

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ÓLIVER VEDANA

**A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO:
Da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição**

**São Leopoldo
2024**

ÓLIVER VEDANA

A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO:

Da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo

2024

V414f

Vedana, Óliver

A Fazenda Pública em juízo: da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição. / Óliver Vedana -- 2024.

131 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2024.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito público. 2. Fazenda Pública. 3. Agir estatal. 4. Crítica hermenêutica do direito. 5. Interesse público. 6. Atuação constitucional. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO: Da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição”, elaborada pelo mestrando Óliver Vedana, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 08 de outubro de 2024.


Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck _____ *Participação por Webconferência*

Membro externo: Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Prof. Dr. Marciano Buffon _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS À CAPES

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente Àquele que me deu às condições de possibilidade para chegar até aqui, por pura graça e misericórdia. Toda honra e toda glória são Dele.

À Taynara, minha amiga, esposa e mãe de meus filhos. Minha fortaleza em meio aos desafios. Minha grande inspiração. Se me mantive em pé, foi porque você esteve também, e ao meu lado. Jamais conseguirei retribuir todo o esforço, dedicação e renúncias que você fez até aqui por nós. Deus foi generoso comigo em colocar você na minha vida. Meus filhos têm a melhor inspiração possível em casa. Que honra a nossa. É por você, sempre.

Ao Emanuel e à Isabel, que fizeram com que, como o canário de Machado, eu saísse daquela velha loja de quinquilharias e passasse direto para o espaço infinito e azul, com o sol por cima. Espero conseguir ser o arco estável na mão do Arqueiro para que vocês possam ser lançados, como flechas, iluminando essa geração. Obrigado, meus amores, por fazer com que eu me desafie todos os dias a ser uma pessoa melhor, um homem e pai exemplar, e um amigo que vocês possam sempre contar.

Aos meus pais, Roberto e Ivanilse, que sempre me deram todo o suporte para que eu trilhasse meu caminho. Obrigado pelas renúncias e esforços que fizeram quando eu nem sabia disso, e que, agora, como pai, vejo o quão desafiador era o cenário, e o quão fortes e resilientes foram. Obrigado.

Ao meu irmão Bruno, que, mesmo a distância e ao seu modo, me deu suporte e incentivo nesse caminho. Você é especial e muito querido por nós.

À minha sogra Maria, que nunca mediu esforços para nos socorrer quando precisávamos. Obrigado por nos ajudar, sempre.

Aos meus guias que (ainda) me guiam em busca da ilha desconhecida, Lenio Luiz Streck e Luis Henrique Braga Madalena. São parte da minha história até mesmo antes de nos conhecermos, e hoje tenho a honra de conviver e, sempre, aprender cada vez mais. São os grandes responsáveis pela “*buena enfermedad*” que me acompanha desde à graduação. Devo muito a ambos.

Aos meus colegas de trincheira: Vinicius Quarelli, Victor Rebelo, Gilberto Morbach, Jefferson Gomes e Leonardo L. Nascimento e Luísa G. Bernsts. Sempre pude contar com os seis, que, de forma gratuita e imerecida, estenderam a mão e

lutaram ao meu lado. Uma honra poder chamá-los de amigos. O caminho foi mais ameno com vocês.

Aos demais colegas e professores do Dasein, nosso querido “gabinete” de pesquisa, que igualmente contribuíram não só para este trabalho e para a vida acadêmica, mas que também são responsáveis pela minha evolução: Francisco, Thales, Pablo, Clarissa, Giancarlo, Ariel, Matheus, Felipe, Josenilson, Luã, Giovanna, Ziel e Marcelo. Vocês fazem parte disso.

Por fim, agradeço à equipe do escritório que “segurou as pontas” inúmeras vezes nesse período: Kássia, João e Daiane. Obrigado pelo esforço e dedicação de sempre.

Os limites da minha linguagem me impedem de expressar o amor que sinto por vocês.
Para Tay, Emanuel e Isabel.

RESUMO

O presente trabalho é desenvolvido a partir da análise das condições de possibilidade e os limites da atuação da Fazenda Pública quando figura como parte em procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil. Para tanto, é abordado o movimento de constitucionalização do processo civil brasileiro, a partir da edição da Lei nº 13.105/15, bem como algumas de suas diretrizes que evidenciam esse movimento. Partindo dos referenciais teóricos inerentes à Crítica Hermenêutica do Direito, a atuação da Fazenda Pública em juízo é avaliada tal qual a referida matriz teórica trata de sua teoria da decisão – a partir de alguns temas e teses selecionadas desta teoria –, importadas para a análise da atuação da Fazenda Pública, ou seja, é investigada a possibilidade de se estabelecer aportes teóricos dessa atuação – e suas limitações –, para que seja adequada à Constituição, como forma de assegurar a coerência e a integridade do agir estatal, sem que se abra mão da responsabilidade política que o Estado possui na promoção da igualdade. Nos capítulos finais, a Fazenda Pública é posta em uma espécie de *divã epistêmico*, com reflexões acerca de sua atuação e a interação com o fundamento do interesse público, com as prerrogativas que possui, e com a aproximação os deveres do *Estado-juiz* com os do *Estado-parte*. Ao final, são propostos quatro critérios para a busca de uma atuação adequada à Constituição.

Palavras-chave: Fazenda Pública; agir estatal; condição de parte; Crítica Hermenêutica do Direito; interesse público; prerrogativas; atuação constitucional.

RESUMEN

El presente trabajo se desarrolla a partir del análisis de las condiciones de posibilidad y los límites de la actuación de los abogados del Estado cuando aparecen como parte en un procedimiento regido directa e indirectamente por el Código Procesal Civil. Para ello, se aborda el movimiento de constitucionalización del procedimiento civil brasileño, a partir de la promulgación de la Ley nº 13.105/15, así como algunas de sus directrices que evidencian este movimiento. A partir de los referentes teóricos inherentes a la Crítica Hermenéutica del Derecho, se evalúa el desempeño de los abogados del Estado en los tribunales de la misma manera que la matriz teórica mencionada aborda su teoría de la decisión –a partir de algunos temas y tesis seleccionados de esta teoría–, importada al análisis del desempeño de los abogados del Estado, es decir, la posibilidad de establecer aportes teóricos de este desempeño –y sus limitaciones–, para que sea adecuada a la Constitución, como forma de asegurar la coherencia e integridad de la acción estatal, sin renunciar a la responsabilidad.

Palavras clave: Abogados del Estado; acción del Estado; condición de parte; Crítica Hermenéutica del Derecho; interés público; prerrogativas; actuación constitucional.

LISTA DE SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
CPC	Código de Processo Civil
CF	Constituição Federal
RAC	Resposta Adequada à Constituição
CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
PIER	Integração de Informações das Entidades Reguladoras
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
CHS	Condição Hermenêutica de Sentido
SUPP	Sistema Único de Procuradorias Públicas
PGE	Procuradoria Geral do Estado
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A FAZENDA PÚBLICA.....	16
2.1 O modelo constitucional do processo civil brasileiro.....	17
2.2 O Direito Processual Público.....	21
2.3 O que é isto – a Fazenda Pública?.....	26
3 APORTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO PARA A COMPREENSÃO DO AGIR PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA	31
3.1. A Crítica Hermenêutica do Direito	33
3.2. Coerência e integridade, a Crítica Hermenêutica do Direito e o Código de Processo Civil Brasileiro	38
3.3. A resposta adequada à Constituição.....	47
4. A FAZENDA PÚBLICA NO DIVÃ.....	61
4.1. O interesse público e seus reflexos na atuação processual da Fazenda Pública.....	61
4.1.1 O que é isto - o Interesse Público?.....	63
4.1.2. Interesse público e a dimensão constitucional dos direitos fundamentais – uma supremacia constitucionalmente justificada?.....	66
4.1.3. Supremacia do interesse público - uma questão de princípio?	71
4.2. Entre prerrogativas e privilégios.....	79
4.2.1. Da igualdade ao interesse público.....	81
4.2.2. Conclusões parciais	86
4.3. (Im)parcialidade e a atuação da Fazenda Pública como parte processual .	89
4.4. Da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição	95
4.4.1. O encontro entre os deveres da decisão e o dever de atuação – os dois corpos do rei	96
4.4.2. O agir adequado à Constituição.....	98
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	109
REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho reflete em um estudo sobre a atuação da Fazenda Pública em juízo, na qualidade de parte no processo civil brasileiro a fim de identificar, a partir de determinados conceitos da Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, as condições de possibilidade dessa forma de atuação, no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O agir estatal se desdobra de inúmeras maneiras dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e as suas particularidades podem variar de acordo com o *locus* em que se materializa. Neste sentido, o recorte investigativo realizado, aqui, refere-se à atuação do que a doutrina tem chamado de Fazenda Pública, quando parte em procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil.

Para a delimitação das condições de possibilidade e os limites da atuação da Fazenda Pública em juízo, se faz necessário, primeiramente, alocar a discussão para alguns pontos importantes que servirão de base para o desenvolvimento do bloco final de pesquisa, no qual essa modalidade de atuação processual, envolto pelo chamado Direito Processual Público, será posta numa espécie de *divã epistêmico*.

Compreender alguns pontos importantes sobre o interesse público e como ele se relaciona com o interesse privado na perspectiva do direito, assim como a compreensão, ainda que breve, da noção sobre outro fenômeno basilar para a discussão principal proposta, e que também será enfrentado, é o movimento de constitucionalização do processo civil brasileiro que desaguou na Lei nº 13.105/15, bem como algumas de suas diretrizes que evidenciam esse movimento, como as diretrizes de cooperação, paridade de tratamento e a igualdade material. Assim, o enfrentamento desses temas são os pontos de parada presentes na pesquisa.

Vencida a matéria prévia proposta, e partindo dos referenciais teóricos inerentes à Crítica Hermenêutica do Direito, pretende-se avaliar a atuação da Fazenda Pública em juízo tal qual a referida matriz teórica trata de sua teoria da decisão, ou seja, investigar a possibilidade de se estabelecer aportes teóricos dessa atuação – e suas limitações –, para que seja adequada à Constituição, como forma de assegurar a coerência e a integridade do agir estatal, sem que se abra mão da responsabilidade política que o Estado possui na promoção da igualdade.

Espera que o produto dessa investigação seja capaz de traçar, ainda que de forma genérica e não exaustiva, as condições de possibilidade da atuação dos sujeitos

processuais ligados à Fazenda Pública, e enfrentar, como forma de materialização do estudo, em um panorama geral, temas relacionados com essa, como a reflexão entre prerrogativas e privilégios; a (im)possibilidade e o grau de extensão da prevalência do interesse público sobre o particular na atuação desses agentes; bem como a (im)parcialidade da Fazenda Pública em juízo, tudo isso visando a busca pela *atuação adequada à Constituição*.

A proposta de pesquisa busca responder a seguinte pergunta: Quais são as condições de possibilidade e os limites da atuação da Fazenda Pública em juízo, na condição de parte, nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil?

O objetivo é que o resultado da pergunta principal possa servir como ponto de partida para realizar um revolvimento do chão linguístico das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, e a(s) (in)compatibilidade(s) de algumas premissas com o Estado Democrático de Direito, como a (im)possibilidade de prevalência do interesse público sobre o particular e a (im)parcialidade dos atores estatais, na condição de parte.

Algumas prerrogativas ou fundamentos isolados não podem ser lidos como fomento para uma atuação estatal discricionária, afastada de uma postura integralista e de um elevado grau de responsabilidade política, na busca de igualdade, tal qual quando o Estado figura como responsável pelas respostas judiciais.

Em síntese, a investigação proposta buscará teoricamente a delimitação de elementos necessários para a compreensão da atuação da Fazenda Pública em juízo, de maneira que esse agir, enquanto parte, esteja adequado à Constituição.

Tem-se, como hipótese da pesquisa, que no contexto do Estado Democrático de Direito brasileiro, direitos e garantias fundamentais podem ser violados pelo próprio Estado (seus representantes) se houver uma má compreensão do papel da Fazenda Pública, quando figura como parte.

O objetivo geral do trabalho visa elencar as condições de possibilidade da atuação da Fazenda Pública em juízo, quando figurar como parte nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil, no contexto brasileiro.

São os objetivos específicos: a) Analisar brevemente o movimento de constitucionalização do processo civil brasileiro, o campo de ação do Direito Processual Público e o enquadramento dos entes que compõem o conceito de Fazenda Pública; b) Apresentar a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck como matriz

teórica e descrever conceitos relevantes para a abordagem do objetivo geral da pesquisa, a partir desta teoria; c) Avaliar o contexto e as diretrizes da atuação da Fazenda Pública quando figura como parte, nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil brasileiro; d) Analisar alguns parâmetros conceituais sobre o direito e o interesse públicos e prerrogativas do *Estado-parte*, sua relação com o direito e os interesses privados no contexto do Estado Democrático de Direito; e) Propor quatro critérios para a busca de uma *atuação constitucionalmente adequada*.

O tema escolhido para a pesquisa está voltado para a linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, muito pelo seu caráter crítico e reflexivo tendo a Constituição como centro do debate, e pela utilização do que Lenio Streck define como *método hermenêutico* de investigação.

Para que o objeto de pesquisa não tenha uma extensão que impossibilite o alcance do(s) resultado(s) esperado(s), fez-se um recorte para a atuação da Fazenda Pública nos procedimentos judiciais regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil brasileiro, não só pela afinidade do pesquisador com o tema, mas principalmente por ser o aspecto proposto pouco problematizado pela doutrina pátria.

Outras duas justificativas para abordar a atuação na seara processual civil, dizem respeito ao contexto da aprovação da Lei nº 13.105/15 e o conteúdo dela. Com relação ao contexto, ganha relevância o fato de ser o “primeiro grande código de processo elaborado e aprovado, no Brasil, sob a égide de um regime democrático”, e, em relação ao seu conteúdo, trata-se do “primeiro código processual do mundo que exige explicitamente, ao mesmo tempo, que a jurisprudência dos Tribunais seja estável, coerente e íntegra” o que, como será demonstrado no decorrer deste projeto, guarda estrita ligação com o objeto de estudo.

A *condição de parte* é importante para a pesquisa porque é nesse campo processual que as divergências ou incondições tendem a ser mais relevantes, tendo em vista que a condição de *custus legis* dos representantes estatais parece, num primeiro plano, ter sua imparcialidade indiscutível, frente a função fiscalizadora e a ausência de interesse processual.

As partes, em um conceito geral e tradicional do processo civil, não possuem a obrigação normativa de imparcialidade, devendo, basicamente, atuar dentro das regras e observar os princípios processuais-constitucionais, como os expostos, por exemplo, pelos arts. 1º ao 11 do CPC.

A despeito das regras gerais, a Fazenda Pública possui, em detrimento dos demais atores processuais, um tratamento especial, chegando a ser questionado por autores como Leonardo Carneiro Cunha e Marco Antônio Rodrigues, se tal tratamento se trata de prerrogativa ou privilégio.

Em um contexto de senso comum teórico, a utilização de certos fundamentos jurídicos possui o condão de potencializar arbitrariedades e a atuação discricionária dos agentes estatais que, justificados pela tradicional “condição de parte” no processo, podem se valer discricionariamente de argumentos que justifiquem uma atuação parcial – fundados, inclusive, em justificações morais –, como o do princípio(?) da prevalência do interesse público sobre o particular.

A partir disso, muitos questionamentos surgem, destacando a relevância da pesquisa proposta, com impacto tanto teórico quanto prático.

Dentre os questionamentos preliminares que surgem estão: mesmo compatibilizadas com o ordenamento jurídico brasileiro, qual o limite justificador das prerrogativas da Fazenda Pública? Até que ponto uma prerrogativa processual não se torna um privilégio estatal? Quando uma atuação dos agentes estatais, em juízo, fere a desigualdade numa perspectiva integralista de ordenamento jurídico? O nível de (im)parcialidade da Fazenda Pública deve ser o mesmo que o conferido ao Estado, enquanto julgador? Há *dois corpos do rei*, se tratando de representantes estatais?

Investigar as condições de possibilidade da atuação do Estado, como parte, pode representar uma das formas de encontrar um sentido autêntico para desvelar esse fenômeno e estabelecer parâmetros para o controle do agir da Fazenda Pública em juízo, a fim da sua adequação à Constituição.

Outro possível resultado da pesquisa, é uma maior possibilidade de controle como justificador para a obtenção de um grau de *accountability* desses atores processuais que, além partes, são representantes estatais.

Nessa conjuntura, na qual é preciso revolver o chão linguístico para reconstruir a história institucional do fenômeno assentado em sua tradição, que o *método hermenêutico* proposto pela Crítica Hermenêutica do Direito e sua fusão de horizontes entre a filosofia hermenêutica, a hermenêutica filosófica e a teoria integrativa dworkiniana, foi a matriz teórica escolhida.

De maneira sucinta, a pesquisa proposta fomenta, a partir da revisão dos conceitos, a discussão acerca da jurisdição constitucional brasileira e qual o sentido da atuação do Estado, enquanto parte, na concretização de direitos, como a

igualdade. Por essas razões que o presente projeto se justifica dentro da linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

A metodologia utilizada para a investigação do tema central da pesquisa é a hermenêutica filosófica, lastreada no método hermenêutico-fenomenológico, a partir do fundamento teórico a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Luiz Streck.

Tal qual aponta Castanheira Neves, não buscará investigar as coisas como são, em si, mas “saber o que dizemos quando falamos delas, o que queremos dizer com, ou que significado têm as expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas”.

Com o revolvimento do chão linguístico que assenta a tradição Constitucional e do agir estatal em suas mais variadas formas, assim como a revisão de seus conceitos basilares, espera alcançar uma melhor compreensão para a definição, ainda que em linhas gerais e não de forma exaustiva, das condições de possibilidade da atuação da Fazenda Pública em juízo.

Essa caracterização das condições de possibilidade dos sujeitos processuais denominado de Fazenda Pública, será realizada a partir de revisão bibliográfica e, em alguns pontos, estudos de casos específicos, como forma de complementação ou demonstração prática do de alguns temas.

A *tarefa teórica* do presente trabalho concentrará seus esforços para atingir o que Warat define como um controle epistemológico crítico em relação à conjuntura teoria-prática, a fim de superar e afastar o saber exclusivamente ideológico.

2 O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E A FAZENDA PÚBLICA

Para enfrentar e compreender melhor o tema dessa modalidade de atuação desses entes enquadrados como *Fazenda Pública*, é necessário “voltar algumas casas” para que o chão linguístico desse fenômeno seja revolvido¹, ainda que nos limites que este trabalho se propõe.

A normatividade que alcança esses atores processuais tem suas bases principais na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, porém, devido às suas particularidades - que serão expostas a seguir - outros regramentos regem a atuação fazendária.²

Como o escopo deste trabalho é abordar a atuação da Fazenda Pública em juízo na condição de parte, nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo CPC, alguns pressupostos precisam ser delimitados, ainda que de maneira breve, como o fenômeno de constitucionalização do processo, analisado, aqui, sob as lentes da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

Produto dos estudos constitucionais causados pela Constituição Federal de 1988 e seu novo paradigma democrático, o movimento de constitucionalização do processo civil brasileiro, sob as lentes da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, é fundamental, assim como algumas de suas diretrizes - tratados por parte dos juristas como princípios - que materializam esse movimento, como os deveres de lealdade, cooperação, boa-fé, respeito ao devido processo legal, paridade de tratamento e ao contraditório material.

¹ “O revolvimento do chão linguístico implica desler as coisas, os fenômenos. Retirar a poluição semântica que se acumula com o passar do tempo. E, ao desler, a coisa exsurge sob outra vestimenta fenomenológica”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020. p. 241. Lenio Streck usa uma metáfora para melhor compreensão do revolver o chão linguístico de um fenômeno, a *metáfora do hermeneuta*: “um hermeneuta chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam (desprezam) a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito. Descobriu, finalmente, que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Compreendeu assim o fenômeno que se encobria aos moradores mais jovens da ilha, os quais, ao serem questionados o porquê de agirem dessa maneira, respondiam: ‘Não sei... Mas as coisas sempre foram assim por aqui!’ Eis o senso comum. Eis a naturalização de uma prática. Desse processo – que é como se o fenômeno fosse ‘descascado aos poucos’ – exsurge ‘o sentido da coisa’, que já não será aquela que o intérprete vislumbrou no início.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 236).

² Como por exemplo a Lei nº 12.153/09, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Outros dois temas merecem atenção para esse revolvimento inicial são delimitação do conceito e dos agentes considerados como *Fazenda Pública*, e a concepção de *Direito Processual Público*, ambos expostos a seguir.

2.1 O modelo constitucional do processo civil brasileiro

A evolução histórica do processo civil tanto em nível mundial quanto nacional é riquíssima e igualmente extensa. Por esta razão, o foco argumentativo deste capítulo recairá, de maneira breve e não exaustiva, em um dos mais recentes movimentos da evolução processual, o movimento de *constitucionalização do processo*, que implicará, para o cenário brasileiro, no objeto central deste trabalho: a atuação processual da Fazenda Pública. Mais do que sua mera atuação, uma atuação constitucionalmente adequada.

