediato a preservação dessas regras da justiça. A instituição *Estado* adquire o condão de colocar o auto-interesse dos governantes a serviço do interesse público, o que para os governados constitui-se apenas em um proveito mediato. Para o governante, o auto-interesse passa a coincidir com o interesse público de preservação da sociedade e das regras da justiça, sendo essa a primordial função da instituição denominada governo.

Trata-se então, em princípio, o Estado de um aparelho organizador das relações sociais, com vistas a satisfazer as necessidades dos indivíduos, mediante a prestação de serviços públicos atribuídos às mais diversas pessoas jurídicas, criadas ou não especialmente para esse fim.

Tais serviços públicos são executados por pessoas físicas investidas das funções públicas, a quem são atribuídos poderes e prerrogativas necessários ao desempenho das atividades inerentes ao cargo ou função exercidos e que se constituem em poderes instrumentais, na medida em que nada mais são do que ferramentas ou instrumentos necessários à satisfação do interesse público. Seu uso e exercício devem ser correlacionados com a finalidade pela qual foram criados.

Ocorre que nem sempre essa proposição é observada, o que configura transgressão contra os Poderes do Estado, que decorre de abuso de poder ou desvio de finalidade. Eis o ato de improbidade administrativa, configurado quando aquele investido na condição de agente público faz uso dos poderes instrumentais que lhe foram conferidos como fonte de aquisição, usufruto, distribuição e transmissão de privilégios, mediante a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

A improbidade administrativa é caracterizada como sendo uma desonestidade qualificada, em que se descumpre o dever de não desprezar os elementos éticos exigidos da conduta do agente público, que age desprovido de boa fé e lealdade, sem observância dos princípios reitores da Administração Pública.

Nessa esteira, a corrupção pode ser conceituada como sendo o ato de improbidade administrativo, cujo grau de censurabilidade se exacerba diante da consecução de enriquecimento ilícito do agente que a pratica ou do tráfico de influência, com vistas ao favorecimento indevido de terceiros.

É contra atos dessa natureza que a ciência jurídica busca fornecer meios para responsabilizar o agente público pelo uso desviado dos poderes e prerrogativas de que foi investido e, nessa esteira, pode-se afirmar que não é recente a preocupação com o fenômeno da imoralidade administrativa. A corrupção possui raízes seculares na política, gerando contínua intolerância das diferentes classes sociais que buscam se arremeter de mecanismos eficazes contra sua prática.

Na Grécia Antiga, em meados do Século III a.C., Aristóteles dedicou, em seu *Ética a Nicômaco*, substancial parcela de escritos à questão da ética na política.

Em Roma, a improbidade no setor público, sob a forma de malversação das verbas públicas, favorecimentos em geral e nepotismo, era bastante comum.

Avançando um pouco na história, pode-se observar que nas últimas décadas se operou um incremento legislativo voltado ao combate da corrupção no setor público, destacando-se hipóteses casuísticas ensejadores de regulamentação, tal como o escândalo *Watergate*, que inclusive gerou a renúncia do Presidente Norte-Americano Richard Nixon.

No Brasil, é possível afirmar que a prática de atos de deterioração da ética pública advém de uma certa tolerância da sociedade brasileira

com o fenômeno da desonestidade, decorrente de uma linha contínua entre a vida cotidiana e a corrupção, gerando o que se pode denominar cultura da improbidade.

Suas causas são principalmente econômicas, sociais e pedagógicas, na medida em que se reputam comportamentos normais que, em realidade, são reprováveis. É a chamada corrupção branca, com a qual as pessoas já se habituaram, mas que alçada a maiores proporções é passível de gerar crise de governabilidade, colocando em risco os principais esteios do Estado.

A corrupção brasileira também pode ser explicada em perspectiva histórica, por duas causas que em realidade se complementam.

A primeira delas diz com a herança do patrimonialismo hispânico, ligada às práticas comuns oriundas dos colonizadores e à ausência de um projeto de Nação para a então colônia. À época da colonização, havia menos interesse no desenvolvimento do Brasil do que expectativa de enriquecimento dos dominadores às custas das riquezas da nova terra. A Corte cara e perdulária deixou hábitos que se arraigaram na história do que passou a ser depois um Estado.

Outra causa que pode ser apontada para a origem da corrupção no Brasil é a inexistência de uma história feudal, o que poderia explicar a ausência de separação entre as esferas pública e privada.

Na Idade Média, havia uma absorção da esfera privada dos servos pelo senhor feudal, que centralizava o poder na esfera pública, a quem incumbia inclusive a administração da justiça. Na Europa, até o Iluminismo, essa separação não existia. No Estado Absolutista, o monarca exercia o poder supremo sobre todas as esferas. Foi o Estado Moderno que criou essa necessária dicotomia, especialmente quando se difundiu a doutrina do liberalismo, que transformou o significado da propriedade privada e operou a separação entre Estado e sociedade civil⁵.

⁵ ARENDT, Hannah. *A condição Humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

O Brasil não viveu essa evolução. Seu desenvolvimento foi marcado por um processo de modernização arcaico, fundado no patrimonialismo, o qual se caracteriza por primar pela manutenção de uma estrutura de dependência capaz de sustentar a preservação das elites conservadoras: os interesses dos grandes proprietários de terras, empresários e outros representantes do capital.

E é justamente a cultura patrimonialista que concebe as estruturas públicas como sendo áreas privadas, concepção essa já imbricada na própria história do Brasil, tão imbricada que para a identificar basta que se observe o quão pouco se evoluiu em distribuição de riqueza nos últimos cinco séculos.

Soma-se a esses fatores históricos outras causas mais diretas da corrupção. Destacam-se a falta de transparência de alguns atos administrativos, a exclusão da maioria da população das decisões políticas mais importantes, a recorrente impunidade, o sigilo bancário, além da burocracia excessiva, consistente na criação de dificuldades a ensejar a venda de facilidades.

Soma-se a isso o baixo nível salarial de alguns agentes públicos, as falhas em leis importantes, muito menos modernas se comparadas a leis de países europeus⁶, e a profissionalização da política, que ensejam campanhas caras e dependentes do poder econômico.

Com base nesses fatores, há por certo mecanismos preventivos à corrupção no setor público, tais como a necessária extensão da transparência, a exposição periódica das contas públicas, o incentivo à participação da comunidade nas decisões administrativas por meio de consultas ou audiências públicas e a elaboração de uma reforma política, com vistas à limitação ao financiamento dos partidos e das campanhas políticas.

⁶ A exemplo, cita-se a Loi du 15 novembre 2007, editada na França, conhecida como “la loi de lutte contre la corruption”. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000524023> Acesso em 13.mar.2016.

Possivelmente o mais eficaz instrumento de combate à corrupção seja, no entanto, a fiscalização por meio dos órgãos de controle, em que se sobressai o papel da Advocacia de Estado, na sua atribuição (1) de orientação da administração pública e (2) de persecução de atos ímprobos, cuja relevância se exacerba historicamente no contexto de criação de aparato normativo que confere legitimidade ativa *ad causam* ao órgão da Procuradoria do Estado para demandar contra agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função exercidos na administração pública.

Daí a importância de se analisar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao controle dos atos administrativos para, posteriormente, identificar quais as atribuições do Procurador do Estado dentro desse contexto.

2.2 A Organização do Estado e as Formas de Controle da Administração Pública

Para que possa cumprir a finalidade de executar as decisões políticas, a partir de um critério de eleição de prioridades regidas pelo interesse público, a Administração Pública gerencial, pautada no princípio da eficiência, possui a descentralização como um de seus esteios.

O surgimento do Estado Social e Democrático de Direito trouxe consigo a necessidade de alargamento de sua própria esfera de atuação, diante do aumento das demandas que foi chamado a atender. A concretização dos interesses da coletividade, a implementação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como a prestação de serviços públicos eficientes e de qualidade tornou-se tarefa sofisticada, de modo a exigir do Estado que se reorganizasse para bem cumprir tais misteres.

É nesse sentido o ensinamento de Fernando Capez⁷:

O Estado Democrático de Direito, consagrado logo no art. 1º, *caput*, da Constituição Federal, exige igualdade entre os cidadãos não apenas no âmbito formal, mas uma igualdade efetiva, concreta, material. Suas metas fundamentais são o combate a toda e qualquer forma de preconceito, a eliminação das desigualdades, a erradicação da miséria e a reafirmação da dignidade (art. 3º e incisos). A dignidade humana, a cidadania e o pluralismo político (art. 1º, III, IV e V), a imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, XLII), a imprescritibilidade das ações reparatorias por dano ao erário (art. 37, §5º), a Administração Pública regida por princípios de moralidade e eficiência (art. 37, *caput*) e inúmeras outras regras constitucionais procuram fazer da sociedade brasileira contemporânea uma autêntica socialdemocracia.

A complexa tarefa de cumprir com os objetivos propostos possivelmente não poderia ser executada por meio de um sistema centralizador, especialmente em se tratando de um Estado com dimensões continentais, multicultural e socialmente heterogêneo, o que por certo foi determinante para a descentralização política da Administração Pública brasileira.

Para se compreender o conceito do instituto da descentralização, tomam-se por empréstimo as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸:

A descentralização política ocorre quando o ente descentralizado exerce atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios. Cada um desses entes locais detém competência legislativa própria que não decorre da União nem a ela se subordina, mas encontra seu fundamento na própria Constituição Federal. As atividades jurídicas que exercem não constituem delegação ou concessão do governo central, pois delas são titulares de maneira originária.

⁷ CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 361.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, a partir de seu artigo 18, dispõe sobre a organização do Estado, determinando que a República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e, a partir daí, delimitando a competência de cada um desses entes, em especial no que tange à prestação de serviços públicos.

Tais entes formam a Administração Pública Direta, também denominados Pessoas Políticas, que completam a estrutura do Estado juntamente com a Administração Pública Indireta, ou Pessoas Administrativas, compostas pelas autarquias, as fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, as quais possuem personalidade jurídica própria e, embora tenham autonomia, são submetidas ao sistema de controle exercido pela Administração Pública Direta⁹, sendo também sujeitas ao controle interno e externo.

Toda essa atividade administrativa, oriunda da Administração Pública Direta e Indireta merece ser devidamente fiscalizada, de forma a encontrar adequação com a ordem legal e constitucional.

É por essa razão que tanto as Pessoas Políticas quanto as Pessoas Administrativas sujeitam-se a uma série de regramentos impostos à Administração Pública Direta, dentre eles destacando-se os incisos II, XIII, XVII, XXI do artigo 37 da Constituição Federal, bem como os §§3º e 4º do mesmo dispositivo.

Assim, aplicam-se também às autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas regras atinentes à necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, à vedação à vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para efeito de remuneração de pessoal, à vedação de acumulação remunerada de cargos públicos (ressalvadas as exceções elencadas pela própria Constituição) e a necessidade, para a realização de obras, serviços, compras e alienações, de prévia licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

⁹ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 227.

Tais entes também se sujeitam à fiscalização do usuário (reclamações, acesso à informação e direito de representação), bem como à suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, por ato de improbidade administrativa praticado por seus agentes, este último considerado um dos mais importantes instrumentos de controle da Administração Pública, merecendo especial atenção.

Ao tratar da aplicabilidade da Lei nº 8.429/92, é nesse sentido o ensinamento de Wallace Paiva Martins Junior¹⁰:

A própria lei dilata sua órbita, pois de maneira exemplificativa emprega a expressão “ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo” (art. 2º), dando concepção bem ampla à expressão “função pública” como qualquer forma de vinculação, funcional ou contratual, remunerada ou não, definitiva ou transitória, do agente (pessoa física ou jurídica) com a Administração Pública direta, indireta e fundacional (ou seja, com as entidades referidas no art. 1º e parágrafo único), para a prestação de um serviço público ou de utilidade pública. A amplitude do conceito de agente público é decorrência da compreensão do princípio da moralidade administrativa.

Devido à complexidade da organização político-administrativa do Estado, orientada pela descentralização a fim de que possa cumprir com sua tarefa de prestar serviços públicos de qualidade, também não poderia deixar de ser complexo e diversificado o sistema de controle desses entes, especialmente em virtude de sua finalidade, que é justamente garantir a observância dos princípios reitores da própria Administração Pública.

O controle pode ser realizado pela Administração sobre seus próprios atos ou pode ser efetivado por um dos Poderes sobre o outro, razão pela qual, quanto ao órgão que a executa, é classificado em controle interno e controle externo (jurisdicional ou legislativo).

¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300.

O controle exercido pelo Poder Judiciário, decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF¹¹, se dá por provocação do cidadão¹², sendo restrito à análise da legalidade e da constitucionalidade do ato guerreado, pois ao Poder Judiciário descabe a análise do mérito do ato administrativo, sendo-lhe defeso emitir juízo de oportunidade e conveniência quanto à escolha do administrador.

Por seu turno, o controle externo legislativo, no âmbito da União, se dá por meio de Resoluções do Congresso Nacional, convocação de Ministro de Estado, pedidos de informações, instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito, julgamento pelo Senado Federal do Presidente e Vice-Presidente da República por crimes de responsabilidade, atribuição de competência ao Senado Federal para fixar limites da dívida consolidada da União e do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem seu poder regulamentar.

Também o Poder Legislativo exerce o controle financeiro, contábil e orçamentário do Poder Executivo, o que faz com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Na esfera estadual, tal controle opera-se sobre as atividades correlatas àquelas descritas na Constituição Federal, sendo que no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, esse controle externo é realizado pela Assembleia Legislativa, auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado.

Tal atividade é explicitada no âmbito dos Estados-membros, citando-se como exemplo o artigo 71 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe:

Art. 71 – O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas,

¹¹ MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 218.

¹² Em geral por meio dos denominados remédios constitucionais, destacando-se o Habeas Corpus, o Habeas Data, o Mandado de Injunção, o Mandado de Segurança, a Ação Popular e as Ações que versam sobre (in)constitucionalidade.

ao qual compete, além das atribuições previstas nos art. 71 e 96 da Constituição Federal, adaptados ao Estado, emitir parecer prévio sobre as contas que os Prefeitos Municipais devem prestar anualmente.

(...)

§2º – O Tribunal de Contas terá amplo poder de investigação, cabendo-lhe requisitar e examinar, diretamente ou através de seu corpo técnico, a qualquer tempo, todos os elementos necessários ao exercício de suas atribuições.

O Tribunal de Contas do Estado tem por atribuição elaborar relatório anual de fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial tanto da Administração Direta quanto da Administração Indireta do Estado, devendo ater-se aos aspectos relativos à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação dos recursos públicos e respectivo quadro de pessoal¹³.

Nesse sentido, para que o Tribunal de Contas do Estado possa bem cumprir sua finalidade institucional, estabeleceu a Lei Estadual nº 10.683/96 que os gestores, tanto da Administração Pública Direta, quando os das autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas e de outras entidades constituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual, restam obrigados a prestar quaisquer esclarecimentos e informações requeridos pelos órgãos fiscalizadores do Estado, inclusive no que diz com as contas dos gestores antecedentes.

Ao Tribunal de Contas do Estado, aqui citando-se o Rio Grande do Sul, também compete proferir avaliação de eficiência a respeito do sistema de controle interno dos entes que fiscaliza, havendo nesse caso estreita correlação entre os controles interno e externo em nível estadual.

Em sede de controle externo, merece destaque a atuação do Ministério Público, bem como a fiscalização exercida pelas pessoas a quem os atos administrativos e serviços públicos são dirigidos.

¹³ Artigo 72 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

Por seu turno, o controle interno, efetuado pelos agentes que compõem a Administração Pública sobre os atos dela emanados, possui alcance mais amplo, vez que não se limita ao controle de legalidade, abrangendo também a análise do mérito do ato administrativo, permitindo não só a anulação do mesmo por ilegalidade, mas também a sua revogação, por julgá-lo contrário à conveniência e à oportunidade.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, o controle interno vem assim disciplinado pelo artigo 74 da Constituição Estadual:

Art. 74 – O sistema de controle interno previsto no art. 74 da Constituição Federal terá, no Estado, organização uma e integrada, compondo órgão de contabilidade e auditoria-geral do Estado, com delegações junto às unidades administrativas dos três Poderes, tendo sua competência e quadro de pessoal definido em lei.

Parágrafo único – Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência, sob pena de responsabilidade, ao Tribunal de Contas do Estado, o qual comunicará a ocorrência, em caráter reservado, à Mesa da Assembleia Legislativa.

O controle interno da Administração Pública Direta e Indireta também não se limita aos aspectos financeiro e orçamentário, podendo dirigir-se a questões mais amplas, como de fato ocorre com os atos de improbidade administrativa.

Sua maior amplitude se relaciona com questões atinentes à sua instauração, uma vez que a iniciativa do controle interno pode se dar tanto por provocação do administrado, quanto de ofício, por parte do agente que representa os interesses da Administração Pública, destacando-se, quanto a esse último aspecto, no âmbito dos Estados, a figura do Procurador do Estado, órgão que compõe o sistema de Advocacia Pública e que possui importantes prerrogativas no que tange à persecução dos atos de improbidade administrativa, quer mediante

o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário, exurgindo nesse caso hipótese de controle externo, quer fazendo uso da possibilidade de controle interno, munindo-se de poderes investigatórios decorrentes da aplicação do instituto do controle de legalidade.

3 AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA DE ESTADO NA PROMOÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 O Instituto do Controle Interno como Prerrogativa do Procurador do Estado

Por meio do sistema de controle interno, a Administração Pública exerce seu poder de autotutela, o qual lhe faculta a análise de atos administrativos dela mesma emanados, e que mereçam ser anulados ou revogados, consoante já se referiu oportunamente.

Nesse sentido dispõem as Súmulas 346¹⁴ e 473¹⁵ do STF.

A fim de ilustrar, destaca-se que no Estado do Rio Grande do Sul o sistema de controle interno encontra-se regulamentado no Decreto Estadual nº 38.553/98, que dispõe sobre os controles prévio, concomitante e superveniente dos atos administrativos, financeiros, orçamentários e patrimoniais praticados pelos gestores no âmbito da Administração Pública Estadual, com ênfase na atuação preventiva e observância dos princípios da tempestividade, eficiência, eficácia e economicidade, bem como na necessidade de ser assegurado ao gestor o direito ao contraditório.

Na esfera estadual, em diversas oportunidades se sobressai a iniciativa *ex officio* do controle interno que compete ao Procurador

¹⁴ Súmula 346 do STF: “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

¹⁵ Súmula 473 do STF: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

do Estado, cuja atuação judicial e extrajudicial lhe permite tomar conhecimento da prática, em tese, de irregularidades praticadas pelo Administrador Público.

Trata-se de competência outorgada pela Constituição Estadual, cujo artigo 115 preceitua:

Art. 115. Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente:

I – propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta;

II – pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual;

III – promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado;

IV – realizar processos administrativos disciplinares nos casos previstos em lei, emitindo pareceres nos que forem encaminhados à decisão final do Governador

V – prestar assistência jurídica e administrativa aos Municípios, a título complementar ou supletivo;

VI – representar os interesses da administração pública estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União.

Nesses casos, e sabendo-se que a “*tutela da probidade administrativa também se executa e desenvolve no seio do controle interno da Administração Pública*”¹⁶, pode-se afirmar em apertada síntese que o membro da Advocacia Pública do Estado dispõe de alguns instrumentos eficazes na busca pela regularização da atividade estatal, tais como a propositura de ação de improbidade administrativa (sobre a qual se irá discorrer infra, por se tratar de atividade que demanda a atividade do Poder Judiciário), a instauração de processo administrativo-disciplinar, a prestação de atividade de consultoria a fim de promover a unificação

¹⁶ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202.

da jurisprudência administrativa e a abertura de procedimento de controle da legalidade.

Trata-se de prerrogativa estribada no artigo 31 da Lei Orgânica da Advocacia de Estado¹⁷, a qual determina que o Procurador do Estado, no exercício de suas funções, age em defesa da observância das normas constitucionais pelos poderes estaduais e demais órgãos da Administração Pública Estadual, bem como os concessionários e permissionários de serviço público estadual e de entes que exerçam função delegada do Estado ou executem serviço de relevância pública.

Para bem exercer o controle interno da Administração Pública por meio de processo administrativo disciplinar, e aqui cuida-se não somente de atos de improbidade administrativa mas também de toda e qualquer transgressão funcional praticada por servidor estatutário no âmbito do Poder Executivo, o Procurador do Estado dispõe de amplos poderes investigatórios, merecendo ser instaurado independentemente das demais ações, por força do que dispõe o princípio da independência das esferas administrativa e judicial, servindo muitas vezes como suporte probatório para que se possa deduzir em juízo eventual ação de improbidade.

Nesse sentido, leciona Wallace Paiva Martins Júnior¹⁸:

A Lei Federal n. 8.429/92 não revogou a Lei Federal n. 8.112/90, nem as leis estaduais nem as municipais, no que diz respeito às faltas funcionais e correlatas sanções, processo administrativo e competência no exercício do poder disciplinar, inclusive no tocante à probidade administrativa. São esferas distintas e independentes de repressão. As hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal, de modo que não se pode afirmar que as primeiras prevalecem sobre as segundas.

¹⁷ Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002 (RS).

¹⁸ Op. Cit., p. 204.

Destaca-se, aqui, primeiramente, o processo administrativo-disciplinar, que tem por finalidade apurar os ilícitos funcionais praticados pelo agente público, com vistas a responsabilizá-lo por infração que praticou no exercício do cargo público que ocupa ou da função pública que exerce.

Rege-se pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, tratando-se de verdadeira garantia constitucional, inculpada no artigo 5º, inciso LV, da CF, encontrando no Procurador do Estado, enquanto autoridade processante, um agente assegurado da legalidade e da própria democracia, conforme explicita Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁹:

A procedimentalização do agir administrativo, a fixação de regras para o modo como a administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia. Sem a fixação do procedimento administrativo, impossibilita-se qualquer relação estável entre administração e cidadãos, em que cada um saiba até onde vai o poder do outro e como este poder será exercido.

No Estado do Rio Grande do Sul, o processo administrativo-disciplinar encontra-se disciplinado na Lei Estadual nº 10.098/94, sendo de atribuição do Procurador do Estado a atuação como autoridade processante nas infrações sujeitas, em tese, à aplicação de pena de demissão. O Procurador do Estado possui também competência para emitir pareceres em todos aqueles processos administrativos-disciplinares que forem encaminhados ao Governador do Estado para decisão final.

Trata-se de importante prerrogativa da Advocacia Pública que deve ser fortalecida como instrumento garantidor do respeito à legalidade

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 134.

e à probidade e que passa pela boa estruturação das Procuradorias de Estado, que merecem ser articuladas e dispostas de forma a possuírem unidades especializadas em matéria disciplinar.

Paralelamente ao processo administrativo disciplinar, são também importantes na seara do controle interno da Administração Pública as atividades de Consultoria, por meio de proposições jurídico-normativas, além da unificação da jurisprudência administrativa do Estado, atribuições essas que devem se encontrar a cargo do Procurador do Estado²⁰.

Tal prerrogativa encontra-se inculpada no artigo 7º da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002, suporte normativo do sistema de Advocacia Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe:

Art. 7º. As autarquias estaduais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias, as fundações de direito público e as demais fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e, ainda, as concessionárias e permissionárias de serviço público estadual ficam adstritas à observância da jurisprudência administrativa do Estado, no que couber.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal confirmando a assertiva de que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico, no âmbito do Poder Executivo Estadual, em qualquer dos Estados-membros, são de atribuição exclusiva do Procurador do Estado.

²⁰ Esta atribuição do Procurador do Estado em muito se assemelha a uma das funções do *Conseil d'État* francês, importante instituição conhecida como sendo a conselheira jurídica do Governo. Nas palavras de Dominique Latournerie: « cette fonction non contentieuse du conseil est essentielle, non seulement pour cette institution, mais aussi pour la qualité de la règle de droit ». In LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Dalloz : Paris, 2005, p. 12.

Trata-se de decisão com caráter vinculante, proferida pelo Ministro Ayres Britto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4261/RO, cuja ementa elucida:

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Anexo II da Lei Complementar 500, de 10 de março de 2009, do Estado de Rondônia. Erro material na formulação do pedido. Preliminar de não-conhecimento parcial rejeitada. Mérito. **Criação de cargos de provimento em comissão de assessoramento jurídico no âmbito da administração direta. Inconstitucionalidade** (sem grifos no original).

Por fim, em se tratando de controle interno, um dos mais importantes e eficazes aparatos de moderação e fiscalização da Administração Pública Estadual Direta e Indireta é a instauração do procedimento de controle da legalidade, atribuição essa insculpida no artigo 189 da Lei Complementar Estadual nº 11.742/2002, a Lei Orgânica da Advocacia do Estado do Rio Grande do Sul, a qual regula a apuração dos indícios da prática de irregularidades na Administração Pública Estadual que chegam ao conhecimento da Procuradoria-Geral do Estado.

Tendo ciência da possível ocorrência de tais irregularidades, ao Procurador do Estado cabe encaminhar representação fundamentada ao Dirigente de sua equipe de trabalho, ou ao Coordenador da Procuradoria a que estiver vinculado, o qual deverá levar o tema à deliberação da unidade. Sendo admitida, a representação é encaminhada ao Procurador-Geral do Estado, que deverá oficiar à autoridade apontada como a responsável pela prática do ato, com vistas a prestar informações, as quais deverão ser enviadas ao órgão colegiado de origem a fim de que adote as medidas necessárias à correção da irregularidade, se entender necessário, podendo ou não acarretar o ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário.

Tal procedimento, como não poderia deixar de ser, aplica-se tanto à Administração Direta, quanto à Administração Indireta, em nível estadual.

Ao lado dos demais instrumentos mencionados, trata-se o controle de legalidade de importante mecanismo de monitoramento dos atos do administrador público, cuja utilização deve ser sistemática e conjugada, de forma a potencializar a eficácia da aplicação do princípio da legalidade e, conseqüentemente, da eficiência na prestação dos serviços públicos e da probidade administrativa. Constitui-se, principalmente, em prerrogativa essencial do Procurador do Estado, que merece ser fortalecida mediante seu pleno exercício, de forma independente e plena, de modo a concretizar a edificação de uma das bases de uma sólida Advocacia de Estado.

3.2 O Controle Externo e a Legitimidade da Advocacia Pública para a Ação de Improbidade Administrativa

Sendo a Advocacia Pública uma instituição incumbida de exercer a representação, judicial e extrajudicial, da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios e tendo ela sido erigida ao status de função essencial à justiça, categoria essa atribuída ao advogado, ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União, aos Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e à Defensoria Pública, trata-se, pois, de função sem a qual inexistente o exercício da jurisdição, por decorrência de um de seus princípios reitores que é o princípio da inércia, segundo o qual *nemo iudex sine actore*²¹, revelando “*que a justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada*”²².

Especificamente no que pertine à Advocacia Pública, a Constituição Federal rompeu definitivamente com a sistemática segundo a qual o

²¹ Não há juiz sem autor.

²² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 579.

Ministério Público exercia a representação judicial da União, passando esta a ser executada por instituição diretamente vinculada ao Poder Executivo. Tal se deu também no âmbito dos Estados e Municípios em que tal sistema ainda não era adotado.

Constituiu-se o ministério do Procurador do Estado em função cujo alargamento de atribuições impulsionado pela Carta Magna ampliou sua responsabilidade para com a defesa das instituições constituintes do Estado, tendo como consequência primeira a modernização e especialização do aparato de controle da Administração Pública.

Como já se afirmou, cuidando-se de função vinculada ao Poder Executivo, incumbe ao seu Procurador do Estado zelar pelo bom funcionamento do Estado-Administração, tanto enquanto realizador das políticas públicas que eleger prioritárias em seu plano de governo, quanto na condição de guardião dos direitos e garantias fundamentais.

O representante da Advocacia de Estado, no exercício de suas funções constitucionais e legais deve, antes, obediência aos estritos limites da legalidade, aqui entendida em sentido amplo como a totalidade das regras e princípios que impõem fronteiras intransponíveis à atuação do Administrador. Assim, além de função essencial à Justiça, desvela-se também como importante instrumento reitor da Administração Pública.

Para cumprir tal desiderato, além de sua atuação protagonista enquanto órgão de controle interno, um dos instrumentos de que dispõe o Procurador do Estado é justamente a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, que torna possível a persecução em relação a atos do gestor público nas hipóteses de enriquecimento ilícito, prejuízo ao Erário ou lesão aos princípios da Administração Pública, tanto por ato doloso quanto, em algumas hipóteses, por ato culposos.

Fazendo uso dessa atribuição, o membro da Advocacia Pública aciona o controle externo, por meio de demanda perante o Poder Judiciário, que pode ou não ser precedida de atividade decorrente do controle interno, por notícia de prática de ato de improbidade que aporta em geral no trâmite de sindicância ou processo administrativo-disciplinar, ou mesmo em decorrência de investigações feitas no seio do expediente de controle de legalidade, como referido.

Importante aqui destacar a atribuição legal conferida ao membro da Advocacia Pública no que tange à sua legitimidade ativa *ad causam* para a propositura da ação, atribuição essa cujo efetivo e pleno exercício é também alicerce de fortalecimento da carreira de Procurador do Estado, nas situações em que o ato de improbidade administrativa é praticado em prejuízo da Administração Pública Estadual.

Tal atribuição lhe é outorgada por força do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, ao dispor que “*a ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada*”, e que permite à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios (além da Administração Pública Indireta, das empresas privadas que recebam subvenções públicas, dos partidos políticos, dos sindicatos e do serviço social autônomo), representados por seu sistema de Advocacia de Estado, o ajuizamento de ação de improbidade administrativa contra o agente público *lato sensu* ou mesmo o agente de fato, além do terceiro beneficiário.

Busca-se com a demanda a atribuição das penas de perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do autor do ato ímprobo, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e multa civil, além da pena de proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios para o particular que age em comunhão de esforços com o agente público.

Tradicionalmente, a ação de improbidade administrativa tem sido ajuizada pelo órgão do Ministério Público, que em geral toma conhecimento da transgressão previamente, restando ao membro da Advocacia Pública a possibilidade de aderir ao polo ativo da demanda.

No entanto, pela importância de suas atribuições no que tange à atividade de controle da Administração Pública, fundamental seja diuturnamente exercida a prerrogativa de ajuizamento da demanda, não apenas a fim de consolidar a legitimidade da Advocacia Pública para tal, mas especialmente em razão da aderência da questão de mérito deduzida em juízo com a função institucional de orientação da atividade do administrador.

Por fim, também como atividade de controle externo, destaca-se ainda a prerrogativa da habilitação do Procurador do Estado na ação penal, na qualidade de Assistente de Acusação, quando a ação versar sobre crimes praticados contra a Administração Pública estadual, posto que representa o Estado na qualidade de vítima do delito.

O exercício de tal atribuição vai ao encontro do princípio da instrumentalidade, na medida em que resta possível ao Assistente de Acusação postular a aplicação do efeito da condenação de perda do cargo do servidor infrator, bem como a execução civil da sentença penal condenatória, a fim de buscar a restituição ao Erário em virtude dos danos causados pela prática do crime, sem a necessidade de ajuizamento de prévia *Actio Civilis ex Delicto*.

Tratam-se, enfim, de atribuições cuja consolidação mediante o exercício ininterrupto relaciona-se sobremaneira com o fortalecimento das Procuradorias de Estado, órgão indispensável à preservação da legalidade e da probidade administrativas, que além de constituir-se em função essencial à justiça, pode ser também definido como função essencial ao exercício das funções inerentes à atividade do Poder Executivo.

4 CONCLUSÃO

O atual modelo de Administração Pública, de natureza gerencial, voltado à prestação de serviços públicos eficientes, pautado no gerenciamento das despesas públicas, otimização das receitas e na probidade administrativa, estribado na tripartição dos Poderes, desincumbe-se mais facilmente do seu dever por meio de uma organização política descentralizada.

Para tanto, a descentralização, embora constitua-se em maior garantia de eficácia ao Estado-Administração, enquanto assegurador das políticas públicas, exige o aprimoramento do sistema de controle dos atos dele emanados, sistema esse exercido tanto pelo próprio Poder Executivo, em decorrência do princípio da autotutela dos atos administrativos, quanto pelos Poderes Legislativo e Judiciário, daí decorrendo os conceitos de controle interno e controle externo da Administração Pública.

No que diz respeito ao controle interno da Administração Pública, exercido no âmbito do próprio Poder Executivo, são de fundamental importância as atividades desempenhadas pelo Procurador do Estado, competindo ao membro da Advocacia Pública do Estado figurar como autoridade processante em processos administrativo-disciplinares e/ou emitir parecer final quanto à demissão de servidores públicos que tenham incorrido em infração disciplinar.

Devido à atribuição da Advocacia Pública de prestação de atividades de consultoria e a uniformização da jurisprudência na esfera interna do Poder Executivo, visando ao alinhamento da conduta do gestor aos princípios da legalidade e da moralidade e cabendo a sua responsabilização em caso de descumprimento da orientação emanada, compete ao Procurador do Estado o pleno exercício de tais prerrogativas, como forma de fortalecimento da necessária advocacia preventiva.

Nesse sentido, a fim de pautar a atuação do Administrador Público enquanto gerenciador dos interesses do administrado, incumbe ao Procurador do Estado o dever de instaurar procedimento de controle da legalidade, a fim de regular possíveis transgressões funcionais, ou, na sua impossibilidade, com vistas a munir o membro da Advocacia Pública de poderes investigatórios com vistas ao ajuizamento futuro de ação de improbidade administrativa.

Esta propositura de ação de improbidade administrativa, nas hipóteses em que o gestor público pratica conduta caracterizadora de enriquecimento ilícito, lesiva ao Erário ou aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública, mostra-se eficaz enquanto aparato de controle à medida em que tem como finalidade o próprio ressarcimento ao Estado, além da perda dos direitos políticos do demandado, dentre outras consequências igualmente importantes, revelando-se de fundamental importância o seu exercício pelas Procuradorias de Estado como forma de consolidar a legitimidade que lhe foi legalmente outorgada, paralela à possibilidade de requerer perante o juízo criminal a sua habilitação como Assistente de Acusação em todas as hipóteses em que a ação penal versar sobre crimes que de alguma forma lesem o Estado-membro cujos interesses representa.

Em suma, diante de todo o contexto legal e constitucional instaurado pela nova ordem democrática, é possível afirmar que muito se evoluiu no que tange à criação e ao incremento de instrumentos eficazes voltados a controlar a Administração Pública, tendo-se por outro lado presente que a potencialização da eficácia de tais instrumentos depende da conjugação harmônica das diferentes instâncias e órgãos que protagonizam a fiscalização dos entes públicos, os quais devem pautar-se por uma política de cooperação mútua que seja convergente à melhor satisfação do interesse público.

Por fim, tendo em vista que a finalidade da atuação em todas as esferas de controle é a mesma, qual seja, a preservação do interesse

público, devem andar juntos os órgãos encarregados da fiscalização tanto no Poder Executivo, no Poder Judiciário e no Poder Executivo, sendo a atividade do Procurador do Estado essencial e determinante à preservação da legalidade e da moralidade, princípios reitores da Administração Pública por disposição constitucional.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição Humana*. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à lei de improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

HUME, David. *Tratado da Natureza Humana*. Trad. Déborah Danowski. São Paulo: UNESP, 2009.

LATOURNERIE, Dominique. *Le Conseil d'État*. Dalloz : Paris, 2005.

LEGIFRANCE. Le service public de la diffusion du droit. Disponível em <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000524023>> Acesso em 13.mar.2016.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.



CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, TRIBUTAÇÃO INDIRETA E MÍNIMO EXISTENCIAL

ABILITY TO PAY, INDIRECT TAX AND EXISTENTIAL MINIMUM

Elisangêla Simon Caureo¹

Recebido em: 10.2.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: Trata-se de análise acerca da tributação sobre o consumo relativamente à população de baixa renda sob a ótica do princípio da capacidade contributiva. A doutrina nacional, em regra, defende que a capacidade contributiva, acerca desses tributos, é promovida unicamente pelo binômio seletividade/essencialidade. Busca-se demonstrar que o princípio da capacidade contributiva determina a proteção do mínimo existencial e de acordo com ela deve ser interpretado. Conclui-se que o princípio da capacidade contributiva, em relação aos titulares de renda mínima (mí-

Abstract: This study analyses the jurisprudence about taxes over the low-income population's consumption, on the perspective of the Ability to pay Principle. The subject of the study is the enforcement of the Ability to pay principle regarding the indirect taxes, also called tax over the consumption. The brazilian jurisprudence mantains that the Ability to pay regarding these taxes is promoted solely by the binomial selectivity/essentiality. This work pursuit to expose that the Ability to pay principle determines the protection of the minimum existencial and, according to

¹ Juíza federal. Doutoranda em Direito junto a Universidade Degli Studi di Roma TRE - Roma Itália. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

nimo existencial), especificamente quanto aos tributos indiretos, deve preservar os direitos de propriedade e de liberdade do titular do mínimo existencial. Por fim, afirma-se que, além da técnica da seletividade e da essencialidade, estão a serviço da capacidade contributiva as técnicas de praticabilidade e de simplificação tributaria.

Palavras-chave: Capacidade contributiva; Tributação sobre o consumo; Tributos indiretos; Mínimo existencial; Liberdade; Propriedade; Praticabilidade.

Sumário: 1 Introdução - Teoria da capacidade contributiva. 2 Capacidade contributiva e tributação indireta. 3 Mínimo vital, tributação indireta e o princípio da capacidade contributiva. 4 A Seletividade e o autoengano no direito tributário. 4.1 A Violação ao direito de liberdade. 4.2 O Direito de propriedade, tributação e mínimo existencial. 5 Mecanismos de otimização da capacidade contributiva. 6 Conclusões.

this, should be interpreted. The conclusion is that the contributory capacity regarding to the bearer of the minimum income (existential minimum), especially on the indirect tax, should be optimized, thus preserving the rights to property and the freedom *minimum* income bearer. So, beyond the selectivity and essentiality technique, are in this field for the service of the contributory capacity, the techniques of practicability and tax simplification.

Keywords: Ability to pay; Tax over consumption; Indirect tax; Existential minimum; Freedom; Property; Practicability.

1 INTRODUÇÃO - TEORIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Transcorridos quase cinquenta anos, ainda é possível reconhecer que o conceito de capacidade contributiva é um dos mais discutidos e controversos².

Nas ciências jurídicas, deve-se a Benvenuto Griziotti, que, em 1929, juntamente com seus discípulos da escola de Pavia, dedicou-se ao desenvolvimento da teoria da capacidade contributiva³. A teoria de Griziotti foi remodelada com a exaustiva monografia de Emilio Giardina publicada em 1961, intitulada *Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva*⁴.

No direito brasileiro, a capacidade contributiva foi reintroduzida na Constituição Federal de 1988, depois de ter sido banida do texto constitucional de 1946 por força da Emenda Constitucional n. 18/1965. Note-se que ela apenas foi mencionada em uma carta constitucional brasileira em 1946, e foi Aliomar Baleeiro quem primeiro se preocupou mais detidamente com a matéria na obra *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*.⁵

Afora ter servido a toda espécie de críticas, como as de vaguidade⁶, acientificidade, ambiguidade, *scatola vuota*⁷, recipiente vazio que tudo acolhe⁸, e de ter a sua exclusão do discurso científico aconselhada, de

² MANZONI, Inazio. **Il Principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1965, p.56: "il concetto di capacità contributiva – sviluppatosi, com'è noto, nell'ambito della grave e tormentata problematica relativa alla ripartizione dei carichi pubblici – è uno dei più discussi e controversi". "O conceito de capacidade contributiva – desenvolvido, como é sabido, no âmbito da grave e atormentada problemática relativa à repartição dos encargos públicos – é um dos mais discutidos e controversos".

³ idem ibidem.

⁴ COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. op. cit., 2007, p. 18.

⁵ COSTA, op. cit., 2007, p. 19.

⁶ COSTA, op. cit., 2007, p. 23.

⁷ GIARDINA, Emilio. **Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, p. 3.

⁸ BECKER, Alfredo A. **Teoria geral do direito tributário**. 2.ed. apud COSTA, op. cit., 2007, p.23.

modo que não se prejudicasse a seriedade⁹, o conceito de capacidade contributiva tem sido objeto das mais diversas manifestações, sendo sempre possível, contudo, identificar no seu núcleo um poder normativo que se desenha paulatinamente e cujos contornos são conferidos pela doutrina e jurisprudência nacionais e estrangeiras.

Segundo Sacha Calmon Navarro Coelho, capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*). É subjetiva, quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real). É objetiva, quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, propriedade em área valorizada, etc.)¹⁰.

Rubens Gomes de Sousa conceituou a capacidade contributiva como a “soma de riqueza disponível depois de satisfeitas as necessidades elementares de existência, riqueza essa que pode ser absorvida pelo Estado sem reduzir o padrão de vida do contribuinte e sem prejudicar as suas atividades econômicas”¹¹.

A capacidade contributiva apresenta dois aspectos essenciais: (a) pressuposto da imposição tributária; (b) limite da tributação, não se podendo exigir mais do que ela permite e suporta. Como pressuposto e limite, quer significar que apenas quem tem capacidade contributiva pode ser concretamente obrigado a concorrer à despesa pública.

O conteúdo essencial do princípio é a observância estrita do princípio da igualdade, aportando a todos os indivíduos a mesma intensidade de supressão de bem-estar¹². A necessidade de uniformidade/

⁹ GIARDINA, op. cit., 1961, p.4.

¹⁰ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988, Sistema Tributário**. 3.ed. São Paulo: Forense, 1991.

¹¹ COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

¹² MANZONI, op. cit., 1965, p. 15. Il principio di capacità contributiva viene così ad affermarsi anche come principio dell' "uniformità" o dell'ugualianza tributaria: intesa questa non già nel senso che tutti debbano contribuire in uguale misura, il che sarebbe assurdo, ma nel senso che dev'essere assicurata uniformità di trattamento a parità di condizioni. (...) che a situazioni di capacità contributiva diverse deve corrispondere diverso trattamento: prelievo maggiore a capacità contributiva maggiore, prelievo minore a capacità contributiva minore Tradução: O princípio da

igualdade da tributação faz suscitar importantes questionamentos acerca de todos os mecanismos de diferenciação, isenções, imunidades, créditos e não-incidências tributárias. Pensando nelas, é que, na década de sessenta, percebeu-se que a capacidade contributiva é um atributo complexo cuja observância deve ser analisada de modo global, total ou “complessivo”, elemento referido frequentemente na literatura italiana¹³. Isolar a avaliação da capacidade contributiva em relação a apenas um tributo é desconsiderar o processo de formação do sistema tributário, que não é infenso à atuação persistente dos lobbies, à pressão de grupos econômicos, à tentativa de interferir no processo legislativo de modo a demonstrar a peculiaridade de cada situação e a distinguir peras de maçãs¹⁴. A atividade desses grupos é inerente ao processo político, mas as desigualdades injustificadas que ela produz são teoricamente combatidas pelo regime jurídico da Constituição Federal Brasileira.

Tanto na doutrina italiana, como na jurisprudência do BVerfG¹⁵ e do STF está presente, de alguma forma, a ideia de que a capacidade contributiva deve ser considerada globalmente¹⁶. Essa percepção é

capacidade contributiva vem assim a afirmar-se também como princípio da uniformidade ou da igualdade tributária: compreendida esta não só no sentido de que todos devem contribuir em igual medida, o que seria absurdo, mas no sentido de que deve ser assegurada uniformidade de tratamento à paridade de condições. (...) que a situações de capacidade contributiva diversa deve corresponder diverso tratamento: exigência maior para capacidade contributiva maior, exigência menor para capacidade contributiva menor.

¹³ MOSCHETTI, F. **Il Principio Della Capacità Contributiva**. Padovam: CEDAM, 1973, p. 217.

¹⁴ HERRERA MOLINA, Pedro M.. *Capacidad Económica y Sistema Fiscal - Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales s.a. 1998, p.27. Referindo-se à ironia de Friauf, qualificando a proibição de arbitrariedade (Willkürverbot) no controle das violações à igualdade de *Äpfel-Birnen-Theorie* (teoria de las peras y manzanas): “las manzanas no son peras; por consiguiente, pueden recibir outro tratamiento y tributar de outro modo”.

¹⁵ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de Tributos com Efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.54-57.

¹⁶ **ADInMC 2.010-DF. Contribuição Previdenciária – III**. O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de liminar para suspender a eficácia do art. 2º e seu parágrafo único da Lei 9.783/99, que acresce à alíquota de 11%, prevista no art. 1º da citada Lei, 9% ou 14%, de acordo com a remuneração, provento ou pensão recebida. À primeira vista, o Tribunal considerou relevante a

fundamental especialmente no que constitui a atividade primordial de um sistema jurídico moderno: a análise de constitucionalidade das normas tributárias em relação ao princípio da capacidade contributiva¹⁷.

A capacidade contributiva, portanto, deve ser aferida dentro das regras do sistema tributário e não isoladamente¹⁸ em relação ao tributo

argüição de inconstitucionalidade pela descaracterização da função constitucional da contribuição de seguridade social, já que foi instituída em alíquotas progressivas com a finalidade de cobrir déficit passado e não benefício a ser pago ao contribuinte. O Tribunal também considerou relevante a tese de ofensa ao princípio que veda a utilização de qualquer tributo com efeito de confisco (CF, art. 150, IV), **salientando que o exame da questão do efeito confiscatório deve ser feito em função da totalidade do sistema tributário e não em função de cada tributo isoladamente.** Vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves que indeferiam a cautelar nesse ponto, por entenderem, num primeiro exame, inexistir plausibilidade jurídica na tese de ofensa ao princípio do não confisco, dado que a questão do efeito confiscatório deve ser analisada em relação a cada tributo isoladamente e, também, pelo fato de não estar caracterizada a ofensa ao desvirtuamento da função da contribuição, tendo em vista que, em se tratando de previdência de servidor público, não há correspondência entre a contribuição e o benefício decorrente dessa contribuição. ADInMC 2.010-DF, rel. Min. Celso de Mello, 29.9.99.

¹⁷ MANZONI, op. cit., 1965, p.41: “(...) un problema di costituzionalità non può quindi porsi, a nostro avviso, che sul piano dell’intero sistema tributario: nel senso che i vari tributi debbono essere congegnati in modo tale da colpire tutti i possibili indici (*diretti e indiretti*) di capacità contributiva, così che i soggetti esclusi da un tributo ricadano sotto l’altro e, nel complesso, non vi siano soggetti contributivamente capaci, non colpiti di fatto da alcun tributo. Solo ove dall’esame di tutti i tributi esistenti risultasse che determinati soggetti non sono colpiti da alcun tributo, o che lo sono in misura inferiore o superiore alla loro effettiva capacità contributiva (complessiva o globale), potrebbe parlarsi di illegittimità costituzionale dell’ordinamento tributario, per violazione degli affermati principi di universalità e di uguaglianza tributaria e, di conseguenza, del diritto, che fa capo ad ognuno, ad essere tassato in conformità di tali principi”. Tradução: um problema de constitucionalidade não pode então se colocar, no nosso ponto de vista, que no plano do inteiro sistema tributário: no sentido de que os vários tributos devem ser ajustados de tal modo a gravar todos os possíveis índices (diretos e indiretos) de capacidade contributiva, de modo que os sujeitos excluídos de um tributo, submetam-se a outro e, no conjunto, não existam sujeitos contributivamente capazes, não onerados de fato por algum tributo. Apenas se do exame de todos os tributos resultasse que determinados sujeitos não são onerados por algum tributo, ou que o são em medida inferior ou superior a sua efetiva capacidade contributiva (complessiva ou global), só então, poder-se-ia falar de ilegitimidade constitucional do ordenamento tributário, por violação dos afirmados princípios constitucionais de universalidade e de igualdade tributária e, por consequência, do direito, que recorre a cada um, de ser taxado em conformidade com tais princípios.

¹⁸ MANZONI, op. cit., 1965, p.112.

singular. Evidentemente que o processo de avaliação da capacidade contributiva em relação a cada tipo de imposição é necessário e se constitui em uma fase do processo de avaliação da capacidade contributiva; no entanto, é preciso concordar que o sentido do conceito de capacidade contributiva só é completo e lógico se compreendido em relação à totalidade das incidências tributárias¹⁹.

É exatamente a variabilidade e a heterogeneidade das manifestações de riqueza que demandam um sistema mais dinâmico e estruturado em diferentes tributos. A complexidade da tributação é resultado da complexidade do seu objeto, isto é, as muitas formas de manifestação de riqueza e a indispensabilidade da atuação extrafiscal, a qual, sem dúvida, é feição que pode ser explorada em qualquer *fattispecie* tributária.

O critério que permite avaliar a capacidade contributiva é a capacidade econômica, aspecto intrinsecamente ligado ao encargo da imposição, ou seja, o valor econômico em que se traduz a tributação. A distinção entre capacidade contributiva e capacidade econômica é importante para identificar aquela parte da economia pessoal “imune” à tributação. Assim, em determinadas situações pode haver capacidade econômica em sentido *lato*, mas não capacidade contributiva, pois a dinâmica econômica está comprometida no alcance das condições mínimas necessárias ao atingimento de um padrão de vida constitucionalmente protegido.

A capacidade econômica e contributiva são conceitos diversos, portanto, em razão da “*intassabilità del minimo vitale*”, em outras palavras, “*di quel minimo di capacità economica necessario a fronteggiare*

¹⁹ idem *ibidem*. Cada tributo, por conseguinte, não atinge toda, ou não necessariamente toda, a capacidade contributiva do sujeito, mas apenas aquela parte colocada à luz pelo fato ou situação de fato escolhida pela lei como pressuposto do próprio tributo. A capacidade contributiva que vem em consideração no âmbito de cada *fattispecie* tributária não é mais do que um aspecto, um fragmento – mais ou menos expressivo e relevante – daquela capacidade contributiva complexiva ou global a qual faz referência o art. 53 da Constituição.

i bisogni ed essenziali dell'esistenza". Nas palavras do doutrinador italiano: "non possono costituire capacità contributiva le minime particelle di ricchezza, quel minimo di mezzi economici necessari a fronteggiare i bisogni esistenziali dell'individuo"²⁰.

Por ser princípio excessivamente vago, por depender da existência de diversos tributos que possam captar as diferentes manifestações de capacidade contributiva, extrair do princípio da capacidade contributiva efeitos concretos encontra inúmeras dificuldades materializadas na "*varietà e l'eterogeneità degli elementi che concorrano a determinare il giudizio di capacità contributiva; la loro variabilità nel tempo e nello spazio; il diverso modo di manifestarsi; l'imperfezione e la carenza degli strumenti tecnici di accertamento e di controllo; la stessa incidenza di elementi e fattori d'ordine extrafiscale*"²¹. São esses fatores que dificultam o necessário desenvolvimento de um conceito global ou "*complessivo*"²² de capacidade contributiva.

2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E TRIBUTAÇÃO INDIRETA

Parte da dificuldade em relação a um conceito global de capacidade contributiva é ressaltada na aplicação do princípio em relação à tributação indireta. Também a incidência dos tributos indiretos deve consideração à capacidade contributiva:

Sarà la somma di tutti i vari tributi previsti dall'ordinamento (diretti ed indiretti, erariali e non erariali, ecc.) che, nell'insieme, determinerà il concreto carico tributario gravante sulle singole situazioni (complessive) di capacità contributiva. E tanto più valido potrà dirsi, sotto tale profilo, il sistema tributario,

²⁰ MANZONI, op. cit., 1965, p. 74.

²¹ MANZONI, op. cit., 1965, p. 110.

²² Dicionário Treccani: Totale, globale: spese c.; un debito dell'ammontare c. di un milione di euro. Adv. **complessivamente**, nell'insieme, in tutto, in totale: giudicare complessivamente; sono state impiegate complessivamente duemila giornate lavorative.

quanto più la ripartizione del complessivo carico fiscale risulti conforme alle effettive differenze di capacità contributiva (globale o complessiva) esistenti fra i vari soggetti²³.

Há amplo consenso de que tudo o que se consegue produzir em termos de avaliação de capacidade contributiva é apenas indeterminado e impreciso. A tributação, como fenômeno de massa, nas palavras de Albert Hensel, depende essencialmente de generalizações, probabilidades, estereótipos e presunções. Essa constatação não prejudica em nada o potencial científico da matéria, porque se trata de problema próprio do Direito, apenas apresentando essa característica de modo peculiar. As regras no Direito tributário devem ser aplicadas de modo massificado, e o sucesso da formulação legal depende do quão eficaz é a escolha de determinados fatos como signopresuntivos de riqueza.

A classificação dos tributos em diretos e indiretos tem origem na economia clássica. Trata-se de antiga classificação que considera quem efetivamente suporta a perda de bem-estar decorrente da incidência tributária, como leciona Luiz Amaral:

Já Stuart Mill e os fisiocratas (séc. XVIII) consideravam que o imposto é direto quando aquele que o paga é quem o suporta definitivamente, **enquanto que o imposto é indireto**

²³ MANZONI, op. cit, p.112, tradução: Será a soma de todos os vários tributos previstos no ordenamento (diretos e indiretos, fiscais e não fiscais etc.) que, no conjunto, determinarão o concreto encargo tributário incidente sobre as situações individuais (global) de capacidade contributiva. E tanto mais válido se poderá dizer, sob tal perfil, o sistema tributário, quanto mais a repartição do encargo fiscal global resulte conforme as efetivas diferenças de capacidade contributiva (global ou complexiva) existentes entre os vários sujeitos. Neste sentido bem se pode dizer que o princípio constitucional da capacidade contributiva é destinado a operar, antes de tudo, no âmbito do inteiro sistema tributário. Não seria suficiente uma igualdade tributária no nível de cada *fattispecie* que não se traduzisse em igualdade também no plano do sistema. Não basta que venha assegurada igualdade de tratamento em sede, por exemplo, de taxaçaõ da renda, se o ordenamento negligencia em seguida de considerar e de sujeitar à imposição possíveis diferenças de capacidade contributiva manifestadas por outros indícios diversos da renda.

quando quem paga ao Fisco desempenha apenas o papel de intermediário e se limita adiantar o imposto de que será reembolsado pelo verdadeiro contribuinte por meio da repercussão ou translação tributária (Shiffting, Verberwaeltzung, traslazione, translación, repercusión, ensina o Direito Tributário Comparado)²⁴.

Na repercussão tributária, o contribuinte paga o imposto e liberta-se do sacrifício, transferindo-o a terceiros no todo ou em parte, é o denominado contribuinte de direito, aquele previsto na descrição legal e obrigado ao recolhimento do imposto. Contribuinte de fato (incidência efetiva) é quem, afinal, por efeito da transferência, suporta concretamente o ônus tributário²⁵. Embora, para Becker, não exista nenhum critério científico para classificar os tributos em diretos e indiretos, considerando essa classificação impraticável²⁶ e o critério de repercussão econômica como artificial e errado, fato é que a referida classificação é útil e amplamente aplicada.²⁷

São considerados tributos indiretos o ICMS, o ISS, o IPI. Quanto ao PIS e à COFINS, embora considerados como tais nas pesquisas acerca da tributação sobre o consumo, não há consenso acerca da sua classificação entre diretos ou indiretos.