A primeira versão do Estado Moderno, que rompeu com a forma estatal medieval, era absolutista e nasceu sem Constituição, e foi justamente essa característica absolutista que estimulou formas para o controle do poder, por meio da exigência de mecanismos para conter o príncipe.³ São exemplos desse fenômeno o ocorrido na Inglaterra do decorrer do século XVII, na França revolucionária na parte final do século XVIII e com a Declaração de Independência das colônias americanas, que culminou, esta última, com a constituição de 1787.⁴

Esse movimento, tratado por Canotilho como “*constitucionalizador*”⁵, dá origem ao que contemporaneamente chamamos de “a Constituição de um país”, revelando que o seu significado ultrapassa a simplesmente a ideia de um documento escrito, mas muito mais amplo, forjando diferentes constitucionalismos, de diversas formas, em diferentes Estados.⁶

O Constitucionalismo,

pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, porém, mais do que isso, limitar o poder em benefício de direitos, os quais, conforme a evolução histórica, vão se construindo no engate das lutas políticas (direitos de primeira, segunda, terceira e

³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7 ed. São Paulo: Grupo GEN, Editora Forense. 2022, p. 01.

⁴ *Ibidem*, loc.cit.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Op.cit.*, loc.cit.

quarta dimensões, que demonstram as diversas fases pelas quais passou o Estado de Direito a partir da revolução francesa até os dias atuais). O constitucionalismo é, assim, um movimento que objetiva colocar limites no político. E essa limitação assume diferentes matizes, chegando ao seu ápice no segundo pós-guerra, a partir da noção de Constituição dirigente e compromissória e da noção de Estado Democrático de Direito.⁷

É a partir desse sentido que a teoria desenvolvida por Lenio Streck - base teórica deste trabalho - considera que uma das funções primordiais do constitucionalismo é sua atuação como “*filtro institucional do político*”⁸, revelando, assim, uma concepção de Direito de sua teoria.⁹

Esse movimento constitucionalizador foi crucial para a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos, mas também serviu para delimitar a atuação estatal tanto pela divisão de suas funções quanto pela limitação de seus poderes.¹⁰

Para melhor compreensão das origens do constitucionalismo, necessitaríamos voltar a atenção ao modelo inglês, norte-americano e francês, pelo menos, porém, como referido na abertura deste capítulo, a ideia é passar brevemente por momento pontuais que levaram à invasão das normas constitucionais no direito brasileiro, em especial no processo civil pátrio.

Tratando sobre o processo civil - e saltando conscientemente grande parte de sua evolução histórica - é a partir do século XIX que ele sofreu uma ruptura paradigmática, passando a se “autonomizar” em relação ao direito material, articulando-se nos moldes do movimento pela socialização processual, sendo que no Brasil, a partir dos ganhos democráticos protagonizados pela Constituição Federal de 1988, o direito processual tem se moldado em perspectiva constitucional.¹¹

Esse movimento, convergente com o ocorrido em Portugal e Espanha, se deu da mesma forma que o ocorrido com as Constituições do Século XX, a quais, com raras exceções “promovem um conjunto de regras e princípios que visam a tutelar o

⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7 ed. São Paulo: Grupo GEN, Editora Forense. 2022. p. 1.

⁸ Ibidem, loc.cit.

⁹ Essa concepção é “uma concepção de Direito não como fruto ou produto, menos ainda como instrumento da política, mas como critério e padrão de filtragem”. (Ibidem, loc.cit.)

¹⁰ Ibidem, p. 01-02.

¹¹ NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 246.

direito processual jurisdicional, traçando as diretrizes necessárias para configurar uma lei processual constitucional ou inconstitucional”.¹²

Uma característica da atual Constituição brasileira que fomenta a constitucionalização do processo (e demais ramos do Direito) é o fato de, mais do que qualquer outra pretérita, trouxe em seu corpo disposições ligadas ao Direito Empresarial, Tributário, Penal, Processual e outros, por vezes, de maneira detalhada¹³, se tornando, assim, fonte direta para uma série de particularidades que, antes, estavam apenas nos textos infraconstitucionais.

Portanto, “é a partir da Constituição Federal que se *deve* buscar compreender o que é, para que serve e como “funciona” o direito processual civil como um todo e cada uma de suas partes”.¹⁴ A premissa metodológica, como definida por Bueno, é justamente considerar que a normatividade processual não basta por si, e é na Constituição o ponto de partida, é no texto constitucional que será possível, como primeira análise, identificar o que ele “quer que o direito processual seja” em um sentido de *dever ser*.¹⁵

O referido autor defende a “indispensabilidade de o direito processual civil ser pensado em múltiplas perspectivas, dentre elas o diálogo incessante com a Constituição”¹⁶, isso porque, a relação entre processo e Constituição também são instituídas para atender ao exercício legítimo dos poderes privados e públicos, servindo como pressuposto tanto de participação quanto de formação das decisões.¹⁷

O Código de Processo Civil brasileiro, promulgado pela Lei n. 13.105/15, reflete uma tradição histórica construída até então desse movimento de “constitucionalização processual”, no direito brasileiro. Ao contrário dos diplomas processuais pretéritos, como os códigos de processo civil de 1939 e 1973, bem como os códigos de processo penal de 1832 e 1941, o CPC de 2015 é o “primeiro grande código de processo

¹² SOUZA, Artur César de. **Das normas fundamentais do processo civil** - uma análise luso-brasileira contemporânea. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2020. p. 29.

¹³ NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 247.

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil**, Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2023. p. 79.

¹⁵ Ibidem, p. 80.

¹⁶ Ibidem, p. 28.

¹⁷ NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Op.cit., loc.cit.

elaborado e aprovado, no Brasil, sob a égide de um regime democrático”¹⁸, o primeiro grande diploma redigido e sob as bases firmadas a partir da Constituição Federal de 1988.

Márcio Carvalho Faria acentua que o fenômeno da constitucionalização do direito “permitiu que esses novos ares fossem, ainda que com considerável atraso, respirados pelos processualistas, que passaram a advogar, em certa medida, uma releitura de sua trilogia básica ‘ação-jurisdição-processo’”,¹⁹ surgindo, assim “um *modelo constitucional de processo*”²⁰, dando azo ao surgimento do *neoprocessualismo*²¹ e de novos *standards* processuais.²²

Autores como Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron, sob o filtro de um “modelo constitucional do processo”, defendem a implementação de um *processualismo constitucional democrático*²³, voltado à obtenção de resultados legítimos eficientes para os cidadãos que visam o acesso à justiça.²⁴

André Karam Trindade²⁵ tratou o CPC/15 como promotor de uma revolução paradigmática, uma revolução hermenêutica no direito processual civil do Brasil, ou seja

para além dos acertos e erros - o que se mostra inexorável em projetos dessa envergadura -, é possível afirmar que o novo Código de Processo Civil inaugura uma nova etapa do direito processual

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 16.

¹⁹ FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.49.

²⁰ Ibidem, loc.cit.

²¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocessalismo”. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, ano 6, v. 9, 2006., p. 227-244.

²² Idem. Los cambios de paradigmas em el Derecho Procesal – el “Neoprocessalismo”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 151, 2007.

²³ O processualismo constitucional democrático é utilizado “como uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual), para a percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como mecanismo de formação das decisões, ao partir do indispensável aspecto coparticipativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões (...) tal processualismo científico revigorado pelas concepções constitucionalizantes, passa a se preocupar com um viés mais panorâmico da aplicação do direito, de modo a suplantar a mera análise de legislações processuais e investir na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do processo e da jurisdição. Preocupa-se, também, com as questões que envolvem o Estado Democrático, as litigiosidade e a leitura dos direitos fundamentais.” (NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 252.)

²⁴ Ibidem, p. 251.

²⁵ TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 7, n. 3, p. 232-252, set./dez. 2015.

brasileiro. Isso porque, ao suprimir o livre convencimento, ao delimitar os elementos de uma fundamentação válida (art. 489, § 1º) e, sobretudo ao exigir que os tribunais mantenham a jurisprudência estável, coerente e íntegra (art. 926), o legislador promoveu uma revolução paradigmática no modelo de produção das decisões jurídicas.

Neste sentido, é importante deixar claro, desde já, que, ainda que estivéssemos vinculados ao CPC/73, deveríamos filtrar sua aplicação a partir da Constituição, e, por consequência, atuar a partir de parâmetros do atual CPC/15 afinal, alguém questionaria o viés constitucional ou a necessidade de exigir dos Tribunais que mantenham suas decisões íntegras e coerentes? Ou que tal exigência não seria constitucional?

Essas influências constitucionais que refletem no modo de produção das decisões judiciais serão exploradas nos próximos capítulos, por ora, é inegável que o CPC/15 materializou uma mudança de paradigmas (a partir de textos legais), já desenvolvidos de há muito pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Uma série de dispositivos trouxeram novidades legislativas (mas não doutrinárias e jurisprudenciais) para o direito processual, como a instituição do contraditório material e a proibição de decisão surpresa (art. 10); a obrigatoriedade de o processo seguir o critério cronológico (art. 12); a proteção à garantia da duração razoável do processo por meio da aplicação de multas contra recursos meramente protelatórios (art. 80); contagem dos prazos em dias úteis (art. 219); entre outras.

Por estas razões que, nesta quadra da história, parece impossível dissociar a atuação fazendária de uma atuação constitucionalmente adequada. O grande filtro, ao fim e ao cabo, para o agir estatal é o constitucional.

Os títulos seguintes darão ferramentas para revolver esse chão linguístico que envolve o tema da Fazenda Pública em juízo, em especial, quando esta figura como parte processual, nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo Código de Processo Civil, que, como vimos, mantém suas raízes no solo constitucional.

2.2 O Direito Processual Público

A análise do direito processual brasileiro passou por uma série de transformações ao longo da história. Apesar de essa evolução histórica não ser o objetivo principal deste trabalho, alguns pontos são relevantes para compreendermos

a necessidade de tratamento diferenciado para as normas processuais que envolvem os agentes de Direito Público.

Uma dessas características históricas é o salto da visão e destaque privatísticos que fundaram as bases do processo civil brasileiro no início do século XX, para a compreensão de um processo constitucional, abordada brevemente no capítulo anterior.

É inegável que há uma parcela do Direito Processual que trata os atores da Administração Pública (direta e indireta) de forma diferenciada das demandas consideradas comuns. Carlos Ari Sunfeld ao constatar que parte do Direito processual trata tanto sobre o controle da Administração Pública quanto para a promoção do interesse público por meio de ações judiciais, destaca que em processos judiciais nos quais ela figura como sujeito processual, o direito material discutido é distinto daquele que habitualmente denominamos de Direito Civil (ou privado), levando a considerar que, naqueles casos, devemos tratar com um Direito Processual Próprio²⁶, ou até mesmo como uma subespécie do processo civil.²⁷

Por esta razão que neste trabalho, assim como Sunfeld o fez em sua obra²⁸, a expressão Direito Processual Público refere-se justamente às diretrizes abarcadas pelo processo Civil (tanto o CPC quanto às leis específicas) que regulam os processos judiciais que tenham o Direito Público ou os entes enquadrados como a *Fazenda Pública em Juízo*, como objeto.

Sunfeld, ao tratar sobre as relações entre Administração (Pública) e o Judiciário, dividiu-as em dois grupos: a relação da Administração Pública como “*Administração-autora*” e como “*Administração-ré*”.²⁹

Ainda que dotada de prerrogativas que tornam a Administração Pública mais ágil e eficiente no âmbito administrativo, há situações em que a autoexecutoriedade desta seara não pode ser invocada, e o objetivo passa, necessariamente, pela intervenção judicial. Sunfeld³⁰ chama o movimento do acesso da Administração ao Judiciário como uma “busca complexa do interesse público”, materializando-se em uma série de hipóteses em que aquela não pode se sobrepor à esta por ato próprio. Do mesmo

²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público** – a fazenda pública em juízo. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 16.

²⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 23.

²⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Op.cit., loc.cit.

²⁹ Ibidem, loc.cit.

³⁰ Ibidem, loc.cit.

modo, a *Administração-ré* mantém o caminho processual aberto tanto para os particulares quanto para seus próprios agentes, inserido no contexto público. Outra figura processual que pode ser assumida pela Fazenda Pública é a do interveniente.

Esses caminhos - ou fenômeno da “busca complexa do interesse público”, como trata Sundfeld -, percorridos pela *Administração-autora*, pela *Administração-ré* ou como interveniente, podem ter como litigante tanto outra pessoa que ostente a qualidade de Fazenda Pública³¹ quanto o particular. Para fins e objetivos deste trabalho, manteremos o foco nesta segunda hipótese, desenvolvida adiante.

O destaque que a classificação feita por Sundfeld recai sobre a inter-relação entre o direito material regulador da atividade administrativa e o direito processual próprio quando passam pelo filtro do judiciário.

Cassio Scarpinella Bueno³² justifica a expressão “direito processual público” no sentido de que o *Público* coloca em evidência aquilo que a expressão *civil* de certa forma esconde: que o direito processual também lida com demandas que envolvem o direito público. Assim, ao referenciar uma norma como típica do direito processual *público*, delimita-se o campo e o ambiente normativo a ser avaliado,³³ e estabelece o contexto a ser analisado justamente pela série de particularidades que envolvem, por exemplo, os agentes representantes do poder público em juízo.

A partir disso é que, para além da semântica que envolve a expressão, o estudo de um direito processual público acaba recaindo sobre “como o direito processual *civil* se transforma em direito processual *público*”³⁴, principalmente quando há uma indispensável imbricação entre o direito material e o direito processual. Se é que é possível, como veremos nos capítulos que seguem, uma cisão entre ambos em um contexto processual no qual a coerência e a integridade são balizadores justamente das respostas do chamado Estado-juiz.

O direito material público é comumente compreendido pelo direito constitucional, tributário, administrativo, previdenciário. O próprio direito processual civil também pode ser tratado como ramo do direito público. Isso porque, em última análise, se enquadra como parte do direito que se ocupa sobre a forma de resolução de conflitos

³¹ ver capítulo 2.3 no qual foi tratado o que é isto - a fazenda pública?

³² BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 29.

³³ Ibidem, loc.cit.

³⁴ Ibidem, p. 30.

por uma das funções estatais: a Judiciária.³⁵ Se considerarmos as normas de processo civil como condição de possibilidade, e não meramente um instrumento, restam menos dúvidas ainda em relação a esta característica.

O ponto de análise que envolve o direito material público é: até que ponto determinado direito material público dá azo ao conflito de interesses entre o poder Público e o particular em determinada lide, e em que medida essa característica tem a capacidade de alterar, modificar ou influenciar as soluções tradicionais desenvolvidas pelo processo civil cunhado em uma tradição privada.³⁶ O conteúdo do direito material aplicado a determinado conflito que definirá a norma processual incidente.

Em uma perspectiva de Estado Constitucional, na qual a finalidade última do direito material é a identificação de limites da atuação do Estado diante dos particulares, a forma de solução dos conflitos de interesse entre ambos representa a própria concretização desse modelo de Estado tanto *pela* quanto *na* sua atuação.³⁷ Em suma, “é o Estado-juiz impondo limites de atuação ao Estado-administrador e ao Estado-legislador”³⁸ diante do particular.³⁹

Logo nas primeiras páginas de seu manual, Cássio Scarpinella Bueno faz uma importante observação sobre essa imbricação entre direito material e processual. O autor afirma que as normas de direito processual público não devem ser apreciadas como uma “exceção” em contraposição às demais, mas sim compreendidas a partir do seu contexto, sempre com esse pano de fundo indispensável: o diálogo entre os planos material (de direito público) e o processual.⁴⁰

Mais do que ser estudado somente a partir das regras que apenas excepcionam as genéricas - como as dos prazos diferenciados (art. 183 do CPC) e a remessa necessária (art. 496 do CPC) -, é na análise do contexto das regras que tratam sobre

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil, Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2023. p. 33.

³⁶ *Ibidem*, loc.cit.

³⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 40-41.

³⁸ *Ibidem*, p. 41.

³⁹ Neste sentido, “o estudo do direito processual civil, em tal perspectiva, realiza, no sentido de tornar concreto, real, palpável, o próprio Estado Constitucional. Não como sinônimo de máquina administrativa, mas como método de contenção do exercício do poder e de seus exercentes - por isso são ‘deveres-poderes -, de resguardo de direitos e garantias dos destinatários deste mesmo poder; Estado Constitucional como realizador da legitimação das decisões políticas e do bem-estar social.” (*Ibidem*, loc.cit.)

⁴⁰ *Ibidem*, p. 33.

a atuação do Estado-administração que determinados temas podem ser adequadamente debatidos.⁴¹

Dentro dessa discussão sobre a necessária contextualização do direito material e suas influências no campo processual, Bueno faz a seguinte observação:

o processo, como meio de aplicação do direito material conflituoso, lesionado ou ameaçado, tem, necessariamente, que se adequar e se adaptar para atender às expectativas de seus fins. A tutela jurisdicional, tanto quando a *forma* de prestá-la, deve ser ajustada, de uma forma ou de outra, ao direito material. É ele, o direito material, que justifica a razão de ser de todo o aparato jurisdicional; não o contrário. São as peculiaridades do direito material que acabam por influenciar a atuação do legislador em criar procedimentos *diferenciados* - procedimentos especiais, inclusive na perspectiva constitucional - para melhor viabilizar a prestação da tutela jurisdicional.⁴²

Essa visão é bem clara para uma série de processualistas brasileiros, principalmente para aqueles que consideram o processo como meio para atingir um determinado fim, ou seja, pensam o processo como um instrumento, uma ponte para que algo seja alcançado.⁴³ Tal definição será questionada a partir de um olhar hermenêutico, a seguir, mas, por ora, fornece elementos para a compreensão da visão processual dominante no Brasil.

Adiantando um pouco o debate deste trabalho, estimulado pela clássica classificação de Sundfeld acima abordada - mesmo sabendo que o autor faz essa classificação a partir do Direito administrativo -, guardadas suas devidas proporções, poderíamos pensar em uma outra figura: a “*Administração-julgadora*” ou no *Estado-juiz*.

Isso porque, com bem pontua Bueno⁴⁴, sendo a jurisdição uma, independentemente das partes que estiverem envolvidas no processo, regidas pelo

⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil, Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2023. p. 35.

⁴² Ibidem, p. 37.

⁴³ Ziel Ferreira Lopes, em sua tese de doutorado apresentou essa problemática, e o aprisionamento do processo judicial no esquema *sujeito-objeto*. Para maior aprofundamento no tema, ver: LOPES, Ziel Ferreira. **Jurisdição e método**: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões. 2015. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015. Disponível em:

https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5212/Ziel%20Ferreira%20Lopes_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 abr. 2024.

⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. Op.cit., p. 36.

direito público ou pelo direito privado, ao final serão julgados pelo mesmo Estado-juiz. Quando tratamos dos conflitos de interesses que envolvem o Poder Público e o particular, a solução da demanda nada mais é do que “o Estado-juiz impondo os limites de atuação ao Estado-*administrador* e ao Estado-*legislador*”.⁴⁵

Assim, a Fazenda Pública, sendo ela autora, ré ou interveniente, é, ao fim e ao cabo, uma figura que representa o Estado, e a forma de controle desse agente estatal enquanto *parte* - objeto deste estudo - é diverso quando esta figura como julgador. Independentemente da forma de controle ou atuação, toda regra processual que tenha como parte ou interveniente um agente na qualidade de Fazenda Pública, neste trabalho, será tratada como *direito processual público*, dado, como visto, às suas particularidades.

2.3 O que é isto – a Fazenda Pública?

O termo Fazenda Pública faz referência ao Estado como ente político, abrangendo suas diversas funções, remetendo, sempre, de forma direta ou indireta, à atuação estatal⁴⁶, chegando a ser tratada por Avelino como “um enorme emaranhado de pessoas e relações”.⁴⁷

Tradicionalmente, a expressão *Fazenda Pública* é comumente associada à área da Administração Pública competente pela gestão das finanças, assim como pela implementação de políticas econômicas, ou seja, relaciona-se com as finanças estatais, com o aspecto financeiro do ente público.⁴⁸ Tanto que a terminologia utilizada para designar o órgão despersonalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo, são *Ministério da Fazenda* ou *Secretaria da Fazenda*, respectivamente.⁴⁹

Para Hely Lopes Meirelles, quando a Administração Pública figura como parte processual, ela recebe a designação de *Fazenda Pública* porque é seu erário que

⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 41.

⁴⁶ AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPudivm, 2023. p. 27.

⁴⁷ Ibidem, loc.cit.

⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 17 ed. São Paulo: Dialética, 2020. p.33.