A eleição de elementos indiciadores indiretos de riqueza traz diversas consequências para aplicação do princípio da capacidade contributiva. A seguinte apreciação acerca das peculiaridades da tributação indireta e a sua relação com a Constituição Italiana aplica-se também em relação à Constituição brasileira, que explicitamente

²⁴ AMARAL, Luiz. Da Repercussão Econômica e da Repercussão Jurídica nos Tributos, 1992, p. 68.

²⁵ idem ibidem.

²⁶ DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de Tributos com Efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

²⁷ CARRIÓ. Genaro A. **Notas sobre Derecho Y Lenguage**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo perrot, 1973, p.15: As classificações não são certas ou erradas, mas úteis ou inúteis, na medida que servem para identificar melhor o objeto de análise:[...] suas vantagens ou desvantagens estão vinculadas ao interesse que guia a quem as formula e sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis.

reconhece a validade da tributação baseada em indicadores indiretos de riqueza:

Sembrirebbe dunque di dover concludere, sulla base di una rigorosa consequenzialità rispetto alle premesse svolte, che a presupposto di tributo possano assumersi **solo fatti o situazioni di fatto che siano indici certi di capacità o disponibilità economica, e cioè che implicino necessariamente, per loro stessa natura, in capo al soggetto contribuente, l'esistenza di un reddito o di un patrimonio o comunque l'acquisizione di nuova ricchezza. E poiché gli indici c.d. indiretti non sono di solito idonei a garantire la sussistenza di tale necessario collegamento, bisognerebbe in linea di massima negare legittimità (pur senza voler escludere possibili eccezioni) all'intero settore dell'imposizione indiretta.**

Non ci nascondiamo, tuttavia, che anche questa soluzione, per la sua stessa rigidità, presta il fianco a non pochi rilievi critici, apparendo insoddisfacente nel quadro di una visione obbiettiva e “realistica” della norma costituzionale di cui al primo comma dell'art. 53 e del principio di capacità contributiva ivi affermato²⁸.

A tributação indireta é indispensável na conformação de um sistema tributário que se pretenda completo, não só em face das finalidades arrecadatórias e extrafiscais, mas como potencialização do próprio princípio da capacidade contributiva. A utilização e a

²⁸ MANZONI, op. cit., 1965, p.139. Tradução: Pareceria ser o caso de concluir, com base em uma rigorosa consequencialidade, relativamente às premissas desenvolvidas, que se possam assumir como pressuposto de tributo apenas fatos ou situações de fato que sejam índices certos de capacidade ou disponibilidade econômica, e isto que implica necessariamente, pela sua própria natureza, em relação ao sujeito contribuinte, a existência de renda ou de patrimônio ou de qualquer modo a aquisição de nova riqueza. E visto que os indícios assim chamados indiretos não são normalmente idôneos para garantir a subsistência de tal necessária correlação, seria preciso, em princípio, negar legitimidade (ainda sem querer excluir possíveis exceções) ao inteiro campo da tributação indireta. Não omitamos, no entanto, que também esta solução, pela sua própria rigidez, mostra-se sujeita a não pouco relevantes críticas, parecendo insatisfatória no quadro de uma visão objetiva e realista da norma constitucional do parágrafo primeiro do art. 53 e do princípio da capacidade contributiva ali afirmado.

destinação da disponibilidade econômica, o consumo, o investimento, a poupança, são mensurados e considerados por meio desse modelo de tributação. O consumo demonstra, na medida daquele dispêndio, uma determinada condição econômica, bem como determinados produtos fazem presumir a pertença a um determinado estrato social e a posse de disponibilidade econômica significativa.

A questão central é como o princípio da Capacidade Contributiva deve atuar em relação aos tributos indiretos²⁹. Em que pese tratar-se de posições minoritárias, há quem defenda a inaplicabilidade da capacidade contributiva à tributação indireta. Fábio Canazaro, em tese de doutorado, apontou a existência de divergências na doutrina acerca da aplicação do princípio da capacidade contributiva aos tributos sobre o consumo, concluindo que a essencialidade atuaria de forma autônoma à capacidade contributiva, suprindo a sua ausência nesse campo. Ao concluir a investigação, o autor afirmou:

a presente investigação revelou que a essencialidade é naturalmente sujeita à ponderação, em decorrência, da dimensão de peso que lhe é atribuída caso a caso. Isso evidencia que tal poderá, inclusive, ceder espaço para a concretização de outros princípios, a exemplo de algumas hipóteses em que a tributação sobre o consumo assume o caráter extrafiscal.

A investigação ora desenvolvida demonstrou, ainda, que a descon sideração dos elementos que integram a estrutura da norma de essencialidade tem colaborado para sua completa corrosão – estado esse materializado pelo desrespeito por parte dos detentores de competência tributaria, bem como pela ausência de consideração por parte do Poder Judiciário no que tange ao exercício do controle da atuação do legislador

²⁹ DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade Contributiva Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128: “Não há discussão quanto à aplicação do princípio aos impostos diretos. A controvérsia doutrinária surge no que tange aos impostos indiretos, tendo em vista que, por sofrerem o fenômeno da repercussão econômica, têm a figura do contribuinte de fato, que é a pessoa que arca, efetivamente, com o ônus da tributação, e que não pode ser determinado de forma objetiva”.

ordinário e, conseqüentemente, da sua observância em relação aos limites do poder de tributar.

Prossegue:

O princípio da capacidade contributiva, norma que possui fundamento no princípio fundamental da igualdade, não deve ser observado na graduação de todos os tributos. Nos impostos sobre o consumo, por exemplo, não há como se aferir a capacidade daquele consome e que efetivamente está suportando o ônus do imposto. Consumo, portanto, não é indício de capacidade contributiva.

A capacidade contributiva, em relação à igualdade, legitima-se como um critério de comparação, o que não afasta a possibilidade da existência de outros (critérios), como a essencialidade. Assim, nos impostos sobre o consumo, em que não é possível atentar-se à capacidade contributiva, a igualdade é concretizada a partir da seleção (ou da seletividade), em atenção ao grau de essencialidade das mercadorias e dos serviços³⁰.

Não se pode, todavia, concordar com algumas das posições referidas. A doutrina majoritária reconhece que os tributos indiretos são abrangidos pela eficácia do Princípio da Capacidade Contributiva. Tradicional a exteriorização do trecho de Américo Lacombe³¹:

Não se diga que os impropriamente chamados impostos indiretos não podem estar sujeitos a tal princípio. Tal afirmação é errônea, visto que a classificação dos impostos em diretos e indiretos não tem qualquer amparo científico e, além disso, tais impostos, hoje, podem ser graduados conforme o grau de essencialidade do produto. A Constituição, no par. 3º, I, do art. 153, determina que o imposto sobre produtos industrializados seja seletivo (vale dizer, tenha a alíquota variável) em função da essencialidade do produto. Da mesma forma, o inc. III, do par. 2º, do art. 155, admite que o ICMS seja também seletivo.

³⁰ CANAZARO, Fábio. **A essencialidade tributária**: norma de promoção da igualdade nos impostos sobre o consumo, 2012, conclusões.

³¹ DUTRA, op. cit., 2010, p. 129.

Ora, o consumo, ao lado da renda e do patrimônio, é um dos elementos signopresuntivos de capacidade contributiva. Assim, atingindo os impostos indiretos a renda consumida, não há negar a aplicação do princípio da capacidade contributiva em relação a eles. Essa aplicação, contudo, dar-se-ia por meio da graduação de alíquotas de acordo com a essencialidade do produto, ao argumento da dificuldade de identificar o contribuinte de fato.

Por outro lado, não há dúvida também de que a moderna³² doutrina tributária defende a proteção do mínimo existencial, propugnando que a renda necessária para garantir a satisfação das necessidades essenciais não se submeta à incidência tributária. Vale transcrever o texto de Henry Tilbery que expõe o modelo de proteção da renda mínima também em relação aos tributos indiretos:

[...] a imposição feita pelo Estado, sobre os recursos financeiros das pessoas, para cobrir as necessidades públicas, deve deixar intactos os recursos dos indivíduos para satisfação das suas necessidades essenciais e considerando que a observância do critério da capacidade contributiva se concretiza: no imposto direto (sobre vendas) – pela isenção do mínimo de subsistência; no imposto indireto (sobre vendas) – pela aplicação do critério da essencialidade de bens; chegamos à conclusão de que a faixa dos dispêndios, a serem atingidos pelos impostos indiretos, é o excedente dos gastos dos consumidores, após satisfeitas as necessidades básicas individuais³³.

Quanto ao mínimo existencial, trata-se de conceito não expressamente previsto na constituição, mas compreendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelos objetivos fundamentais da república: erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades³⁴. O princípio da dignidade atua como limitação ao poder

³² Ver TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro**. In TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

³³ DÜTRA, op. cit., 2010, p.131.

³⁴ DANILEVIZ, op. cit., 2010, p.3.

de tributar, de modo que a idéia de proteção do mínimo existencial encontra-se no núcleo do conceito de capacidade contributiva. A capacidade contributiva é dependente da existência de um limitador interno e este se concretiza na idéia de dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Luiz Felipe Difini, “a proteção do mínimo existencial significa a sua não tributação”, o qual lembra que o Karl Brauner Institut propôs acrescer ao art. 105 da Lei Fundamental que “o mínimo existencial é imune a impostos”³⁵, conseqüência que deve ser extraída do princípio da capacidade contributiva.

Em 1961, Giardina esclarecia que a limitação imposta pelo mínimo existencial foi uma das primeiras preocupações da teoria da capacidade contributiva, ainda quando embrionária. Vale transcrever suas palavras:

Che i beni necessari alla soddisfazione dei bisogni elementari della vita dovessero essere esclusi dall'imposizione era una massima già sostenuta da studiosi, teologi e politici del Medioevo, soprattutto con riferimento ai dazi e ai tributi sui consumi. Nel nuovo indirizzo questa massima viene inquadrata in una visione globale del problema della ripartizione delle imposte, essendo essa riferita non ai singoli tributi ma al complessivo sistema fiscale.”³⁶

A doutrina é coesa em torno da idéia de que a proteção do mínimo existencial é viabilizada pela Seletividade, realizada tomando em consideração a essencialidade de certos produtos, mercadorias ou serviços, de modo que quanto maior a importância social do bem consumido, menor será a carga tributaria incidente sobre eles. O

³⁵ DIFINI, op. cit., p. 136.

³⁶ GIARDINA, Emílio. **Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva**. Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1961, p. 14. Tradução: Que os bens necessários à satisfação das necessidades elementares da vida deveriam ser excluídos da tributação era uma máxima já sustentada por estudiosos, teólogos e políticos da Idade Média, sobretudo com relação às taxas alfandegárias e aos tributos sobre o consumo. No discurso atual esta máxima enquadra-se em uma visão global do problema da repartição dos impostos, sendo referida não aos tributos individualmente mas ao sistema fiscal global.

objetivo da seletividade é isentar ou privilegiar com alíquotas mais baixas os bens e serviços essenciais à população.

Rosane Danilevicz apropriadamente salienta que a aplicação da seletividade reduz a tributação incidente sobre camadas da população que não necessitam dessa proteção, prejudicando, por outro lado, o contribuinte menos favorecido que adquire produtos tributados pesadamente:

O que ocorre através da aplicação da seletividade é uma presunção de existência de riqueza, reveladora de potencial capacidade contributiva do consumidor. De modo que a sua aplicação apresentará distorções quando a parcela mais favorecida da população também adquire produtos, mercadorias ou serviços de primeira necessidade, com reduzida ou nenhuma tributação, quando, na realidade, teria condições de suportar o ônus tributário.

De igual modo, o indivíduo economicamente menos favorecido, ao adquirir um produto, mercadoria ou serviço considerado supérfluo, arcará com a mesma carga tributária existente para os economicamente mais favorecidos, porém, o ônus suportado em relação à sua receita será proporcionalmente mais elevado.³⁷

O direito ao mínimo existencial exerceria, portanto, um papel limitador e garantidor. Limite à tributação e garantia de condições mínimas de dignidade. Essa proteção no âmbito da tributação indireta seria veiculada unicamente pelo binômio seletividade/essencialidade, concentrada na fórmula de que quanto mais essencial for o produto, mercadoria ou serviço, menor deverá ser a sua alíquota.

O mínimo vital é normalmente protegido de tributos diretos, o que se materializa no Brasil na isenção do Imposto de Renda até determinada faixa de rendimentos.

³⁷ DANILEVICZ, Rosane Beatriz J. **A essencialidade no IPI e no ICMS**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/324-artigos-abr-2011/8004-a-essencialidade-no-ipi-e-no-icms>> .

Em termos de jurisprudência, o STF, *in obiter dictum*, reconheceu o teto de isenção de contribuição previdenciária no Regime Geral de Previdência Social como uma aplicação do direito à proteção do mínimo existencial. No entanto, poucas discussões se estabelecem quanto à proteção do mínimo vital em relação a outros tributos. A eloquência de certas afirmações ainda provoca: “*Non avrebbe molto senso esentare da un determinato tributo il minimo vitale di un soggetto, se poi si venisse a colpire il minimo stesso con altro diverso tributo*”³⁸.

A realidade da tributação indireta é evidentemente bastante peculiar e dependerá da conformação específica que cada país dá a sua tributação sobre consumo. O tema tem recebido um tratamento uniforme da doutrina, mas apresenta, por outro lado, algumas dificuldades argumentativas. Pesquisas econômicas demonstram que as populações de baixa renda são tributadas proporcionalmente em maior intensidade que as demais faixas de renda, o que será examinado no tópico a seguir.

3 MÍNIMO VITAL, TRIBUTAÇÃO INDIRETA E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Dados empíricos apontam o aspecto regressivo da tributação no Brasil, impondo aos membros da base da pirâmide ônus tributário significativo, que não decorre de tributos diretos. Desse modo, as isenções aplicadas em razão da teoria do mínimo existencial (*existenzminimum*) em relação ao imposto sobre a renda são insuficientes para proteger a renda mínima.

A tributação indireta alcança quase 30% da renda das populações carentes, de acordo com trabalhos do IPEA - Instituto de Pesquisas

³⁸ MANZONI, op. cit., 1965, p.148: “Não haveria muito sentido isentar de um determinado tributo o mínimo vital de um sujeito, se logo depois se viesse a gravar o mesmo mínimo com outro tributo diverso.”

Econômicas Aplicadas. O primeiro estudo, de 1996, publicado em 2000, considerou como tributos indiretos o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Foram pesquisados os pagamentos efetivos dos seguintes tributos diretos: Imposto de Renda (IR), Contribuição para Previdência Pública (INSS), Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotivos (IPVA), Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) e outros impostos diretos.

Os impostos sobre o consumo repercutem diferentemente sobre o contribuinte, dependendo da dimensão da sua renda:

Assim, supondo-se que determinado bem custe \$ 15 e que a alíquota de imposto seja de 20%, o valor de imposto pago ao se adquirir esse bem é de \$ 2,50.⁷ Supondo-se adicionalmente que haja dois indivíduos, um com renda igual a \$ 25, o outro com renda de \$ 50, tem-se que, para o primeiro, o tributo representa 10% de sua renda, enquanto que, para o segundo, essa proporção fica em 5%³⁹.

O IPEA demonstrou que desde os anos 90, a tributação no Brasil tem perdido para a ampliação do papel da tributação indireta na arrecadação, como demonstra o seguinte quadro:

³⁹ VIANNA, S.W.; MAGALHÃES, L.C.; SILVEIRA, F.G.; TOMICH, F.A. **Carga Tributária Direta e Indireta sobre as unidades familiares no Brasil**: avaliação de sua incidência nas grandes regiões urbanas em 1996. Texto para Discussão IPEA n° 757. Brasília, setembro de 2000, p. 13.

**Tabela 1: Carga Tributária segundo Tipos de Tributos
(em porcentagem)**

Tributos	1980- 1983	1984- 1987	1988- 1989	1990- 1993	1994- 1996
Da Arrecadação Total					
Diretos	49,22	53,10	49,59	45,18	45,13
Indiretos	50,72	46,89	50,40	54,81	54,84
Do PIB Diretos	12,68	13,05	11,54	11,82	13,25
Indiretos	13,06	11,52	11,72	14,34	16,10

Fonte: IBGE. Dados anuais extraídos de Varsano *et alii* (1998). Dados obtidos a partir de médias geométricas dos dados anuais.

Segundo Vianna *et. al.*, a ênfase da tributação na renda ou no consumo depende de se considerar, em termos econômicos, um ou outro como o melhor indicador de capacidade contributiva. A defesa do consumo como medida dessa capacidade advém da idéia de que a tributação deve incidir sobre o que um indivíduo *retira* da sociedade (ou seja, consome), e não sobre o que ele *acrescenta* (ou seja, poupa e investe):

Essa visão tem origem em Hobbes, para quem “manda a equidade natural que os impostos sejam cobrados segundo o que cada um gasta, não segundo o que ele possui” [Hobbes, 1992, parte II, cap. XIII, v. 11] e como já visto, se consolida em Kaldor (1955). Implícita nessa concepção está a premissa de que poupança e investimento constituem atos sociais vantajosos para a coletividade, ao passo que o consumo é uma atitude egoísta e anti-social [Musgrave e Musgrave, 1973].

Por conseguinte, a tributação deveria se basear apenas sobre o consumo, isentando a renda e a acumulação. No entanto, como observam corretamente Musgrave e Musgrave, a interpretação da poupança como atitude altruísta é, no mínimo, duvidosa. Na realidade, trata-se simplesmente de adiar o consumo para data futura, conforme as preferências dos poupadores. Ademais, o consumo futuro não é a única utilidade derivada da decisão de poupar-se; o poder econômico inerente à acumulação também deve ser considerado. Desse modo, em termos de equidade na tributação, é difícil justificar a exclusão da poupança da base tributária⁴⁰.

O estudo de 1996 traz outro dado importante acerca do comprometimento da renda das famílias mais pobres com o consumo:

De forma geral, as famílias com ganhos de até dois salários-mínimos passaram de 91% para 93% do comprometimento do seu dispêndio total em gastos com consumo, entre 1988 e 1996. Por outro lado, as famílias com recebimentos superiores a trinta salários-mínimos reduziram essa mesma participação de 64% para cerca de 60%, no mesmo período⁴¹

Concluindo:

Em todos os itens de despesa, exceto os veículos, o peso da tributação indireta sobre a renda disponível é maior para as famílias que ganham até dois salários mínimos. O total da carga de tributos indiretos suportado por essas famílias situa-se em patamar superior a 26% da sua renda líquida⁴².

É o que demonstram os dados apresentados na seguinte tabela:

⁴⁰ Idem, p. 14.

⁴¹ Idem, p. 40.

⁴² Idem, p. 40.

**Tabela 2 - Carga Tributária Indireta sobre Renda Disponível,
por Grupos de Despesas e Faixas de Renda
(em salários-mínimos),
Total das Áreas, em Porcentagem sobre a Renda Líquida**

	Média	Até 2 SM	5 a 6 SM	10 a 15 SM	+ de 30 SM
Alimentação	2,74	9,81	5,04	3,36	1,48
Despesas pessoais	0,41	1,09	0,78	0,51	0,25
Saúde	0,51	2,17	0,91	0,64	0,27
Fumo	0,81	4,18	1,62	1,02	0,29
Habitação	0,52	3,14	1,21	0,53	0,22
Lazer	0,79	0,95	0,84	0,92	0,72
Vestuário	1,17	2,43	1,68	1,48	0,86
Transportes	1,19	2,45	1,70	1,33	0,90
Veículos	1,53	0,27	0,20	0,68	2,34
Total	9,87	26,48	13,98	10,47	7,34

Fonte: POF/IBGE (1996), microdados.

Interpretando os dados, Vianna et alii apontam a regressividade da tributação indireta: “O total de tributos indiretos perfaz, em média, cerca de 27% da renda líquida dessas famílias. As famílias do último estrato de renda pagam apenas 7% de sua renda mensal em tributos indiretos. Ou seja, para cada real de renda das famílias mais pobres, elas pagam quase 27 centavos em impostos indiretos. Em contraste, as famílias mais ricas pagam um pouco mais de 7 centavos. Observa-se também que a porcentagem da renda líquida destinada ao pagamento dos tributos indiretos se reduz à medida que a renda familiar cresce em todos os estratos”.⁴³

⁴³ Vianna et alii, p. 52.

Os dados são confirmações de estudos anteriores, como as evidências obtidas por Eris *et alii* (1983) apontando para uma carga tributária indireta como percentual da renda de 25% para o primeiro estrato (mais pobre) e de 6% para o último (mais rico).⁴⁴

Buscando elementos em estudos mais recentes, encontram-se no trabalho intitulado “Tributação e Equidade no Brasil um registro da reflexão do Ipea no biênio 2008-2009”, dados que demonstram a acentuação do papel da tributação indireta no período de 1996 a 2003:

Tabela 3 - Carga tributária direta e indireta sobre a renda total das famílias (1996 e 2003)⁴⁵

Renda mensal familiar (em salários mínimos)	Tributação direta (% da renda familiar)		Tributação indireta (% da renda líquida das famílias)		Carga tributária total		Acréscimo de carga tributária entre 1996 e 2003
	1996	2003	1996	2003	1996	2003	
Até 2	1,7	3,1	26,5	45,8	28,2	48,8	20,6
2 a 3	2,6	3,5	20,0	34,5	22,6	38,0	15,4
3 a 5	3,1	3,7	16,3	30,2	19,4	33,9	14,5
5 a 6	4,0	4,1	14,0	27,9	18,0	32,0	14,0
6 a 8	4,2	5,2	13,8	26,5	18,0	31,7	13,7
8 a 10	4,1	5,9	12,0	25,7	16,1	31,7	15,6
10 a 15	4,6	6,8	10,5	23,7	15,1	30,5	15,4
15 a 20	5,5	6,9	9,4	21,6	14,9	28,4	13,5
20 a 30	5,7	8,6	9,1	20,1	14,8	28,7	13,9
Mais de 30	10,6	9,9	7,3	16,4	17,9	26,3	8,4

Fonte: Zockun et al. (2007).

⁴⁴ Vianna et alii, p. 52.

⁴⁵ CASTRO, Jorge Abrahão, SANTOS, Claudio Hamilton dos, RIBEIRO, José Aparecido Carlos. **Tributação e Equidade no Brasil: um registro da reflexão do Ipea no biênio 2008-2009**, p. 135.

Na análise da referida tabela, Castro et alii valem-se dos números produzidos por Zochun et al. em 2007, calculando as cargas tributárias direta e indireta segundo o nível de renda familiar, medido em salários mínimos:

Estes números foram obtidos com base nas POFs 1995-1996 e 2002-2003. Em termos qualitativos, estão de acordo com os resultados de Vianna et al. (2000) e Silveira (2008).

Nos dois anos considerados, os números ilustram a baixa progressividade dos impostos diretos e a considerável regressividade da tributação indireta, indicando que a carga tributária é regressiva. Além disso, é possível verificar o aumento da carga tributária total para todas as faixas de renda entre 1996 e 2003, o que já seria esperado diante da evolução constatada pela análise da tabela 1 – segundo os números lá reportados, a carga tributária bruta subiu 5,5% do PIB naquele período. Contudo, o fato que chama mais atenção na tabela 4 é o aumento da regressividade do sistema tributário no período 1996-2003. De acordo com os números reportados, a carga tributária total aumentou em 20,6% para as famílias com renda até dois salários mínimos. Nas famílias com renda superior a 30 salários mínimos, o aumento foi bem menor, de 8,4%.

Os dados apontados demonstram a insuficiência da técnica da Seletividade, característica desse critério já levantada na doutrina estrangeira. Nesse sentido, Molina:

La disponibilidad (y la efectiva disposición) de la riqueza es un dato que determina la capacidad económica. De ahí que la tributación indirecta – em cuanto se configure como imposición general sobre el consumo – constituya um adecuado complemento de otros impuestos para que el reparto de los gastos públicos respete el derecho a contribuir com arreglo a capacidad económica.

La carga contributiva individual debe respetar el mínimo exento. Los impuestos indirectos no pueden adaptarse plenamente a esta exigencia. La exoneración de productos de primera necesidad no es una solución óptima, pues no atiende al nivel de consumo del contribuyente. Por consiguiente, tal deficiencia debería corregirse a través del mínimo exento del impuesto sobre la renta, y en su caso mediante transferencias económicas calculadas a tanto alzado.”⁴⁶

O sacrifício imposto à camada mais pobre da população é muito superior ao sacrifício imposto às outras faixas de renda. Isso porque os efeitos da decrescente utilidade marginal do dinheiro, como também da maior utilidade do resíduo, tem papel determinante no agravamento do efeito da tributação indireta sobre a renda dessas camadas.

Os modelos de transferência de renda no Brasil podem estar omitindo que eles significam, discretamente, o reconhecimento de que o sistema tributário atinge de forma indiscriminada a população, sem observar a efetiva capacidade de contribuir. As tentativas de desoneração da cesta básica implementadas pelo Governo Federal evidenciam a relevância do papel que a tributação desempenha na performance econômica das populações de baixa renda.

Valem aqui as palavras de Cláudio Sachetto a respeito das exigências decorrentes da imposição tributária:

Se a exigência se dirige a sujeitos socialmente frágeis, ofende-se não só o mínimo vital, a Existenzminimum, mas também a função social da propriedade porque, neste caso, ela cumpre uma função social de sobrevivência. Central no diagnóstico de Antonini é a observação que nem sempre tem sentido “tirar” com a cobrança para depois redistribuir, se os destinatários são aproximadamente as mesmas pessoas de quem se tirou; em outros termos, torna-se conveniente deixar com eles os

⁴⁶ HERRERA MOLINA, Pedro M. **Capacidad Económica y Sistema Fiscal**. Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 1998, p.489.

recursos necessários e algo a mais, absolutamente não tributá-los. Um tipo de imposto negativo, que se traduz em equidade, mas também em eficiência⁴⁷.

Por outro lado, há o apelo da eficiência da tributação indireta. Vale fazer menção a propostas de intensificação desse modelo de tributação, pretendendo a eficiência arrecadatória do sistema tributário, de modo que não influencie negativamente o desenvolvimento econômico, ou seja, mediante desoneração direta da renda e das empresas⁴⁸.

Segundo o professor Thomas Straubhaar, a ineficiência da tributação indireta em relação à capacidade contributiva deve ser compensada por meio da transferência direta de renda às populações atingidas, via assistência social. Essa visão não é nova e associa a análise do princípio da capacidade contributiva às transferências estatais. A análise dessas colocações é importante porque aponta um problema que apenas recentemente vem sendo objeto de políticas públicas e que diz respeito diretamente ao modelo empírico e teórico de justiça fiscal eleito pelo Brasil.

A doutrina nacional limita-se a reconhecer a seletividade como único instrumento da capacidade contributiva em relação à tributação indireta. Quanto à atuação dos tribunais no Brasil, o STJ reconheceu o direito do contribuinte de fato de postular a restituição de tributo indireto, no caso do consumidor de energia elétrica na demanda contratada⁴⁹, no entanto, essa não é posição prevalecente em outras

⁴⁷ SACCHETTO, Cláudio. **O Dever de Solidariedade no Direito Tributário**: o Ordenamento Italiano In: *Solidariedade Social e Tributação*. GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (coord.). São Paulo: Dialética, 2005.

⁴⁸ Essas são as proposições do economista suíço Thomas Straubhaar. Diretor do Hamburgischen WeltWirtschaftsinstitut, em texto publicado na Spiegel On line. **Direkte Steuern runter, indirekte Steuern rauf**.

⁴⁹ “Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.” (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012).

relações de consumo⁵⁰. Em regra, mesmo em tribunais avançados como o Tribunal Constitucional alemão, tem se realizado “*um limitado control sobre las exenciones del IVA basado fundamentalmente em el mero principio de interdicción de la arbitrariedad*”⁵¹, como leciona Herrera Molina.

Outro elemento interessante que deve ser considerado, quando se fala em tributação das camadas de baixa renda, é o direito ao desenvolvimento econômico. O custo da tributação indireta no Brasil, para as populações de baixa renda, pode minar a chance de desenvolvimento econômico. C. K. Prahalad⁵² defende o investimento organizado e estratégico de grandes empresas no mercado consumidor, que ele denomina Base da Pirâmide (BP), aliado às estruturas sociais já existentes nessa camada da população (ongs, empresas informais e outros parceiros locais), e que constitui uma oportunidade de erradicação da pobreza, atendendo simultaneamente aos anseios de lucro dos investidores. Nas suas palavras:

Quando os pobres da BP são tratados como consumidores, passam a obter benefícios como respeito, opção e autoestima, e a ter uma oportunidade de escapar da armadilha da pobreza. Quando pequenas e microempresas muitas delas informais, se tornam parceiras de multinacionais, os empresários da BP obtêm real acesso a mercados globais e a capital, e a uma governança eficaz das transações. As empresas multinacionais, por sua vez, conseguem entrar em novos grandes mercados, desenvolvendo práticas inovadoras com potencial para aumentar a lucratividade na BP e em mercados maduros.

Os governos nacionais e locais desempenham importante papel nesse processo. Cabe a eles criar as condições que possibilitam o envolvimento ativo do setor provado na criação dessa

⁵⁰ REsp 903394/AL, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 26/04/2010.

⁵¹ HERRERA MOLINA, op. cit., 1998, p. 487.

⁵² PRAHALAD, C. K. **A riqueza na base da pirâmide**. Erradicando a pobreza com o lucro. ed. rev. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

oportunidade de mercado na BP. A capacidade de governança de transações (TGC) é um pré-requisito. Os governos agora têm novas ferramentas para criar TGC em pouco tempo. Além disso, novas tecnologias e novas estratégias para alcançar a BP, tais como grupos de autoajuda e distribuição direta (criando milhões de novos empreendedores), também podem criar respeito pelas regras da

lei e contratos comerciais entre os consumidores da BP (por exemplo, ao passarem a ter acesso a crédito por meio de microfinanciamentos) e empreendedores locais. Para os consumidores da BP, obter acesso à tecnologia moderna e a bons produtos que suprem as suas necessidades são enormes passos na busca de melhora de vida⁵³.

Assim, garantir um determinado padrão de consumo para o que o autor chamou de base da pirâmide é um instrumento de erradicação da pobreza e de garantia de acesso a determinados direitos fundamentais. Evidentemente que esse tipo de consideração não tem nenhum efeito se o ordenamento jurídico respectivo não é receptivo ou apresenta normas incompatíveis com a proteção da renda mínima e com o princípio da capacidade contributiva.

4 A SELETIVIDADE E O AUTOENGANO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Para Manzoni, a isenção de determinados produtos é suficiente para garantir a proteção do mínimo vital, de modo que, adquirindo o contribuinte outros produtos, nada mais correto que seja tratado como os demais⁵⁴.

Também para Abel Henrique Ferreira, “os impostos indiretos não podem ser graduados de acordo com o princípio da capacidade

⁵³ PRAHALAD, op. cit., 2010.

⁵⁴ MANZONI, op. cit., 1965, p.155.

contributiva do contribuinte, e sim de acordo com a essencialidade dos produtos, mercadorias e serviços”⁵⁵.

Reconhecendo o caráter regressivo da tributação sobre o consumo, Daniel Marchionatti Barbosa, apoiando-se em Misabel Derzi e Santiago, alerta para o fato de que a capacidade contributiva nos tributos indiretos é a do consumidor. Defende, todavia, que nesse caso a consideração da capacidade contributiva não pode ter em conta a proporção da renda apropriada pela tributação. O autor cita Vasco Branco Guimarães⁵⁶, para quem deve-se ter a coragem de acabar com o conceito de capacidade contributiva e passar a identificar capacidade contributiva e capacidade de comprar e efetiva aquisição do bem. Para ele, não há maior desigualdade que dois contribuintes pagarem diferentes cargas tributárias na aquisição de um produto.

O tema, portanto, é naturalmente polêmico e as posições doutrinárias normalmente sintonizam com a argumentação limitada à seletividade.

Buscando tornar mais precisa a exposição, tomar-se-á como população de baixa renda aquela com renda de um salário mínimo, o que corresponde ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC- LOAS ao idoso e à pessoa com deficiência. É verdadeiro que o conceito de mínimo existencial tem sido tratado de maneira independente por diferentes áreas do Direito: a) salário mínimo; b) teto de isenção do imposto de renda; c) valor máximo recebido a título de prestação assistencial, aí incluídas a bolsa família, bolsa escola, etc.; d) teto do regime geral da previdência social, isento da contribuição previdenciária prevista no art. 195, II, da CF/88 (“não

⁵⁵ FERREIRA, Abel Henrique. O Princípio da Capacidade Contributiva Frente aos Tributos Vinculados e aos Impostos Reais e Indiretos. In: **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, ano I, n. 6, nov. 2003.

⁵⁶ BARBOSA, Daniel Marchionatti. **Não cumulatividade da Cofins e do Pis**. (Dissertação de Mestrado) Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2011). Porto Alegre: UFRGS, 2011, p.54.

incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201”), regra esta, na expressão do voto-líder do Min. César Peluso na ADIN nº 3.105 (que discute a constitucionalidade da contribuição dos inativos), “cuja cristalina racionalidade normativa repousa na preservação da dignidade da pessoa humana”. Enfim, trata-se de tema que exige uma abordagem específica.

Pretende-se a análise da correção do raciocínio que limita a eficácia do princípio da capacidade contributiva aos contornos da técnica da seletividade. Almeja-se demonstrar que a limitação à seletividade não é compatível com o atual estado da ciência jurídica relativamente à eficácia do princípio da igualdade e da capacidade contributiva, ao que se compreende como princípio, e especificamente em relação ao princípio/direito fundamental da liberdade.

Cumprido, por isso, examinar se o conteúdo normativo fundante do ordenamento tributário brasileiro é compatível com esse quadro. O art. 145, § 1º, CF/88, ao dispor que

sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”,

estabelece, antes de tudo, um princípio, cuja carga axiológica traduz uma pretensão de igualdade e justiça.

Em relação à expressão “sempre que possível”, a doutrina, na sua maioria⁵⁷, defende que se trata de expressão aplicável e restritiva do caráter pessoal dos impostos (“sempre que possível, os impostos

⁵⁷ CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110.

terão caráter pessoal...”); não estaria, portanto, vinculada à capacidade contributiva. Ainda que se diga que a expressão determina a Capacidade Contributiva, ela, sem dúvida, é uma regra, implicando o uso de todos os recursos possíveis para graduar os tributos de acordo com a capacidade contributiva. Os termos capacidade econômica e contributiva têm sido analisados como sinônimos⁵⁸.

O entendimento em relação à matéria não diverge; contribuições de melhoria e taxas, assim como todos os impostos e contribuições submetem-se, de alguma forma, ao controle do princípio da capacidade contributiva⁵⁹. A capacidade contributiva tem, em tese, ampla aplicação reconhecida pela jurisprudência. Quanto à tributação indireta, como já mencionado, a discussão limita-se à seletividade e ao intrincado problema da discricionariedade na aplicação da essencialidade.

Contudo, a seletividade, do ponto de vista empírico, não é um instrumento apto a garantir a plena eficácia do princípio da capacidade contributiva. Os dados empíricos apresentados e o fato de que o controle de alíquotas e a aplicação de isenções atingem indiscriminadamente todos os estratos da população conduzem a essa conclusão. A dificuldade de controlar a incidência tributária em relação à tributação indireta deriva do fato de que qualquer pessoa adquirente de uma determinada mercadoria pagará o mesmíssimo valor de tributo.

Não é, porém, eventual limitação da seletividade como técnica de tributação o principal argumento em favor da aplicação plena do princípio da Capacidade Contributiva em relação aos tributos

⁵⁸ “[...] E embora as expressões capacidade econômica e capacidade contributiva sejam utilizadas como sinônimas, é correta a distinção de Carrera Raya, segundo a qual, a primeira designa a disponibilidade da riqueza, ou seja, de meios econômicos, enquanto a última se refere à capacidade econômica eleita pelo legislador como fato gerador do tributo.” Cf. Carrera Raya. Manual de Derecho Financiero. Madrid: Tecnos, 1993, vol. I, p. 92 apud RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Evolução do Princípio da Capacidade Contributiva e sua configuração no panorama constitucional atual. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁵⁹ DUTRA, op. cit., 2010, p.103-104.

indiretos. O principal argumento é o de que tal princípio porta uma ampla funcionalidade em favor da justiça fiscal que não é, em nenhum momento, limitada na Constituição Federal brasileira pela previsão da Seletividade. Não há uma relação de exclusão em relação às demais potencialidades do Princípio da Capacidade Contributiva.

Os princípios contêm uma representação de valores que permite, em dadas circunstâncias fáticas e jurídicas, a extração de regras aplicáveis ao caso concreto. Eventuais colisões com outros princípios, derivadas da natureza expansionista do princípio, decorrentes do seu caráter de mandados para serem otimizados, são solucionadas pela aplicação da máxima da proporcionalidade. No caso, parece sequer haver uma situação de colisão entre o princípio da Capacidade Contributiva e o da Seletividade. Inicialmente porque este último deriva do Princípio da Capacidade Contributiva; em segundo lugar, porque ambos operam de maneira complementar.

A timidez e reticência com a qual a doutrina enfrenta a incidência tributária sobre a renda de determinadas camadas da população, validando-a por meio do reconhecimento do papel exclusivo da seletividade como instrumento da capacidade contributiva, oculta um problema significativamente grave da tributação no Brasil.

Os tributos sobre consumo incidem uniformemente sobre toda a população, eles não distinguem contribuintes. O ICMS dos produtos da cesta básica, da energia elétrica, das telecomunicações, do transporte; o IPI e o ICMS dos medicamentos, dos eletrodomésticos, dos produtos de higiene, do material escolar, do material de construção; o ISS e o PIS e a COFINS incidem de modo contundente sobre a renda de pessoas marcadamente hipossuficientes, vivendo em condições degradantes, em regiões em que o IDH e coeficiente de Gini indicam baixo desenvolvimento e desigualdade extrema na distribuição de renda.

Se a renda da população que compõe a base da pirâmide, normalmente isenta do imposto de renda, é comprometida com uma

carga tributária em torno de 30%, em que pese a seletividade, não há como afastar o raciocínio de que essa tributação fere a capacidade contributiva e não pode ser ignorada em um sistema tributário por ela regido.

Se o princípio da capacidade contributiva deve efetivamente ser considerado e, assim o sendo, deve ser compreendido como um princípio cuja normatividade aberta deve ser extraída, otimizada, realizada no seu máximo, não se pode opor obstáculos à sua implementação, desde que possível fática e juridicamente. É importante salientar que se o argumento de que a capacidade contributiva, nos tributos indiretos, é protegida unicamente pela seletividade é válido, o que seria proposto caso a tributação consistisse unicamente em tributação indireta?

O reconhecimento pela Constituição Federal da técnica da Seletividade como elemento próprio de mensuração da carga tributária significa, sem dúvida alguma, que a Lei Fundamental quis dar à Capacidade Contributiva um instrumento concreto, prático.

Ao indicar um instrumento, a Constituição não limitou outras aplicações do princípio da capacidade contributiva. Trata-se, evidentemente, de medida que depende de um esforço de implementação mais complexo do que o que normalmente se exige em relação aos tributos diretos, no entanto, não é possível retirar do espectro de comandos que se extraem do Princípio da Capacidade Contributiva a sua efetiva realização.

Klaus Tipke e Joachim Lang propõem que os tributos indiretos deveriam ser no mínimo restituídos, na medida em que oneram o mínimo vital necessário à existência⁶⁰.

Aplicada a teoria de Robert Alexy, conclui-se que a natureza de princípio da disposição de direito fundamental relativa à capacidade contributiva prevista na Constituição Federal de 1988, caracterizado como mandado para ser otimizado, implica a possibilidade de extração

⁶⁰ TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. *Direito Tributário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 220.

de comandos normativos que protejam efetivamente a renda mínima da tributação indireta.

Os princípios não são razões definitivas, mas *prima facie*⁶¹.

los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo⁶².

Isso demanda considerar que a observância do Princípio da Capacidade Contributiva em relação ao contribuinte de fato dar-se-á na maior medida do possível. Essa maior medida, certamente, não se limita à seletividade, também porque os efeitos normativos dos princípios não é algo dado, definitivo.

A aplicação efetiva de princípios exige um contexto jurídico e fático apropriado, que é normalmente marcado pela presença de outros direitos e garantias fundamentais.

4.1 A Violação ao Direito de Liberdade

Quando se trata da tributação de baixa renda, o potencial para a manifestação de diferentes formas de riqueza diminui drasticamente, de modo que é a forma como gestionam o consumo que determinará a consideração da capacidade contributiva produzirá efeitos.

Esse indiciamento de capacidade contributiva tornou-se, no sistema tributário brasileiro, definitivo, não apresentando nenhuma oportunidade de ilisão dessa presunção. Veja-se um exemplo: Um indivíduo com renda de um salário mínimo, ao adquirir uma calça jeans, um tênis, um celular ou um computador, estaria renunciando à

⁶¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 1996, p. 88.

⁶² ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1997, p.101.

proteção que o princípio da capacidade contributiva oferece na atual conformação do sistema tributário. O sistema presume que, ao adquirir determinados bens, o contribuinte demonstra capacidade contributiva, quando, de outro ponto de vista, ele não a possui.

Quando a aquisição de determinados bens de consumo (e aí estão incluídos os serviços) indicia ou faz presumir a presença de capacidade contributiva, essa presunção deveria/poderia ser relativa e não absoluta como se apresenta atualmente. Esse mecanismo é necessário porque os critérios do legislador, “*quod plerumque accidit*”, além de não serem passíveis de controle, não são critérios eficazes em uma sociedade de consumo que tem por fundamento o direito à liberdade, à liberdade econômica e à redução das desigualdades.

A feliz afirmação de Ricardo Lobo Torres acerca do tema demonstra a vinculação “biológica” do mínimo existencial com o direito de liberdade⁶³:

A proteção do mínimo existencial no plano tributário, sendo pré-constitucional como toda e qualquer imunidade, está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade. Não é totalmente infensa à idéia de justiça e ao princípio de capacidade contributiva. Mas se extrema dos direitos econômicos e sociais.

Segundo Fernando Facury Scaff, Ricardo Lobo Torres entende que o mínimo existencial é composto de duas dimensões, ambas ligadas à liberdade: uma negativa, que impede o exercício do poder tributário por parte do Estado em razão da situação econômica; e uma positiva, que são os serviços públicos destinados à preservação dessa liberdade.

⁶³ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: **Princípios de Direito Financeiro e Tributário** – Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 118.

Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia de 1999, na obra *Desenvolvimento como liberdade*, afirma “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais [...] é constitutiva do desenvolvimento”⁶⁴.

Segundo o renomado economista, citando Adam Smith, “a liberdade de troca e transação é ela própria uma parte essencial das liberdades básicas que as pessoas têm razão para valorizar”⁶⁵. E a liberdade de participar das trocas econômicas tem um papel fundamental na vida social.

Para a doutrina tradicional, importa a prevalência do raciocínio que se apóia na igualdade para dizer que as pessoas devem pagar a mesma tributação no consumo. Para essa doutrina majoritária, a isenção de determinados produtos é suficiente para garantir a proteção do mínimo vital, de modo que, ao adquirir outros produtos, nada mais correto que o contribuinte seja tratado de forma idêntica aos demais. Tal raciocínio baseia-se em diversos pressupostos: que os produtos essenciais são efetivamente isentos; que é possível dizer o que são efetivamente produtos essenciais; que o legislador é apto, tem obrigação e realiza a obrigação de nomear, identificar e isentar os produtos essenciais a cada momento histórico.

É inimaginável no Estado Democrático de Direito a tutela da liberdade do “pobre” nos termos em que tal raciocínio se apresenta. A liberdade não é priorizada pela Seletividade, que depende de um critério de essencialidade. Não se deve tutelar a vontade do titular do mínimo existencial em um Estado livre e igual. A população de baixa renda pode ter interesse legítimo em adquirir produtos que não sejam para a sua faixa de poder aquisitivo. **Produtos da tecnologia**

⁶⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2008, p. 10.

⁶⁵ SEN, op. cit., 2008, p. 21.

da informação são importantes catalisadores da mudança social e não podem ser excluídos ou rotulados, assim como todo o juízo sobre essencialidade é subjetivo e sujeito a ponderações relevantes.

Ao definir quais produtos a população de baixa renda deve ser estimulada a comprar, a seletividade aplicada como única técnica a serviço da capacidade contributiva impõe um padrão de comportamento incompatível com a liberdade desses indivíduos, liberdade a respeito de onde e como investir o seu dinheiro. Como afirma Amartya Sen, “a privação de liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade”. Prosseguindo: “A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica”⁶⁶.

Ponderar-se-á que a seletividade não tem a aptidão de induzir condutas, o que é altamente questionável; evidentemente que o barateamento de certos produtos é um estímulo a sua aquisição, e o encarecimento de outros é certamente um obstáculo a mais ao titular de baixa renda. A questão toda não está no aspecto “estímulo” da seletividade e na obstaculização imposta pela tributação.

Paul Kirchhof, ao propor uma tributação homogênea e simplificada⁶⁷ para a Alemanha, expressa a idéia de proteção da liberdade e da autodeterminação econômica cuja proteção constitucional é irrecusável. É verdadeiro, sem dúvida, que o referido autor trata justamente da redução de quaisquer tipos de subvenções com o fito de equalizar as alíquotas e produzir um sistema tributário neutro. Reconhecendo que estamos longe de uma realidade de neutralidade fiscal, na qual ainda seria necessária a proteção do mínimo vital e que,

⁶⁶ SEN, op. cit., 2008, p. 23.

⁶⁷ KIRCHHOF, Paul. **Der Weg zu einem neuen Steuerrecht** – klar, verständlich, gerecht. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, september 2005, p.13.

portanto, não exclui a validade dos argumentos aqui expendidos, é válida a ênfase que o autor traz ao direito de liberdade econômica.

Nas palavras de Kirchhof, o princípio de liberdade e autodeterminação econômica é constitucionalmente fundado. Esse princípio não pretende que o contribuinte seja tutelado por via tributária e deixa aos envolvidos a decisão sobre como aplicar a sua renda e de, pela sua própria conta e próprio risco, empregar o seu poder de compra⁶⁸.

O mínimo existencial não é protegido da tributação indireta, e a precedência e exclusividade da Seletividade como técnica de realização da capacidade contributiva implica avaliar a interferência estatal na liberdade e autodeterminação econômica do indivíduo. O caráter de tutela do Estado está presente na atribuição de escolha sobre quais produtos considera essenciais, tarefa que dificultou sobremaneira a eficiência/eficácia do instituto da seletividade na proteção da população de baixa renda em relação à tributação indireta.

Argumentos de praticabilidade ou relativos a efeitos perversos provocados por determinadas isenções ou subvenções no sistema não podem ser aplicados aqui isoladamente, sem se considerar que o Estado Fiscal brasileiro usa e abusa do tratamento desigual⁶⁹, das isenções e subvenções, ao simples argumento de que maçãs são maçãs e peras são peras. Kirchhof argumenta que o sistema de isenções e subvenções e o abuso da extrafiscalidade geram injustiça fiscal⁷⁰ e afastam o sistema tributário do princípio da capacidade contributiva, baseando a tributação muito mais em uma disposição para cooperar do que na disponibilidade econômica. Mesmo para ele, é imprescindível a defesa do mínimo existencial.

⁶⁸ KIRCHHOF, op. cit., 2005, p. 13.

⁶⁹ Lei 12.715 de 2012 desonera a folha de pagamento de certos setores da economia, de modo que deixam de pagar 20% de contribuição previdenciária sobre a folha de pagamento e passam a recolher 1% e 2% sobre o faturamento.

⁷⁰ KIRCHHOF, op. cit., 2005, p. 15.

4.2 O Direito de Propriedade, Tributação e Mínimo Existencial

Segundo Kirchhof, a tributação atinge um dos mais importantes objetos do direito de propriedade: o dinheiro. Daí a proposição feita por ele de que seja ela avalizada pela garantia constitucional da propriedade⁷¹. O dinheiro, como ele afirma, é a própria liberdade cunhada em moeda; ele permite ao seu proprietário atuação no mercado e lhe possibilita a conformação independente de sua vida. Segundo Kirchhof, o direito de propriedade moderno não é mais voltado essencialmente à proteção dos bens de raiz ou propriedade fundiária ou mesmo dos bens da indústria; o direito de propriedade volta-se muito mais às pretensões a salário, prestações de previdência social e rendimentos do capital⁷².

O saldo contributivo corresponde ao percentual da renda comprometido pelo conjunto da carga tributária. Nas palavras de Herrera Molina:

Em el plano vertical, el saldo contributivo sirve para determinar el porcentaje de los ingresos que se destina a satisfacer el conjunto de la carga contributiva. Como sabemos, el Tribunal Constitucional alemán há indicado que el conjunto de la carga fiscal (incluidos los impuestos indirectos soportados en último término por el contribuyente) no puede ir más allá del 50 por

⁷¹ KIRCHHOF, op. cit., 2005, p.32.

⁷² KIRCHHOF, op. cit., 2005, p.32. “Die Steuer nimmt dem Eigentümer Geldeigentum weg, muss deshalb auf die verfassungsrechtliche Garantie des Privateigentums abgestimmt werden. In der modernen Erwerbswirtschaft gewinnt der Grundrechtsberechtigte die ökonomische Grundlage individueller Freiheit weniger im Sacheigentum des Gewerbebetriebs und der Landwirtschaft als im Forderungseigentum von Lohn-, Sozialversicherungs- und Kapitalertragsansprüchen. Deshalb wächst auch dieses Forderungseigentum in die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie hinein. Einer der wichtigsten Gegenstände modernen Eigentums ist das Geld. **Geld ist geprägt Freiheit, bietet dem eigentümer das Fundament für finanzwirtschaftliches Handeln und ermöglicht ihm die eigenverantwortlich Gestaltung seines Lebens.** Forderungs- und Geldeigentum vermitteln oft sogar einen größeren Freiheitsraum, weil der Berechtigte sich die Wahl des konkreten Eigentumsgegenstandes noch vorbehalten hat”.

100 de los ingresos. Aunque dicha decisión resulta inaplicable a nuestro ordenamiento, si puede trasladarse el planteamiento que ella inspira: la necesidad de ponderar la carga contributiva total soportada por el contribuyente con su derecho a la propiedad y a la libre iniciativa económica. Esta ponderación no solo es necesaria en un abstracto plano normativo, sino en casos aislados que pueden exigir la aplicación de cláusulas de equidad para evitar un efecto confiscatorio⁷³.

Quanto à solução do problema, Herrera Molina corrobora a posição de Kirchhof e confere à técnica da tipificação o papel de solucionar o problema da imposição indireta:

Desde esta perspectiva—determinación de la carga contributiva máxima—, el BVerfG há señalado expresamente la necesidad de tener en cuenta la imposición indirecta soportada en último término por el contribuyente. Esto plantea problemas de cuantificación que solo parece posible solucionar mediante un cálculo a tanto alzado, a partir del consumo médio de ciertas categorías de contribuyentes.

Herrera Molina defende que o objeto do direito à capacidade contributiva é a determinação do saldo contributivo individual⁷⁴. E o seu fundamento é a compreensão de que a capacidade contributiva é global ou “complessiva”, ou seja, ela vincula o sistema fiscal no seu todo, e também cada dos seus tributos componentes.

El saldo contributivo individual permite determinar el límite máximo a la tributación (prohibición de confiscatoriedad). Su cálculo exige tomar en consideración todos los impuestos que recaen sobre el contribuyente, incluidos los impuestos indirectos (Sentencia del Tribunal constitucional alemán de 22-6-1995). A nuestro juicio, deberían incluirse también los impuestos “extraordinarios” y aquellos otros de carácter

⁷³ HERRERA MOLINA, op. cit., 1998, p. 110.

⁷⁴ HERRERA MOLINA, op. cit., 1998, p. 113.

extrafiscal, para poder realizar así una verdadera ponderación entre los posibles efectos confiscatorios y los fines extrafiscales perseguidos. Em cambio, podría excluirse la imposición sobre sucesiones y donaciones – dado el peculiar origen de la riqueza gravada – al menos siempre que fuera posible pagar el impuesto com los bienes adquiridos⁷⁵.

Se por um lado, a lógica e a racionalidade fazem prevalecer a ideia de que a capacidade contributiva depende da inclusão dos tributos indiretos no cálculo do total da carga tributária, a compensação dos excessos descortina um outro universo argumentativo, onde questões como a tipificação, já mencionada, ou a transferência de recursos assumem importante papel. As prestações e subvenções estatais são consideradas, por alguns autores⁷⁶, como mecanismos necessários e mais eficientes de correção da violação da capacidade contributiva.

El saldo contributivo individual deberá disminuirse en las subvenciones y prestaciones sociales gratuitas de carácter que reciba el contribuyente. Las subvenciones “condicionadas” (birk) podrán excluirse em la medida em que exijan una contraprestación de valor semejante por parte del beneficiario.

A correção das violações da capacidade contributiva é um campo ainda não adequadamente explorado, e o seu exame depende primordialmente de que a doutrina e os tribunais reconheçam não só a existência de violações, mas que essas violações devem ser corrigidas mediante mecanismos tributários ou não. Note-se que, em relação aos demais tributos, sempre é possível estabelecer mecanismos internos de compensação, no entanto, em relação à população de baixa renda, essas possibilidades tornam-se mais escassas, como argutamente aponta Manzoni⁷⁷.

⁷⁵ HERRERA MOLINA, op. cit., 1998, p. 114.

⁷⁶ idem ibidem.

⁷⁷ MANZONI, op. cit., 1965, p.113: Se la non progressività o addirittura la regressività di un

5 MECANISMOS DE OTIMIZAÇÃO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A simplificação e a praticabilidade são importantes mecanismos de realização da capacidade contributiva. O uso das presunções, padronizações ou generalizações não é nenhuma novidade e é da natureza das normas legais um determinado grau de padronização.

Alguns estados americanos que tributam alimentos e medicamentos preveem um crédito⁷⁸ para compensar a tributação incidente sobre os orçamentos de baixa renda. Também no Canadá, há mecanismos de restituição de tributos sobre o consumo (Sales

tributo possono essere compensate da altro o da altri tributi ad aliquota progressiva, è invece chiaro che gli effetti di un'imposta che, ad esempio, colpisce i nullatenenti non potrebbero essere rimossi da alcun altro tributo, comunque congegnato (Tradução: Se a não progressividade ou até mesmo a regressividade de um tributo podem ser compensadas por outro ou outros tributos com alíquota progressiva, é por outro lado claro que os efeitos de um imposto que, por exemplo, atinge os que nada possuem não poderiam ser removidos por outro tributo, ainda que articulado).