⁴⁹ Ibidem, p. 33-34.

suportará os encargos envolvidos na demanda.⁵⁰ Apesar disso, essa atuação em juízo “dos entes responsáveis pela tutela da *coisa pública* e dos *interesses públicos primário e secundário*, vai além de questões meramente financeiras.”⁵¹

É comum que a denominação *Poder Público em juízo* também seja utilizada como sinônimo de *Fazenda Pública*, principalmente no campo processual. Independentemente do termo utilizado,

Os aspectos que identificam uma atuação especial ou diferenciada da *Fazenda* ou do *Poder Público*, associam-se à necessidade de se oferecer uma certa proteção ou regulação especial à *coisa pública*, aos bens públicos, às finanças públicas, ao serviço público, etc. Ao fim e ao cabo, patrocina-se a proteção da *res pública*, através de um regime diferenciado.⁵²

No Código de Processo Civil brasileiro em vigor, o termo *Fazenda Pública* (*lato sensu*) é citada em trinta e cinco vezes,⁵³ enquanto a expressão *Poder Público* aparece apenas uma vez,⁵⁴ sendo que a primeira se refere aos agentes enquadrados como *Fazenda Pública*, e a segunda ao ato normativo oriundo do “poder público”. Há menção, também, de forma discriminada, às modalidades fazendárias,⁵⁵ trabalhadas a seguir, como figuras pertencentes à *Fazenda Pública*.

Neste sentido, a nomenclatura utilizada neste trabalho será a de *Fazenda Pública em Juízo*. Apesar disso, haverá referências ao *Poder Público* como seu sinônimo, muito pelo motivo de manter a originalidade dos autores que assim a utilizam, e são referenciados, aqui.

Passa-se, agora, ao enquadramento de quem são esses agentes que podem ser classificados como *Fazenda Pública*.

A resposta sobre quais os sujeitos estão integrados no conceito de *Fazenda Pública*, para fins processuais, por mais paradoxal que seja, não está presente no

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590.

⁵¹ AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPudivm, 2023. p. 27.

⁵² *Ibidem*, loc.cit.

⁵³ arts. 85, §§ 3º, 5º e 7º, 91, 95, § 4º, 100, parágrafo único, 152, IV, b, 178, parágrafo único, 534, 535, 616, VIII, 626, 629, 633, 634, 638, 654, 700, § 6º, 701, § 4º, 722, 740, § 6º, 742, § 1º, 745, § 4º, 910, 1.021, § 5º, 1.026, § 3º, e 1.059.

⁵⁴ art. 948 do CPC.

⁵⁵ arts. 45, 51, 75, 77, § 3º, 95, § 3º, II, 96, 97, 174, 182, 183, 242, § 3º, 246, § 2º, 269, § 3º, 334, § 8º, 381, § 4º, 438, II, 496, I, 565, § 4º, 835, II, 889, VIII, 892, § 3º, 968, § 1º, 1.007, § 1º, e 1.050.

direito processual civil, mas sim no direito material.⁵⁶ Cássio Scarpinella Bueno define que, inexistindo consideração específica, a expressão “poder público em juízo” deve compreender “a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, fundações públicas e agências reguladoras”.⁵⁷

É a partir do direito material que a inserção das *autarquias* e das *fundações públicas* no conceito de Fazenda Pública, para fins processuais, se torna inequívoca, isso porque, “em rigor, dado o regime jurídico daquelas pessoas no plano material - de direito exclusivamente público - não haverá espaço para duvidar do entendimento de aplicação”⁵⁸ do regime conferido aos entes da Administração Pública direta, como os prazos em dobro, a sujeição das sentenças desfavoráveis à remessa necessária e demais prerrogativas. Esses são dois exemplos expressos que colocam as autarquias e às fundações no mesmo nível processual dos entes da Administração direta expressos pelos dispositivos do art. 183 e do art. 496, ambos do CPC.

Apesar de uma aparente prerrogativas estendidas às autarquias e às fundações públicas, há uma aparente omissão quanto às *agências reguladoras*, porém “o silêncio desses dispositivos nunca pôde (e ainda não pode) deixar margem à dúvida sobre a aplicação a elas do mesmíssimo regime das autarquias, dada a identidade de regimes jurídicos desde o plano material”.⁵⁹

Para além desses sujeitos, há algumas complexidades quanto às *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.⁶⁰ Apesar de ambas não serem enquadradas como Fazenda Pública⁶¹, em determinadas situações também podem ser beneficiárias - em diferentes graus - de algumas prerrogativas processuais cabíveis à Fazenda Pública.

⁵⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 41.

⁵⁷ Ibidem, loc.cit.

⁵⁸ Ibidem, loc.cit.

⁵⁹ Ibidem, loc.cit.

⁶⁰ Cássio Scarpinella Bueno, deixa claro que o enquadramento das empresas públicas e sociedades de economia mista é um tema complexo. Para o autor, “tal complexidade, a bem da verdade, acompanha as múltiplas discussões que existem, desde o plano material, sobre o regime jurídico aplicável à aquelas pessoas jurídicas e que derivam não só das múltiplas e díspares opções que foram feitas, desde antes da CF de 1988, por Decretos-lei e Leis, as mais variadas, mas também da própria conformação e subsistência daquelas escolhas com a ordem constitucional desde então vigente” (Ibidem, p. 43)

⁶¹ Neste sentido, Délio José Rocha Sobrinho, Leonardo Carneiro da Cunha, Marco Antonio Rodrigues, Cássio Scarpinella Bueno, entre outros. Murilo Teixeira Avelino, no mesmo sentido, leciona que “tais entes estão inseridos naquilo que se chama de Administração Pública Indireta”. São pessoas jurídicas de direito privado vinculadas aos enteados políticos e por eles criadas (...) Todavia, a personalidade

Apesar de os arts. 173 e 175 da CF indicarem que estes entes prestem serviços ou explorem atividade econômica que comumente estão ligadas aos órgãos da Administração Pública direta, nem as empresas públicas, nem as sociedades de economia mista podem ser tratadas “a ponto de criar um diferencial não isonômico em relação às pessoas privadas que, por múltiplas razões, desempenham idênticas funções”.⁶² A personalidade jurídica dessas pessoas é de direito privado, razão pela qual, em regra, o regime de direito público é afastado.

Em que pese a regra geral de não enquadramento, há momentos em que esses entes compartilham de tais prerrogativas, ainda que de forma parcial ou pontual.⁶³

O filtro que precisa ser feito, nestes casos (para a identificação), é a existência (ou não) de alguma distinção sistemática ou normativa constitucionalmente compatível, pois, ainda que prestadoras de serviço público, não estão automaticamente sujeitas ao regime da Fazenda Pública em juízo⁶⁴, mais uma vez, a resposta processual precisa ser cotejada com o direito material.

Para se valer de uma expressão rotineira em processo civil no Brasil, o rol de situações que envolvem as diretrizes do Poder Público em Juízo não é taxativo. Os conselhos de fiscalização de classe, por exemplo, têm a possibilidade de cobrança de suas anuidades (ou outros valores), por meio do procedimento inserido na Lei

⁶² BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 44.

⁶³ Há decisões envolvendo a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT) que intercalam, ao longo dos anos, a compatibilidade dessa empresa pública com algumas das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública. Para tanto, cumpre trazer a análise de Edilton Meireles: “No RE nº 229.696, com julgamento encerrado em 16/11/2000, o STF se deparou diante da alegada inconstitucionalidade do artigo 12 do Decreto-Lei nº 509/69, que assegura aos Correios, entre outros, os mesmos privilégios concedidos à Fazenda Pública, *“quer em relação a imunidade tributária, direta ou indireta, impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços, quer no concernente a foro, prazos e custas processuais”*. Ao apreciar essa questão, o STF assentou o entendimento de que a EBCCT é uma *“pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública”*. Posteriormente, em 20/3/2013, quando do julgamento do RE nº 589.998, que tratava da despedida do empregado público dos Correios, o STF concluiu que caberia a exigência de sua motivação. Já nos embargos de declaração, julgados cinco anos depois, em 10/10/2018, o STF concluiu que *“a fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa”*. Assentou, ainda, o entendimento de que *“não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório”*. Ou seja, apesar de equiparada a fazenda pública, o STF indicou, posteriormente, que o vínculo com os empregados dos Correios seria de *“natureza privada”* (...) no ano de 2021, o STF concluiu o julgamento do RE nº 655.283, firmando a tese de que *“a natureza do ato de demissão de empregado público é constitucional-administrativa e não trabalhista, o que atrai a competência da Justiça comum para julgar a questão”*. (MEIRELES, Edilton. STF, Correios, despedida do empregado e decisões conflitantes. **Revista ConJur**, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-21/meireles-stf-correios-demissao-decisoes-conflitantes/>. Acesso em: 04 mar. 2024.)

⁶⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. Op.cit., loc.cit.

6.830/1980, no caso de serem consideradas autarquias, - ainda que diferenciadas, o que não significa o mesmo que, a partir disso, eles terão acesso ao regime jurídico processual típico da Fazenda Pública.⁶⁵

Por esta razão que Cássio Scarpinella Bueno orienta que, para definir o alcance processual de determinados sujeitos, é imprescindível que se faça um cotejo com o direito material, principalmente quanto ao regime jurídico aplicável à determinada pessoa jurídica.⁶⁶ Assim, se do ponto de vista do direito administrativo-constitucional determinada entidade possui bens impenhoráveis, por lógica, o modelo executivo a ser escolhido não podem ser os que envolvam ou pressupunham a disponibilidade de bens⁶⁷, mas também não significa que todas as prerrogativas serão automáticas e genericamente acopladas à sua figura processual.

⁶⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 45.

⁶⁶ *Ibidem*, loc.cit.

⁶⁷ *Ibidem*, loc.cit.

3 APORTES DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO PARA A COMPREENSÃO DO AGIR PROCESSUAL DA FAZENDA PÚBLICA

Entender a importância da intersecção entre o direito material e o direito processual públicos é imprescindível não só para a melhor compreensão dos agentes inseridos no conceito de Fazenda Pública, mas também necessária para a obtenção de melhores respostas sobre os assuntos que englobam a atuação fazendária. Soma-se a isso a relação direta que esses campos (material e processual) têm com uma visão constitucional de processo.

A partir dessa unificação e constitucionalização do direito brasileiro, o art. 926 do CPC⁶⁸, além de ser o primeiro código processual do mundo que exige de forma expressa que a jurisprudência dos Tribunais seja estável, coerente e íntegra⁶⁹, insere no ordenamento jurídico brasileiro conceitos jurídicos que visam “concretizar a igualdade e, assim, reforçar a força normativa da Constituição”.⁷⁰ A junção da coerência, integridade e estabilidade “aumentam a responsabilidade política dos juízes, na medida em que representam a antítese do voluntarismo”.⁷¹

Como bem elucida Rafael Tomaz de Oliveira, esses conceitos jurídicos (coerência e integridade) não são meramente palavras ao vento ou um capricho legislativo, porém, como todo conceito jurídico que não são autoevidentes ou transparentes, demandam certa dedicação teórica para sua adequada revelação.⁷²

Dentre esses estudos, destaca-se a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), teoria desenvolvida por Lenio Streck, que se dedica a construir uma teoria da decisão, inserida justamente “no contexto do constitucionalismo contemporâneo que redefiniu o Direito Público, a partir de uma reconstrução de todo o fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional”.⁷³

⁶⁸ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 12.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 18.

⁷¹ *Ibidem*, loc.cit.

⁷² *Ibidem*, p. 57.

⁷³ TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, 28 nov. 2017, p. 323.

Apesar de a Crítica Hermenêutica do Direito ter como uma de suas principais funções⁷⁴ uma Teoria da Decisão⁷⁵, ela possui um *status* científico de *matriz teórica*⁷⁶ hábil para fornecer subsídios para a o tema proposto neste trabalho, fornecendo aportes importantes para a análise sobre a atuação da Fazenda Pública em juízo, que, ao fim e ao cabo representa tanto o Estado quanto os julgadores submetidos aos deveres de estabilidade, coerência e integridade.

Desses aportes, destacam a ideia de coerência e integridade como propulsores da igualdade (como visto, também estampados no art. 926 do CPC), o dever de fundamentação e a resposta adequada à constituição.

No contexto específico do artigo 926 do CPC há um elemento importante que mostra o quão necessário (e inevitável) se faz o cotejamento desses institutos com o referencial teórico da CHD, isso porque, “por intermédio da Crítica Hermenêutica do Direito, foi retirado o livre convencimento (art. 371) e introduzida textualmente a exigência de coerência e integridade”⁷⁷, ou seja, a forte influência da teoria de Streck nos dão direção - nesse revolver do chão linguístico - dos caminhos (teóricos e práticos) trilhados até a edição do art. 926 do CPC.

Somadas à coerência e integridade, a tese da *resposta adequada à Constituição (RAC)* fundada por Lenio Streck também será abordada neste capítulo, dando mais corpo ao debate central proposto por este trabalho.

Essas chaves de leitura protagonizadas pela CHD darão, no capítulo final, subsídio para um olhar voltado à atuação da Fazenda Pública como parte processual, e seu agir constitucionalmente adequado.

⁷⁴ São duas as suas principais funções, descritas no título 3.1

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

⁷⁶ “a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, que assume, nos últimos anos, o status científico de verdadeira matriz teórica – na medida em que reúne pressupostos epistemológicos, que aliam a hermenêutica filosófica de Gadamer à teoria interpreinterpretativista de Dworkin; aparato conceitual, composto por categorias e definições próprias; método determinado, no caso o “método” fenomenológico-hermenêutico –, servindo de referencial para a construção de inúmeras teses e dissertações em programas de pós-graduação em todo o país. (TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, 28 nov. 2017, p. 325.)

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 45.

3.1 A Crítica Hermenêutica do Direito

Assim como o Direito é tratado por Streck como um fenômeno complexo, a Crítica Hermenêutica do Direito também possui uma complexidade compatível e, por esta razão, serão expostos algumas de suas diretrizes, de maneira não exaustiva, e em linhas gerais, com o intuito de elas possam ampliar os horizontes de análise para o que esse trabalho se propõe.

Por carregar o termo *hermenêutica*, uma consideração inicial precisa ser feita sobre a CHD: “a hermenêutica que conduz a Crítica Hermenêutica do Direito não possui um viés instrumental (...) esta Teoria compreende a hermenêutica como um verdadeiro paradigma filosófico”.⁷⁸ Isso porque, como bem destaca Rafael Tomaz de Oliveira,

A concepção ainda predominante sobre a hermenêutica em muitos círculos jurídicos continua vinculada, ainda que de forma inconsciente, com esse modelo clássico, pré-Schleiermacher, que a encara como uma disciplina acessória, com função meramente auxiliar, espécie de apêndice da ciência do direito. Hermenêutica, nesse sentido, diz respeito a um tipo de arte ou teoria que se destina a criar métodos ou estratégias para auxiliar na compreensão e interpretação dos textos jurídicos⁷⁹

Contudo, assim como a CHD, a hermenêutica contemporânea⁸⁰ reflete mais do que um conjunto de métodos à disposição do intérprete para compreender o Direito, “trata-se de verdadeira filosofia e, portanto, não de uma disciplina acessória, mas

⁷⁸ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto** - a Crítica Hermenêutica do Direito? São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 52.

⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63.

⁸⁰ “A superação da hermenêutica clássica – ou daquilo que tem sido denominado de hermenêutica jurídica como técnica no seio da doutrina e da jurisprudência praticadas cotidianamente –, implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto, isto é, que o texto não carrega, de forma reificada, o seu sentido (a sua norma). As palavras não “carregam” o seu próprio sentido ou seu sentido próprio. Trata-se de entender que entre texto (lei) e norma (sentido da lei) não há uma equivalência e tampouco uma total autonomização. Entre texto e norma há, sim, uma diferença, que é ontológica, isto porque – e aqui a importância dos dois teoremas fundamentais da hermenêutica jurídica-filosófica – o ser é sempre o ser de um ente e o ente só é no seu ser. O ser existe para dar sentido aos entes. Por isso há uma diferença ontológica (não ontológico-essencialista) entre ser e ente, tese que ingressa no plano da hermenêutica jurídica para superar, tanto o problema da equiparação entre vigência e validade, como o da total cisão entre texto e norma, resquícios de um positivismo jurídico que convive com uma total discricionariedade no ato interpretativo. A incorporação da diferença ontológica da fenomenologia hermenêutica foi incorporada por minha *Crítica Hermenêutica do Direito* para melhor podermos compreender a diferença entre lei e Direito.” (Idem. *Hermenêutica Jurídica*. **Estadão**, 2024. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 09 abr. 2024.)

fundante e, em termos gadamerianos, vinculada à própria existência e sua vinculação com a linguagem”.⁸¹

Feita essa ressalva inicial, e seguindo a nomenclatura desta teoria, o termo *crítica* remete à proposta inaugurada por Kant, e tem como objetivo estudar as condições de possibilidade do próprio conhecimento enquanto tal.⁸² A CHD “surgiu como uma proposta teórica que desde o seu princípio se propôs a realizar uma análise do fenômeno jurídico”.⁸³

Como toda teoria que se assenta em determinadas bases teóricas, a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) é uma teoria produto da imbricação da *filosofia hermenêutica* de Martin heidegger, da *hermenêutica filosófica* de Hans-Georg Gadamer, e da *teoria interpretativista* de Ronald Dworkin,⁸⁴ mas que nem por isso tem a pretensão de “‘heideguerizar’, ‘gadamerizar’ ou tampouco ‘dworkinizar’ o Direito, ao contrário, tem-se uma teoria que assume um lugar de fala e que não busca dissimular o que propõe”.⁸⁵

Streck chama essa fusão de horizontes entre teorias de incorporação antropofágica. Em suas palavras,

os referidos pensadores, cada um em seu nível de contribuição epistêmica, foram incorporados antropofagicamente para construir a CHD. Ou seja, não é Heidegger e nem Gadamer simplesmente aplicados ao Direito, de modo direito/instrumental. Isso seria um equívoco, uma vez que ambos não tratam diretamente das especificidades do fenômeno jurídico. Deste modo, contribuem como cosmovisão básica.⁸⁶

Por fundar-se como uma matriz teórica de fundamentos filosóficos e de Teoria do Direito, foi possível que a CHD (re)pensasse o fenômeno jurídico a partir de suas

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 63.

⁸² QUARELLI, Vinicius. **O que é isto - a Crítica Hermenêutica do Direito?** São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 53.

⁸³ Ibidem, loc.cit.

⁸⁴ Ibidem, p. 52.

⁸⁵ BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinicius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **ConJur**, 11 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 09 mar. 2024.

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Para compreender direito: a hermenêutica jurídica**. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 22.

mais variadas expressões, como o positivismo jurídico, a doutrina, o ensino jurídico, a prática e a decisão judicial, entre outros.⁸⁷

A compreensão de que o Direito é um fenômeno interpretativo é de suma importância para a CHD. Para Streck, estamos “condenados à interpretar”⁸⁸, e é justamente em razão de existirem desacordos teóricos, empíricos e morais que conduzem a prática jurídica que a fundamentação adequada das decisões judiciais é condição de possibilidade de um sistema jurídico que se pretenda legítimo.⁸⁹

A decisão judicial, portanto, ganha um papel de destaque, onde um de seus pilares é a tese da *resposta adequada à Constituição (RAC)*⁹⁰, demonstrando, assim, seu caráter antirelativista e antidiscrecional, que aposta na “tradição, na coerência e na integridade como formas de conter as ‘contingências’ do Direito”.⁹¹

Para isso, a CHD

dedica-se a uma *teoria da decisão de modelo construtivista*, vale dizer, uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento, exigindo a construção de uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do Direito da comunidade política.⁹²

As bases teóricas e os fenômenos jurídicos que estabeleceram a condição de possibilidade para a fundação da CHD são mais extensas que as citadas, como, por exemplo as influências do giro ontológico-linguístico⁹³, a superação do método

⁸⁷ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto** - a Crítica Hermenêutica do Direito? São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 53.

⁸⁸ “Temos uma estrutura do nosso modo de ser no mundo, que é a interpretação. Podemos dizer, então, que estamos condenados a interpretar. O horizonte do sentido nos é dado pela compreensão que temos de algo. Compreender é um existencial, que é uma categoria pela qual o homem se constitui. A faticidade, a possibilidade e a compreensão são alguns desses elementos existenciais. É no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exurgirá a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete.” (STRECK, Lenio Luiz. **Estamos condenados a interpretar**. Estado da Arte – revista de cultura, artes e ideias. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em 13 fev. 2023.)

⁸⁹ QUARELLI, Vinicius. Op.cit., loc.it.

⁹⁰ Essa tese e seus fundamentos estão explorados no capítulo 3.3.

⁹¹ QUARELLI, Vinicius. Op. cit., loc.cit.

⁹² TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, 28 nov. 2017, p. 323.