⁷⁸ Na página do Internal Revenue Service, a Receita Federal Americana, encontra-se: EITC Home Page--It's easier than ever to find out if you qualify for EITC EITC, the Earned Income Tax Credit, sometimes called EIC is a tax credit to help you keep more of what you earned. It is a refundable federal income tax credit for low to moderate income working individuals and families. Congress originally approved the tax credit legislation in 1975 in part to offset the burden of social security taxes and to provide an incentive to work. When EITC exceeds the amount of taxes owed, it results in a tax refund to those who claim and qualify for the credit. **To qualify, you must meet certain requirements and file a tax return, even if you do not owe any tax or are not required to file.** <http://www.irs.gov/Individuals/EITC-Home-Page--It%E2%80%99s-easier-than-ever-to-find-out-if-you-qualify-for-EITC>. Tradução: Na página do “internal Revenue Service”, a Receita Federal Americana, encontra-se EITC Home page- É mais fácil que nunca descobrir se você é qualificado para EITC (crédito ganho de imposto de renda), algumas vezes chamado de EIC, é um crédito de imposto para ajuda-lo a manter mais do que você ganha. É um crédito de imposto de renda federal que pode ser restituído para trabalhadores individuais ou famílias de baixa a moderada renda. O congresso originalmente aprovou a legislação de crédito em 1975 em parte para compensar os encargos das taxas do seguro social e dar um incentivo ao trabalho. Quando o EITC excede a quantia de impostos devidos, isto resulta na restituição de imposto para aqueles que reivindicam e se qualificam para o crédito. Pra se qualificar você deve preencher certos requisitos e preencher uma declaração fiscal, mesmo se você não deve nenhum imposto ou não seja exigido a declarar. <http://www.irs.gov/Individuals/EITC-Home-Page--It%E2%80%99s-easier-than-ever-to-find-out-if-you-qualify-for-EITC>

Tax Credit)⁷⁹. Um mecanismo desse tipo, ou pelo menos, com essa transparência, jamais foi executado em nenhum governo brasileiro. A transferência de renda promovida pelo Estado Social é normalmente no âmbito da Assistência Social e nenhum vínculo com o Sistema Fiscal é apontado. Não há dúvidas da existência de enorme distorção e obscuridade na relação do contribuinte com o sistema fiscal.

Técnicas de simplificação (padronizações, presunções, estimativas gerais, etc.) aliadas à capacidade contributiva descortinam um universo extenso de medidas de proteção da baixa renda contra a tributação indireta que, certamente, além de reconhecer o direito constitucional de proteção ao mínimo existencial, viabilizarão o alcance e a realização de muitos outros direitos previstos na CF. O Decreto nº 6.135, de 30 de junho de 2007, disciplina o Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), regulamentado pela Portaria n. 376, de 16 de outubro de 2008, que permite recolher dados e identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país.

O CadÚnico é um sistema a serviço do Poder Público que permite identificação do contribuinte de baixa renda, desmistificando o argumento de que o contribuinte de fato é de difícil identificação. A tecnologia a serviço do consumo permite a identificação do contribuinte e os dados acerca da renda dessa população permitem estimar o direito a reembolso da tributação indireta incidente.

6 CONCLUSÃO

(1) O limite constitucional da capacidade contributiva figura como efetivo fundamento de validade das normas tributárias impositivas; visto

⁷⁹ The maximum Ontario Sales Tax Credit for the 2012-13 benefit year is \$273 for each adult and each child under 19 years of age. Use our tax credit calculator to find out how much you may be eligible to receive. The amount you receive is a tax-free payment based on: the size of your family, and your adjusted family net income. Disponível em <<http://www.fin.gov.on.ca/en/credit/stc/>> Acesso em: 10 outubro 2012.

como “mandado de otimização” ou “comando para ser otimizado”, como princípio constitucional, influencia o ordenamento jurídico, impondo a “filtragem” constitucional do ordenamento.

- (2) A tributação indireta é uma modalidade de tributação extremamente eficaz em razão das técnicas de concentração da arrecadação, contando com pequena resistência da população e, por isso, merecedora de estímulo. Ela, no entanto, atinge de forma dramática um estrato da população cuja integralidade da renda é consumida. Esse estrato realiza um “sacrifício” econômico muito superior ao de outros estratos. O sacrifício imposto implica redução de chances de desenvolvimento e de acesso a direitos fundamentais.
- (3) O Princípio da Capacidade Contributiva exerce atividade normativa em relação aos tributos indiretos para além da simples aplicação da técnica da Seletividade. O legislador submete-se a esse influxo normativo, que determina a distribuição das cargas tributárias de maneira conforme a capacidade contributiva do contribuinte não só quando se trata de tributação direta, mas também, e na mesma medida, quando o objeto é a tributação indireta.
- (4) A seletividade, por meio da essencialidade, exerce um papel limitado no âmbito da aplicação da capacidade contributiva. Essa limitação decorre das características dos próprios tributos indiretos, cujo contribuinte de fato é diverso do de direito. Por mais que sejam envidados esforços na aplicação da seletividade/essencialidade, com desoneração integral da cesta básica, jamais esses mecanismos serão bem sucedidos na integral proteção do mínimo existencial. Isso porque o titular do mínimo existencial não o despender necessariamente com produtos previamente definidos pelo governo como essenciais.
- (5) Dinheiro é propriedade e liberdade cunhada em moeda. O conceito de capacidade contributiva depende da determinação do saldo contributivo individual, e o seu fundamento é a compreensão de que a capacidade contributiva é global ou “compressiva”, ou seja,

ela vincula o sistema fiscal no seu todo, e também cada dos seus tributos componentes.

- (6) A exclusão do mínimo existencial da proteção integral do princípio da capacidade contributiva, submetendo-o unicamente à técnica da seletividade, acarreta a violação ao direito de propriedade e de liberdade econômica do contribuinte de baixa renda, liberdade a respeito de onde e como investir o seu dinheiro e de acessar importantes catalisadores de mobilidade social.
- (7) No confronto entre liberdade e essencialidade, deve-se dar maior peso ao direito de liberdade, ou seja, ao direito da população de baixa renda de investir o seu rendimento de forma independente, mesmo quando essa independência é financiada por programas de crédito e estímulo governamental.
- (8) A correção das violações da capacidade contributiva é um campo ainda não adequadamente explorado, e o seu exame depende primordialmente de que a doutrina e os tribunais reconheçam não só a existência de violações, mas que essas violações devam ser corrigidas mediante mecanismos tributários.
- (9) Se a norma tributária em abstrato tem potencial lesivo em relação ao mínimo existencial, essa característica impõe ao legislador o dever de elaborar mecanismos de tipificação e praticabilidade que amenizem ou neutralizem o potencial lesivo da norma.
- (10) As restrições ao princípio da capacidade contributiva implicam ônus argumentativo. Elas precisam ser justificadas qualitativamente, ou seja, não podem representar a violação do núcleo de direitos com valor maior que aqueles que a restrição prioriza.
- (11) A simplificação pode operar em relação à capacidade contributiva da população de baixa renda, utilizando-se inclusive de mecanismos já existentes e a serviço da Assistência Social, com o fim de restituir ao contribuinte a plena disposição do mínimo existencial. Essas técnicas aliadas à capacidade contributiva descortinam um

universo extenso de medidas de proteção da baixa renda contra a tributação indireta que, certamente, além de reconhecer o direito constitucional de proteção ao mínimo existencial, viabilizarão o alcance e a realização de muitos outros direitos previstos na CF.

- (12) O Decreto n. 6.135, de 36 de junho de 2007 disciplina o Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico), regulamentado pela Portaria n. 376, de 16 de outubro de 2008, que permite recolher dados e identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país. O CadÚnico é um sistema a serviço do Poder Público que permite identificação do contribuinte de baixa renda, desmitificando o argumento de que o contribuinte de fato é de difícil identificação. A tecnologia a serviço do consumo permite a identificação do contribuinte, e os dados acerca da renda dessa população permitem estimar o direito a reembolso da tributação indireta incidente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2011.

_____, Robert. Theorie der Grundrechte. 3. Aufl. – Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ALEXY, Robert. On the structure of Legal Principles. **Ratio Juris**. v.13. n.3. September, 2000, p.294-304.

AMARAL, Luiz. Da Repercussão Econômica e da Repercussão Jurídica nos Tributos. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 8. v. 675. Janeiro, 1992.

BARBOSA, Marchionatti Daniel. **Não cumulatividade da Cofins e do Pis**. (Dissertação de Mestrado) Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. (2011). Porto Alegre: UFRGS, 2011.

BIRK, Dieter. **Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen**. Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht. Köln: Dr. Peter Deubner Verlag, 1982.

CANAZARO, Fábio. **A essencialidade tributária**: norma de promoção da igualdade nos impostos sobre o consumo. Prof. Dr. Paulo Antonio Caliendo. (Tese Doutorado) Programa de Pós-Graduação em Direito. (2012) Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

CARRAZZA, Roque. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARRIÓ. Genaro A. **Notas sobre derecho y language**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo perrot, 1973.

CASTRO, Jorge Abrahão, SANTOS, Claudio Hamilton dos, RIBEIRO, José Aparecido Carlos. Organizadores. **Tributação e Equidade no Brasil um registro da reflexão do Ipea no biênio 2008-2009**.

COSTA, Regina Helena. **Praticabilidade e Justiça Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONTI, José Maurício. **Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade**. São Paulo: Dialética, 1997.

DANILEVICZ, Rosane Beatriz J. **A essencialidade no IPI e no ICMS**. Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/32-artigos-abr-2011>> Acesso em: 25 fevereiro 2013.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de Tributos com Efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado., 2007.

DUTRA, Micaela Dominguez. **Capacidade Contributiva Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Abel Henrique. O Princípio da Capacidade Contributiva Frente aos Tributos Vinculados e aos Impostos Reais e Indiretos. In: **Revista Fórum de Direito Tributário**. Belo Horizonte, ano I, n. 6, Novembro, 2003.

GIARDINA, Emílio. **Le Basi Teoriche del Principio della Capacità Contributiva**. Milano: Dott.A. Giuffrè Editore, 1961.

GRECO, Marco Aurélio. Princípio da capacidade contributiva. **Revista Fórum de Direito Tributário. RFDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 22, jul/ago 2006.

HERRERA MOLINA, Pedro M.. **Capacidad Económica y Sistema Fiscal** - Análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 1998.

KIRCHHOF, Paul. **Der Weg zu einem neuen Steuerrecht** – klar, verständlich, gerecht. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, September, 2005.

MANZONI, Inazio. Il Principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano. Torino: G. Giappichelli Editore, 1965.

POCHMANN, Márcio. **Desigualdade e Justiça Tributária**. IPEA. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/pdf/08_05_15_DesigualdadeJusticaTributaria.pdf> Acesso em: 30 out. 2012.

PRAHALAD, C. K. **A riqueza na base da pirâmide** – Erradicando a pobreza com o lucro. ed. rev. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. A Evolução do Princípio da Capacidade Contributiva e sua configuração no panorama constitucional atual. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. (coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SACCHETTO, Claudio. O Dever de Solidariedade no Direito Tributário: o Ordenamento Italiano In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (coord.) **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (org.). **Princípios de Direito Financeiros e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 7ª reimpressão, 2008, p. 10.

SILVEIRA, Paulo Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito**. Uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TIPKE, Klaus. **Steuerrecht Ordnung**. Verlag Dr. Otto Schmidt Köln. 2.Auflage, 2000.

_____. Sobre a Unidade da Ordem Jurídica Tributária. In: SCHOUERI, Luiz Eduardo;

ZILVETI, Fernando Aurélio. (coord.) **Direito Tributário**. Estudos em Homenagem a Brandão Machado. São Paulo: Dialética, 1998.

TIPKE, Klaus e LANG, Joachim. **Direito Tributário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Heleno Taveira; PIRES, Adilson Rodrigues. Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIANNA, S.W.; MAGALHÃES, L.C.; SILVEIRA, F.G.; TOMICH, F.A. Carga Tributária Direta e Indireta sobre as unidades familiares no Brasil: avaliação de sua incidência nas grandes regiões urbanas em 1996. Texto para Discussão IPEA n.757. Brasília, Setembro, 2000.

FUNÇÕES DO ESTADO

STATE FUNCTIONS

Eduardo da Silva Winter¹

Recebido em: 25.1.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: O artigo aborda a identificação das funções do Estado e a especificidade de cada uma das funções identificadas. Na primeira metade do ensaio, são buscadas premissas teóricas em autores clássicos, dispostos em ordem cronológica, a saber: John Locke, Georg Jellinek, Hans Kelsen e Karl Loewenstein. Busca-se identificar a contribuição de cada um destes autores na evolução das funções do Estado e sua relevância para o panorama moderno destas. Na segunda parte do artigo, aplicadas as premissas consignadas pelas teorias clássicas analisadas e estudada a doutrina contemporânea acerca do tema, são apura-

Abstract: The article discusses the identification of State functions and the specificity of each of the identified functions. In the first half of the essay, theoretical premises are searched in classical authors, arranged in chronological order, are they: John Locke, Georg Jellinek, Hans Kelsen e Karl Loewenstein. The aim is to identify the contribution of each of these authors in the evolution of State functions and its relevance to the modern situation of them. In the second part of the article, applied the premises assigned by classical theories analyzed and studied the contemporary doctrine on the subject, it is

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

das as funções do Estado de forma específica, bem como suas especificidades e suas relações com a separação dos poderes. Em conclusão, o artigo identifica seis funções do Estado em espécie, a saber: administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora; bem como que cada uma delas estará mais bem executada se atribuída a um poder estatal independente.

Palavras-chave: Funções do Estado; Separação dos poderes; Tribunal constitucional; John Locke; Georg Jellinek; Hans Kelsen; Karl Loewenstein.

determined the functions of the State in a specific way, as well as their specificities and its relations with the separation of powers. In conclusion, the article identifies six State functions in kind, namely: administrative, judicial, governmental, legislative, moderating and controlling; and that each of them will be better run if assigned to an independent state power.

Keywords: State Functions; Separation of powers; Constitutional court; John Locke; Georg Jellinek; Hans Kelsen; Karl Loewenstein.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve Evolução Doutrinária Acerca das Funções do Estado. 2.1 JOHN LOCKE. 2.2 GEORG JELLINEK. 2.3 HANS KELSEN. 2.4 KARL LOEWENSTEIN. 3 Delimitação Moderna das Funções do Estado. 3.1 NÍVEL EXECUTIVO/CONCRETO/PRÓXIMO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL). 3.2 NÍVEL DELIBERATIVO/ABSTRATO/INTERMEDIÁRIO DAS FUNÇÕES DO ESTADO (GOVERNAMENTAL E LEGISLATIVA). 3.3 NÍVEL CONTROLADOR/SUPERIOR DAS FUNÇÕES DO ESTADO (MODERADORA E CORRETIVA). 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio destina-se ao exame da repartição do Poder do Estado sob o ângulo funcional, estabelecendo-se quais seriam, com base na doutrina atual, as funções do Estado.

Buscar-se-ão premissas teóricas em filósofos e juristas clássicos que trabalharam a busca pelo estabelecimento das funções do Estado, demarcando-se a evolução que cada um deles trouxe para então, compilando, chegar-se à análise conclusiva do panorama moderno.

Obviamente, para o que se propõe o presente ensaio, cortes metodológicos foram necessários, elegendo-se algumas doutrinas e relegando-se outras (não menos importantes), dada, inclusive, a vastidão da matéria.

Estas premissas teóricas iniciais, estabelecidas ao longo do tempo, e especialmente no século XX, servirão de base à formulação da segunda parte do ensaio, onde se buscará fixar quais seriam, hoje, as funções do Estado.

Nesta linha de abordagem, a exposição pretende examinar a realidade do fenômeno de atuação do Estado, tal como entendido na modernidade, estabelecendo um ângulo funcional ideal, não necessariamente tomando por base um Estado existente.

Como principal referencial teórico, será privilegiada a tradição da escola de Direito do Estado da Faculdade de Direito da UFRGS, especialmente a doutrina da separação dos poderes/funções, tão difundida neste meio acadêmico, aplicando-se suas premissas, especialmente na segunda metade deste estudo.

Passemos, desta forma, ao exame proposto.

2 BREVE EVOLUÇÃO DOCTRINÁRIA ACERCA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

A intenção deste capítulo inicial é traçar premissas baseadas na evolução da doutrina acerca das funções do Estado, esmiuçando o que disseram relevantes filósofos e doutrinadores ao longo da História. Por óbvio, a bibliografia acerca do tema é inesgotável e os autores trabalhados neste tópico foram selecionados com base em um corte metodológico que procurou dividir as respectivas doutrinas pelo fator temporal, bem como pela relevância teórica.

O que se entende por funções do Estado são os diversos meios que o Estado utiliza para atingir, de forma eficiente, seus fins. Estes, que demandariam um estudo apartado, podem ser entendidos, em apertadíssima síntese, como sendo o bem comum da sociedade².

Desta forma, as funções do Estado são o meio utilizado por este para atingir seu fim genérico: o bem comum da sociedade. Assim, as funções são as atividades do Estado destinadas ao atingimento de seus fins. Nos dizeres de autorizada doutrina:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade de realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses

² Como dito, os fins do Estado demandariam análise monográfica apartada, o que tornaria invencível o propósito do presente ensaio. Por tal razão, o foco restará mantido nas funções do Estado. Todavia, algumas referências acerca dos fins do Estado são importantes para delimitar os referenciais teóricos em irradiam efeitos sobre o presente estudo. Ver: JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 234 e seguintes. Ver: CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed, 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 143-144. Ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 19. Do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 36. Ainda do mesmo autor: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 55-59. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 20-21.

fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chama funções³.

Importante se destacar que as funções do Estado não significam uma divisão do Poder deste. O Poder estatal é uno⁴, o que se dividem são as funções no intuito de melhor se buscar os fins do Estado (bem comum). Mais adiante se retomará este ponto, ao se atribuir na segunda parte deste estudo o atual estágio de evolução das funções estatais e sua divisão entre os Poderes estatais constituídos. Estas funções estatais, e suas diferentes nuances, sofreram diferentes abordagens ao longo da doutrina política e, como já mencionado supra, passaremos a tecer considerações acerca de alguns filósofos/doutrinadores que contribuíram de forma decisiva para o atual estágio da ciência política no que concerne às funções do Estado⁵.

2.1 John Locke

O primeiro filósofo que destacamos é JOHN LOCKE⁶. Nascido na Inglaterra, viveu entre 1632 e 1704. Sua principal obra é o clássico *Two Treatises of Government*, publicado pela primeira vez em 1690⁷.

³ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 148.

⁴ MALBERG, R. Carré de. **Teoría General Del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922. Pg. 249 e seguintes.

⁵ A doutrina clássica e contemporânea é inesgotável acerca dos fins e funções do Estado. Para os limites deste ensaio se elegeram os referenciais a seguir reproduzidos, deixando-se excluídos (sob pena de ultrapassar os limites metodológicos), por exemplo, Montesquieu (século XVIII) e Aristóteles (em tempos mais remotos). Recomenda-se a análise: MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748; O Clássico Livro XI, Capítulo VI. Recomenda-se a análise: ARISTÓTELES. **A Política**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000; neste ver Capítulo I.

⁶ Ver: CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*. Pg. 101-115.

⁷ LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

Referido filósofo tem como característica marcante sintetizar os ideais liberais de sua época, sendo atribuído a ele a ruptura entre o Estado unitário e o Estado com funções (Poderes) divididos, como forma de controlar o poder do Estado⁸. Também é notória sua obra no que concerne à teoria contratualista de formação da sociedade⁹.

Em uma leitura mais apressada da obra de JOHN LOCKE, poder-se-ia concluir que ele simplesmente segregou o Poder Legislativo, levando a efeito a supremacia deste¹⁰ em relação ao Poder Executivo. Todavia, a análise mais aprofundada da obra de JOHN LOCKE nos mostra que ele vai mais adiante. Não apenas separa o Legislativo do Executivo, mas identifica, dentro deste, mais de uma função estatal¹¹. Este é o ponto que nos importa para o presente estudo.

Além de identificar a função legislativa típica, como função de deliberação da sociedade, JOHN LOCKE identifica funções diversas que ele encampa dentro do Poder Executivo¹², são elas¹³: (a) a função executiva típica, entendida esta como a função de aplicação das leis vigentes; (b) a função federativa, tida como a função de representação externa do Estado; e (c) a função de prerrogativa, entendida como uma função de deliberação interna, eminentemente política.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. **Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo**. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 22.

⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 72.

¹⁰ ADOMEIT, Klaus. **Filosofia do Direito e do Estado**. Vol. II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*. Pg. 102.

¹¹ BLANCO VALDÉS, Roberto L. **El Valor de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1998. Pg. 57.

¹² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. Pg. 48-51. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 134.

¹³ Acerca das funções executiva, federativa e prerrogativa em JOHN LOCKE, ver: PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989. Pg. 73-74.

Este panorama de organização do Estado, sob o enfoque funcional, na obra de JOHN LOCKE, e não simplesmente a análise dos Poderes estabelecidos, vem muito bem representada na obra de J. J. GOMES CANOTILHO, em seus dizeres:

John Locke (1632-1704), nos seus célebres *Two Treatises of Government* (1690), pode ser apontado como um dos autores que, de forma sistemática, traçou algumas das premissas do padrão básico referente à organização do poder político segundo o princípio da separação de poderes. A nível funcional aponta quatro poderes, por ele designados legislativo, executivo, federativo e prerrogativo, cujas funções se reconduziriam à criação de regras jurídicas (legislativo), à aplicação/execução destas regras no espaço nacional (executivo), ao desenvolvimento de relações externas e de direito internacional (federativo), e à tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerra e estados de emergência (prerrogativo)¹⁴.

Em uma análise conclusiva, podemos afirmar com segurança que a obra de JOHN LOCKE¹⁵ não apenas divide Legislativo de Executivo;

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. Pg. 580.

¹⁵ Os clássicos textos de JOHN LOCKE merecem reprodução. As reproduções serão compiladas recomendando-se a pesquisa da íntegra. Todos os textos extraídos de LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690. Ao identificar a bipartição dos poderes e as funções legislativa, executiva e federativa, reproduzimos parte do **Capítulo XII do Segundo Tratado** (pg. 514 e seguintes da obra citada): “*O poder legislativo é aquele que tem o direito de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política será empregada para preservá-la e a seus membros. (...) O poder legislativo é depositado nas mãos de diversas pessoas que, devidamente reunidas em assembleia, têm em si mesmas, ou conjuntamente com outras, o poder de elaborar leis e, depois de as terem feito, separando-se novamente, ficam elas próprias sujeitas às leis que formularam; o que para elas é uma obrigação nova e mais restritiva, para que tenham o cuidado de elaborá-las visando o bem público. Porém, como as leis são elaboradas de imediato e em pouco tempo têm força constante e duradoura, e requerem uma perpétua execução ou assistência, é necessário haver um poder permanente, que cuide da execução das leis que são elaboradas e permanecem vigentes. E assim acontece, muitas vezes, que sejam separados os poderes legislativo e executivo. Existe em todo o Estado um outro poder, que pode ser chamado de natural, por se tratar daquele que corresponde ao poder que todo homem tinha naturalmente antes de entrar em sociedade. Pois, muito embora os membros de uma sociedade política sejam ainda pessoas distintas umas das outras e, como tais, sejam governadas pelas leis da sociedade, com referência ao resto da humanidade eles formam um único corpo, que está, como antes estava cada um de seus membros, ainda no estado de natureza em relação ao resto da humanidade. (...) De modo que, segundo esta consideração, a sociedade política*”

mas vai mais além, ao tratar do campo funcional de atuação do Estado, estabelecendo funções múltiplas dentro do Executivo.

Transportando a doutrina de JOHN LOCKE para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical de funções do Estado, identificando níveis de execução (executivo¹⁶), de deliberação (legislativo¹⁷), e de controle (no que ele denominou de funções federativa e prerrogativa¹⁸).

*como um todo constitui um corpo único em estado de natureza com respeito a todos os demais estados ou pessoas externas a este corpo. Este contém, portanto, o poder de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas e, se alguém quiser, pode chama-la de federativo. Sendo entendida a questão, o nome é-me indiferente. Esses dois poderes, o executivo e o federativo, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo um a execução das leis municipais da sociedade dentro de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos. E embora esse poder federativo, bem ou mal gerido, possa ser de grande importância para a sociedade política, é muito menos possível de ser dirigido por leis antecedentes, fixas e positivas que o executivo e, por isso, deve necessariamente ser deixado à prudência e à sabedoria daqueles em cujas mãos se encontra, para ser gerido em favor do bem público. (...) Embora, como já disse, os poderes executivo e federativo de toda sociedade política sejam realmente distintos entre si, dificilmente podem ser separados e depositados, ao mesmo tempo, nas mãos de pessoas diferentes. Como o exercício de ambos requer a força da sociedade, é quase impraticável depositar a força do corpo político em mãos diferentes e não subordinadas, ou que os poderes executivo e federativo sejam depositados em pessoas que podem agir separadamente, com o que a força do público estaria sob comandos diferentes, o que poderia causar, num momento, ou outro, desordem e ruína". Avançando, no **Capítulo XIV do Segundo Tratado** o filósofo em exame identifica a função de prerrogativa (Pg. 528 e seguintes da obra citada): "Onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discrição daquele que detenha o poder executivo. Pois não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo o quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prever e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme exijam o bem e a vantagem do público; mais ainda, é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo, ou, antes, a essa lei fundamental da natureza e do governo, a saber, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade devem ser conservados. (...) Esse poder de agir conforme a discrição em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela é o que se chama prerrogativa."*

¹⁶ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

¹⁷ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

¹⁸ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função moderadora.

2.2 Georg Jellinek

O segundo doutrinador a ser examinado – GEORG JELLINEK – nasceu na Alemanha e viveu entre 1851 e 1911. Sua principal obra foi *Allgemeine Staatslehre*, cuja primeira edição data de 1900¹⁹. Se LOCKE, como sugerimos, fez a identificação de funções verticais (execução, deliberação e controle – embora não as alocando cada uma em um Poder distinto), GEORG JELLINEK fará a identificação tanto da divisão vertical como horizontal das funções²⁰.

Fará isso identificando os níveis abstrato e concreto (ou imediato)²¹ das funções do Estado, entendendo-se o nível abstrato como o nível deliberativo e o nível concreto como sendo o nível de execução (corte vertical)²²; mas, indo além, ele propõe um corte horizontal, dividindo os dois campos verticais em um corte horizontal onde se estabeleceriam dois campos: jurídico e sociocultural (por que não político?).

Esta criação de quatro quadrantes das funções estatais (abstrata-jurídica; abstrata-sociocultural; concreta-jurídica; concreta-sociocultural) vem esmiuçada de forma categórica pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao comentar a doutrina de JELLINEK²³; em suas palavras:

Neste caso a função moderadora sofreria uma espécie de divisão, sendo o poder federativo a atividade moderadora voltada para questões externas do Estado; e o poder de prerrogativa a atividade moderadora voltada para questões internas do Estado.

¹⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900.

²⁰ Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 24-26.

²¹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 539.

²² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Pg. 8.

²³ Quem de forma muito precisa analisa, de forma sucinta, a teoria de JELLINEK é o jurista português

Dois são os níveis formais de atuação estatal: (a) um nível destacado e acima da realidade concreta, dentro do qual o Estado estabelece regras ou normas abstratas, para que possa, a posteriori, nelas fundado, agir faticamente sobre a vida objetiva; e (b) o nível da realidade concreta e imediata, no qual o Estado age, de modo direto, para enfrentar situações e problemas reais que a ele competem, movido por normas, em conformidade a elas e dentro de seus limites. Em suma: (a) um nível normativo abstrato e superior; e (b) um nível concreto de ações individualizadas a fins determinados. Como se vê, o nível concreto está hierarquicamente submetido ao nível normativo. Ele distingue, também, dois campos materiais de atuação ou tarefas do Estado: (a) o campo jurídico, no qual a missão do Estado é estabelecer e defender o direito positivo; e (b) o campo sociocultural, no qual o Estado tem por finalidade afirmar o seu poder e, principalmente, desenvolver a cultura²⁴.

JELLINEK aloca em cada um dos quadrantes acima sugeridos as seguintes funções específicas²⁵: (a) jurisdição, correspondente ao concreto-jurídico; (b) administração, correspondente ao concreto-sociocultural; e (c) legislação, cumulando o abstrato-jurídico com o abstrato-sociocultural.

Aqui cabe um pequeno aprofundamento quanto ao item (c) mencionado no parágrafo anterior. Ao manifestar-se acerca da legislação, JELLINEK menciona que esta cumularia as funções legislativa (abstrato-jurídico) e de governo (abstrato-sociocultural), sendo que o nível abstrato, a primeira vista, não estaria dividido; ou seja, apesar de manter ambas dentro do que denomina legislação, ele identifica que são funções independentes²⁶.

MARCELLO CAETANO. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 150-151.

²⁴ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 144.

²⁵ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 540.

²⁶ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Econó-

A ausência de separação expressa entre o abstrato-jurídico (legislação) e o abstrato-sociocultural (governo) na teoria de JELLINEK, chegou a ser, de certa forma, lamentada pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, ao afirmar, comentando a teoria, o seguinte: “*bem que poderia ter cingido a função legislativa à normação abstrata no campo jurídico e tentado descobrir a função correspondente (por que não a governamental?) para a normação abstrata no campo sociocultural*”²⁷. Todavia, na obra de JELLINEK, embora tenha fixado sua doutrina aos padrões acima expostos – com a identificação dos níveis abstrato (deliberação) e concreto (execução), há algo a mais nas entrelinhas que poderíamos afirmar ser uma espécie de intuição de um nível ainda superior a estes: o de nível controle²⁸, acima dos níveis concreto (execução) e abstrato (deliberação).

Esta intuição da necessidade de um nível superior depreende-se da análise sistemática do texto de JELLINEK (especialmente os capítulos VIII e XVIII da *Allgemeine Staatslehre*). O doutrinador sob exame identifica (ou intui) esta necessidade ao mencionar um possível conflito entre Poderes e a necessidade de uma resolução deste conflito com caráter unificador e moderado (o que hoje seria o papel das funções de controle – funções moderadora e de controle de constitucionalidade – como será abordado na segunda parte deste ensaio). Todavia, a forma de resolução deste hipotético conflito dada por JELLINEK não foi a criação

mica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 546. *Verbis*: “*La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de gobierno y el de ejecución. Aquél contiene la iniciativa y la regulamentación; este la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divide, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y outro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinárias del Estado. El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuido a estos órganos cuando a ellos corresponde el poder supremo*”.

²⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 145.

²⁸ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 26.

de um Poder apartado, mas sim a sobreposição de um dos Poderes em conflito. Nas palavras do próprio:

En los conflictos hondos entre la administración y el poder legislativo, podría el Estado, en muchas ocasiones, encontrarse detenido en su actividad, y estos casos no pueden ser resueltos mediante la construcción de un poder legal para los conflictos de Estado, sino por la elevación de uno de los órganos en lucha con el Estado, de suerte que asuma el carácter de unificador, y al atribuirse la plenitud del poder, decida la lucha. Ante la realidad política que se muestra en tales conflictos, quedan en suspenso todas las teorías relativas a la igualdad de los poderes²⁹.

Identificou JELLINEK o problema da necessidade de um árbitro no arranjo político para exercer uma função pacificadora, unificadora, moderadora dos conflitos inerentes aos Poderes do Estado. Todavia, como atribuir tal faculdade de árbitro a um dos Poderes envolvidos no conflito? Qual seria a imparcialidade deste Poder envolvido para exercer tamanha responsabilidade com sabedoria e isenção? Em suma, a identificação do problema é brilhante, mas a solução empregada somente foi lapidada com o avanço das teorias acerca das funções do Estado (como se verá adiante)³⁰.

Transportando a doutrina de GEORG JELLINEK para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste

²⁹ JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 544.

³⁰ Embora JELLINEK tenha dado esta solução aos conflitos entre Poderes (a sobreposição de um sobre o outro e não a intervenção de um Poder neutro), o próprio teórico aponta para a existência de atividades atípicas do Estado (ele menciona como exemplo a declaração de guerra e paz) que não estariam entre as funções por ele elencadas (nos níveis abstrato-deliberativo e concreto-executivo). Logo, o próprio doutrinador intui a necessidade de um nível superior àqueles que expressamente vêm delimitados em sua obra. Mas isso não diminui a obra de JELLINEK, em absoluto. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900. Pg. 540.

ensaio), poderíamos afirmar que este anteviu a divisão vertical e horizontal de funções do Estado, identificando dois níveis e dois campos: (a) nível abstrato (ou deliberativo), contendo (a1) abstrato-jurídico³¹ e (a2) abstrato-sociocultural³² (que fusionou ele na função legislativa, embora identificando a função de governo); (b) nível concreto (ou executivo), contendo (b1) concreto-jurídico³³; e (b2) concreto-sociocultural³⁴.

2.3 Hans Kelsen

O terceiro doutrinador que propomos o exame é HANS KELSEN. Nasceu na Áustria e viveu de 1881 a 1973. Dentre sua vasta bibliografia (cujo estudo completo seria invencível para os objetivos do presente ensaio) destacamos a obra *General Theory of Law and State*³⁵, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1945.

Já vimos que um dos maiores contributos de JELLINEK para a evolução do estudo das funções do Estado foi identificar os campos jurídico e sociocultural (ou cultural, ou não-jurídico, ou político). KELSEN irá justamente avançar no campo jurídico, sendo sua maior contribuição a identificação clara de três níveis hierárquicos do ordenamento jurídico: nível superior, nível primário e nível secundário³⁶.

No nível superior está a Constituição e sua função de ordenação e controle do ordenamento³⁷ (e conseqüentemente do Estado), no nível

³¹ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

³² No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função de governo.

³³ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional.

³⁴ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função administrativa.

³⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

³⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Capítulo XI, páginas 181 e seguintes.

³⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg.

primário estão as normas abstratas e sua função deliberativa³⁸, e no nível secundário estão as normas individuais criadas em nível concreto pela função executiva (jurisdicional ou administrativa)³⁹. Esta hierarquização do ordenamento e conseqüentemente das funções do Estado na obra de KELSEN vem assim sintetizada pela doutrina:

A originalidade de KELSEN na teoria dos fins e funções do Estado foi ter enxergado níveis ou graus hierárquicos no ordenamento jurídico. O pensamento KELSENIANO, mais lógico que teleológico, mais de cima para baixo que de baixo para cima, fez com que vissemos os fins e funções do Estado por uma nova perspectiva. Para ele as funções do Estado seriam três. No processo de criação e execução das normas jurídicas, dentro do ordenamento jurídico, devem ser considerados três níveis hierárquicos: (1) grau superior ou fundamental; passando pelo (2) grau primário ou legislativo; chegando ao (3) grau secundário, via processo judicial ou administrativo⁴⁰.

182. *Verbis*: “A constituição é o nível mais alto dentro do Direito nacional. A constituição é aqui compreendida não num sentido formal, mas material. A constituição no sentido formal é certo documento solene, um conjunto de normas jurídicas que pode ser modificado apenas com a observância de especiais cujo propósito é tornar mais difícil a modificação dessas normas. A constituição no sentido material consiste nas regras que regulam a criação das normas jurídicas gerais, em particular a criação de estatutos”.

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 187. *Verbis*: “As normas gerais estabelecidas pela via da legislação ou pela via do costume formam um nível que vem a seguir ao da constituição na hierarquia do Direito. Essas normas gerais devem ser aplicadas pelo órgãos competentes, em especial pelos tribunais, mas também pelas autoridades administrativas”.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 195-196. *Verbis*: “A doutrina tradicional considera como aplicação de Direito, antes de mais nada, a decisão judicial, a função dos tribunais. Quando soluciona uma disputa entre duas partes, ou quando sentencia uma punição para um acusado, o tribunal aplica, é verdade, uma norma geral de Direito estatutário ou consuetudinário. Simultaneamente, no entanto, o tribunal cria uma norma individual que estipula que uma sanção definida seja executada contra um indivíduo definido. Essa norma individual está relacionada às normas gerais assim como um estatuto está relacionado à constituição. Desse modo, a função judicial é, como na legislação, tanto criação quanto aplicação de Direito”.

⁴⁰ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdicção Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 30.

Desta forma, KELSEN entende que o ordenamento jurídico, com sua estrutura piramidal, seria uma criação/execução do Direito até se chegar a sua aplicação concreta⁴¹. Assim, o nível superior (a Constituição) cria as bases (poderíamos chamar de consenso?) do ordenamento (e consequentemente do próprio Estado); o nível primário, por sua vez, executa a Constituição e cria a legislação de forma abstrata; o nível secundário, por seu turno, executa a legislação abstrata ao caso concreto e cria uma norma individual àquele caso; norma individual esta que por sua vez é executada em concreto⁴².

Estabelecidos estes níveis de funcionalidade estatal, no campo eminentemente jurídico, a doutrina de KELSEN tem como maior avanço a identificação de um direito constitucional jurídico (e não apenas político) e sua correspondente função de controle (corretiva) no campo jurídico⁴³, com a criação (atribuída a KELSEN) do Tribunal Constitucional tal como hoje concebido⁴⁴.

Transportando a doutrina de HANS KELSEN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que este avançou significativamente na divisão vertical das funções do Estado no campo eminentemente

⁴¹ CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 154.

⁴² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 194-195.

⁴³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005. Pg. 8.

⁴⁴ Acerca da doutrina do Tribunal Constitucional, do jurista em exame, ver: KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*. *Passim*. Ainda do mesmo autor sobre a questão do Tribunal Constitucional, ver: KELSEN, Hans. **Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?**. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31. *Passim*.

jurídico, identificando níveis de execução da ordem jurídica em concreto (nível secundário⁴⁵), de criação da ordem legal (nível primário⁴⁶), e de controle jurídico (nível superior, sendo ele o criador da moderna teoria do Tribunal Constitucional⁴⁷).

2.4 Karl Loewenstein

O quarto jurista que entendemos de alta relevância para a análise da evolução da teoria das funções do Estado é KARL LOEWENSTEIN. Nasceu na Alemanha e viveu de 1891 a 1973. A obra que serve de base à análise aqui proposta é *Political Power and the Government Process*⁴⁸, cuja primeira publicação dá conta do ano de 1957.

A grande contribuição de LOEWENSTEIN⁴⁹ foi ter trabalhado de forma bastante aprofundada a divisão dos níveis de funções do Estado⁵⁰, aos quais chamou de *policy execution* (nível vertical executivo), *policy determination* (nível vertical deliberativo) e *policy control* (nível vertical controlador)⁵¹.

⁴⁵ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa. Aqui Kelsen de certa forma não empresta um caráter político à função administrativa, tratando ela como execução jurídica das leis de (estatutos) ordinários, tal como o faz a função jurisdicional.

⁴⁶ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa.

⁴⁷ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderiam à função controladora (controle de constitucionalidade).

⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957.

⁴⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Regimes Políticos**. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 583-585.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. Pg. 136-137.

⁵¹ O autor inverte a ordem de análise, iniciando pela *policy determination*, para passar à *policy execution* e depois analisar a *policy control*. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 62. Isso porque, na sua teoria primeiro haveria a deliberação, para depois esta deliberação ser executada de forma técnica, e, finalmente, ambas serem controladas. Ver: REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 35.

No nível executivo/próximo das funções do Estado, estaria a *policy execution* de LOEWENSTEIN. Tomada a decisão política pelo nível deliberativo (em abstrato), caberia então a este nível executivo a realização (em concreto) desta decisão. A administração cumpre os comandos do nível deliberativo (eminentemente aqueles emanados do governo) tornando concretos estes perante os cidadãos, através de seu corpo técnico e burocrático. Por seu turno, a jurisdição cumpre estes mesmos comandos do nível deliberativo (eminentemente aqueles emanados do legislativo) tornando concretos estes perante os cidadãos através da resolução de conflitos individuais pelos magistrados⁵².

No nível deliberativo/intermediário das funções do Estado, estaria a *policy determination* de LOEWENSTEIN. É a tomada de decisão política em abstrato. Este seria o nível de ebulição política tendo como resultado a tomada de decisões determinantes para os rumos da sociedade e para o próprio Estado. Através do dissenso a sociedade processa toda esta efervescência política para, ao final, emanar suas decisões políticas determinantes que serão executadas pelo nível executivo (pela *policy execution*). É aqui a manifestação do que hoje se entende por governo e parlamento, o primeiro estabelecendo as

⁵² LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 66-68. *Verbis*: “Bajo la categoría de ejecución de la decisión política, se comprende llevar a la práctica dicha decisión. La ejecución de la decisión puede alcanzar cualquier campo de las actividades estatales; frecuentemente consiste en la ejecución de la legislación. (...) La administración es el aspecto de la ejecución de decisiones políticas que surge con más frecuencia en la vida diaria, y este aspecto corresponde a lo que tradicionalmente se ha llamado ejecutivo. (...) Para este fin, la función de la ejecución política está equipada con un plantel de personas – funcionarios, burocracia gubernamental – que aplican al caso concreto las normas generales de la legislación. En la sociedad estatal del siglo XX, se puede considerar como el fenómeno más digno de ser resaltado la transformación del Estado legislativo en el Estado administrativo. (...) Dado, pues, el juex ejecuta la ley en una forma parecida, aunque con diferentes técnicas a como lo hace la administración, no realiza una función independiente en el proceso del poder. La función judicial es fundamentalmente ejecución de la decisión política fundamental tomada anteriormente y que se presenta en forma legal. (...) Los tribunales lo harán al resolver los casos concretos de conflictos de intereses, así como al controlar ampliamente la legalidad de la administración, es decir, si la actividad administrativa se encuentra de acuerdo con la ley”.

políticas públicas de acordo com a vontade da sociedade, e o segundo tornando estática⁵³ através da Lei a vontade política do povo⁵⁴.

No nível controlador/último das funções do Estado, a doutrina é completada pela *policy control* de LOEWENSTEIN. É controle político exercido sobre os demais níveis. Aqui o jurista em exame aloca as funções de controle, com a tarefa de limitar e moderar o poder do Estado. No entanto, ele apresenta este nível superior, aparentemente, de forma mais ampla que as tradicionais funções moderadora (Chefia de Estado) e controladora (Tribunal Constitucional). Ele foca sua teoria especialmente na questão da responsabilidade política (como a possibilidade de voto de desconfiança do governo, o que estaria, pela disposição mais conservadora, no nível intermediário das funções do Estado).

LOEWENSTEIN traz que a principal forma de controle do poder político seria pela divisão das funções entre diferentes poderes e respectivos órgãos⁵⁵. Isso representaria a tradicional fórmula de que

⁵³ Expressão feliz utilizada para descrever este fenômeno é usada pelo Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR ao mencionar que Direito é política coagulada (amparando-se em KLAUS STERN). Ou seja, a política que é dinâmica sofre um processo de coagulação (metaforicamente) para se tornar Direito (no sentido positivo – Lei) e se revestir de caráter estático. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 38.

⁵⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 63-66. *Verbis*: “La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. (...) Es evidente que las decisiones políticas fundamentales serán iniciadas y conformadas por un número relativamente pequeño de personas. (...) Aunque las decisiones políticas están frecuentemente inspiradas e influidas por detentadores del poder invisibles, su formulación y realización están en las manos de los detentadores del poder legítimos, es decir, del gobierno y, en su caso, del parlamento. Según sea el tipo de gobierno, la iniciativa partirá del gobierno o del parlamento. Pertenecen, sin embargo, a la esencia del constitucionalismo que en un determinado momento del proceso del poder tenga que darse por lo menos una colaboración entre el gobierno y el parlamento”.

⁵⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 69.

o poder controla o poder (*checks and balances*). Mas, como dito, ele vai mais além, ao afirmar que apenas esta “auto regulação” não seria suficiente, estabelecendo formas concretas de controle⁵⁶, o que ele denominou de *policy control*⁵⁷.

Quem de certa forma sintetiza a doutrina de LOEWENSTEIN com precisão ímpar é o Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR; em suas palavras:

Contribuição que não pode deixar de ser mencionada, por abrir horizontes para um plano bem mais amplo, é a de KARL LOEWENSTEIN. Este classifica as funções políticas também em três: (a) *policy determination* (a função de tomar decisões políticas conformadoras ou fundamentais, como aquelas do poder constituinte, do eleitorado, do Governo e do Parlamento, que afetam fortemente a vida política, religiosa e econômico-social); (b) *policy execution* (a função de executar as decisões políticas conformadoras, cabendo, entre outros, ao Legislativo, ao Governo, à Administração e ao Poder Judiciário); a (c) *policy control* (a função de exercer fiscalização horizontal e vertical sobre o exercício do poder), onde se inserem, p. ex., a

⁵⁶ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 38.

⁵⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 68-72. *Verbis*: “*El mecanismo más eficaz para el control de poder político consiste en la atribución de diferentes funciones estatales a diferentes detentadores del poder u órganos estatales, que si bien ejercen dicha función con plena autonomía y propia responsabilidad están obligados, en último término, a cooperar para que sea posible una voluntad estatal válida. La distribución del poder entre diversos detentadores significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de los checks and balances — frenos y contrapesos —, o, como dijo Montesquieu en fórmula famosa, le pouvoir arrête le pouvoir. (...) En este punto es necesario hacer una importante aclaración: la distribución del poder político y el control del poder político no son dos categorías iguales, sino que se diferencian. La distribución del poder significa en sí un recíproco control del poder. (...) Pero la distribución del poder no agota la esencia de controlar el poder. Aparte de las indicadas, existen unas técnicas del control autónomas que el detentador del poder puede usar discrecional e independientemente; el detentador del poder es libre de aplicarlas, es decir, puede hacerlo, pero no está obligado a ello. Así, pues, estas técnicas no aparecen necesariamente en el proceso político. Se puede citar como ejemplos: el voto de no confianza del parlamento al gobierno; el derecho del gobierno a disolver el parlamento; el derecho del electorado a rechazar en un plebiscito una ley emitida por el parlamento y por el gobierno; el veto del presidente americano a una ley del Congreso; el derecho judicial a controlar la constitucionalidad de las leyes del Congreso o del Parlamento”.*

responsabilização política do governo, a dissolução da Câmara (no parlamentarismo) e o controle de constitucionalidade⁵⁸.

Transportando a doutrina de KARL LOEWENSTEIN para os dias atuais (critérios que serão melhor aprofundados na segunda parte deste ensaio), poderíamos afirmar que a contribuição decisiva para o crescimento da teoria das funções do Estado foi aprofundar os níveis verticais de funcionalidade estatal, através do estabelecimento do ele chamou de *policy execution*⁵⁹ (nível concreto/próximo), *policy determination*⁶⁰ (nível abstrato/intermediário) e *policy control*⁶¹ (nível último).

3 DELIMITAÇÃO MODERNA DAS FUNÇÕES DO ESTADO

Feita a análise das doutrinas apresentadas na primeira parte deste ensaio, e demonstrada a relevância de cada uma delas para a evolução do estudo das funções do Estado, cumpre transportar todos estes ensinamentos para os atuais tempos, procurando fixar, então, quais seriam as funções do Estado. Desta forma, podemos estabelecer dois campos horizontais, o jurídico e o político; e três níveis verticais, o executivo, o deliberativo e o controlador.

O campo horizontal jurídico equivaleria ao campo jurídico de JELLINEK. O campo horizontal político equivaleria ao campo sociocultural de JELLINEK.

O nível vertical executivo equivaleria ao nível concreto de JELLINEK, ao nível secundário de KELSEN, à *policy execution* de LOEWENSTEIN. O

⁵⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 143.

⁵⁹ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função jurisdicional e à função administrativa.

⁶⁰ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função legislativa e à função governamental.

⁶¹ No modelo atual proposto na segunda parte deste ensaio corresponderia à função controladora e à função moderadora.

nível vertical deliberativo equivaleria ao nível abstrato de JELLINEK, ao nível primário de KELSEN, à *policy determination* de LOEWENSTEIN. O nível vertical controlador equivaleria ao nível superior de KELSEN e à *policy control* de LOEWENSTEIN.

A sobreposição dos campos horizontais com os níveis verticais resultaria na criação de seis quadrantes, representando cada um deles funções distintas do Estado; seriam as funções de caráter: executivo-político, executivo-jurídico, deliberativo-político, deliberativo-jurídico, controlador-político e controlador-jurídico. A cada uma destas seis funções atribuiremos os seguintes nomes (nomenclatura já adotada na doutrina⁶²), respectivamente: administrativa, jurisdicional, governamental, legislativa, moderadora e controladora (ou corretiva).

Embora não seja o objeto central deste estudo, podemos afirmar que na moderna teoria da separação dos poderes⁶³, cada uma destas funções deve ser atribuída a um Poder (ou órgão) estatal diferente⁶⁴. Quanto mais cumulação de funções ocorrer em um Poder estatal, mais desequilibrado será o cenário político-institucional do respectivo Estado. Esta organização das funções do Estado vem muito bem sintetizada nos seguintes dizeres doutrinários:

Os fins e funções do Estado foram trabalhados em três níveis hierárquicos e interdependentes. Nos fins últimos do Estado, o (a) Tribunal Constitucional e a (b) Chefia de Estado exercem as funções (a1) controladoras e (b1) moderadoras. Nos fins intermediários o (c) Parlamento e o (d) Governo exercem as funções (c1) legislativa e

⁶² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166 e seguintes.

⁶³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. *Passim*.

⁶⁴ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 55.

(d1) governativa. Nos fins próximos o (e) juiz e o (f) administrador exercem as funções (c1) jurisdicional e (f1) administrativa. A cada poder foi atribuída uma função. Elas se articulam e se complementam do top à base e da base ao topo⁶⁵.

Estabelecidas quais sejam as funções do Estado (não obstante o estudo classificatório destas seja inesgotável), passemos a análise individualizada de cada uma das seis funções aqui elencadas.

3.1 Nível Executivo/Concreto/Próximo das Funções do Estado (Administrativa e Jurisdicional)

Este nível primeiro das funções do Estado, onde se localizam as funções executivas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que executa as deliberações dos níveis hierarquicamente superiores, tanto no campo político (função administrativa) como no campo jurídico (função jurisdicional).

a) Função Administrativa:

Esta função, situada no nível executivo e no campo político da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as deliberações tomadas pelo governo do dia, sejam elas quais forem (desde que dentro dos limites da legalidade/constitucionalidade), bem como executar as Leis no âmbito da Administração; tudo sempre de forma técnica e supra partidária.

À função administrativa não é dado poder decisório/discricionário. Ela é (ou deve ser) eminentemente técnica, imparcial e desprovida totalmente de fundamentos ideológicos (ou seja: burocrática)⁶⁶, sob

⁶⁵ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 45-46.

⁶⁶ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 66.

pena de contaminar irremediavelmente a eficiência da execução das deliberações governamentais e das Leis.

Diferentemente do que ocorre na função de governo, que possui caráter transitório, instável, disponível e ideológico; a função administrativa deve ser permanente, estável, indisponível e técnica. Sua atuação deve se dar não por governantes políticos (inerentes à função de governo), mas, ao contrário, por servidores de carreira com caráter técnico e jamais político.

Esta tecnicidade preconizada à função administrativa não se deve apenas ao fato de isso ser necessário para ela melhor executar as deliberações do governo do dia; mas, além disso, se deve ao fato de que a função administrativa tem a prerrogativa de ajustar as deliberações governamentais, ou melhor, de executá-las da melhor forma, possibilitando assim que a política deliberada posa atingir o maior benefício possível à sociedade. Podemos afirmar que “*uma péssima política deliberada pelo governo pode se transformar, nas mãos de um bom administrador, quando da sua execução, numa excelente política administrativa*”⁶⁷.

b) Função Jurisdicional:

A função jurisdicional, situada no nível executivo e no campo jurídico da organização das funções do Estado, é a função destinada a executar as Leis deliberadas pela função legislativa, resolvendo conflitos nos casos concretos e dizendo o Direito aplicável a este. O Estado, como guardião da ordem, veda a autotutela entre seus cidadãos e, por isso, deve oferecer a solução para os conflitos. Assim, ao ingressar em sociedade, os membros desta delegam ao Estado – através da função jurisdicional – a função de julgar os conflitos emergentes nos casos concretos.

⁶⁷ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 45.

A função jurisdicional, por óbvio, deve ser técnica (tal como a função administrativa) e absolutamente desprovida de ideologias e paixões, sob pena de contaminação das decisões judiciais e do uso desta função para fins que não os legítimos.

Mas a função jurisdicional não se limita apenas à resolução de conflitos privados mediante a decisão judicial ao caso concreto. Há muito a figura do juiz autômato de MONTESQUIEU⁶⁸ já não atende mais aos anseios da sociedade. O magistrado faz muito mais do que resolver o caso, pois “*a aplicação da norma ao caso concreto abre espaço, frequentemente, a uma atividade criadora do juiz*”⁶⁹; com isso, ele, de certa forma, protege⁷⁰ o Direito, fazendo uso de suas qualidades técnicas e imparciais, para interpretar o texto legal e ajustar, mediante equidade, seu significado ao caso concreto, aperfeiçoando assim o próprio Direito⁷¹.

Podemos afirmar assim que “*uma lei errônea, mal formulada nos seus fins e intenções, pode, a partir do caso concreto e pela discricionariedade (equidade) do juiz adaptar-se muito bem à realidade das partes, e fazer uma boa justiça*”⁷². Assim, a função jurisdicional, ao indicar dentre as interpretações possíveis, mediante uma análise técnica e não apaixonada, aquela que

⁶⁸ MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. MURACHCO, Cristina. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748. Pg. 167-178. No clássico Livro XI, Capítulo, VI da obra está a lição clássica acerca do juiz autômato.

⁶⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 169.

⁷⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 168.

⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 50. Acerca da contribuição dos intérpretes – no caso da função jurisdicional, dos magistrados – na evolução constante do Direito ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 68-72.

⁷² REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 45.

melhor se adapta ao ordenamento jurídico, estará contribuindo para a escorreita formação do Direito⁷³.

Isso não se confunde, por óbvio, com a função controladora/corretiva, inerente à jurisdição constitucional⁷⁴. Inclusive nos sistemas onde é dado ao juiz ordinário fazer controle difuso de constitucionalidade (notadamente no *judicial review*), o que existe não é controle de constitucionalidade pela função jurisdicional; o que há é a fusão de funções de jurisdição e controle em um mesmo órgão⁷⁵ (mas isso demandaria um estudo monográfico apartado, sendo consignado apenas para esclarecimento).

3.2 Nível Deliberativo/Abstrato/Intermediário das Funções do Estado (Governamental e Legislativa)

Este nível segundo das funções do Estado, onde se localizam as funções deliberativas *latu sensu*, entendidas estas como a atividade estatal que delibera os rumos do Estado, tanto no campo político (função governamental), como no campo jurídico (função legislativa).

a) Função Governamental:

A função de governo é aquela função destinada ao dissenso, ao partidarismo, à ideologia, ao debate; para, mediante a ebulição política,

⁷³ Esta função interpretativa e de criação (ou aperfeiçoamento) do Direito foi identificada pelo próprio HANS Kelsen; em suas palavras: “Os tribunais exercem uma função legislativa quando sua decisão, em um caso concreto, se torna um precedente para a decisão de outros casos similares. Um tribunal com essa competência cria, por meio da sua decisão, uma norma geral que se encontra no mesmo nível dos estatutos criados pelo chamado órgão legislativo”. Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945. Pg. 389.