⁹³ “O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, a partir do que se pode dizer que o que morre é a subjetividade “assujeitadora” e não o sujeito da relação de objetos (refira-se que, por vezes, há uma leitura equivocada do giro linguístico, quando se confunde a subjetividade com o sujeito ou, se assim se quiser, confunde-se o sujeito da filosofia da consciência [S-O] com o sujeito presente em todo ser humano e em qualquer relação de objetos). Com o giro ontológico-linguístico, o sujeito não

clássico de interpretação⁹⁴; como dito, os elementos estruturais da *filosofia hermenêutica* heideggeriana e da *hermenêutica filosófica* de Gadamer; os ensinamentos de Luis Alberto Warat e Ernildo Stein; bem como as lições de Ronald Dworkin.⁹⁵

Por convergir com o escopo deste trabalho, no capítulo seguinte será abordada parte das teorias de Dworkin e sua correlação tanto com a CHD quanto com os dispositivos do CPC/15. Por ora, se mostra relevante destacar pelo menos duas das

é mais o fundamento do conhecimento. Ele não mais é o senhor dos sentidos. A partir da virada hermenêutica, estamos em um mundo no qual quando perguntamos sobre como o compreendemos, já chegamos tarde para responder a essa indagação com um fundamento último. Já estamos desde sempre em um mundo que se antecipa ao momento em que teorizamos sobre como o compreendemos. Não há, assim, linguagem privada para estabelecer sentidos do mundo; há, sim, somente linguagem pública. Essa é a grande contribuição da viragem linguística e a aproximação do segundo Wittgenstein com a hermenêutica. Existem estruturas prévias que precedem o conhecimento. Isto quer dizer que o sentido não estará mais na consciência (de si do pensamento pensante), mas, sim, na linguagem pública, como algo que produzimos e que é condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não nos relacionamos diretamente com os objetos, mas com a linguagem, que é a condição de possibilidade desse relacionamento.”.

(STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020.) Sobre o tema, ver, também: OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

⁹⁴ “ A hermenêutica jurídica praticada no plano da cotidianidade do Direito deita raízes na discussão que levou Gadamer a fazer a crítica ao processo interpretativo clássico, que entendia a interpretação como sendo produto de uma operação realizada em partes (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi, subtilitas applicandi*, isto é, primeiro compreendo, depois interpreto, para só então aplicar). Isso ainda está presente até hoje no âmbito da interpretação e aplicação do Direito. Como se fosse possível primeiro o intérprete ter acesso a uma realidade nua e crua e depois a ela (ou sobre ela) colocasse um sentido. Tudo isso ainda a ser complementado pelo “momento” em que o intérprete passa a verificar a compatibilidade desse fato à lei. Entre vários problemas que esse fatiamento epistêmico representa, tem-se que a impossibilidade dessa cisão implica a impossibilidade de o intérprete retirar do texto algo que o texto possui-em-si-mesmo, numa espécie de *Auslegung*, como se fosse possível reproduzir sentidos. Ao contrário, para Gadamer, fundado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois “terrenos separados”, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.” (Idem. *Hermenêutica Jurídica*. **Estadão**, 2024. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 09 abr. 2024)

⁹⁵ Para melhor compreensão sobre as bases teóricas da CHD, ver: TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito*. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, 28 nov. 2017. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos.; QUARELLI, Vinicius. **O que é isto - a Crítica Hermenêutica do Direito?**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024; e, claro, as obras originais sobre os temas: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020; STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.; STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

funções inerentes da CHD: i) confrontar problemas de um país de modernidade tardia; e ii) demonstrar como e porque a Crítica Hermenêutica do Direito é o cerne de uma teoria da decisão.⁹⁶ Nas palavras de Quarelli, essas funções são resumidas nos seguintes termos:

Sobre a questão da *modernidade tardia*: um dos argumentos basilares de Streck é o de que o Brasil é um país em que as promessas da modernidade sequer foram cumpridas. Isto porque os Direitos humanos, sociais e fundamentais ainda são promessas que padecem de realizabilidade e daquilo que o autor denomina *baixa constitucionalidade* (quando tenta-se compreender o novo com olhos do passado e com isso se impossibilitando que o Direito assimile as conquistas do constitucionalismo). Para o autor, essa seria uma realidade sustentada por práticas dogmático-jurídicas que não permitem a realização desses (novos) direitos. Dito de outra forma: o Direito precisa ser levado mais a sério e em face disso exsurge a necessidade de também levarmos a Constituição a sério.⁹⁷

Ainda sobre as funções preponderantes, Quarelli destaca que

Sobre a questão da *decidibilidade*: *Verdade e Consenso* desvela os vários problemas que a falta de uma Teoria da Decisão traz para o Direito como um todo (vide o da discricionariedade) e, em resgate ao fenômeno jurídico, nos aponta que a CHD pode também ser interpretada com uma Teoria da Decisão. Ainda, argumenta que precisamos de uma Teoria da Decisão porque juízes deve(ria)m decidir por princípio, e não por conveniência. Mas também considerando que decidir também não é o mesmo que escolher, essa distinção faz exsurgir a preocupação da Teoria em comento em pavimentar as condições pelas quais uma decisão judicial pode perfazer-se legítima.⁹⁸

Um último ponto para esta sequência inaugural e geral da CHD: esta teoria é uma ruptura e não uma continuidade dos pressupostos do positivismo jurídico (teorias anteriores), podendo ser, inclusive, entendida como uma teoria não positivista, dada a sua autêntica preocupação com a decisão judicial, ao contrário daquilo que veio antes (positivismo jurídico).⁹⁹ Portanto, uma antítese às variadas formas de positivismo jurídico¹⁰⁰ desenvolvidas em Teoria do Direito.

⁹⁶ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto** - a Crítica Hermenêutica do Direito? São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 55.

⁹⁷ Ibidem, p. 55-56.

⁹⁸ Ibidem, loc.cit.

⁹⁹ Ibidem, loc.cit.

¹⁰⁰ Nas palavras de Gilberto Morbach, “‘O positivismo jurídico’, diz Lenio Streck, ‘é um fenômeno complexo’. Uma das razões por trás dessa complexidade fundamental é a existência de uma vasta série de concepções e teorias, cada qual com suas respectivas peculiaridades e nuances, cujos

3.2 Coerência e integridade, a Crítica Hermenêutica do Direito e o Código de Processo Civil Brasileiro

Como vimos, a Crítica Hermenêutica do Direito incorpora à sua teoria da decisão a ideia de respeito à coerência e integridade do Direito. Esses critérios são reivindicados pela CHD a partir da teoria de Ronald Dworkin (um dos marcos teóricos que fundamentam a teoria de Streck).

Dworkin (1931-2013) é, provavelmente, um dos teóricos do direito mais influentes da língua inglesa de sua geração¹⁰¹, e seus ensinamentos são tão extensos¹⁰² quanto complexos. Esgotar o estudo de sua obra, aqui, além de impossível, não passa pelo objetivo central do trabalho. A ideia é que, a partir dos aportes do autor americano, incorporados pela CHD de Lenio Streck, seja possível dialogar com os “dilemas” da Fazenda Pública em juízo postos ao final, logo, temas centrais para esse escopo, serão trabalhados neste capítulo.

Para compreendermos Dworkin é preciso ter em mira que o grande diferencial “do conjunto de sua obra, escrita, dentre outros aspectos, com a pretensão de ruptura com o juspositivismo, está no reconhecimento do Direito como uma atividade interpretativa”.¹⁰³

principais expoentes são intitulados (ou se autodenominam) ‘positivistas’”. MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Jus Podivm, 2020. p. 29-30. Sobre o tema, Lenio Streck faz uma importante abordagem aos diversos tipos de positivismo e sua genealogia no verbete *Positivismo Jurídico*, de seu dicionário Cf. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão: diálogos com Lenio Streck**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 263-328.

¹⁰¹ BIX, Brian H. **Teoria do direito - fundamentos e contextos**. Tradução de Gilberto Morbach. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 121.

¹⁰² O autor americano “não foi somente um círculo do positivismo jurídico; foi, também, um grande crítico do pragmatismo (sobretudo, na versão de Richard Posner), da proposta originalista de interpretação constitucional (tendo seu antagonista no então juiz da Suprema Corte Antonin Scalia), do pluralismo de valores (personificado por Isaiah Berlin). Naturalmente, também não foi somente um crítico, um teórico negativo: enquanto desenvolvia suas tão amplas críticas, Dworkin acabou também por articular ao longo dos anos, uma concepção original, muito própria, acerca do direito, da prática jurídica, da teoria política e da justiça, e, em sentido mais amplo, da filosofia moral - em um projeto que se apresenta como unitário e coerente.”. (MORBACH, Gilberto. Op.cit., p. 157-158.)

¹⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 43.

Ao considerar o Direito uma *prática social*,¹⁰⁴ para Dworkin, o papel do teórico do direito é interpretá-la.¹⁰⁵ Essa atividade interpretativa é dividida pelo autor em três etapas, considerando que há necessidade, em uma comunidade, de que haja consenso em diferentes graus para cada etapa, são elas:

Primeiro, deve haver uma etapa “pré-interpretativa” na qual são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. (Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são textualmente identificadas romances, peças etc., isto é, a etapa na qual o texto de *Moby Dick* é identificado e distinguido do texto de outros romances.) Coloco “pré-interpretativo” entre aspas porque, mesmo nessa etapa, algum tipo de interpretação se faz necessário. As regras sociais não têm rótulos que as identifiquem. Mas é preciso haver um alto grau de consenso - talvez uma comunidade interpretativa seja bem definida como necessitando de consenso nessa etapa - se se espera que a atitude interpretativa dê frutos, e podemos, portanto, nos abstrair dessa etapa em nossa análise ao pressupor que as classificações que ela nos oferece são tratadas como um dado na reflexão e argumentação do dia a dia.

Em *segundo* lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa. Isso vai consistir numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral. A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.

Por *último*, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste a sua ideia daquilo que a prática “realmente” requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa.¹⁰⁶

Não é da “vagueza e da ambiguidade” dos textos jurídicos que exsurge essa característica interpretativa, mas seu oposto, “trata do reconhecimento de que essa

¹⁰⁴ “Segundo Dworkin, afirmar que o direito é uma ‘prática social’ implica em 1) manter atenção à atividade desenvolvida por certos agentes, tais como os advogados, os legisladores, os juízes, ou, mesmo, os ‘cidadãos comuns’; isso, com maior prioridade do que a simples individualização do objeto interpretado, ou seja, decretos, leis ou sentenças. Porque, embora possam auxiliar na inteligibilidade da atividade, eles pouco auxiliam na individualização do que seja o “direito”. Ademais, sendo uma prática como prática 2) supõe fins ou objetivos a serem alcançados, além de 3) um ‘sentido da prática’. Esses pontos, pontos 2 e 3, são importantes, sobretudo, para se entender que para determinar o direito de uma comunidade é preciso observar a função desenvolvida no envoltório de todos os participantes da atividade jurídica, ou seja, afirmar que o direito consiste apenas em ‘atividade do legislador’ é narrar tão somente uma ‘parte da história’”. (SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 184.)

¹⁰⁵ *Ibidem*, loc.cit.

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 81-82.

dimensão interpretativa é, por assim dizer, cotidiana, construtiva das práticas sociais”,¹⁰⁷ daí a importância de compreender que para o autor americano, o Direito se perfaz em uma prática social.

Esse conceito interpretativo, portanto, não representa uma defesa à posturas relativistas dos casos, mas sim que a dimensão interpretativa tem sua origem na divergência (parada reflexiva sobre determinada prática jurídica) para sustentar a existência de respostas corretas no Direito, edificadas pelo esforço de encontrar a melhor interpretação possível de determinado problema jurídico.¹⁰⁸

Assim, considerando o Direito como a prática social

sendo o Direito a prática social que garante a legitimidade para o uso da força do Estado, a melhor interpretação será aquela que articula coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes, etc.) a fim de que toda decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser. Dito de outro modo, a divergência é resolvida com a melhor justificação.¹⁰⁹

A interpretação jurídica não deve ser encarada pelos juristas como uma atividade *sui generis*, mas sim como uma atividade geral, um modo de conhecimento que não deixa de lado outros contextos dessa atividade.¹¹⁰

Dworkin propõe uma *interpretação construtiva* na qual a justificação “deve atender aos princípios de moralidade política que (con)formam o direito, impedindo, assim, os juízes de incorrer em qualquer espécie de decisionismo”¹¹¹

Neste cenário, com o intuito de ilustrar o processo de aprendizado social pressuposto à prática social (interpretativa) que é o Direito, Dworkin desenvolve sua metáfora do *romance em cadeia*, descrevendo-a como uma forma de que a interpretação do direito possa ser construída como a extensão de uma história institucional desenvolvida a partir de uma série de decisões, estruturas, convenções e práticas.¹¹² Nas palavras do autor

¹⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 44.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 43.

¹⁰⁹ Ibidem, loc.cit.

¹¹⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 220.

¹¹¹ STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25.

¹¹² Ibidem, p. 23-24.

Podemos encontrar uma comparação ainda mais fértil entre literatura e direito ao criarmos um gênero literário artificial que podemos chamar de “romance em cadeia”. Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (...) Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.¹¹³

No romance em cadeia a criação do próximo capítulo pelo intérprete não parte de um grau zero de sentido, ela precisa levar em consideração toda a história que foi construída até então, revelando, assim, não só a complexidade da tarefa do julgador, mas também uma ideia de integridade da história, aqui trazida para o Direito.

Na linha da concepção de responsabilidade política, a integridade do direito demanda que uma decisão esteja fundada na melhor interpretação possível para cada caso, sendo que a prestação de contas dessa interpretação se viabiliza por meio da motivação utilizada pelo julgador na decisão proferida.¹¹⁴ Esta motivação ainda que, “seja obra de um espécime particular do gênero humano, com sua própria intencionalidade, pré-conceitos, desejos, paixões etc., possa espelhar um conjunto de princípios compartilhados por toda a comunidade política”.¹¹⁵

Nas palavras de Dworkin,

O direito como integridade pede que os juizes também admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pedem-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.¹¹⁶

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 275-276.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 66.

¹¹⁵ Ibidem, loc.cit.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. Op. cit., loc.cit.

Antes de seguirmos com a ideia de integridade, é preciso abriremos um parêntese. Dworkin diferencia princípios jurídicos de regras jurídicas¹¹⁷, considerando princípio como “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável”,¹¹⁸ mas sim “porque é uma exigência de justiça ou equidade, ou alguma outra dimensão da moralidade”¹¹⁹, numa espécie de normatividade principiológica¹²⁰ a ser observada.

A partir do conceito de princípios, na ideia de integridade dworkiniana,

os cidadãos de uma comunidade de princípio almejam não simplesmente princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que quisessem, mas os melhores princípios políticos que a comunidade possa encontrar.¹²¹

A integridade representa a “a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância”.¹²² A integridade também faz da aplicação do Direito um jogo limpo (*fairness*), ou o mesmo que tratar todos os casos de forma igualitária.¹²³

¹¹⁷ “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39.)

¹¹⁸ Ibidem, p. 36.

¹¹⁹ Ibidem, loc.cit.

¹²⁰ “a normatividade assumida pelos princípios possibilita um ‘fechamento interpretativo’ próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como observamos na teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 374.) Neste sentido, “quanto Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de *argumentos de princípios* e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados preventivamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’ como enunciados assertóricos ou categorias (significados primordiais-fundantes). Na verdade, quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem constar do ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, da sociedade, esportes etc. - ele deve decidir por princípios). É preciso compreender que essa ‘blindagem’ contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido - e acertadamente - de que não tem sentido, em um Estado Democrático de Direito, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os ‘casos difíceis’”. (STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.)

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 263.

¹²² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 44.

¹²³ Ibidem, loc.cit.

Lenio Streck traz um exemplo interessante acerca da integridade que cabe muito bem para o objeto deste trabalho:

Pode parecer, para os procuradores do Estado de todo o Brasil, que seja injusto, inadequado ou impertinente que o governador do estado possa nomear livremente o procurador-geral do Estado. Entretanto, a integridade do Direito aponta para a prerrogativa do chefe do Poder Executivo, conforme deixou claro o Supremo Tribunal Federal na decisão do ministro Lewandowski, ao deferir liminar na ADI 5.211 suspendendo a eficácia da Emenda à Constituição da Paraíba 35/2014, que, no caso, impedia o governador de escolher o procurador-geral dessa unidade da federação.¹²⁴

A integridade representa uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, freando de forma efetiva atitudes solipsistas-voluntaristas e evitando que haja dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais.¹²⁵

Outro elemento da teoria dworkiniana, absorvida pela CHD, é a ideia de coerência. Faz-se necessário reprimir a advertência feita por André Karam Trindade¹²⁶, de que o tema coerência não é monopólio de Dworkin, pois aparece como elemento central da teoria da argumentação de Neil MacCormick¹²⁷, e também é um conceito fundamental para a *teoria narrativista do direito* de José Calvo González.¹²⁸

A coerência “liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si”,¹²⁹ é, portanto, “um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento”.¹³⁰

Exigir coerência é mais profundo do que simplesmente seguir, a cada nova decisão, o que já foi decidido anteriormente, porque exige, além disso, consistência

¹²⁴ Idem. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., loc.cit.

¹²⁶ Idem.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 18-19.

¹²⁷ MARTINS, Argemiro; ROESLER, Cláudia; JESUS, Ricardo Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, p. 207-221, 2011.

¹²⁸ Para Calvo González, “a coerência narrativa deve ser entendida como um mecanismo de construção dos sentidos, que poderá atuar exclusivamente na condição de critério de verossimilhança”. (GONZÁLEZ, José Calvo. **O direito curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.)

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., loc.cit.

¹³⁰ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 44.

em cada decisão com moralidade política instituidora do próprio projeto civilizacional em que se imprime o julgamento.¹³¹

Enquanto a integridade traz um aspecto mais valorativo/moral, a coerência revela-se com um *modus operandi*, a forma para alcançá-la.¹³²

Dworkin faz importante questionamento nessa complementaridade entre coerência e integridade ao indagar se a integridade não seria apenas a coerência sob uma nomenclatura mais grandiosa.¹³³ O autor responde da seguinte forma

Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.¹³⁴

O respeito à coerência e à integridade faz parte dos cinco princípios¹³⁵ que constituem o *minimum aplicandi* na decisão judicial para a teoria da decisão de Streck, e um ponto sobre esse padrão fundante da CHD, que impacta neste trabalho, é justamente o fato de que a noção de coerência e integridade do art. 926 do CPC não deve ser lida exclusivamente para a decisão judicial, “mas da atribuição de responsabilidade política de todos os atores jurídicos”.¹³⁶

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 159.

¹³² Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 44.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 263.

¹³⁴ Ibidem, p. 263-264.

¹³⁵ Os cinco princípios (padrões) que devem ser obedecidos em cada decisão são os seguintes: **a)** preservar a autonomia do direito; **b)** estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; **c)** garantir o respeito à *integridade e à coerência* do direito; **d)** estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; **e)** garantir que cada decisão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Lenio Streck os aborda principalmente em: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 584-585; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 395.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 103.

Essa afirmação revela o alcance que a exigência introduzida pela Lei n. 13.105/15 traz para o ordenamento jurídico brasileiro, e como ela revela uma carga teórica bem maior do que uma leitura superficial se prestaria.

No contexto da decisão,

a doutrina da responsabilidade requer uma ‘consistência articulada’ nas decisões exaradas por agentes políticos. Essa consistência articulada depende de uma aderência a ser demonstrada pela decisão em dois níveis distintos: um primeiro ligado a um ajuste (*fit*) com relação às práticas jurídicas e os elementos institucionais envolvidos no ato (no caso da decisão judicial, Constituição, leis, precedentes etc.). Somado a isso, exige-se que esse ajuste aos elementos institucionais possa ser *justificado (justification)* em uma teoria política mais ampla, que justifique, ela mesma, as práticas específicas que se pretende aplicar. Esses fatores exigem que se analise os argumentos de *princípio* e os argumentos de *política* envolvidos pela questão.¹³⁷

O dever de coerência e integridade não significa o mesmo que segurança jurídica, tão comum no discurso jurídico pátrio. Isso porque, ao equipará-las, é o mesmo que se apegar “a categorias jurídicas pré-modernas e a todo contexto teórico metafísico (clássico) em que submergem a discussão doutrinária”,¹³⁸ isso é assim porque “*segurança e certeza* aparecem na praxe jurídica como ‘valores’ autorreferentes, desarticulados, descarnados, ontologicistas e algo teológicos”,¹³⁹ e esse discurso é ultrapassado ao passo que “se valores valem mais que o Direito, então não há mais Direito.”¹⁴⁰

A exigência de coerência e integridade é refratária a voluntarismos e é a antítese ao panprincipiologismo¹⁴¹ pois sempre que se “inventa” um “princípio”,

¹³⁷ Idem.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Heremênutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58.

¹³⁸ Idem. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 129.

¹⁴⁰ STRECK, Lenio. Op.cit., loc.cit.

¹⁴¹ Sobre o panprincipiologismo, Streck define que “Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional. Esse ativismo demonstra também que a sua ratio possui uma origem solipsista, o que se torna problemático, porque a democracia e os avanços passam a depender das posições individuais dos juízes e dos tribunais(...) Sem qualquer possibilidade taxonômica acerca da matéria, esses enunciados (com pretensão assertórica e performativa) cumprem a função de metarregras. Com eles, qualquer resposta pode ser correta. Aliás, sempre haverá um enunciado desse jaez aplicável ao ‘caso

quebra-se a integridade e a cadeia coerente do discurso jurídico.¹⁴² A ideia do romance em cadeia é violada.

Neste sentido,

Respeitar ou agir de forma coerente e íntegra quer dizer: o ato de aplicar a lei possui responsabilidade política. Um sistema jurídico que tem na coerência e integridade o seu vetor de racionalidade, nem precisaria ter mecanismos formais de vinculação jurisprudencial. Se o judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, conseqüentemente, da integridade. Julgamentos que lançam mão de argumentos morais inexoravelmente quebrarão a cadeia de coerência, uma vez que a integridade estará comprometida.¹⁴³

Há uma série de exemplos que violam ou cumprem com o dever de integridade na prática jurídica brasileira.¹⁴⁴ O fato é que, assim como sugere Streck, a coerência

concreto', que acaba sendo 'construído' a partir de grau zero de significado. Sua multiplicação se deve à errônea compreensão da tese de que os princípios proporcionariam uma abertura interpretativa, quando, em verdade, sua função é de fechamento interpretativo." (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário senso incomum** - mapeando as perplexidades do Direito. São Paulo: Editora Dialética, 2023. p. 173-174.) Sobre o tema, ver, também o verbete destinado ao *pamprincipiologismo* in; STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 253-256.

¹⁴² Idem.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 159.

¹⁴³ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 46.

¹⁴⁴ Lenio Streck elenca alguns exemplos: "a) O STF decidiu na ADI 2.591, corretamente, que o Código do Consumidor se aplicará às instituições financeiras. Por exemplo, seria coerente continuar a decidir pela não aplicação do CDC aos contratos bancários. Ou seja, pode-se ser "coerente no erro". Todavia, haveria aqui integridade decisória? Poderíamos encontrar diversos padrões de ajuste normativo para esta decisão exclusivista. b) O STF ter permitido a pesquisa com células-tronco foi uma imposição da integridade, em um sistema que autoriza o aborto decorrente de estupro e, ao mesmo tempo, a reprodução *in vitro*. c) Violou a coerência/integridade do Direito o julgamento proferido pelo STF no RE 428.991, em que foi acolhida a pretensão de servidor público no sentido de ter um benefício financeiro reajustado com base em interpretação de lei e decreto estaduais. A justificativa para isso foi a suposta *insubsistência da tese de que a ofensa à Carta da República suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário há de ser direta e frontal*. Porém, essa tese permanece sendo aplicada pelo STF em situações idênticas, uma vez que decorrente de sua tradição jurisprudencial (súmulas 279 e 280). d) Violou a integridade do Direito o julgamento proferido pelo STF no RE 522.771, no qual os embargos de declaração foram transformados em agravo regimental e aplicada à parte embargante a multa cominada ao agravo tido por protelatório, prevista no artigo 557, parágrafo 2º, do CPC, a qual, além de mais alta do que a multa fixada para o manejo de embargos (não reiterados) protelatórios (artigo 538, parágrafo único), exige o depósito de seu valor para a interposição de novo recurso. Esse julgado atenta contra os princípios da segurança jurídica e da legalidade, ferindo de morte a *integridade* do Direito. Isto é, por mais esdrúxulos (e inconstitucionais em face do artigo 93, X, da Constituição Federal) que sejam os embargos de declaração, isso nunca foi declarado e, portanto, devem ser recebidos quando a parte deles se vale. e) Quebrou a integridade a decisão do STF que, ao julgar o HC 126.292, deu uma sobre-super-interpretação à expressão "trânsito em julgado" prevista no artigo 5, inciso LVII, da Constituição, silenciando acerca da exigência prevista no artigo 283 do Código de Processo Penal." (Idem. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade

e a integridade, expostas no art. 926 do CPC, devem ser lidas não só como “chaves de leitura” do CPC, mas como “vetores *princípios*” pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido., pois elas atribuem responsabilidade política não só para o julgador, mas para todos os atores do sistema jurídico.

É nesse contexto de “leitura” que a atuação processual da Fazenda Pública está inserida: em um ordenamento em que a coerência e integridade ultrapassa a seara das decisões, e guia inclusive a atuação processual de seus agentes.

Além desses importantes aportes que a teoria de Dworkin e que a CHD nos fornece, outra teoria erigida por Lenio Streck - com bases dworkinianas e estritamente ligada à coerência e integridade -, nos dará subsídios para o debate final deste trabalho: a teoria da *resposta adequada à Constituição (RAC)*.

3.3 A resposta adequada à Constituição

Não é novidade a discussão sobre a possibilidade e/ou necessidade de respostas corretas no Direito, nem mesmo que essa busca mantenha suas raízes na história da filosofia e no próprio debate fundamental sobre a verdade.¹⁴⁵

Um dos planos de fundo que influencia Dworkin propor sua tese da *resposta correta* e que também leva Streck a desenvolver a *resposta adequada à Constituição (RAC)* é a influência do positivismo jurídico¹⁴⁶ e algumas de suas características, em especial, a discricionariedade judicial¹⁴⁷ e a falta de preocupação com uma teoria da decisão.

no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 09 abr. 2024.)

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 385.

¹⁴⁶ Aqui tratamos o positivismo jurídico *lato sensu*, porém, é preciso destacar que há diferentes positivismos jurídicos, desenvolvidos ao longo da história. Sobre o assunto, ver o verbete *Positivismo Jurídico* constante em STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 385.

¹⁴⁷ “O positivismo de Herbert L. A. Hart tenta fugir desse dilema, mostrando de que maneira o Direito já operária entre um e outro extremo, na existência de regras jurídicas identificáveis nos contextos sócio-práticos. Contudo, empaca diante dos tais casos difíceis, nas chamadas zonas de penumbra, em que relega a decisão à discricionariedade do juiz que atuaria como se fosse um legislador intersticial.” (Ibidem, loc.cit.)

Herbert L. A. Hart, em sua clássica obra *O conceito de Direito*,¹⁴⁸ ao instituir o conceito de *zona de penumbra* dos casos difíceis, dá ao julgador discricionariedade para decidir e preencher esses espaços, atuando “como se fosse um legislador intersticial”.¹⁴⁹

Em um ataque ao modelo de regras positivistas, Dworkin propõe a tese de que além das regras, há outro padrão normativo que atua na decisão, valendo-se, assim, da categoria normativa dos princípios.¹⁵⁰

A partir das primeiras críticas à discricionariedade judicial, Dworkin desenvolve a sua tese da *resposta correta*¹⁵¹ buscando fugir da “determinação causal do Direito pelas práticas jurídicas convencionais, como foge também da sua ‘invenção’ pelas preferências pessoais do juiz ou por metas políticas”.¹⁵² Como vimos no capítulo anterior, Dworkin assume um compromisso com a decisão judicial por meio da coerência e integridade normativas.

Nesse contexto, e a partir da ideia de que o Direito é um saber prático, Lenio Streck considera que o dever de toda teoria jurídica é procurar condições para a concretização de direitos e, simultaneamente, evitar decisionismos, discricionariedades e arbitrariedades interpretativas; logo, se o primeiro objetivo tem uma resposta com a superação do paradigma da subjetividade, o segundo passa por uma tarefa mais árdua, que é o alcance de uma resposta correta em cada caso (o cerne da discussão hermenêutica).¹⁵³

Ao propor o filtro da Crítica Hermenêutica do Direito, construída (também) a partir da hermenêutica filosófica,¹⁵⁴ Streck afirma ser

¹⁴⁸ HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 385

¹⁵⁰ Ibidem, loc.cit.

¹⁵¹ Dworkin destaca que “Os princípios do direito são às vezes tão equilibrados que os que favorecem o demandante parecerão, tomados em conjunto, mais fortes a alguns advogados, mas a outros, mais fracos. Sustento que mesmo assim faz sentido que cada uma das partes reivindique a prerrogativa de sair vencedora e, em decorrência disso, de negar ao juiz o poder discricionário de decidir em favor da outra” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 430.). Nesta passagem, fica evidenciada a admissão e a busca pela *resposta correta* fora da discricionariedade.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 386.

¹⁵³ Idem. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 69.

¹⁵⁴ Gadamer fornece suporte filosófico para a *resposta adequada à Constituição* quando afirma que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para as ‘coisas elas mesmas (...) Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são

possível alcançar aquilo que pode ser denominado “a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição”, que, se assim se quiser, também pode ser chamada de “resposta correta”. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos. Evidentemente, isso implica um reforço do locus privilegiado da situação concreta: a decisão de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema. E isso, como se sabe, já não é um (simples) problema de metodologia do direito: é um problema de democracia.¹⁵⁵

Evidenciando, assim, o problema da tomada de decisão, Streck fundou a tese da *resposta adequada à Constituição* (RAC) ligando a Crítica Hermenêutica do Direito e Teoria da Decisão, tratando-se de uma teoria que vai além da mera problematização.¹⁵⁶

Antes de seguirmos, uma parada é necessária para evitar equívocos semânticos: desenvolvida a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria do direito como integridade de Dworkin,¹⁵⁷ a teoria da *resposta adequada à Constituição* (RAC) é uma ampliação da tese da *resposta correta*

antecipações que só podem ser confirmadas ‘nas coisas’, tal é a tarefa constante da compreensão”. (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15 ed. Petrópolis: Editora Univesitária São Francisco, 2015. p. 355-356.)

¹⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 328.

¹⁵⁶ QUARELLI, Vinicius. **O que é isto - a Crítica Hermenêutica do Direito?**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 82.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 389.

de Dworkin,¹⁵⁸ apropriadas a partir de um movimento antropofágico.¹⁵⁹ Também não se trata da resposta correta proposta pelo procedimentalismo habermasiano;¹⁶⁰ não devendo haver confusão entre elas.

¹⁵⁸ “Isso não quer dizer que estou simplesmente aderindo à tese da única resposta certa proposta por Dworkin (the one right answer). Não devemos esquecer, já de início, a diferença entre o sistema jurídico da *common law* e da *civil law*, além do fato de que a tese aqui sustentada está baseada na hermenêutica filosófica, que – embora, a toda evidência, seja possível fazer uma aproximação Gadamer-Dworkin – não é a teoria de base adotada pelo jusfilósofo norte-americano. De todo modo, há que se compreender que “o juiz Hércules” é um tipo ideal e metafórico criado por Dworkin para demonstrar a tese da única resposta correta. Considero até mesmo sem relevância “prática” a discussão sobre se é possível uma única resposta correta. Além do mais, enquanto Dworkin sustenta que a indeterminação de regras jurídicas obriga a recorrer a direitos ou a argumentos principiológicos que se encontram fora da ordem jurídica positiva, não podendo, assim, ser identificados por meio de regra de reconhecimento, em sistemas jurídicos como o brasileiro essa questão assume outra dimensão, isto é, a Constituição abarca em seu texto um conjunto principiológico que contém a cooriginariedade – e nisso Habermas tem inteira razão – entre direito e moral, isto é, aquilo que Dworkin parece buscar “fora” do sistema já está contemplado em Constituições fortemente compromissórias e sociais como a brasileira. Portanto, na situação hermenêutica (no sentido gadameriano do conceito) da Constituição do Brasil, o discurso moral-principiológico não vem de fora, para atuar como “corretivo” para os “impasses” interpretativos, até porque, e isto parece evidente, o direito é aberto à moral, mas não é dela dependente, como quer, v.g., Alexy (embora ele negue tal circunstância). Calha, nesse sentido, a precisa lição de Arango, para quem os sistemas jurídicos que incorporam princípios substantivos ou materiais como normas básicas valorativamente decisivas (princípios como o Estado Democrático de Direito, o Estado Social, a dignidade da pessoa, a solidariedade social, a liberdade, a obrigação de erradicar a pobreza, a função social da propriedade) elevam ao patamar de obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal moral. E, citando Dreyer, as Constituições políticas dos Estados que incorporam aqueles princípios ao direito positivo como princípios juridicamente válidos e como expressão de e da ética política moderna estabeleceram uma relação necessária entre direito e moral, já que, com isso, se exige por direito próprio, em casos de vagueza e colisão, aproximar a noção do direito como é ao direito como deve ser.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 359-360.)

¹⁵⁹ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 45-46.

¹⁶⁰ Streck faz essa ressalva ao procedimentalismo principalmente porque a resposta correta neste segmento não é apurada de forma conteudística, “em Habermas, ‘a resposta correta é uma exigência contrafática da legitimidade da coação estatal em face da normatização das expectativas sociais de comportamento e do Estado Democrático de Direito’ (...) Em outros termos, a resposta correta proposta pela teoria do discurso habermasiana decorre da adequação do discurso de aplicação em relação à norma previamente validada (será, pois, um exame contrafático)”. (STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 328.)

As bases teóricas de Dworkin e Gadamer não se limitam a isso¹⁶¹, mas para ambas - assim como para a CHD -, não há grau zero de sentido;¹⁶² não há separação entre interpretação e aplicação;¹⁶³ e o decidir não pode ser tratado como uma escolha.

Sobre este último ponto, Streck leciona que tanto sentença quanto acórdãos são atos de *decisão* e não de *escolha*, são atos de poder em nome do Estado.¹⁶⁴ Essa diferença não tem um caráter valorativo, mas estrutural, isso porque não se trata de dizer que decidir é melhor do que escolher, vez que respostas a partir de escolhas são parciais, ao passo que respostas de decisão correspondem a respostas totais,¹⁶⁵ integrais, respostas do direito como integridade.

Portanto,

¹⁶¹ Limitamos alguns pontos de encontro para alcançar o objetivo do trabalho, sem que, com isso, fosse negligenciado conceitos importantes para as respectivas teorias. Tanto Gadamer quanto Dworkin possuem obras densas e complexas, e expô-las aqui seria uma tarefa hercúlea (para usar uma expressão dworkiniana) sem que, com isso, corrêsemos o risco de nos distanciarmos do objetivo central. Para melhor compreensão das bases teóricas dos autores citados, ver: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15 ed. Petrópolis: Editora Univesitária São Francisco, 2015; GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 2 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002; DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010; DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014; DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

¹⁶² “Se tradições são (re)construídas, (res)significadas, não se pode nunca perder de vista que elas já se inserem em uma dada tradição. Não há um ponto arquimédito. A tradição poderá ser autêntica ou inautêntica, e assim será na medida em que respeitar princípios mínimos que correspondem a um plano maior de intersubjetividade, de linguagem pública, que transcende as barreiras e as fronteiras de cada comunidade linguística específica. O próprio uso da linguagem é possível por, e, circularmente, tornar possível, o ser-no-mundo. Intersubjetividade, sabe-se, não é tudo. Porque também a intersubjetividade há de ser autêntica para que os sentidos por esta atribuídos assim o sejam. Rejeitar um essencialismo realista não significa aceitar a ideia de que não existe qualquer justificação racional, objetiva, que dê sentido a um sistema, prática, ação etc.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 414.)

¹⁶³ “Para Gadamer, baseado na hermenêutica filosófica, o intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung). O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmo. E essa atribuição de sentido não se dá em dois ‘terrenos separados’, como o sentido da lei e dos fatos. Não. Tudo se dá em um processo de compreensão, em que sempre já existe uma pré-compreensão. Ninguém pode falar em inconstitucionalidade sem saber o que é constituição.” (Idem. Estamos condenados a interpretar. **Estado da Arte – revista de cultura, artes e ideias**. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em 13 fev. 2023.)

¹⁶⁴ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 387.

¹⁶⁵ Ibidem, loc.cit.

há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano, de agir estratégico. Por isso, a democracia sempre corre perigo se a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, enfim, de uma criteriologia e, finalmente, sem mirar em uma resposta correta, que a partir da Crítica Hermenêutica do Direito denomino de resposta adequada à Constituição.

Isso não quer dizer que diante de um caso concreto não seja possível chegar em respostas diferentes, nem que, com a *RAC*, haja respostas prontas *a priori* (isso seria o mesmo que reipristinar as velhas teorias sintático-semânticas do tempo posterior à revolução francesa)¹⁶⁶, o argumento de Streck “*vem para afirmar que, como a verdade é que possibilita o consenso e não o contrário; no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados*”.¹⁶⁷

A fundamentação das decisões, neste cenário, é o caminho pelo qual os filtros da coerência e integridade poderão ser (a)testados. Há uma responsabilidade interpretativa do juiz que impede que ele profira uma decisão a partir de um fundamento pré-dado objetivamente ou por uma construção subjetiva, mas sim que a situe em um contexto intersubjetivo de fundamentação, uma “história” da qual não é livre para dispor.¹⁶⁸

A *RAC* pressupõe uma fundamentação adequada, e a redação do art. 489, § 1º do CPC¹⁶⁹ (correspondente ao art. 93, IX da CF¹⁷⁰) materializa a necessidade de

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

¹⁶⁷ Ibidem, loc.cit.

¹⁶⁸ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 391.

¹⁶⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁷⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

fundamentação, como um direito das partes, tratada por Streck como um *direito fundamental à resposta (constitucionalmente) adequada*. Assim,

O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas, porque isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica praticada pela Crítica Hermenêutica do Direito é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão a respostas definitivas (ou verdades apodíticas) nem sequer teria condições de ser garantida. A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação (...) A resposta adequada à Constituição, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, não pode – sob pena de ferimento do princípio democrático – depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da “verdade real” etc. Isso seria devolver o processo interpretativo ao paradigma da filosofia da consciência (e suas vulgatas).¹⁷¹

Dentro de sua tese, Streck elabora cinco princípios/padrões que correspondem a uma espécie de *minimum aplicandi* da decisão judicial, “como uma proposta de criteriologia, apresentada de forma coerente com uma concepção interpretativa (e não criterial) de Direito”¹⁷² no processo de construção da decisão judicial para, a partir dela, saber se está ou não adequada à Constituição. São eles:

a) **preservar a autonomia do direito**, abarcando a necessidade de *correção funcional* (designada por Müller como princípio autônomo que veda que a instância decisória venha a alterar a distribuição constitucionalmente normatizada das funções nem por intermédio do resultado dela), o respeito à *rigidez do texto constitucional* (que blinda o direito contra as convicções revolucionárias acerca da infalibilidade do legislador), a preservação da *força normativa da Constituição* e da *máxima efetividade* (sentido que dê à Constituição a maior eficácia, como sustentam, por todos, Pérez Luño e Gomes Canotilho). Trata-se da institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história. Com efeito, podem ser detectados dois tipos de “predadores” do direito: os endógenos, que funcionam no plano da

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 392-393.

¹⁷² QUARELLI, Vinícius; BERNST, Luísa Giuliani. Teoria da Decisão: os princípios na Crítica Hermenêutica do Direito. **ConJur**, 15 abr. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-15/diario-classe-teoria-decisao-principios-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

dogmática jurídica (entendida como senso comum teórico), representados pelo ensino jurídico estandardizado, pelo panprincipiologismo, pelos embargos declaratórios (instrumentos utilizados para “salvar” decisões mal fundamentadas), pelas teses que relativizam a coisa julgada, pela aposta na discricionariedade judicial (que descamba, no mais das vezes, em direção da arbitrariedade, no decisionismo e no ativismo) e nas suas derivações, como o instrumentalismo processual e todas as formas e fórmulas que deslocam o problema da legitimidade da interpretação/aplicação do direito em favor do sujeito solipsista. Na outra ponta, tem-se os “predadores exógenos”, que funcionam no plano da teoria do direito, podendo ser destacados, tradicionalmente, a inserção (e o uso) da moral como corretiva do direito, a política, pelas constantes reformas que buscam fragilizar direitos fundamentais e, finalmente, os discursos *law economics*, que pretendem colocar o direito a reboque de decisões pragmaticistas (para dizer o mínimo).

b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio* final, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade), uma vez que, a partir do “encurtamento” do espaço de manobra e conformação do legislador e do conseqüente aumento da proteção contra maiorias (eventuais ou não) – cerne do contramajoritarismo –, parece evidente a necessidade, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo direito, a implementação de mecanismos de controle daquilo que é o repositório do deslocamento do polo de tensão da legislação para a jurisdição: *as decisões judiciais*. Em outras palavras, a autonomia do direito e a sua umbilical ligação com a dicotomia “democracia-constitucionalismo” exigem da teoria do direito e da Constituição uma reflexão de cunho hermenêutico. Essa relevante circunstância implica colocar em xeque o cerne da teoria do direito, isto é, a discussão acerca dos limites da interpretação do direito, questão presente nas diversas teorias construídas contemporaneamente (*v.g.*, Häberle, Dworkin, Habermas, Alexy e MacCormick,). O fato de não existir um método que garanta a “correção” do processo interpretativo – denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da *Teoria pura do direito* – não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típicos do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. É preciso compreender que a delegação em favor do juiz do “preenchimento” da “zona de incerteza” é a institucionalização do positivismo, que funciona como poder *arbitrário no interior de uma pretensa discricionariedade*. *Não se pode esquecer, aqui, que a “zona da incerteza” (ou as especificidades em que ocorrem os “casos difíceis”) pode ser fruto de uma “construção ideológica” desse mesmo juiz, que, ad libitum, aumenta o espaço de incerteza, aumentando, assim, o seu espaço de “discricionariedade”.*

c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, estabelecendo, a partir disso, efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmatistas em geral. A integridade e a coerência englobam princípios (ou subprincípios, que, por vezes, se confundem com “métodos” de interpretação) construídos ao longo dos anos pela teoria constitucional, tais como o *princípio da unidade da Constituição*, o *princípio da concordância prática entre as normas ou da*

harmonização, o princípio da *eficácia integradora ou do efeito integrador*, o *princípio integrativo ou científico-espiritual* (Paulo Bonavides) e o *princípio da proporcionalidade* (alçado a essa categoria para resolver “colisão de princípios”, especialmente no plano da teoria da argumentação de Robert Alexy). Sua funcionalidade depende de outro padrão (que pode ser denominado princípio): *o da necessidade da fundamentação das decisões* (art. 93, X, da CF), aqui alçado a dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão.

d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, isto porque, se nos colocamos de acordo que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito *não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional* produzido democraticamente, parece evidente que a sociedade não pode ser “indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional” (Cattoni de Oliveira). Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, circunstância que foi albergada no texto da Constituição, na especificidade do art. 93, IX, que determina, embora com outras palavras, *que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu*. Ou seja, em princípio (e aqui podemos “jogar” com o sentido do termo), o juiz responde por qualquer decisão que venha a dar, em face de sua responsabilidade política.

e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada. Trata-se de um princípio no sentido adequado do termo, tendo uma relação de *estrita dependência* com o dever fundamental de justificar as decisões. Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, não é uma fundamentação de caráter apodídico – *visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios*. Consequentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o *domínio normativo* dos textos constitucionais. Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico-concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.¹⁷³

Outro filtro contido na teoria da decisão de Streck refere-se ao um conjunto de critérios de quando o Poder Judiciário (podemos ler aqui, para os fins deste trabalho como o Estado) pode deixar de aplicar uma lei. Para tanto, são apresentadas seis hipóteses:

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 585-588.