⁷⁴ Acerca desta delimitação ver: ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. Pg. 163 e seguintes; no capítulo intitulado “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”.

⁷⁵ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 67-68.

ser decidido, dentre tantas opções políticas possíveis, aquela que será aplicada pelo nível concreto (função administrativa). Trata-se a função de governo de transportar para o nível concreto a opinião política de determinado período; ou melhor, de “*representar a opinião política partidária dominante, exprimindo as exigências prevalentes no seio da comunidade*”⁷⁶. Nos dizeres da doutrina, ao comentar a função de governo:

É o domínio dos interesses seccionais, os mais diversos, como os interesses de classe, de setores econômicos, de regiões, de comunidades étnicas, de religiões, etc..., que dividem a Comunidade. É a órbita dos conflitos, das divergências, das tentativas de fazer valer o próprio interesse, frente ao interesse alheio. É o terreno do dissenso, sobre o qual – nas democracias de tipo ocidental – atuam os partidos políticos, buscando organizar os interesses mais próximos e mais compatíveis e, a partir desse material bruto, formular objetivos governamentais a serem perseguidos, uma vez conquistado o poder⁷⁷.

Dito isso, característica inerente à função de governo é sua precariedade (ou instabilidade permanente), pois a mudança de opinião política da sociedade representaria, necessariamente, uma mudança imediata na função governamental (tal como ocorre nos regimes parlamentaristas⁷⁸, inerentes à função de governo autônoma e desvinculada da chefia de Estado). Diversamente do Estado, que é permanente, o governo é passageiro, mutável, dinâmico; e navega, por isso, conforme as marés da opinião política de determinado período⁷⁹.

⁷⁶ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 87.

⁷⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 64.

⁷⁸ Acerca do parlamentarismo clássico, de berço inglês, ver a obra de: JENNINGS, W. Ivor. **Governo de Gabinete**. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939. *Passim*.

⁷⁹ TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962. Pg. 14-15.

Podemos afirmar, portanto, que à função de governo são estabelecidos os limites inerentes a sua função: determinar as políticas públicas/governamentais extraídas do programa ideológico partidário do governo do momento. Não é dado à função de governo avançar sobre os níveis superiores das funções do Estado e encampar para si as funções moderadoras (inerentes à chefia de Estado), nem tampouco encampar as funções executivas (de caráter eminentemente técnico) e desvirtuá-las; pois governo e Estado são coisas inconfundíveis e impossíveis de serem diluídas entre si, sob pena de o governo do dia, usando o Estado, impor sua ideologia e aniquilar seu adversário⁸⁰. Este processo, quando verificado, redundando na maioria das vezes em regimes totalitários⁸¹.

Desta forma, estabelecemos que a função de governo é o espaço do dissenso, da política partidária e ideológica que, ao assumir o Poder, deve levar sua ideologia e suas políticas a serem implementadas, dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade, até que outro governo venha a lhe suceder conforme as flutuações das opiniões de dissenso verificadas na sociedade; isso sem jamais invadir o nível próprio das atividades de Estado, o qual está acima do governo, e respeitando a

⁸⁰ Sobre o surgimento e evolução do totalitarismo ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Regimes Políticos**. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 594-595.

⁸¹ O Estudo dos efeitos nefastos (por que não devastadores?) da fusão entre as funções governamental (governo) e moderadora (Estado) demandaria estudo apartado. Porém cabe indicar referências teóricas acerca deste fenômeno: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 24-25. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 26. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 35. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957. Pg. 51. CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010. Primeira publicação em 1955. Pg. 144-145.

minoria vencida no jogo político, a qual deve também reconhecer a legitimidade da maioria vencedora (o que poderíamos denominar de *fair play* político)⁸².

b) Função Legislativa:

A função legislativa é aquela destinada a captar a síntese das opiniões políticas da sociedade e, após extrair este denominador comum, produzir a Lei. Ou seja; é a função destinada a catalisar toda a política bruta e transformá-la em Direito estático: a Lei⁸³. O parlamento deve reunir as mais variadas representações políticas, recolhidas mediante sufrágio universal, mediante a adoção de um sistema representativo, a fim de se obter a maior síntese possível da vontade política da sociedade.

A Lei é a base do Estado de Direito, ela não pode ser desrespeitada em condições de normalidade, e sua legitimidade deve ser presumida até que venha a ser declarada inconstitucional ou que seja revogada por outra Lei. Por isso, a função legislativa assume tamanha importância na organização funcional do Estado, na medida em que ela é o guia máximo (abaixo apenas dos valores constitucionais) das condutas da sociedade, obrigando aos particulares e ao próprio Estado. Desta forma,

⁸² Este *fair play* político, onde maioria e minoria se respeitam mutuamente e atuam conforme as “regras do jogo” é um forte indicador de cultura política de uma sociedade. Nos dizeres do Professor Cezar Saldanha Souza Júnior ao comentar o assunto: “*Critério interessante para avaliar a legitimidade reside no comportamento das minorias diante da maioria que controla o mando. Se elas aceitam o resultado do jogo político e se submetem espontaneamente ao seu governo, temos o sinal mais evidente da legitimidade*”. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e Democracia Constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 58.

⁸³ Sobre este processo de nascimento do Direito legislado ver o que o Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR chamou de “*hemiciclo genético do direito*”. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado - Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 68 e seguintes.

“a função legislativa na teoria dos fins e funções do Estado adquire tamanha importância, que as demais funções do Estado, se a ela não se subordinam, sobre ela se debruçam”⁸⁴.

Importante destacar, também, que a função legislativa exerce um papel fundamental de sustentação da função de governo. É através do parlamento que é encontrada a maioria política dominante, nos regimes parlamentaristas, indicando assim a formação do governo.

3.3 Nível Controlador/Superior das Funções do Estado (Moderadora e Corretiva)

Este nível de funções do Estado é o responsável pela guarda imparcial dos valores máximos da sociedade. É onde estão as funções de moderação (Chefia de Estado) e controle (Tribunal Constitucional), responsáveis pela unidade, pelo consenso e pela manutenção da ordem institucional do Estado. São as funções responsáveis pela manutenção do que a doutrina chama de concordia política⁸⁵.

a) Função Moderadora:

A função moderadora⁸⁶ consiste na atribuição de guarda da ordem política e institucional do Estado⁸⁷. É o zelo pelos objetivos suprapartidários do Estado, é o nível do consenso. Toda a sociedade ao formar um Estado estabelece valores mínimos que devem ser

⁸⁴ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 43.

⁸⁵ REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Jurisdição Constitucional na Ibero-América**. Porto Alegre: Brejo, 2012. Pg. 40.

⁸⁶ A lição clássica de BENJAMÍN CONSTANT, teórico da função moderadora, é aqui usada como referencial clássico, especialmente o Capítulo III do *Cours de Politique Constitutionnelle*. CONSTANT, Benjamín. **Curso de Política Constitucional**. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*. Pg. 17 e seguintes.

⁸⁷ Ver também, ao discorrer acerca do *pouvoir neutre*, o clássico: SCHMITT, Carl. **La Defensa de la Constitución**. Barcelona: Editorial Labor, 1931. Pg. 163 e seguintes.

observados por este e por seus cidadãos, inclusive pelas gerações vindouras.

Este consenso estabelece o pacto fundamental do Estado, sobre o qual nenhuma ideologia pode avançar. Podemos dizer que são os limites do espectro de atuação dos governos; são os limites de circulação do dissenso – até onde este ou aquele programa político pode ir. Pode-se afirmar, assim, que a função moderadora exerce a atividade de árbitro (não de arbítrio⁸⁸) entre as demais funções, intervindo com serenidade no objetivo de manutenção da ordem institucional e preservação dos valores de consenso.

Já mencionamos no item anterior que é inapropriado fundir as funções governamental e moderadora, sob o risco de uma catástrofe institucional, onde o Estado passaria a servir ao governo e não o contrário. Pior ainda se avançarmos no raciocínio e o Estado, uma vez fundidas as funções governamental e moderadora, passar a servir não apenas ao governo, mas, pior que isso, ao partido político que o representa⁸⁹.

Adotada como pilar da Constituição do Império de 1824⁹⁰, a separação da função moderadora da função de governo foi a responsável

⁸⁸ No sentido de desvincular a função moderadora de uma coerção permanente, são sábias as palavras do Professor CEZAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR: *“A função moderadora, ou função de chefia de Estado, seja ela temporária ou vitalícia, é a função de, no hemisfério das atividades políticas, zelar pelos fins últimos do Estado. Guarda, por meio de ações de alcance político, os valores e o processo do regime democrático. Funda-se não no poder de coerção (potestas), que vai se tornando mais necessário à medida que se desce aos níveis da esfera pública; mas, antes e fundamentalmente, na autoridade moral (auctoritas), inerente, no grau mais eminente, ao fecho da abóbada institucional, que une todo o Estado. Está na fronteira que a política faz com a ética. Cumpre uma magistratura de persuasão e de última instância, sobre todo o corpo político de governantes e governados. Unifica e integra a nação, como ponte permanente entre o seu passado e o seu futuro”*. SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166.

⁸⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 24.

⁹⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. Pg. 19-35

pelo período de maior estabilidade institucional do país⁹¹. Isso não se devia à adoção da monarquia (como apressadamente pode parecer), mas sim à divisão clara entre as funções moderadora e governamental.

Infelizmente a Constituição republicada de 1891 apresenta um retrocesso e abandona a separação consagrada pela carta de 1824, sob o equívoco de que a função moderadora seria inerente à monarquia. Este equívoco institucional vigora, praticamente sem rupturas, desde 1891⁹² e se reproduz, quase invariavelmente, nas Cartas políticas do país, inclusive naquela que poderia ter corrigido esta distorção: a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

b) Função Controladora ou Corretiva (Controle de Constitucionalidade):

Esta função é aquela destinada, no nível superior das funções do Estado, a controlar e corrigir os desvios normativos que eventualmente se mostrem de encontro com os valores superiores estabelecidos pela Constituição, adequando ou extirpando as normas contrárias a tais valores⁹³. É a clássica função do Tribunal Constitucional, nascido na primeira metade do século XX por idealização, basicamente, de HANS KELSEN⁹⁴, onde a guarda da Constituição e de seus respectivos valores

⁹¹ TORRES, João Camillo de Oliveira. **Cartilha do Parlamentarismo**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962. Pg. 49-54.

⁹² SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Crise da Democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Pg. 91.

⁹³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes**. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003. Pg. 166-167.

⁹⁴ Ver, basicamente, duas obras do jurista: (1) KELSEN, Hans. **A Jurisdição Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Passim*. (2) KELSEN, Hans. **Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?**. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins

superiores é destinada a um Tribunal Constitucional independente, técnico e composto pelos mais altos juristas do Estado.

Esta função corretiva ou controladora do Tribunal Constitucional é entendida⁹⁵ como: (a) um legislador negativo, quando declara a inconstitucionalidade de uma Lei (aqui se entenda Lei no sentido amplo), (b) um legislador positivo (embora não seja sua principal prerrogativa), quando ajusta a Lei determinando qual a interpretação desta está de acordo com a Constituição, e de (c) um exercício de função política quando renova e atualiza os valores que fundam o consenso da sociedade.

Em qualquer dos itens mencionados no parágrafo anterior, torna-se claro que a função primordial do Tribunal Constitucional, ao exercer a função estatal de controle/correção, é a guarda dos valores constitucionais, protegendo estes das variáveis e das flutuações políticas que venham a se estabelecer, especialmente, no nível intermediário das funções do Estado; barrando legislação e deliberação governamental que se mostre contrária aos valores constitucionais estabelecidos pelo consenso constitucional.

A função de controle/correção torna-se, desta forma, essencial para o resguardo do consenso (valores estabelecidos no nível superior), sempre que o dissenso (ideologias estabelecidas no nível intermediário) avançar os limites que lhe são inerentes. Assim “*una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple prevalencia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene*”⁹⁶.

Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31. *Passim*.

⁹⁵ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. Pg. 118.

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010. Pg. 199.

Justamente por exercer esta função de controle/correção, o Tribunal Constitucional deve necessariamente estar desvinculado⁹⁷ de outros Poderes do Estado⁹⁸, aplicando-se em relação a ele, com ainda mais força, a máxima de que para cada função deve corresponder um Poder.

Por esta mesma premissa, podemos afirmar que a função de controle (nível superior) não pode estar fundida com a função de jurisdição (nível próximo/concreto)⁹⁹, pois exercem funções estatais absolutamente diferentes e incompatíveis entre si; o primeiro controla o Direito baseado nos valores constitucionais, o segundo aplica e interpreta o Direito no caso concreto¹⁰⁰.

4 CONCLUSÃO

Apresentada a análise supra, podemos consignar algumas conclusões acerca das funções do Estado. Diante da evolução doutrinária/filosófica exposta, embora não exauriente, podemos estabelecer, como consenso, que as funções do Estado estariam divididas em (a) dois campos: um (a1) político e um (a2) jurídico; e (b) em três níveis: (b1) próximo/executivo, (b2) intermediário/deliberativo, e (b3) superior/controlador.

⁹⁷ FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*. Pg. 27.

⁹⁸ PÉREZ ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional**. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Pg. 154.

⁹⁹ Importante registrar que esta segregação entre as funções de controle e jurisdição acentua-se sobremaneira nos Estado de tradição romano-germânica e atenua-se nos Estados de *commom law*. Tal distinção, no entanto, demandaria estudo aprofundado apartado deste ensaio, consignando-se apenas para o registro. Ver: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos**. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pg. 74-77.

¹⁰⁰ Sobre a divisão das funções de controle e jurisdicional ver ainda: ARAGÓN REYES, Manuel. **Estudios de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. Pg. 163 e seguintes; no capítulo intitulado “*El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*”.

A sobreposição dos campos com os níveis resultaria em seis combinações possíveis que seriam as funções do Estado em espécie, a saber: administrativa ($a1 + b1$); jurisdicional ($a2 + b1$); governamental ($a1 + b2$); legislativa ($a2 + b2$); moderadora ($a1 + b3$); e controladora ou corretiva ($a2 + b3$).

As funções apresentadas existem independentemente do número de Poderes estabelecidos em um Estado (tripartição, tetrapartição, pentapartição, hexapartição, ou outro arranjo institucional¹⁰¹). Se houver menos Poderes estabelecidos que funções, o que haverá é a cumulação de mais de uma função em um Poder; ou, ainda, cada função será mais ou menos visível (maximizada ou minimizada) conforme esteja separada ou cumulada em Poderes independentes ou em um único Poder.

A conclusão final, e em nossa opinião a mais importante, é de que **(a)** se as seis funções apresentadas existem independentemente do arranjo institucional (divisão de Poderes) e **(b)** se tais funções são mais eficazmente exercidas se atribuídas cada uma a um Poder independente; podemos afirmar, então, que quanto maior for a entrega de cada uma das funções a um respectivo Poder independente, melhor e mais eficaz será o arranjo institucional do respectivo Estado, estabelecendo-se o espaço institucional necessário para o consenso (nível superior), para o dissenso (nível intermediário) e para a tecnicidade (nível próximo), sem que haja a indevida invasão de um pelo outro, o que, certamente, acarretaria em comprometimento institucional.

¹⁰¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. *Passim*.

REFERÊNCIAS

ADOMEIT, Klaus. *Filosofia do Direito e do Estado*. Vol, II. Porto Alegre: Safe, 2001. Trad. Elisete Antoniuk. Título original: *Rechts und Staatsphilosophie*.

ARAGÓN REYES, Manuel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

ARISTÓTELES. *A Política*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El Valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

CAETANO, Marcello. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 6ª ed., 2010.

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

CHEVALLIER, Jean Jacques. *As Grandes Obras Políticas: de Maquiavel a Nossos Dias*. 3ª ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1980. Trad. Lydia Christina. Título original: *Les Grandes Euvres Politiques: de Machiavel a nos Jours*.

CONSTANT, Benjamín. *Curso de Política Constitucional*. Granada: Editorial Comares, 2006. Título original: *Cours de Politique Constitutionnelle*.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2015.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. Trad. Dunia Marinho Silva. Título original: *Les Cours Constitutionnelles*.

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2010.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2012. Trad. Fernando de los Rios. Título original: *Allgemeine Staatslehre*. Primeira publicação: 1900.

JENNINGS, W. Ivor. *Governo de Gabinete*. Brasília: Senado Federal, 1979. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Título original: *Gabinet Government*. Primeira publicação: 1939.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Luís Carlos Borges. Título original: *General Theory of Law and State*. Primeira publicação: 1945.

_____. *A Jurisdição Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Título original: *La Justice Constitutionnelle*. Primeira publicação: 1928 (Exposições e debates na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público). Publicado em sequência em alemão sob o título: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*.

_____. *Quem Deve Ser o Guardião da Constituição?*. Jurisdição Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Trad. Alexandre Krug. Título original: *Wer Soll der Hüter der Verfassung Sein?*. Primeira publicação: 1930-31.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Trad. Júlio Fischer. Título original: *Two Treatises of Government*. Primeira publicação: 1690.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Título original: *Political power and the government process*. Primeira publicação em 1957.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría General Del Estado*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2001. Trad. José Lión Depetre. Título original: *Contribution à la Théorie Générale de L'Etat*. Primeira publicação: 1922.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Trad. Cristina Murachco. Título original: *L'Esprit des Lois*. Primeira publicação: 1748.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Jurisdição Constitucional na Ibero-América*. Porto Alegre: Brejo, 2012.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. Barcelona: Editorial Labor, 1931.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A Crise da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Porto Alegre: [S.N.], 2002. Tese para concurso de professor titular junto ao departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

_____. *Consenso e Democracia Constitucional*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

_____. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

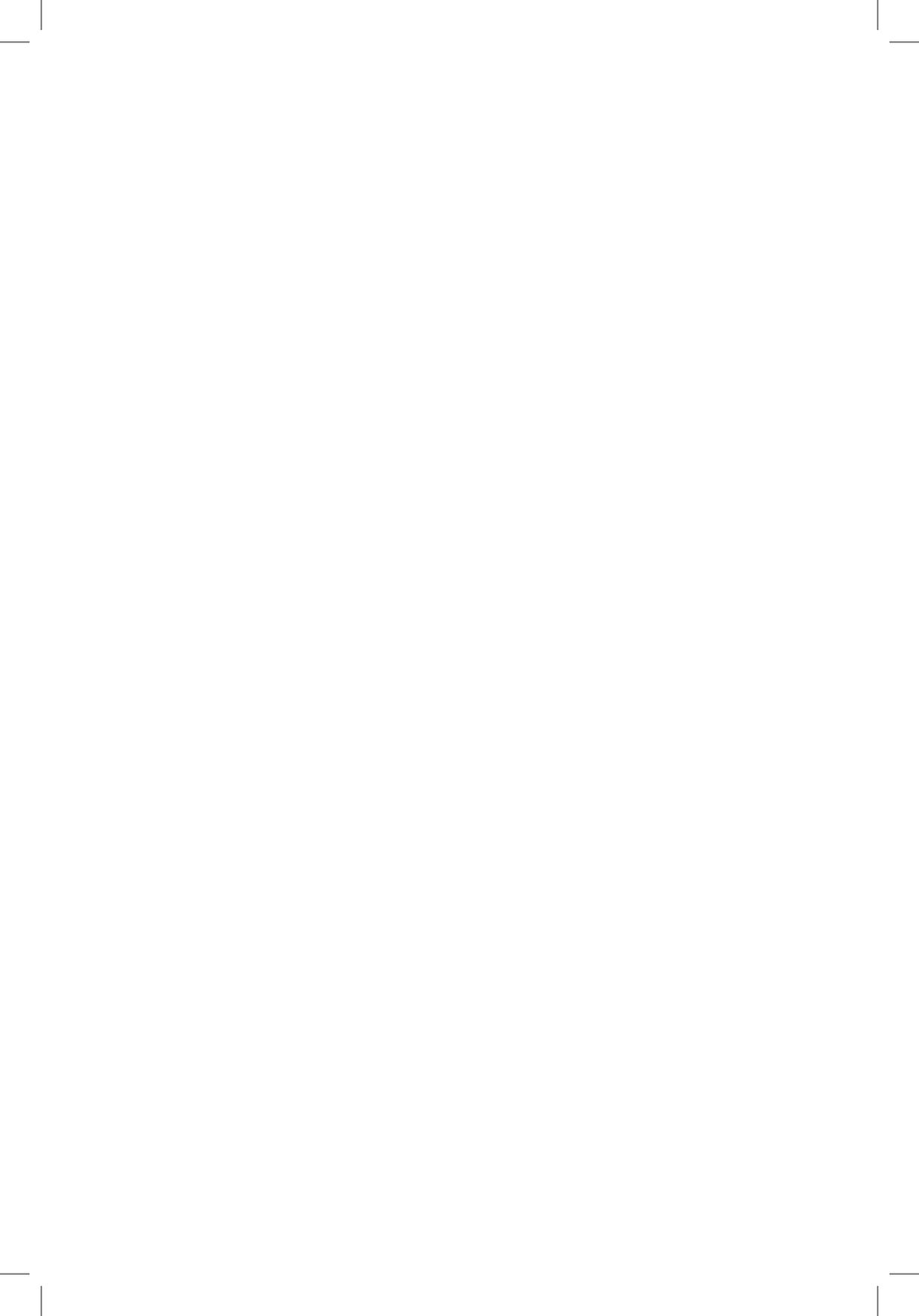
_____. *O Tribunal Constitucional como Poder*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

_____. *Morfologia Política do Estado e Sistemas de Poderes*. Tese para exame de livre-docência junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2003.

_____. *Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

_____. *Regimes Políticos*. Tratado de Direito Constitucional. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, João Camillo de Oliveira. *Cartilha do Parlamentarismo*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1962.



**A RELEVÂNCIA DOS PRECEDENTES NA
ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA
- UM ESTUDO DE LAW AND FINANCE -
THE RELEVANCE OF PRECEDENTES ON
ECONOMIC ANALYSIS OF LITIGATION
- A STUDY OF LAW AND FINANCE -**

João Máximo Rodrigues Neto¹

Recebido em: 23.2.2016

Aprovado em: 11.4.2016

Resumo: Tendo em vista que os litigantes agem conforme agentes econômicos, no sentido de que decidem pelo ajuizamento ou não de demandas em virtude do seu custo/benefício, o presente trabalho tem como escopo analisar os custos envolvidos em um processo judicial e como um sistema de precedentes vinculantes pode auxiliar na minoração destes prejuízos, ao mesmo tempo que desestimula a litigância.

Palavras-chave: Direito; Economia; Precedentes; Litigância.

Sumário: 1 Introdução. 2 Análise Interna. 3 Análise Externa. 4 Considerações Finais.

Abstract: Considering that litigants acting as economic agents, in the sense that decide the filing or no demands because of their cost/benefit, this work has the objective to analyze the costs involved in legal proceedings and as a system of a binding precedents can assist in mitigation of these losses, while discouraging litigation.

Keywords: Law; Economy; Precedents; Litigation.

¹ Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 INTRODUÇÃO

É interessante notar que a análise da racionalidade do processo pode ser estudada através de diversos enfoques, que não exclusivamente o jurídico. Especialmente no que tange à Economia, ela traz uma importante contribuição na avaliação dos meios pelos quais o processo pode ser literalmente otimizado.

Não diretamente no sentido de uma prestação jurisdicional mais qualificada, mas no que tange à diminuição do número de demandas. É claro que um menor número de processos poderia contribuir para a qualidade da atividade jurisdicional, mas o que se pretende ressaltar é que a análise econômica do direito traz mecanismos para enfrentar de modo mais direto a questão da diminuição ou incentivo à litigância. Porque se vislumbrarmos os litigantes sob o enfoque econômico, veremos que eles são verdadeiros agentes econômicos racionais, na medida em que qualquer pessoa em sua consciência só ajuizará uma ação se o custo/benefício for favorável.

Evidentemente, ninguém pretende gastar mais com o processo do que espera ganhar com ele, e gastos aqui não se resumem às custas processuais, obviamente, mas aos honorários, tanto do próprio advogado como da sucumbência, a incerteza sobre o resultado, o tempo gasto pelo processo, etc.. Todos estes são fatores que influenciam e integram esse “cálculo” do custo/benefício do processo.

Nesse sentido, é possível realizar uma análise econômica de diversos aspectos processuais, como da sucumbência, da distribuição do ônus da prova, dos julgamentos, dos acordos e também dos precedentes. A análise deste viés econômico dos precedentes, aliás, é muito comum na comparação da eficiência econômica do processo entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*.

Entretanto, não é este o propósito do presente trabalho. A intenção é demonstrar em que medida um sistema de precedentes vinculantes

auxilia na otimização da prestação jurisdicional, incentivando ou não o ajuizamento de demandas.

Em princípio, por meio de uma análise econômica interna do processo, serão estudados alguns fatores que compõem o custo da ação, propiciando um panorama geral para aferição do impacto econômico de uma lide.

Posteriormente, abordaremos o aspecto mais externo da lide, chegando aos meios pelos quais, com base nas informações obtidas com os eventuais custos do processo, é possível incentivar ou não a litigância, especificamente no que tange a um sistema vinculante de precedentes.

Por fim, apresentaremos as conclusões que poderemos extrair destas ideias ao verificar se os precedentes realmente poderão auxiliar ou não na diminuição do ajuizamento de ações.

2 ANÁLISE INTERNA

Para realizar uma análise econômica do processo é preciso ter em mente quais os parâmetros de cálculo dos seus custos e quais são estes custos. Custo este denominado pela doutrina como Custo Social do Processo. Evidentemente, o objetivo econômico é minorar ao máximo este custo.

Nesse sentido, os parâmetros são basicamente dois: custo administrativo e custo dos erros. O custo administrativo diz respeito a todos os custos que envolvem o processo (custas judiciais basicamente). Custos dos erros diz respeito ao erro das decisões. Decisões que são tecnicamente erradas e geram custo em razão da necessidade de recurso e/ou porque distorcem os incentivos das condutas dos jurisdicionados.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen lecionam que:

Da mesma maneira, uma medida simples dos custos sociais do processo jurídico ajuda a orientar a análise das regras e

práticas processuais. Para desenvolver uma medida simples, considere as regras processuais como instrumentos para a aplicação do direito substantivo. O uso dos instrumentos tem seu custo, chamado ‘custo administrativo’ (...) Além disso, a utilização desses instrumentos pode causar erros na aplicação do direito substantivo. Por exemplo, a parte errada pode ser responsabilizada, ou a parte certa pode ser responsabilizada pela quantia errada. Os erros distorcem os incentivos e impõem diversos custos à sociedade.²

No entanto, é necessário destacar que o custo dos erros não são fáceis de mensurar. Eles exigem um padrão de perfeição que é difícil de ser averiguar. Em regra é preciso analisar a jurisprudência de determinado tribunal para identificar este padrão e daí extrair um parâmetro de aferição.

Consoante Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

O erro judiciário pode atenuar as funções preventiva e indenizatória da responsabilidade civil. Um bom número de regras, embora aumentem o custo do procedimento, parece ter sido ideado para diminuir esse risco. Assim, por exemplo, a regra da melhor prova e do impedimento da prova por ouvir dizer; da obrigação de apresentar testemunhas e do direito da parte contrária de as interrogar; do direito de apelar; da imparcialidade da justiça, o que obriga o juiz a se considerar impedido se houver possível conflito de interesse.³

Ou seja, a diferença entre a sentença com informações perfeitas (padrão identificado no tribunal analisado) e a sentença real é igual ao tamanho do erro do tribunal em relação ao resultado de determinada ação.

A soma destes parâmetros, então, vai dar como resultado o custo

² COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Edição. Ed. Bookman. 2010, p. 405.

³ MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª Ed. Atlas. 2015. P. 390/391.

social do processo. Evidentemente, a análise a ser feita pelo litigante é se este custo social é menor ou maior do que o valor por ele esperado com a vitória no processo.

Se o valor esperado é maior ou igual ao custo do processo, ele vai decidir ajuizar a ação. Agora, se o valor esperado é menor do que o custo do processo, ele vai decidir não ajuizar a ação.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen:

Para apresentar uma petição, o autor da ação normalmente contrata um advogado e paga taxas ao tribunal. A apresentação de uma petição cria uma reivindicação judicial. Para decidir se deve ou não iniciar um processo, o autor racional de ações compara o custo da petição ao valor esperado da reivindicação. O valor esperado da reivindicação judicial depende do que o autor da ação acha que vai acontecer depois da petição ser apresentada.⁴

Analisando a questão sob uma perspectiva macro, é possível identificar mais um fator de incentivo ou não ao ajuizamento das demandas, que é a causa de processos. Este fator, aliás, está intimamente ligado a questão do custo dos erros.

A variação destes fatores (causa de processos, custo do processo e valor esperado pelo processo) influenciará diretamente o número de demandas. Evidentemente, o número de demandas aumentará, por exemplo, se as causas de processos também aumentarem, se o custo do processo diminuir e se o valor esperado subir.

Logo, observa-se que tais parâmetros, muitas vezes negligenciados, exercem efeito direto e importante no incentivo ou desestímulo à litigância. Mas é importante notar que a relação entre valor esperado e causa dos processos, ao longo do tempo, pode inverter o resultado.

Isso porque quanto mais causas, mais processos. Quanto maior a indenização esperada, maior o número de processos. Porém, o

⁴ Ibidem. P. 408

causador do processo começará a perceber que será mais vantajoso tomar medidas de precaução, já que os valores gastos em indenização estarão muito altos.

Então, as causas passarão a diminuir e, conseqüentemente, o número de processos. Por isso, é verdade a relação inicialmente mencionada, mas ao longo do tempo, em relação a estes dois fatores, o resultado pode ser a diminuição do número de processos.

É o que lecionam Robert Cooter e Thomas Ulen:

Assim, aumentos em indenizações para autores de ações de sucesso tendem a aumentar o número de petições judiciais apresentadas ao aumentarem o valor esperado do julgamento. O aumento das indenizações monetárias também tem efeitos na direção oposta. Réus em potencial normalmente podem evitar disputas jurídicas com a prevenção das lesões que causam. Se as indenizações concedidas aos autores de ações de sucesso aumentam (ou a se a probabilidade dos autores vencerem suas ações aumenta, ou ambos, o que resumimos por um aumento da indenização esperada), os réus em potencial tomaram mais precauções, dando menor oportunidades a autores de ações em potencial de apresentarem petições judiciais.⁵

Nessa esteira, o que se observa, além dos custos administrativos e dos erros, é que a causa de processos é também um fator a ser levado em conta em uma visão macro no incentivo ou coibição ao ajuizamento de demandas. A redução dos erros vai influenciar diretamente na diminuição do número destas causas, na medida em que estimula maior precaução por parte do ofensor. Influencia o seu comportamento. É o chamado valor social da redução dos erros.

Na mesma esteira, Robert Cooter e Thomas Ulen aduzem que:

À medida que as indenizações aumentam, mais autores de ações em potencial apresenta petições. Mas à medida que elas

⁵ Ibidem. P. 412

aumentam ainda mais, os réus em potencial respondem com a oferta de menos causas para ações judiciais a autores de ações em potencial. Com o tempo, a situação chega a um ponto no qual o número de petições começa a diminuir à medida que as indenizações aumentam.⁶

No que tange aos custos administrativos mencionados alhures, há de se levar em conta qual o sistema legal que estamos analisando. Isso porque existem aqueles ordenamentos nos quais cada parte paga as suas custas, como nos EUA, por exemplo, e existem aqueles, como no Brasil, onde o perdedor paga tudo. Claro que aqui tem a questão da sucumbência recíproca, em caso de parcial procedência, mas tomemos por base a regra geral. Estes fatores também influenciarão na escolha do litigante.

Nos sistemas onde o perdedor paga tudo, já haverá uma diminuição, em tese, de lides temerárias, ou frívolas, como refere a doutrina. Porque se o sujeito ajuíza a ação sabendo que não tem muito sucesso a sua tese, mas está diante de um sistema no qual cada um paga seus custos, a desvantagem pode não ser grande, já que é possível a sua vitória. Ou seja, ele pagará apenas as suas custas, mas poderá ganhar a ação. Porém, se for em um sistema onde o perdedor paga tudo e a sua tese não é muito sólida, ele certamente pensará duas vezes em ajuizar a demanda, já que o prejuízo poderá ser grande.

Através de todos estes parâmetros, portanto, é possível ter uma noção aproximada dos custos e eventuais benefícios com o ajuizamento de uma demanda. Estas informações são de extrema importância, já que, segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos:

Na perspectiva da teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos decorrentes da ação ou da omissão. Assim, ao se

⁶ Ibidem. P. 412

deparar com mais de uma escolha possível, o ser humano avaliará que opção lhe oferece maior benefício, considerando os prejuízos, e optará pela que lhe for mais benéfica.⁷

Neste panorama, elementos que auxiliem uma escolha racional evidentemente contribuem para maior eficiência econômica do processo. Por isso, um sistema de precedentes vinculantes, como será exposto a seguir, mostra-se uma excelente alternativa para dar maior segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais, permitindo aos jurisdicionados uma avaliação mais precisa de alguns parâmetros que integram o cálculo do custo social do processo, como o valor do benefício esperado com a ação, e a minoração de outros, como a margem de erro jurídico.

3 ANÁLISE EXTERNA

Nessa esteira, de posse das informações acima indicadas, o jurisdicionado pode dispor de alguns mecanismos ou aproveitar certos instrumentos que o sistema jurídico proporciona para realizar a melhor escolha possível para resolução do seu conflito de interesse.

Por isso, em uma análise externa da atividade jurisdicional, apresentam-se como interessantes soluções para otimizar a eficiência econômica do processo, por exemplo, a realização de acordos, a utilização de ações coletivas e, especialmente, um sistema de precedentes vinculantes.

Não se pode olvidar que, conforme Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos:

(...) o Poder Judiciário deve ser visto também como instrumento de desenvolvimento, na medida em que o acesso à justiça, a previsibilidade das decisões judiciais, as decisões sendo proferidas em tempo adequado e a existência de vias processuais

⁷RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. *Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.50, n.199, p. 42, jul./set. 2013.

adequadas são pré-requisitos para o desenvolvimento, considerando que “ninguém vem investir, a longo ou médio prazo, em áreas de risco e de imprevisão”, salvo especuladores (JOBIM, 1997, p.17). De fato, tais atributos são essenciais para o bom funcionamento do mercado na medida em que implicam diminuição dos custos de transação, minoração dos riscos e, conseqüentemente, estímulo ao fluxo econômico, pois os agentes, utilizando-se da racionalidade que lhes é própria, sentem-se mais estimulados a negociar em um ambiente estável e ágil do que em um ambiente de incertezas, no qual seus recursos estão mais expostos a riscos.⁸

Não restam dúvidas que tais hipóteses contribuem para maior celeridade da prestação jurisdicional, minorando, assim, custos administrativos, bem como proporcionam melhor qualidade à atividade judicial, afastando ao máximo a insegurança jurídica e os erros de julgamento.

Segundo Samantha Caroline Ferreira Moreira:

Assim, patente que a demora na resolução ou pacificação do conflito é prejudicial à atividade econômica de forma que prolonga os danos ocasionados, causando graves reflexos econômicos, como a diminuição da competitividade da empresa no mercado.⁹

Nessa toada, os acordos aparecem como alternativas interessantes dentro de uma perspectiva de análise econômica do direito, porque resolvem a questão de modo célere e, teoricamente, dentro de uma situação mais vantajosa para as partes em relação à decisão judicial descartada.

⁸ Ibidem. P. 48. *APUD* JOBIM, Nelson Azevedo. As tendências do direito e do poder judiciário no Brasil e no mundo. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1997.

⁹ MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. *Revista de Direito Público da Economia : RDPE*, Belo Horizonte , v.13, n.50, p. 241, abr./jun. 2015.

No entanto, para que os jurisdicionados sintam-se incentivados a encerrar a lide por meio de transações, é importante haver uma simetria de informações. Evidentemente, se o sujeito tem todas as informações necessárias sobre todos os elementos e/ou parâmetros que influenciarão na tomada de decisão, fica muito mais fácil tomar esta decisão e há uma chance talvez maior de realização de acordos.

Tanto é assim que, como sabemos, nos EUA, uma porcentagem muito pequena de processos chega a julgamento. Não raro eles terminam em acordo, justamente porque há uma troca de informações prévia entre os litigantes que praticamente afasta a assimetria de informações e, portanto, auxilia e facilita a composição. Especialmente no que tange à revelação das provas que cada parte tem.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen:

Apesar de haver diversas linhas de argumentação, a explicação mais simples é que os julgamentos ocorrem porque as partes têm expectativas diferentes sobre o valor do julgamento: o autor da ação espera uma sentença maior no julgamento, enquanto o réu espera uma menor. Nessas circunstâncias, as partes são relativamente otimistas. Dado o otimismo relativo, o autor da ação exige um acordo maior, o réu oferece um menor e as duas partes não conseguem chegar a um acordo sem o envolvimento do tribunal.¹⁰

Por isso que a revelação de informações é tão importante. Ela visa a afastar essa assimetria de dados que confunde as partes e causa estas impressões equivocadas sobre o possível resultado da demanda ou sobre as chances de sucesso da sua tese.

É nesse quadro também que surge a necessidade de verificar como se dá o compartilhamento destas informações. Dependendo de como ocorre, poderá haver um estímulo ou não à realização do acordo.

Veja-se que esta é uma situação interessante que deve ser avaliada pelo próprio legislador no momento da confecção de regras,

¹⁰ Ibidem. P. 422

pois ele pode direcioná-las de modo a incentivar acordos, com a necessidade de um compartilhamento compulsório de informações, por exemplo.

Mas além disso, vejam como um sistema de precedentes vinculantes também poderia auxiliar neste aspecto, já que as decisões serão públicas e todos os jurisdicionados já saberão de antemão qual o posicionamento do Tribunal sobre determinada questão e até mesmo qual o resultado econômico da decisão. Assim, fica bem mais crível analisar a possibilidade ou não de um acordo.

Nessa toada, embora o escopo principal deste trabalho seja a demonstração da utilidade de um sistema de precedentes vinculantes para atribuir maior eficiência econômica ao processo, ainda resta observarmos rapidamente outra situação que também auxiliaria neste mesmo propósito, que são as ações coletivas.

Nas palavras de Nelson Rodrigues Netto:

A justificação de nossa posição é baseada no argumento de que indivíduos são racionais, o que significa que eles procuram seu máximo bem-estar. Assim, o ordenamento jurídico ideal deve incrementar o bem-estar dos indivíduos, melhorando o cumprimento da lei. Como consequência, atinge-se a prosperidade social ideal. Esta tarefa é mais bem alcançada pela reunião de pretensões e defesas, as últimas por meio de incentivos para encorajar o uso de ações coletivas passivas.¹¹

Esta alternativa mostra-se vantajosa na medida em que há uma reunião de pretensões, o que minora os custos transacionais e pode otimizar a utilidade esperada do julgamento.

Alerte-se que esta condição não incentivaria a litigiosidade, uma vez que, como vimos anteriormente, o efeito dissuasório do direito

¹¹ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Uma análise econômica do direito: estudo de direito comparado da ação coletiva passiva compulsória*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador : Jus Podivm, 2009. p. 407.

multiplica-se com o aumento da probabilidade de uma ação vir a ser proposta. Assim, diminuiria as causas das demandas.

Ademais, as ações coletivas também aumentam o poder de barganha dos litigantes, o que igualmente incentiva a realização de acordos, cujas vantagens já foram acima mencionadas.

Por isso, Nelson Rodrigues Netto conclui:

É lícito afirmar-se, portanto, que a ação coletiva passiva compulsória implementa o modelo referido porque confere o máximo bem-estar dos indivíduos, uma vez que considera a função dissuasória do direito, assim como seu objetivo de seguro. O resultado é que o ideal de efetividade do processo é mais bem servido.¹²

Nessa mesma esteira da busca pela maior efetividade do processo, que conseqüentemente gera maior eficiência econômica, chega-se à análise de mecanismos processuais que contribuem para tal fim.

Como é cediço, o sistema jurídico brasileiro ainda padece de muitos problemas que proporcionam morosidade no julgamento das ações e absoluta instabilidade das decisões. Como podemos perceber até aqui, estes fatores incrementam o custo social do processo.

Por isso, na medida em que o legislador cria incentivos legais para o desaparecimento destes obstáculos, a solução dos litígios torna-se mais adequada economicamente também.

Nesse sentido, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa aduzem que:

O sistema jurídico brasileiro tem estado sob pressão em razão de sua falta de eficácia. Por exemplo, a qualidade do sistema judicial tem sido documentada pelo Banco Mundial como não propício para o crescimento econômico ou para atrair mais investimento estrangeiro. Os dois novos mecanismos, a súmula

¹² Ibidem. P. 426

vinculante e o requisito da repercussão geral, podem ser considerados como uma reforma substancial do processo para promover cortes mais eficientes e melhoras a jurisprudência, aumentando, assim, a segurança jurídica.¹³

Nesse sentido, antes mesmo de um sistema vinculante de precedentes, a instituição de filtros recursais e técnicas de julgamento também ajudam a racionalizar o sistema jurídico e, assim, otimizar o trâmite processual.

Alguns destes mecanismos já foram implementados, causando impacto imediato, por exemplo, no número de recursos julgados pelos tribunais superiores. Citamos aqui duas reformas, que foram a Emenda Constitucional 45/04, a qual introduziu a repercussão geral no Recurso Extraordinário e a Lei 11.672/08, que regulou a técnica de julgamento dos recursos repetitivos.

Esta Emenda Constitucional introduziu o parágrafo terceiro no art. 102 da Constituição Federal, posteriormente regulada pela Lei 11.418/06, tendo sido criados os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os quais versam sobre a necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral do tema em debate. Ou seja, o sujeito precisa demonstrar a relevância da questão (política, econômica, jurídica ou social) e a sua transcendência, isto é, que a decisão a ser tomada não estará restrita às partes, mas atingirá os demais jurisdicionados.

Já a lei 11.672/08 introduziu o art. 543-C no Código de Processo Civil, determinando que em questões identificadas como repetitivas, devido ao grande número de processos que versam sobre elas, o tribunal escolherá um ou mais recursos representativos destas controvérsias e a decisão que neles for tomada, deverá ser replicada a todos os outros casos idênticos.

¹³ OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil - Uma abordagem pela análise econômica do direito*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v.21, n.84, p. 158, out./dez. 2013.

Além destes dois exemplos, ainda merecem referência o art. 557 (julgamento monocrático), Art. 518, §1º (não recebimento de apelação) e Art. 285-A (julgamento liminar), todos do Código de Processo Civil, que também representam hipóteses onde o processo é abreviado em razão da existência de súmula ou jurisprudência dominante.

Ou seja, tanto a repercussão geral como a técnica dos recursos repetitivos estenderão as suas decisões aos processos iguais, resolvendo de uma só vez milhares de demandas.

Estes mecanismos, portanto, além de proporcionarem estas decisões em massa, ajudam a evitar comportamentos processuais inadequados e prejudiciais ao bem comum, como recursos protelatórios, por exemplo, e também o desperdício de recursos públicos, na medida em que abreviam a atividade judicial.

Apenas para se ter uma ideia do resultado obtido após a introdução do requisito da repercussão geral, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa informam que: “De 2007 a 2008, houve uma diminuição de 40,8% no número de casos distribuídos no Supremo Tribunal Federal, seguida por uma queda de 36,1% em 2009.”¹⁴

No entanto, o filtro recursal ainda não representa um grande avanço na diminuição de recursos que chegam às Cortes Supremas, já que este decréscimo se estabilizou a partir de 2010. Isso porque já havia muitos recursos nos tribunais aguardando julgamento, o que ajuda a manter um número ainda muito grande de decisões.

Na verdade, o que ajuda o sistema jurídico a se aproximar do ideal, no que tange à eficiência econômica, é realmente um sistema vinculante de precedentes. Porém, apenas para esclarecer ao leitor, passamos a uma sucinta explicação do que vem a ser o precedente.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de

¹⁴ *Ibidem*. P. 170

precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.¹⁵

Ou seja, aquela decisão tomada pelas Cortes Supremas que contenha uma *ratio decidendi* potencialmente capaz de orientar condutas configura um precedente. Porém, necessário destacar que esta decisão, dependendo do sistema observado, pode ser apenas persuasiva ou vinculante.

Na verdade, para maior eficiência econômica do processo, o ideal é que o precedente seja vinculante, mas não absoluto, isto é, que existam mecanismos que possibilitem a sua superação, dependendo da situação em julgamento.

Isso porque, se o precedente não puder ser modificado, com o tempo, poderão surgir certos prejuízos ao direito dos jurisdicionados, na medida em que a decisão tornar-se-á obsoleta, não atendendo mais à realidade e congruência sociais. Dessa forma, também a eficiência econômica do processo será atingida.

Já por outro lado, se o precedente for apenas persuasivo, os julgadores poderão facilmente dele se afastar, apenas justificando eventual não incidência. Assim, na verdade, seria como se não existisse precedente. Igualmente desvantajoso na ótica econômica.

Por isso, a obrigatoriedade dos precedentes é importante para que os efeitos desta vinculação sejam aproveitados pelo sistema jurídico. No caso do viés econômico, a análise sobre o sistema de precedentes já foi feita, especialmente em países de tradição de *Common Law*, como os Estados Unidos.

Deste estudo surgiu até mesmo a chamada Teoria da Eficiência da *Common Law*. O juiz americano Richard Posner argumentou que as

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2015. Pág. 156.

doutrinas do direito consuetudinário fornecem um sistema coerente e estável de incentivos que induzem a um comportamento eficiente. Ou seja, regras mais eficazes são mais propensas a sobreviver por meio de um mecanismo de precedentes.

No entanto, é preciso alertar que o estudo levou em consideração um sistema absoluto de precedentes, onde eles não poderiam ser modificados. Esta característica não modifica os pontos positivos, mas traz alguns negativos, como a possibilidade de erro judicial, engessamento da jurisprudência, etc.

Dessa forma, adotando-se um sistema vinculante de precedentes, mas que seja possível a sua modificação, de acordo com determinados requisitos, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa lembram as seguintes vantagens:

(I) há uma redução substancial da insegurança jurídica, pois os resultados são previsíveis, reforçando, portanto, a estabilidade do direito.

(II) o precedente absoluto promove a igualdade de todos perante a lei, porquanto ele “trata casos semelhantes de maneira semelhante” (equidade).

(...)

(IV) o precedente absoluto induz a uma redução substancial da carga de trabalho para o judiciário (ajudando na formação de expectativas convergentes nos litigantes) e do tempo consumido no julgamento (eficácia decisional).¹⁶

No entanto, podem parecer questões eminentemente jurídicas, mas também impactam a economia, como dito. Segundo Luciano Benetti Tim e Manoel Gustavo Neubarth Trindade:

Nesse contexto, podemos compreender as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos Tribunais Superiores, como bens públicos, vez que podem atingir não só aqueles diretamente

¹⁶ Ibidem. P. 193/194

integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que encontramos a racionalidade econômica motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial.¹⁷

Vejam que as decisões dos Tribunais Supremos, além de servirem de orientação aos demais órgãos julgadores, direcionam a conduta dos jurisdicionados. Isso evidentemente influencia os custos de transação e ajuda a minorar a assimetria de informação.

Os precedentes vinculantes, portanto, ao lado de filtros recursais constituem importantes ferramentas não só para a racionalização do processo, como também para a melhora da eficiência econômica da ação.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos também concordam, ao mencionarem que:

Portanto, a atuação do Poder Judiciário é adequada, na perspectiva econômica, a partir do momento em que seus pronunciamentos: (i) *se coadunam com a adequada proteção do direito contratual*; (ii) *conferem segurança e previsibilidade às relações econômicas, de modo que as partes saibam, de antemão, quais as consequências de suas condutas*; (iii) *resolvem os conflitos de forma célere e ágil, obstando o comportamento oportunista dos devedores e conferindo maior dinamicidade ao mercado*.¹⁸

Nessa esteira, recentemente o sistema processual brasileiro vem assistindo a algumas alterações legislativas, como anteriormente mencionado, que estão proporcionando aos poucos os benefícios processuais e econômicos adrede mencionados.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.178, p. 166, dez. 2009.

¹⁸ *Ibidem*. P. 48

No que tange aos precedentes, destaque-se o novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2016. Nele existem dois artigos expressos sobre precedentes: Arts. 926 e 927:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Muito embora estes dispositivos contenham alguns equívocos que não cabe aqui delinear, já que não faz parte do objetivo deste trabalho, talvez auxiliem na adoção pelo nosso País de um sistema de precedentes vinculantes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa senda, foi possível observar, portanto, que para analisar a vantagem econômica do ajuizamento de um processo são diversos os fatores que devem ser levados em conta.

Em princípio, mostra-se importante verificar a ação em um perspectiva interna, isto é, calcular os custos envolvidos no processo: custos administrativos e custos do erro judicial. Assim, é possível obter um parâmetro em relação ao ganho econômico esperado com a demanda e, dessa forma, verificar se será vantajoso ou não movimentar a máquina judiciária.

De outro lado, partindo destes dados, em uma análise externa, mostra-se possível verificar qual o meio mais vantajoso de demanda e os instrumentos processuais ou extraprocessuais que podem ser utilizados para otimizar a eficiência econômica da ação.

Através do estudo de todos estes parâmetros, verificou-se que um sistema de precedentes vinculantes ao lado da instituição de determinados filtros recursais nas instâncias superiores auxilia a otimização dos custos,

na perspectiva interna, e apresenta ao jurisdicionado alternativas para resolução da controvérsia de modo mais vantajoso.

Evidentemente, o fator econômico também é importante no contexto jurídico. Os litigantes são agentes racionais e não balizarão suas condutas apenas de acordo com os caminhos jurídicos a trilhar.

Conforme Artur César de Souza:

Pensar o processo sem o inserir no contexto social, econômico, político-ideológico, é correr o risco de se ter em mãos um magnífico aparelho de ressonância magnética, de última geração, instalado numa palafita, no meio do rio Amazonas, a quinhentos quilômetros de Manaus, e, o que é mais impressionante, sem que a energia elétrica ali estivesse chegado.

Pensar o processo desvinculado dessa circunstâncias sociais e econômicas, seria o mesmo que “o autoritário pensamento de Kant e sua tentativa de sistematizar o conhecimento, em detrimento de seus aspectos Políticos-Ideológicos, a procura de uma razão pura, tentativa infrutífera, mas nem por isso deixada de ser tentada na história, que procura adstringir os antagonismos sociais a um imaginário ideal.”¹⁹

Por isso a importância também da visão econômica sobre o processo. O direito é constituído de fatos sociais, os quais inegavelmente são condicionados por diversos fatores que não só aqueles pertencentes ao contexto jurídico.

Dessa forma, o legislador deve estar atento não só à racionalização das regras processuais, mas também à inclusão de técnicas que minorem os custos sociais da ação, os custos de transação, diminuam a assimetria de informação, ou seja, aumentem a eficiência econômica do processo.

¹⁹ SOUZA, Artur César de. *Análise econômica das decisões judiciais: STF: ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.176, p. 283-306, out. 2009. P. 102/103.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos*. *Revista de Direito Público da Economia: RDPE*, Belo Horizonte , v.6, n.23, p. 141-157, jul. / set. 2008.

BRANDÃO, Mark Yshida. *Análise econômica do direito e processo*. *Coleção Jornada de Estudos ESMAF*, Brasília, v. 2, p. 329-330, abr. 2010.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Edição. Ed. Bookman. 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Julgamento sumaríssimo dos processos repetitivos: Uma análise jurídico-econômica do art.285-A do Código de Processo Civil*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, Oliveira Rocha, n. 42, p. 105-125, set, 2006.

GALDINO, Flávio Antônio Esteves. *Introdução a análise econômica do processo civil (I) - os métodos alternativos de solução de controvérsias*. *Quaestio Iuris: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ*. Rio de Janeiro , n.1, p. 171-203, dez. 2004.

GAROUPA, Nuno. PARGENDLER, Mariana. *A Law and Economics Perspective on Legal Families*. *Illinois Public Law and Legal Theory. Research Paper No. 13-11*. University of Illinois College of Law.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. *Tradução Rachel Sztajn*. 2ª Ed. Atlas. 2015.

MATOS, João César Otoni de. *Análise econômica e a redução da litigiosidade do Poder Público. Coleção Jornada de Estudos ESMAF*. Brasília, v. 5, p. 135, nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios. Revista dos Tribunais. 4ª Ed.* 2015.

MENEGUIN, Fernando Boarato. *As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito. Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n.61, p. 255-285, jul./dez. 2012

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. *Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. Revista de Direito Público da Economia: RDPE*. Belo Horizonte, v.13, n.50, p. 229-243, abr./jun. 2015.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil - Uma abordagem pela análise econômica do direito. Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, v.21, n.84, p. 155-201, out./dez. 2013.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. *Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica. Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.50, n.199, p. 35-54, jul./set. 2013.

ROCHA, Dartanhan Vercingetórix de Araújo e. *Análise econômica de execuções fiscais de reduzido valor e os efeitos da Lei nº 12.514/11. Revista CEJ*. Brasília, n. 56, p. 102-110, jan. /abr. 2012.

RODRIGUES, Igor Fonseca. *Análise econômica da conciliação previdenciária*. Revista da AGU. Brasília, v. 9, n. 26, p. 185-202, out. / dez. 2010.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Uma análise econômica do direito: estudo de direito comparado da ação coletiva passiva compulsória*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador : Jus Podivm, 2009. p. 405-429.

SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL 2014, Brasília, DF. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Seminário Teoria da Decisão Judicial*. Cadernos do CEJ. Brasília, v.30, p. 15-173, abr. 2014.

SOUZA, Artur César de. *Análise econômica das decisões judiciais: STF:ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF*. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n.176, p. 283-306, out. 2009.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Revista de Processo. São Paulo, v.34, n.178, p. 153-179, dez. 2009.



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1 - Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão estar de acordo com a linha editorial da RPGE “**Direito Público e Advocacia de Estado**” bem como, respeitar as normas de apresentação da ABNT, dentre as quais destacamos: NBR 6022 (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); NBR 6023 (Informação e documentação – Referências – Elaboração); NBR 6028 (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e NBR 10520 (Informação e documentação – Índice – Apresentação).

1.1 - Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

- a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;
 - b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);
 - c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;
 - d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;
-

- e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;
 - f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência;
 - g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;
 - h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;
 - i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes.
-

Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

1.2 - Os artigos em formato .doc devem obrigatoriamente apresentar títulos, resumos (máximo 250 palavras) e palavras-chave/descriptores (contendo cinco palavras) em português e inglês. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

1.3 – Os artigos devem ser enviados para o seguinte e-mail conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Os trabalhos não devem apresentar identificação de autoria no corpo do texto. O nome completo do(s) autor(es) devem constar somente no corpo do e-mail bem como, titulação completa, instituição à qual está vinculado, cargo, e-mail, endereço e telefone para contato.

1.4 - Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

1.5 - Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados com a linha editorial da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as ideias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores que tiverem seus trabalhos aprovados receberão a autorização de publicação que deverá ser assinada e enviada para o e-mail do conselho editorial, aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.