- i. quando a lei for inconstitucional, ocasião em que deve ser aplicada a jurisdição constitucional difusa ou concentrada;
- ii. quando estiver em face do critérios de antinomias;
- iii. quando estiver em face de uma interpretação conforme a Constituição;
- iv. quando estiver em face de uma nulidade parcial com redução de texto;
- v. quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto;
- vi. quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional.¹⁷⁴

Para além dessas hipóteses, o juiz tem a obrigação de aplicar a lei em análise, tornando, assim, um dever fundamental. Assim, “o primeiro passo para preservarmos a autonomia do Direito pode e deve ser dado a partir do teste das seis hipóteses.”¹⁷⁵

Neste mesmo sentido, e pensando sobre outras situações decisórias, Streck propõe mais uma estrutura de sua Teoria da Decisão. Quando se tratar de direitos sociais-fundamentais, o julgador deverá fazer três indagações, denominada pelo autor como *três perguntas fundamentais*:

- i. se está diante de um direito fundamental com exigibilidade,
- ii. se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e
- iii. se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.¹⁷⁶

Considerando a admissão da judicialização da política e a refutação do ativismo judicial¹⁷⁷, as três perguntas fundamentais se desenvolvem como critérios para a

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 393-394.

¹⁷⁵ BERNSTES, Luísa Giuliani; QUARELLI, Vinícius. Teoria da Decisão e a CHD: 6 hipóteses em que o Judiciário pode não aplicar leis. **ConJur**, 5 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-05/seis-hipoteses-judiciario-deixar-aplicar-lei/>. Acesso em: 10 maio. 2024.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., loc.cit.

¹⁷⁷ Para Streck, o “ativismo judicial nunca é saudável, nem mesmo quando aquela posição possa favorecer nossa posição política/moral individual. Isso é prejudicial para a democracia, como venho denunciando há anos (...) o ativismo judicial é ruim para a democracia.” para complementação, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017; TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

CHD, a fim de oferecer respostas para o problema dos limites da atuação do Poder Judiciário.¹⁷⁸

A primeira pergunta tem como ponto de partida um ponto crucial de diferença entre ativismo e judicialização da política: a normatividade.¹⁷⁹ Isso porque “diante de um fundamento normativo que justifique ou motive a intervenção do poder judiciário com propósito de concretizar um direito, resta evidente o ativismo judicial”.¹⁸⁰ Deste modo, ao responder negativamente e ainda assim decidir como se o fosse (direito fundamental exigível), o intérprete estará diante de um ato de vontade, de uma decisão de caráter ativista.¹⁸¹

A segunda pergunta relaciona-se com a coerência, que tratamos no capítulo anterior. Assim, essa indagação refere-se ao fato de ser possível ou não que a resposta seja universalizada para todos os casos idênticos, pois ao ignorar essa possibilidade, além de praticar o ativismo, há interferência direta na gestão da coisa pública,¹⁸² ultrapassando, portanto, os limites da legitimidade decisória do poder judiciário.

A terceira e última pergunta preocupa-se com a relação entre efetivação dos direitos em detrimento aos recursos disponíveis para tanto, tão comum nas decisões que envolvem direitos fundamentais. Assim, “a igualdade deve ser um limite às decisões visto que não se pode utilizar dos recursos públicos para aprofundar desigualdades”.¹⁸³

Vale lembrar que as três perguntas são subsequentes, e a resposta negativa de uma delas impede que se parta para a próxima. Em qualquer etapa, a negativa

¹⁷⁸ NEVES, Isadora. **As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2022. p. 26.

¹⁷⁹ QUARELLI, Vinícius; BERNSTS, Luísa Giuliani. Teoria da Decisão e a CHD: as três perguntas fundamentais. **ConJur**, 23 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-23/diario-classe-teoria-decisao-chd-tres-perguntas-fundamentais/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

¹⁸⁰ Ibidem, loc.cit.

¹⁸¹ Quarelli e Bernsts ainda destacam ainda outras três questões assinaladas por Isadora Neves, que decorrem da primeira pergunta fundamnetal: “a primeira diz respeito à construção de uma normatividade constitucional fundada no rompimento com o dualismo metodológico, a segunda concerne à construção de uma resposta constitucionalmente adequada que supere o paradigma consequencialista e a terceira apresenta o caráter contramajoritário inerente à jurisdição constitucional na consolidação dos direitos fundamentais.” (Ibidem, loc.cit.) Para melhor aprofundamento sobre o tema, ver: NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política: três perguntas fundamentais para uma distinção**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

¹⁸² QUARELLI, Vinícius; BERNSTS, Luísa Giuliani. Op.cit., loc.cit.

¹⁸³ Ibidem, loc.cit.

representa o alto grau de se estar diante de uma decisão ativista e, por conseguinte, contrária ao Estado Democrático de Direito.

Há exemplos pátrios importantes já testados em decisões de como o filtro das três perguntas fundamentais é hábil para resolver os problemas do ativismo judicial,¹⁸⁴ refutando a ideia de que a CHD e sua Teoria da Decisão sejam uma teorização abstrata.

Somadas aos *cinco princípios*, às *seis hipóteses* e às *três perguntas fundamentais*, a tese da resposta adequada à Constituição desenvolve outro critério que contribui para a sua construção: a *Condição Hermenêutica de Sentido (CHS)*.¹⁸⁵

A CHS representa a condição semântica de sentido que contribui para “afastar enunciados meramente retóricos/performativos, que apenas escondem raciocínios subjetivistas *lato sensu* nas decisões judiciais”.¹⁸⁶

Essa tese parte do ponto de que um determinado enunciado não contém todas as suas hipóteses de sentido, o que não quer dizer que o seu sentido seja meramente performativo, pois “a separação entre o epistemológico que o nível concreto não é o

¹⁸⁴ “As três perguntas fundamentais – aqui especificadas e que fazem parte da CHD — podem ser vistas no voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 888.815, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional o instituto do homeschooling. (...) O recurso teve origem em mandado de segurança impetrado pelos pais de uma menina, então com onze anos, contra ato da secretária de Educação do município de Canela (RS), que negou pedido para que a criança fosse educada em casa e orientou-os a fazer matrícula na rede regular de ensino, onde até então havia estudado. O mandado de segurança foi negado tanto em primeira instância quanto no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Para a corte gaúcha, inexistindo previsão legal de ensino na modalidade domiciliar, não haveria direito líquido e certo a ser amparado no caso. Ora, no caso em questão, nenhuma das três questões recebe resposta afirmativa. E mesmo que se admita o 'sim' à primeira pergunta, a segunda inexoravelmente recebe resposta negativa, pela impossibilidade de universalização, sob pena de discriminação dos pobres. Ou seja: por uma questão óbvia, se os pobres quiserem educar seus filhos em casa, não poderão fazê-lo pela total impossibilidade material, ficando o homeschooling como um inegável privilégio dos ricos, sob a contraditória 'supervisão' da escola pública. Em um país em que a escola é um refúgio para ganhar merenda, e em que os pais, na grande maioria pobres, não têm onde deixar os filhos (a não ser na escola), como é possível institucionalizar o direito de os pais não mandarem seus filhos à escola? Claramente uma medida a favor de quem pode pagar por homeschooling.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 394-395.)

¹⁸⁵ Lenio Streck cunhou esse termo alinhando seu conceito aos parâmetros para a obtenção da *resposta adequada à Constituição* em seu dicionário: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 395-397. Cf. STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal? **ConJur**, 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal/>. Acesso em: 04 jan. 2024.

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., p. 395-396.

mesmo que dividir o transcendental e o empírico”¹⁸⁷, assim, a posição hermenêutica da CHS visa afastar contradições, incongruências e falácias linguístico-discursivas das decisões judiciais, servindo, portanto, como ferramenta (ou critério) útil na identificação de respostas corretas.

Em seu *Dicionário de Hermenêutica*, Streck dá dois ótimos exemplos para o contexto da CHS, um desenvolvido por ele, e outro por Luis Alberto Warat, e explica a importância desse critério:

Se dissermos que “chove lá fora”, esse enunciado pode ser falso ou verdadeiro, bastando colocar a partícula “não” e olhar para fora. Com isso, verifica-se que o enunciado “chove lá fora” é falso. Entretanto, se dissermos – utilizando um exemplo que Luis Alberto Warat (1995a, p. 41) trazia frequentemente – que “os duendes se apaixonam em maio”, esse enunciado é impossível de ser verificado. Se dissermos que os duendes se apaixonam em maio ou setembro ou que os duendes não se apaixonam, que importância isso terá, a não ser no campo da poética ou da ficção? Enunciados retóricos e argumentos performativos costumam ser anêmicos, vazios de conteúdo (os neopositivistas diziam que eram enunciados metafísicos). Por vezes, a simples colocação da negação (ou, se for o caso, de uma afirmação) tem o condão de desmontar um discurso com pretensões de verdade e que tão-somente esconde um conjunto de raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos.¹⁸⁸

Ainda que aparentemente não haja influência direta da CHD e, mais especificamente, da CHS, o dispositivo do art. 489, § 1º, II do CPC reflete justamente o que esse critério visa combater ao definir que uma decisão não se considera fundamentada quando *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*. Esse é mais um exemplo de como as bases teóricas desenvolvidas pela CHD mostram a sua possível aplicação prática. Mais que isso, demonstra a compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Todo o arcabouço teórico que compõe a tese da *resposta adequada à Constituição* como os *cinco princípios/padrões* fundantes da decisão judicial; as *seis hipóteses* que um juiz pode deixar de aplicar uma lei; as *três perguntas fundamentais* para evitar decisões ativistas; e o filtro da *Condição Hermenêutica de Sentido*, todas componentes da Crítica Hermenêutica do Direito, nos d(ar)ão ferramentas importantes

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 396.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 396-397.

para a sequência do trabalho, principalmente no momento de transportarmos essa matriz teórica para a atuação da Fazenda Pública em juízo.

Seguiremos, assim, para o objetivo central deste trabalho que é colocar a Fazenda Pública em uma espécie de divã epistêmico, nos valendo da matriz teórica que acabamos de explorar.

4. A FAZENDA PÚBLICA NO DIVÃ

O termo *divã* é uma adaptação (e uma inspiração) pensada a partir do texto de Lenio Streck intitulado *O MP e o divã: “quem sou?” “Ou tenho os pés de Curupira?”*¹⁸⁹, no qual o autor questiona a atuação do Ministério Público, transportada, aqui, para os atores processuais enquadrados como Fazenda Pública, justamente como uma espécie de (re)análise *epistêmica* do agir processual desses atores.

A partir dos temas desenvolvidos nos capítulos anteriores, serão enfrentados alguns pontos que envolvem o debate sobre a atuação do *Estado-parte*, comumente tratados na doutrina brasileira, como a sua interação com o *interesse público*, o clássico debate acerca das *prerrogativas* processuais; a (im)possibilidade de um *agir estratégico* e a sua (im)parcialidade. Além dos temas clássicos - aqui (re)pensados -, será proposta uma análise acerca dos pontos de encontro entre algumas das diretrizes da *Crítica Hermenêutica do Direito* e sua tese da resposta adequada à Constituição e o agir estatal, juntamente com a proposição de *quatro critérios* (baseados na CHD) a serem observados pelo *Estado-parte*, com o condão de levar a Fazenda Pública a um *agir constitucionalmente adequado*.

4.1 O interesse público e seus reflexos na atuação processual da Fazenda Pública

A opção por iniciar o capítulo no qual serão discutidos aspectos específicos da atuação fazendária com alguns desdobramentos que envolvem o tema do *interesse público* reflete muito no que fora observado a partir de grande parte da bibliografia que trata sobre a Fazenda Pública em juízo. Parece sempre haver, nas discussões em que o Estado está inserido, expressa ou implicitamente, um plano de fundo comum: o aparente embate (e até mesmo uma espécie de simbiose) entre o interesse público vs. o interesse privado.¹⁹⁰

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. O MP e o divã: “quem sou?” “Ou tenho os pés de Curupira?”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-09/senso-incomum-mp-diva-quem-sou-ou-tenho-pes-curupira>. Acesso em: 22 out. 2022.

¹⁹⁰ Regina Helena Costa, por exemplo, ao tratar sobre as prerrogativas da Fazenda Pública, introduz o assunto explicando que “o conjunto normativo que vai incidir sobre essa relação é muito diferente, orientado por princípios próprios, diversos daqueles que se aplicam no Direito Privado. Esse regime jurídico de Direito Público lastreia-se basicamente em dois grandes princípios: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Bruno Lopes Menga trata a discussão como um “falso problema”, pois não deveríamos sequer discutir a existência dessa prevalência.¹⁹¹ O autor aparenta estar – corretamente, diga-se – inserido num contexto teórico em que essa cisão entre interesse público e privado, como dois mundos distantes, já está superada. A divergência com o proposto pelo autor, aqui desenvolvida, não está ligada à ideia de que o tema já deveria ter sido superado, pois, como veremos no decorrer do trabalho, é no mínimo reducionista tratar o complexo assunto em um embate de prevalência, em um viés dualista, mas sim porque, no âmbito processual, as diretrizes “superadas” não parecem estar tão superadas assim em nosso ordenamento.

Se a superação de uma teoria por um novo fenômeno ou movimento, por si só, esvaziasse a discussão prévia – e esta não mantivesse resquícios –, não deveríamos, mais, nessa quadra da história, discutir sobre a verdade real e o livre convencimento (para ficar apenas nestes), todos superados a partir dos do giro ontológico linguístico.¹⁹²

Essa suposta prevalência do interesse público sobre o particular, bem visível no âmbito do direito administrativo,¹⁹³ é um ponto fulcral para a discussão sobre as condições de possibilidade da atuação da Fazenda Pública em juízo. A depender da compreensão do sujeito processual sobre o tema, é possível que, em seu agir, seja

(COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público** – A fazenda pública em juízo. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 80). Ravi Peixoto elenca como uma das características justificadoras para o trato processual diferenciado à Fazenda Pública o fato de ela atuar “em juízo na defesa do que se entende por interesse público primário, ou seja, do bem comum”. (PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre a Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 28). No mesmo sentido, Murilo Teixeira Avelino destaca que “a própria ideia de supremacia do interesse serve para embasar a necessidade de dar maior proteção à tutela jurídica dos interesses da Fazenda Pública que, ao fim e ao cabo, refletem os interesses de toda a sociedade” (AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPudivm, 2023. p. 48).

¹⁹¹ MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henriue Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (Org.). **Fazenda Pública** - atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas. 1 ed. Londrina: Thoth, 2022. p. 412-433.

¹⁹² Sobre o giro ontológico-linguístico, ver: STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 123-126; OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

¹⁹³ Celso Bandeira de Melo, em sua clássica obra *Curso de Direito Administrativo*, faz uma ode à supremacia do interesse público sobre o particular, elevando-o como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 66).

potencializada a discricionariedade,¹⁹⁴ bem como a imparcialidade de um ator que, em última análise, representa o Estado.

4.1.1 O que é isto - o Interesse Público?

Referido de forma expressa doze vezes no texto constitucional, o *interesse público* tem sido utilizado para justificar ou conferir legitimidade à atuação da administração pública, tanto nos campos da política quanto do Direito.¹⁹⁵ Muito presente, portanto, nas discussões constitucionais, tributárias e administrativas, o conceito tem ganhado cada vez mais espaço no campo do direito processual.

Alice Gonzalez Borges afirma que o direito administrativo se desenvolve a partir de duas premissas base: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público.¹⁹⁶

Conferido por parte da doutrina um status de “conceito jurídico indeterminado”¹⁹⁷⁻¹⁹⁸, Celso Bandeira de Mello defende que, na esfera administrativa, a Administração Pública deve atuar buscando a realização do interesse público, devendo este prevalecer sobre os interesses pessoais.¹⁹⁹

O interesse público é tradicionalmente classificado como *primário* e *secundário*. Segundo a doutrina clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello, os interesses

¹⁹⁴ A discricionariedade tem maior grau de aceitação no campo do Direito Administrativo do que no Judicial. Isso porque, a partir dos estudos de Luis Henrique Braga Madalena, os estudos teóricos do Direito Administrativo no Brasil cresceram a partir de um desenvolvimento apontado pelo autor de “inautêntico” (Cf. MADALENA, Luis Henrique. **Uma Teoria da Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020). Para manter o foco argumentativo, a discricionariedade, aqui, será tratada como Luis Henrique Braga Madalena expôs na referida obra, não se tratando apenas da discricionariedade qualificada como administrativa, mas sim num sentido *lato sensu*, pois esta nada mais é do que discricionariedade (In: MADALENA, Luis Henrique. **Uma Teoria da Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020).

¹⁹⁵ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 95, 25 jul. 2017. p. 268.

¹⁹⁶ BORGEZ, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, nº. 26, maio/junho/julho, 2011.

¹⁹⁷ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Op.cit., loc.cit.; HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

¹⁹⁸ E aqui reside a “consequência” de se admitir essa indeterminação: dar azo à discricionariedade. Como veremos a seguir, a discricionariedade, no contexto constitucional brasileiro, é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

¹⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 66

primários são “os interesses da coletividade como um todo”,²⁰⁰ já os secundários, equivalem aos interesses da pessoa jurídica do Estado, os quais poderia referir-se a qualquer outro sujeito²⁰¹, isso, “independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: o da coletividade”.²⁰²

Os interesses secundários, em razão de sua qualidade pessoal da entidade pública, facilmente podem conflitar com os interesses da coletividade, motivo pelo qual só poderão ser visados pela Administração Pública quando forem compatíveis com os interesses primários – que representam o interesse público, da coletividade, dotados, portanto, de supremacia sobre os interesses privados.²⁰³

Renato Alessi afirma que

a satisfação dos interesses públicos coletivos primários, formado por um conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada sociedade cabem a administração pública e não podem ser confundidos com interesses secundários da administração, que é quando, o poder público, como pessoa jurídica, visa a satisfação de um interesse público, porém, próprio da administração pública, deste modo, secundário, todavia, desalinhado do interesse público coletivo e primário.²⁰⁴

Aqui, vale a observação terminológica²⁰⁵ apontada por Hachem, quanto à leitura que se faz de Alessi e Celso Antônio Bandeira de Mello. Quando estes autores tratam sobre o tema, não estão se referindo à *interesse público primário* ou a *interesse público secundário*, pois, para eles “o único interesse considerado como público é o ‘coletivo primário’”,²⁰⁶ isso porque, “a ressalva tem relevância pelo fato de tais locuções (interesse público primário e interesse público secundário) serem empregadas na

²⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 24.

²⁰¹ HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 58.

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op.cit., loc.cit.

²⁰³ HACHEM, Daniel Wunder. Op.cit., loc.cit.

²⁰⁴ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch. 1970. p. 184-185.

²⁰⁵ Neste ponto, o “equivoco terminológico daqueles que empregam a expressão “*interesse público secundário*” para se referir àquilo que a doutrina italiana chama de “interesses secundários”. Estes últimos consistem em todo e qualquer interesse — dos particulares ou da Administração Pública — que diga respeito a aspirações e necessidades eminentemente pessoais — seja de pessoas físicas ou jurídicas. Havendo coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade (ou de um indivíduo enquanto membro da sociedade), aí sim ele será *interesse público* porque convergente com o *interesse primário*. Assiste razão a Marçal Justen Filho, quando expõe que “nenhum *interesse público* se configura como *conveniência egoística da Administração Pública*. O chamado *interesse secundário* (ALESSI) ou *interesse da Administração Pública* não é Público.” (HACHEM, Daniel Wunder. Op.cit., p. 158-159).

²⁰⁶ Ibidem, loc.cit.

doutrina lusitana com outro sentido”.²⁰⁷ Das duas espécies de interesse público, a distinção que se faz recai sobre a autoridade competente para a sua realização *in concreto*.²⁰⁸

Bruno Lopes Menga faz uma ressalva sobre o interesse público, visto que o preceito “não pode ser confundido com pretensão ‘necessário prejuízo ao particular’”,²⁰⁹ pois “é lícito que um ato público seja coincidente com o interesse de um particular, desde que coincida também com o interesse público.”²¹⁰ Também não se confunde com bem comum, pois “bem comum é a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos; não o direcionamento dessa composição em favor do ‘interesse público’”.²¹¹

Para afirmar e enquadrar um movimento fundado no interesse público, Renato Alessi destaca que “*la prevalencia del interés colectivo sobre el individual puede ser operada exclusivamente mediante actos concretos que tengan sus fundamentos en el Derecho objetivo*”²¹². Humberto Ávila, no mesmo sentido, ao contrastar os interesses públicos e privados, leciona que “ambos os interesses estão atrelados *in abstracto* e somente podem ser descritos como resultado de uma análise sistemática”,²¹³ e apenas “*in concreto* possuem eles conteúdo objetivamente mínimo e assumem uma relação condicionada de prioridade. Não antes”.²¹⁴

Independentemente do que se entende sobre interesse público, ou da importância que se dê a ele – o que, neste caso, não parece haver muita divergência –, o ponto que se quer destacar, *ab initio*, é o mesmo que apontado por Humberto Ávila: “não é propriamente a descrição e a explicação da importância do interesse público no ordenamento jurídico brasileiro, mas o modo mesmo como isso é feito”.²¹⁵ Neste sentido, serão explorados a seguir alguns pontos sob este viés, portanto.

²⁰⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 158-159.

²⁰⁸ *Ibidem*, loc.cit.

²⁰⁹ MENGA, Bruno Lopes. Op. Cit. p. 416.

²¹⁰ *Id.*

²¹¹ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. p. 3.

²¹² ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970, p. 122-123.

²¹³ ÁVILA, Humberto. Op.cit., p. 12.

²¹⁴ *Ibidem*, loc.cit.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 03.

4.1.2. Interesse público e a dimensão constitucional dos direitos fundamentais – uma supremacia constitucionalmente justificada?

Ao destacar sua dupla função,²¹⁶ Georges Abboud leciona que os direitos fundamentais garantem ao cidadão uma série de direitos que não podem ser violados pelo Poder Público, por nem uma de suas esferas, sendo sua preservação, requisito fundamental para a estruturação do Estado Constitucional em seus âmbitos formal e material.²¹⁷

Peter Häberle classifica os direitos fundamentais aqueles que “*constituyen hoy em día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales*”,²¹⁸ advertindo que, “*aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo ‘Estado constitucional’ que merezca tal nombre*”.²¹⁹

A evolução do constitucionalismo guarda intrínseca relação com o recrudescimento da regulação do Poder Público, a partir da institucionalização dos direitos fundamentais²²⁰, e, por esta razão que compreender o papel que os direitos fundamentais ocupam no Estado Constitucional contribui para a discussão posterior sobre sua eficácia e normatividade²²¹, e, conseqüentemente, a sua influência no agir estatal (e seus representantes).

Baseado nos estudos de Maurizio Fioravanti,²²² Abboud elenca três modelos de fundamentação das liberdades: o individualista, historicista e estatalista.²²³ A evolução

²¹⁶ Georges Abboud trata os direitos e garantias fundamentais por sua dupla função pois “asseguram ao cidadão um feixe de direitos e garantias dotados de dupla função: tanto constituem prerrogativas que asseguram posições jurídicas diversas ao jurisdicionado, oponíveis inclusive aos demais particulares, como também consubstanciam limites insuperáveis à atuação do Estado, inclusive quando o ato estatal representar a vontade da maioria política”. (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 276).

²¹⁷ Idem. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 2.

²¹⁸ HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003. p. 182.

²¹⁹ Ibidem, loc.cit.

²²⁰ ABBOUD, Georges. Op.cit., p. 01.

²²¹ Ibidem, loc.cit.

²²² FIORAVANTTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5 ed. Madrid: Trotta, 2007.

²²³ Em síntese, o *modelo individualista* “está presente, de alguma forma, tanto na tradição continental como na tradição anglo-saxônica, como produto próprio dos processos de transformações sociais, culturais e do saber que se operam na modernidade e foram, de alguma forma, aquilo que possibilitou o rompimento com o modelo político-jurídico-social predominante no Medievo (...) os individualistas postulam que o melhor modo de garantir as liberdades é confiá-las à autoridade da lei do Estado, dentro dos limites rigidamente fixados pela presunção de liberdade e a condição

destes três modelos, numa perspectiva histórica, não só demonstram a defasagem do paradigma estatalista, mas principalmente elevam os direitos fundamentais ao status de conquista histórica, devendo ser constituídos como limites para a atuação do Estado.²²⁴

Isso porque, enquanto os modelos individualista e historicista convergem no reconhecimento de que o dever principal do constitucionalismo é o controle e limitação do poder frente às liberdades e os direitos fundamentais,²²⁵ o *modelo estatalista*, ao pretender superar o individualismo de teor revolucionário do *modelo individualista* “*prescinde de toda referencia a un derecho natural de los individuos precedente a un derecho natural de los individuos precedente a derecho impuesto por el Estado*”²²⁶ ao passo que, para o modelo estatalista, “*no existe ninguna libertad y ningún derecho individual anterior al Estado*”²²⁷ pois “*antes de la fuerza imperativa y autoritativa de las normas del Estado, únicas capaces de ordenar la sociedad y de fijar las posiciones jurídicas subjetivas de cada uno*”.²²⁸ Ao desconsiderar o contexto histórico pretérito²²⁹

sine qua non de que o Estado seja posterior à sociedade civil, por consequência, fruto da vontade constituinte dos cidadãos (...) Já no *modelo historicista*, desenvolvido pela tradição anglo-saxônica das liberdades, cuja principal característica é a constatação de que o reconhecimento dos direitos se dá mediante processo histórico que se confunde com o próprio *common law* (...) os historicistas preconizam que não existem garantias sérias e estáveis de manutenção das liberdades – uma vez que o poder político já tenha se apoderado da capacidade de defini-las. Assim, para o historicista, a melhor forma de se tutelar e garantir essas liberdades é mediante a atuação da jurisprudência em virtude de sua natureza mais prudente e ligada ao transcurso natural do tempo e à evolução da sociedade (...) O *modelo estatalista* é o que se forma na Europa continental a partir do século XIX, no período exatamente posterior à chamada codificação dos ideais jusnaturalistas com os Códigos Civis francês e alemão e que coincide com o aparelhamento burocrático do Estado de Direito liberal e a formação do Direito Público europeu (...) Em outros termos, há uma estreita relação entre a consolidação do positivismo jurídico e o modelo estatalista de fundamentação das liberdades. Para pontuar essa primeira diferença, podemos dizer que, se no modelo individualista, a fundamentação das liberdades se dava através de uma situação pré-estatal que justificava o reconhecimento pelo Estado de direitos inalienáveis do indivíduo, no modelo estatalista, é o fato da própria positivação da lei que fará a função de fundamento. Ou seja, tecnicamente é certo dizer que, no interior do modelo estatalista só há um direito: o de ser tratado conforme as leis postas pelo Estado.” (ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 02).

²²⁴ Ibidem, p. 01.

²²⁵ Ibidem, p. 19.

²²⁶ FIORAVANTTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5 ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 48.

²²⁷ Ibidem, loc.cit.

²²⁸ Ibidem, loc.cit.

²²⁹ Esse contexto histórico prévio considerado, está ligado ao modelo individualista que, nas palavras de Fioravanti, “presupone siempre y en todo caso una necesaria dualidad de libertad y poder: antes del Estado existe —como sabemos— la sociedad civil de los individuos dotados de derechos naturales y, al mismo tiempo, la sociedad de los individuos políticamente activos dotados de la libertad fundamental de querer un orden político organizado, un Estado. De esta aproximación resulta una interpretación de la historia de las libertades y los derechos en la edad

ao que Fioravanti chama de *pactum*, para o modelo estatista, não há direito fundamental historicamente conquistado, vez que, após a formação do Estado legalmente estruturado e constituído, esses direitos não passam de concessões do próprio Poder Público.²³⁰

A comparação com os modelos de fundamentação das liberdades permite concluir que, a nível de direitos e garantias fundamentais, os direitos fundamentais não devem ser preservados única e exclusivamente porque possuem um *status* constitucional “mas sim porque eles constituem conquista histórica da formação da política e jurídica dos Estados”.²³¹

Como adiantado, os direitos fundamentais, além do fundamento histórico, possuem na Constituição seu fundamento normativo. Não estão previstos em um mero manifesto político ou ideológico. Tanto que, nas lições de Ingo Wolfgang Sarlet, e dentro do contexto brasileiro, os direitos fundamentais assumem relevância com a “norma contida no art. 5º, § 1º da CF/88, de acordo com a qual todos os direitos e garantias fundamentais foram elevados a condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos”.²³²

Sendo os direitos fundamentais caracterizados como posições jurídicas não só protegidas, como reconhecidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados²³³, evidencia-se que “a limitação do poder e a preservação dos direitos fundamentais constituem o principal mote perseguido pela evolução do constitucionalismo”²³⁴ tanto quanto a “sua preservação é o ponto fundante da legitimidade do próprio Poder Público (Estado)”.²³⁵

Em última instância, a proteção dos direitos fundamentais é assegurada pelo Estado Constitucional não só contra o Poder Público, como também contra qualquer

moderna que va desde la doctrina de los derechos naturales de la filosofía política del siglo XVII — supuestamente desde John Locke, esta vez liberado del conjunto de referencias de tipo historicista— hasta las Declaraciones revolucionarias de los derechos del hombre y del ciudadano. (FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. 5 ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 47.)

²³⁰ ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 19.

²³¹ Ibidem, loc.cit.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 74.

²³³ Idem. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação. p. 339.

²³⁴ ABOUD, Georges. Op.cit., loc.cit.

²³⁵ Ibidem, loc.cit.

particular.²³⁶ Os chamados “direitos” da maioria não podem servir como justificativa para invalidar os direitos individuais.²³⁷

Compreender a extensão dos direitos e garantias fundamentais, dentro do atual contexto Constitucional dá subsídios para, desde já, desenhar os pontos de partida para o enfrentamento das condições de possibilidade do agir estatal e seus representantes no campo processual que enfrentarão uma barreira intransponível quando estiver em jogo um desses direitos, afinal, “A lesão aos direitos fundamentais acarreta lesão ao próprio interesse público, afinal a defesa dos direitos fundamentais interessa tanto ao cidadão como à própria comunidade”.²³⁸

Baseado nos estudos da doutrina suíça, protagonizados por Thomas Fleiner, Alexandre Misic e Nicole Töpferwien²³⁹⁻²⁴⁰, Georges Abboud destaca cinco requisitos para a admissão de restrição a direito fundamental, no cenário brasileiro, são eles:

(a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada; (b) a limitação deve ser proporcional; (c) restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais; (d) o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado; (e) o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário.²⁴¹

Destes pontos, é preciso destacar o cuidado com a diferenciação entre *interesse social* e *interesse público*. As restrições aos direitos fundamentais, desde que autorizadas pela Constituição, somente são justificadas se baseadas no *interesse social*, isso porque o objetivo da restrição deve ser pautado para amparar e conferir maior tutela e proteção para a sociedade civil, manifesta pela fundamentação de quais direitos fundamentais da sociedade serão privilegiados, ao passo que falar em

²³⁶ ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 275.

²³⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos à sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes. 2014. p. 298.

²³⁸ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, Revista dos Tribunais, 2019. p. 746-747.

²³⁹ FLEINER, Thomas; MISIC, Alexandre e TÖPPERWIEN, Nicole. **Swiss Constitutional Law**. Berne: Kluwer Law International, 2005.

²⁴⁰ Os requisitos definidos pela doutrina suíça são: “a) a restrição deve estar fundada em uma base legal; (b) a restrição deve ser feita em prol do interesse público ou então com o intuito de proteger outros direitos fundamentais; (c) a limitação deve ser proporcional; e (d) o direito fundamental não pode ser totalmente aniquilado em sua essência” (ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 16).

²⁴¹ Ibidem, p. 17.

interesse público, é reprisar uma doutrina estatalista que subjuga a sociedade, na qual bastaria ao Estado afirmar tão somente que a restrição visaria a coletividade como um todo.²⁴²

Por esta razão que “a decretação do ‘interesse público’ é um ato arbitrário do Estado que, como um Midas, coloca o selo de ‘público’ em tudo o que toca”,²⁴³ sendo, assim, a partir de uma análise prática, “complicado conseguir demonstrar que determinada restrição não atende o interesse público contra justamente o instituidor e o principal beneficiário da restrição”.²⁴⁴ No contexto do Estado Constitucional, a ação da Administração Pública “não se limita mais apenas pelo princípio da legalidade, mas sua atuação também encontra limites nos seus direitos fundamentais.”²⁴⁵

A observância de dos requisitos expostos pelo constitucionalista revelam uma característica importante para o Estado Democrático de Direito, de há muito enfrentada por Lenio Streck: uma preocupação com o combate à discricionariedade.

A discricionariedade, principal característica do positivismo jurídico, é manifesta quando “a razão é superada pela vontade, isto é, a relação entre a lei e a sentença assume um aspecto completamente diverso”²⁴⁶, noutro aspecto, é quando “a decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz”.²⁴⁷

Vimos, pelo filtro da *Crítica Hermenêutica do Direito* e pelas suas matrizes teóricas, o quão superado e incompatível esse modelo de decisão (discionária), que potencializa os atos de vontade, é com o modelo constitucional e processual adotado no Brasil, residindo, aqui, um dos primeiros pontos de reflexão da atuação da Fazenda Pública em juízo.

²⁴² ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais: RT**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 17.

²⁴³ *Ibidem*, p. 20.

²⁴⁴ *Ibidem*, loc.cit.

²⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco (Org.). **Constituição Federal (LGL 1988\3)**: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 251.

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 75.

²⁴⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.143.

Neste sentido é que todo ato do Poder Público deve ser fundamentado, principalmente no campo da restrição de direitos, ou seja, o ato administrativo puramente discricionário²⁴⁸ é incompatível com o Estado Democrático de Direitos.²⁴⁹

Assim, essa pretensa “supremacia” do interesse público, propagada no imaginário jurídico pátrio, não é tão “suprema” quanto parece. Além disso, tratar o interesse público como superior às particularidades e, por consequência, de direitos e garantias fundamentais, evidencia um certo desconectado com o Constitucionalismo atual e nosso modelo de Estado Democrático.

4.1.3. Supremacia do interesse público - uma questão de princípio?

Inserido na literatura clássica sobre Direito Público, Carlos Ari Sundfeld define princípio jurídico como “norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico”.²⁵⁰

Logo, identificar a natureza e a extensão do que o estado da arte jurídico-doutrinário compreende em relação à pretensa supremacia do interesse público sobre o particular, principalmente em seu viés principiológico, auxiliará na construção das bases que justificam (ou não) a atuação dos agentes estatais. Identificar se uma diretriz ou um preceito possui o *status* de princípio, em nosso ordenamento jurídico, pode significar muito.

²⁴⁸ Aqui, é preciso deixar claro que “Tem sido muito comum aproximar – embora de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de *ato administrativo discricionário*. Nota-se, de plano, que há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a *criar* a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência a prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do direito administrativo aponta para uma circunstância em que o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem, em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente administrativo). (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 71.)

²⁴⁹ ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011. p. 20.

²⁵⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4 ed. 9 tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146-148.

Paulo de Barros Carvalho define a supremacia do interesse público como um “princípio constitucional implícito”²⁵¹. Daniel Wunder Hachem escreveu uma obra completa defendendo a qualidade principiológica da supremacia do interesse público²⁵², bem como a necessidade de elevá-lo a um *status* constitucional para que, com isso, “haja um embasamento constitucional apto a respaldar a criação desses benefícios ao Poder Público, sob pena de reputá-los inconstitucionais”.²⁵³

Os autores que defendem esse status de princípio ao interesse público o fazem lastreados no art. 3º, IV e no art. 66, § 1º da Constituição Federal²⁵⁴, além de uma “interpretação sistemática da Constituição”.²⁵⁵ O *bem de todos*, expresso na primeira parte do art. 3º, IV é considerado um objetivo fundamental da atividade da Administração Pública, sendo, assim, um princípio geral que domina toda essa atividade.²⁵⁶

Na mesma senda, e por considerar um princípio, Juarez Freitas defende que em caso de colisão de interesses “deve preponderar a vontade legítima (o ‘bem de todos’, no dizer do art. 3, IV da CF) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa”.²⁵⁷

O outro dispositivo que traria um fundamento normativo para a corrente que defende a condição de princípio do interesse público é a redação do art. 66, § 1º da CF.²⁵⁸

²⁵¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 98.

²⁵² HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 20.

²⁵³ Ibidem, p. 372.

²⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.; FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009; SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 612-613; SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 2010. 345 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 11.

²⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. Op.cit., p. 124-128.

²⁵⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op.cit., p. 12.

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

²⁵⁸ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. (...) **§1º**. Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988)

Ao condicionar o Presidente da República à duas características autorizativas para o veto (parcial ou total) de um projeto de Lei, sendo um deles a *contrariedade ao interesse público*, significa dizer, para esta corrente doutrinária, que há grande relevância nesse fundamento, o que caracterizaria, portanto, um princípio do ordenamento jurídico brasileiro.²⁵⁹

Em sentido contrário, Humberto Ávila defende que a supremacia do interesse público sobre o privado não é, rigorosamente, um princípio, isso porque esse tratamento apresenta uma ao menos três problemas, de ordem conceitual, normativo, e de supremacia: a) por não possuir referência às possibilidades normativas concretas e por possuir apenas um grau de aplicação normal, conceitualmente não é uma norma-princípio; b) em seu viés normativo, não pode ser considerado norma-princípio, vez que não pode ser descrito como um princípio jurídico constitucionalmente; c) sob o ângulo da atividade administrativa, “o” interesse público não pode ser descrito separadamente dos interesses privados, e, em razão disso, tanto conceitual quanto normativamente, não é possível descrever uma relação de supremacia.²⁶⁰

No Estado Democrático de Direito, a premissa que deve imperar é a primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público, como caracterização do modelo estatal brasileiro, pois, se permitida a restrição de um direito fundamental com base na “supremacia” do interesse público”, haveria, como consequência, o esvaziamento das duas funções principais dos direitos fundamentais: a) a oponibilidade contra o Poder Público; e a b) proteção contramajoritária dos cidadãos.²⁶¹

Uma questão importante nesse debate é que até mesmo autores que compreendem que a supremacia do interesse público não se trata de um princípio, lançam mão, para “resolver o problema” da indeterminação do caso concreto, a técnica da ponderação.²⁶²

²⁵⁹ Daniel Wunder Hachem chega a dizer que “E é justamente por isso — pela sua elevadíssima importância — que tanto a constitucionalidade quanto o interesse público retratam valores jurídicos que ostentam supremacia sobre os demais, consubstanciando, respectivamente, o *princípio da supremacia constitucional* e o *princípio da supremacia do interesse público*.” (HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 123)

²⁶⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p. 28.

²⁶¹ ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011, p. 19.

²⁶² Humberto Ávila define que “Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em

A técnica da ponderação referida nos estudos sobre o interesse público refere-se, em sua grande maioria, à teoria protagonizada por Robert Alexy.²⁶³ Os cuidados para a adequada importação dessa teoria são muitos, ao ponto de Fausto Santos de Moraes demonstrar, a partir do prisma hermenêutico, como ela foi mal-recebida pelo STF.²⁶⁴ Motivos que, aqui, pela delimitação do trabalho, não será possível enfrentar sem que o foco argumentativo seja perdido.

No âmbito do objeto ora enfrentado e a (in)devida utilização da ponderação como técnica, Georges Abboud além de concluir que a premissa do interesse público não garante a preservação dos direitos fundamentais, afirma que a técnica da ponderação é inadequada pelo fato de o interesse público não ser um direito fundamental, e, por essa razão, não deve ser utilizada para sopesar outro direito fundamental, pois, se assim o fizer, estar-se-ia descaracterizando a tese de Alexy.²⁶⁵

que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular” (ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p. 29.); No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a o interesse público protege os direitos fundamentais, e que as técnicas da ponderação e da razoabilidade permitem a prevalência do interesse público sem que, para isso, os direitos fundamentais sejam prejudicados (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Roberto Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99-100); Alice Gonçalves Borges, conclui que, na busca pela realização do melhor interesse público frente aos particulares, “haverá que recorrer-se à justa e imparcial ponderação entre os diversos interesses, norteada pela obediência ao princípio da proporcionalidade. Releva de importância, para o pleno conhecimento e esclarecimento dos interesses e dos fatos em jogo, levando à formulação dos juízos de ponderação adequados, a participação do cidadão, constitucionalmente consagrada, não só individualmente como na qualidade de membro da coletividade, na defesa dos interesses coletivos e difusos da sociedade. A tarefa decisória, extremamente delicada, compete ao legislador e à Administração Pública, em um primeiro momento, mas sobretudo ao Poder Judiciário, a quem cabe, em decisão final, o juízo de ponderação que preencha em definitivo o conceito indeterminado do interesse público – no caso, o do melhor interesse público a prevalecer, em benefício de toda a coletividade.” (BORGEZ, Alice Gonzalez. *Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. p. 23.).

²⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008; e ALEXY, Robert. **Uma teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2 ed. São Paulo: Landry Editora, 2005.

²⁶⁴ MORAIS, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do Direito: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito**. 2010. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010; e, também: MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

²⁶⁵ ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 737-738.

Lenio Streck alerta que o *interesse público*, é uma “expressão que sofre de ‘anemia significativa’, nela ‘cabendo qualquer coisa’, mormente se for a partir do ‘princípio’ da razoabilidade, álibi para a prática de todo e qualquer pragmatismo”.²⁶⁶

Mas afinal, o que é um princípio?

Primeiramente, quando se fala em “princípio”, devemos levar em consideração que o termo pode aparecer, na linguagem jurídica, com três significados diferentes, e, a depender da função reivindicada, podem ser considerados de maneiras distintas, são elas: “a) como princípio geral do Direito; b) como princípio jurídico-epistemológico; e c) como princípio pragmático-problemático, que eu opto por nomear como princípios constitucionais”²⁶⁷

Os princípios com função (puramente) epistemológica, como o próprio nome responde – constroem os princípios como os do Direito processual, administrativo, penal e afins, já os princípios gerais do Direito são os desenvolvidos teoricamente a fim de solucionar problemas oriundos da insuficiências do modelo exegético-conceitual;²⁶⁸ e, com relação aos princípios de ordem pragmático-problemático, são “princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o Direito’ em que o sistema jurídico cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”²⁶⁹. O termo “*problemáticos*” refere-se a uma expressão utilizada por Josef Esser em sua obra que “serve para abarcar a tradição que se desenvolve na segunda metade do século XX na qual se dá primazia para o ‘momento’ concreto de aplicação do Direito, em detrimento do ‘momento’ abstrato-sistemático”²⁷⁰

Importante destacar que, no cenário do *common law*, o conceito “princípios” fica, em certa medida, afastado da carga axiomática da qual se reveste na tradição continental dos princípios gerais do Direito que atende à necessidade (excessiva) da

²⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁶⁷ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 369.

²⁶⁸ Ibidem, p. 371.

²⁶⁹ NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 108.

²⁷⁰ ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

civil law em codificar as regras positivas,²⁷¹ no *common law*, os juízes não formulam questões abstratas sobre fontes ou métodos jurídicos.²⁷²

A *Crítica Hermenêutica do Direito*, teoria base do presente trabalho, considera os princípios a partir da *tese da descontinuidade*. Ao assumir uma ruptura paradigmática entre os princípios constitucionais e os princípios gerais do Direito, entende-se que aqueles não são simplesmente sucessores destes, mas sim instituidores de um novo paradigma, não podendo ser vistos com os “olhos” dos modelos anteriores, vez que, ao introduzir o mundo prático²⁷³, instituem um novo modo de se pensar o significado do termo princípio.

Os princípios constitucionais, portanto,

Oferecem espaços argumentativos – de caráter deontológico – que permitem controlar os sentidos articulados pelas decisões. Isto é, princípios não são escolhas e tampouco construções arbitrárias. Afinal, o conteúdo dos princípios constitucionais não é pré-definido por lei, muito menos pode ser livremente determinado pelos tribunais, isso porque eles são manifestações histórico-cultural que se expressa em determinado contexto de uma experiência jurídica comum. Não existe uma “regra de reconhecimento” por meio da qual se possa reconhecer

²⁷¹ “Esser (1961) procura atentar para isso a partir da distinção de dois modelos de sistema: **1.** um aberto, cujo protótipo moderno é o método do Direito inglês e anglo-americano; **2.** um sistema fechado, que se manifesta no modelo jurídico da codificação. Desse modo, dois conceitos distintos de princípios serão produzidos: no sistema fechado os princípios terão as características axiomático-dedutivistas que já aludimos anteriormente; enquanto que no sistema aberto, os princípios são critérios pragmáticos que renunciam a uma conexão dedutiva, assumindo um modo de ser retórico muito mais evidente do que na tradição continental. A atenção se desloca – tal qual diz Esser – do elemento abstrato-sistemático para a atividade concreta do juiz que deixa de ter o caráter de uma simples atividade de dedução de conceitos – parte da estrutura sistemática da ordem jurídica – e passa a ser colocada na necessidade de justificação judicial diante da providência e comprobabilidade dos critérios supralegais de valoração que surgem como elementos constitutivos da normatividade jurídica.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 372.)

²⁷² Ibidem, p. 371.

²⁷³ “para além de uma mudança topográfica, ou do reconhecimento de sua normatividade, os princípios jurídico-constitucionais se caracterizam por instituir o mundo prático no Direito. Essa institucionalização representa um ganho qualitativo, na medida em que, a partir dessa revolução paradigmática, o juiz tem o dever (*have a duty to*, como diz Dworkin) de decidir de forma adequada. Isso é assim porque, em Dworkin (assim como em Esser, Ferrajoli e a CHD), a normatividade assumida pelos princípios possibilita um “fechamento interpretativo” próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais. Essa normatividade não é oriunda de uma operação semântica ficcional, como observamos na teoria dos princípios de Alexy. Ao contrário, ela retira seu conteúdo normativo de uma convivência intersubjetiva que emana dos vínculos existentes na moralidade política da comunidade. Os princípios, nessa perspectiva, são vivenciados (“faticizados”) por aqueles que participam da comum-idade política e que determinam a formação de uma sociedade. É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao *status* da constitucionalidade. (Ibidem, p. 374).

princípios enquanto princípios *jurídicos* previamente – prévia e *arbitrariamente*. Princípios não cabem em convenções.²⁷⁴

Desta maneira, o objetivo é evitar que, se tomados como axiomas de justiça, os princípios sejam considerados “verdades autoevidentes que serviriam para a tomada de qualquer decisão, como ocorre com o “princípio” da dignidade da pessoa. ‘Princípios’ que não o são, que ‘fundamentam’ qualquer coisa.”²⁷⁵

Quando tratamos sobre o *interesse público*, precisamos considerar a transcendência que esse pretense princípio carrega(ria). Não há mais espaço para a utilização de um princípio a partir de uma relação lógico-aplicativa, mas sim do que ele anuncia, vez que “para que um princípio tenha uma função (ou importância) para além daquilo que representava no positivismo, é necessário ultrapassar a discussão meramente semântica.”²⁷⁶

Incompatível não só com o Estado Democrático de Direito (como demonstrado no título anterior), mas também com o *status* de princípio, a *supremacia do interesse público sobre o particular* nos remete ao jusracionalismo do século XVII, em que primeiro se pensava no sistema para depois pensar o mundo prático, ou seja, o “ponto de partida deixa de ser a natureza humana e passa a ser um conjunto de textos organizados sistematicamente”²⁷⁷ deslocados a principiologia construída a partir da tese da descontinuidade.

A forma que se pretende usar o *interesse público* é o plano de fundo que precisa ser analisado, para não incorremos em um dos erros mais comuns quando se invoca um “princípio”: utilizá-lo como mero recurso argumentativo. Princípios precisam ser compreendidos como fechamento interpretativo, e não como abertura, afinal, “princípios não são ornamentos e nem conceitos vazios que apontam para a direção que aprovar o intérprete (...) sua normatividade direciona sentidos que espelham a *comum-unidade* a quem pertencem”²⁷⁸

Quando transportamos essa discussão para a atuação fazendária no processo, fica evidente que a utilização do *interesse público* tem o potencial de se tornar um alibi retórico que justifica(ria) qualquer tomada de decisão ou movimento processual.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 373.

²⁷⁵ Ibidem, p. 370.

²⁷⁶ Ibidem, p. 375.

²⁷⁷ Ibidem, p. 370.

²⁷⁸ Ibidem, p. 376.

Ao representar o Estado e seus interesses, os atores da Fazenda Pública, se não compreendida a noção de coerência e integridade do Direito demonstrada no capítulo 3, por exemplo, podem cair na tentação de acreditar que, como Midas, tudo que tocarem o farão em nome do interesse público, do bem comum; afinal, em muitos casos, tem-se a pretensão de, por representar uma determinada coletividade e seus interesses, ter a prerrogativa de delegar os direitos e garantias particulares a um nível abaixo do suposto *interesse público*, de forma acrítica e, muitas vezes, constitucionalmente infundada.

Como vimos, um meio de identificação para essa utilização do *interesse público* de forma meramente argumentativa encontra-se na *Condição Hermenêutica de Sentido (CHS)*. Visando combater enunciados retóricos e argumentos performativos, baseados em raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos, a CHS funciona como um filtro que testa os limites e qualidade dos fundamentos de uma decisão, servindo, também, para que o controle seja feito nas demais manifestações que partem do interesse público como centro argumentativo.

O que a CHS se propõe a fazer é o mesmo que o art. 489, § 1º, II do CPC tem por objetivo combater, na seara da decisão jurídica, ao não considerar fundamentada a decisão que *empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso*. Ou seja, o próprio CPC refuta expressamente esse tipo de utilização argumentativa.

Desta forma, toda vez que o fundamento *interesse público* estiver em pauta, deve-se ter um maior rigor e cuidado em sua utilização, principalmente quando houver um aparente conflito entre o *público vs. privado*, ou se tratar de limitações à direitos e garantias fundamentais.

Como vimos, essa pretensa supremacia do interesse público (oponível contra tudo e contra todos) não se sustenta *per se*, e o meio para que o interesse público propriamente dito seja legítimo como fundamento da ação (processual) estatal - ou, aqui, adequado à Constituição -, é que ao menos passe pelo filtro proposto pela condição semântica, por meio de sua fundamentação.

Nos capítulos seguintes veremos outras formas de controle para uma atuação constitucionalmente adequada da Fazenda Pública com base na matriz teórica proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito, mas não antes de lançar luz sobre a

discussão clássica²⁷⁹ que envolve as prerrogativas da Fazenda Pública, se elas são unicamente prerrogativas, ou tratam de privilégios estatais.

4.2 Entre prerrogativas e privilégios

Dentre os assuntos que circundam o tema da Fazenda Pública em juízo, as prerrogativas desses agentes estatais aparecem, em menor ou maior grau, nas discussões doutrinárias brasileiras corriqueiramente. As discussões envolvem a distinção desse tratamento diferenciado entre prerrogativas e privilégios.

Como vimos nos capítulos iniciais, os estudos do processo civil brasileiro têm evoluído e não são mais como eram quando esse debate entre prerrogativas e privilégios iniciou. O fenômeno da constitucionalização do processo também contribuiu para a sobrevivência do tema. Por essa razão que, apesar de antiga a discussão, ela ainda possui fôlego, atualmente, nos escritos doutrinários brasileiros.

Ao analisar a atuação da Fazenda Pública em juízo, Murilo Teixeira Avelino assume o tratamento diferenciado que esses atores possuem no campo processual, dividindo-os entre prerrogativas e privilégios:

Prerrogativas: quando há elementos de diferenciação razoáveis, que tornam o tratamento diferenciado legítimo, justo e adequado. As prerrogativas reequilibram a participação dos sujeitos em uma determinada relação, reforçando a isonomia.

Privilégios: quando não há elementos de diferenciação razoáveis, tornando o tratamento diferenciado ilegítimo, injusto e inadequado. Os privilégios desequilibra a participação dos sujeitos e uma determinada relação, quebrando a isonomia.²⁸⁰

Para Ravi Peixoto “as prerrogativas são diferenciações que possuem uma justificativa plausível; por sua vez, os privilégios seriam vantagens sem quaisquer fundamentos, não sendo admitidas”.²⁸¹ Os privilégios, em contrapartida, “são benefícios criados em favor de alguém sem que se justifiquem em aspectos particulares do protegido.”²⁸²

²⁷⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

²⁸⁰ AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 47.

²⁸¹ PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre a Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 28.

²⁸² RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 51.

No mesmo sentido, Leonardo Carneiro Cunha aponta que a Fazenda pública está revestida de prerrogativas, pois “contém fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”.²⁸³ Sobre a igualdade ou isonomia, trataremos no título seguinte.

Dessa diferenciação de Peixoto e Cunha, um elemento nos salta aos olhos, e que converge para os objetivos deste trabalho (explorada no capítulo final), qual seja, a “*justificativa plausível*” ou o “*fundamento razoável*”. Mais uma vez, a fundamentação (como justificadora de uma ação) ganha protagonismo nesse campo que estuda a Fazenda Pública e suas interações em juízo, dando mais importância e relevância à adoção de uma teoria jurídica que se preocupe legitimamente com essas questões, como é o caso da Crítica Hermenêutica do Direito, tratada no capítulo 3.

Voltando para a discussão, e partindo dessa diferenciação (prerrogativas e privilégios), Avelino defende que a Fazenda Pública é titular de prerrogativas (e não privilégios) quando atua em juízo, fazendo uma observação de que tais prerrogativas não são próprias dos procuradores e advogados públicos, nem dos governos, mas sim dos entes incumbidos da tutela da *res pública*.²⁸⁴

Délio José Rocha Sobrinho adota, para as prerrogativas fazendárias, o termo “*regalia legal*”, vez que prerrogativa não se confunde com privilégio, sendo que este termo carrega de forma implícita certa carga de ilegalidade/ilegitimidade, inconfundíveis com a carga semântica das prerrogativas.²⁸⁵ Apesar disso, o autor admite que, por sua natureza, “a prerrogativa às vezes ingressa em uma área cinzenta, intermediária entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, ou entre a legitimidade ou ilegitimidade”²⁸⁶

Considerando que “o Estado, enquanto ente personalizado, detém prerrogativas e inúmeros papéis que, por consequência, se manifestam de diversas formas”²⁸⁷, Ravi Peixoto elenca três principais perspectivas que justificariam, para o autor, um regime de tratamento diferenciado na atuação processual da Fazenda

²⁸³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 67.

²⁸⁴ AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 47.

²⁸⁵ SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da fazenda pública em juízo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 16.

²⁸⁶ Ibidem, loc.cit.

²⁸⁷ MAIA, Alberto Jonathas. **A fazenda pública e arbitragem – do contrato ao processo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 24.

Pública: a) a primeira delas diz respeito ao que, *latu sensu*, a Fazenda Pública defende: o interesse público primário; b) a segunda, ligada ao regime de atuação dos advogados públicos, se justificaria pelo fato do volume excessivo de processos e a precariedade estrutural da Administração Pública; e c) Pelas características materiais dos bens, ou seja, a impenhorabilidade, sendo, assim, necessário que o regime de cumprimento de obrigações seja diferido.²⁸⁸

As prerrogativas, para Alberto Jonathas Maia são “direitos processuais garantidos para estabelecer certa igualdade diante da realidade jurídico-material na qual a Fazenda se insere”²⁸⁹, colocando, assim, os atores processuais da Fazenda Pública em um grau de desigualdade material, sendo as prerrogativas necessárias para que haja uma equiparação.

Para Cunha, a Fazenda Pública, quando está em juízo, defende o erário, e, portanto, é a própria atividade da Fazenda Pública (de tutelar o interesse público), que justifica a condição diferenciada, sendo esse fundamento suficiente.²⁹⁰

O referido autor ainda destaca que as prerrogativas são diversas e se justificam de formas diferentes, como por exemplo os prazos diferenciados e a remessa necessária justificadas pelo volume excessivo de trabalho e pelas dificuldades estruturais dos atores processuais, bem como pela burocracia que a sua atividade impõe; ou então podem decorrer do direito material envolvido ou da natureza da pessoa jurídica de direito público.²⁹¹

Nota-se, portanto, que das principais justificativas para a concessão do regime diferenciado, destacam-se ao menos dois grandes fundamentos: o de que as prerrogativas protegem a igualdade material da Fazenda Pública, e o fundamento de que seus representantes defendem o interesse público.

4.2.1. Da igualdade ao interesse público

Juan Carlos Cassagne define que o princípio constitucional de igualdade exposto pelo art. 5º da CF generalizou-se perante a lei a ponto de que passou a

²⁸⁸ PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre a Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 28.

²⁸⁹ MAIA, Alberto Jonathas. **Fazenda Pública e arbitragem - do contrato ao processo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 312.

²⁹⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 66.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 67.

configurar um “princípio geral de Direito Público, cujo conteúdo formal e material se estendeu para diferentes setores e situações no constitucionalismo moderno”,²⁹² passando a ser necessária a instituição da igualdade como fundamento da interpretação jurídica e administrativa. Um princípio norteador.²⁹³

É esse princípio norteador que materializa-se na Lei processual a busca pela igualdade. O art. 7º do CPC²⁹⁴ visa a igualdade formal ao tratar sobre a “paridade de armas” e a igualdade material por meio do equilíbrio processual, assegurando o contraditório em igualdade de condições.

Do mesmo modo, o art. 139, I do CPC²⁹⁵ aponta para a observância da igualdade de condições das partes ao julgador, impondo como plano de fundo de toda a direção processual. Para tanto, lhe é permitido até mesmo a dilação dos prazos e alterar a ordem da produção de provas²⁹⁶ para equilibrar uma situação ou desigualdade processual.

Por tratar sobre a coerência e integridade (como vimos no capítulo anterior e nos aprofundaremos no próximo), o art. 926 do CPC, além de concretizar a segurança jurídica, “o dever de o tribunal uniformizar sua jurisprudência e observá-la constitui manifestação do princípio da igualdade”²⁹⁷ pois é por meio do respeito a um ordenamento jurídico íntegro que se busca o tratamento igual e coerente aos demandantes.

Esses são alguns dos dispositivos processuais²⁹⁸ que instituem de forma direta a igualdade processual.

²⁹² CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente. 2017. p. 251.

²⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público – a fazenda pública em juízo**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 67.

²⁹⁴ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

²⁹⁵ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

²⁹⁶ Art. 139. (...) VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

²⁹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 63.

²⁹⁸ Cunha elenca uma série de outros dispositivos que visam esse mesmo objetivo: Há, porém, regras, no processo, que se apresentam diferenciadas, com vistas a alcançar equilíbrio e adaptar-se às peculiaridades daquela parte que detém uma nota marcante e diferenciada em relação às demais. Daí por que se confere um curador ao réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (CPC, art. 72, II). De igual modo, confere-se curador ao incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade (CPC, art. 72, I). Quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa, o processo deve ser suspenso

A igualdade, portanto, não significa que o legislador seja proibido de fazer qualquer diferenciação entre os sujeitos de direito, pois, em busca de uma igualdade material, ao legislador é permitido a criação de normas que protejam pessoas (de direito público ou privado) com o intuito de equiparar uma situação de desequilíbrio.²⁹⁹ Assim, não é suficiente que haja uma regra que trate pessoas em situações diferentes de forma igual, por esta razão que as prerrogativas encontram justificativas, justamente nessa busca pela igualdade material.

Nesse sentido, considerando que a busca pela igualdade possui um caráter material, algumas formalidades que visa(ria)m equilibrar uma situação desigual podem, a depender do caso concreto e do momento histórico, perder sua justificativa ou, ao menos, ter sua aplicabilidade “absoluta” reavaliada.

A prerrogativa do prazo em dobro, por exemplo, erigida, como vimos, sobre a justificativa das condições de atuação da Fazenda Pública (volume excessivo de processos e precariedade estrutural da Administração Pública³⁰⁰) pode agredir em certa medida até mesmo a duração razoável do processo disposta no art. 4º do CPC³⁰¹. Não nos referimos, neste momento, a casos comuns, mas em situações processuais específicas.

pelo parto ou pela concessão de adoção (CPC, art. 313, IX); também se suspende o processo quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai (CPC, art. 313, X). Algumas pessoas não podem, por sua condição, ser citadas por via postal (CPC, art. 247, II, III e IV). Havendo interesse de incapaz, confere-se tratamento diferenciado, exigindo-se a intervenção obrigatória do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica (CPC, art. 178, II), a quem se confere ônus e poderes para requerer diligências e provas que poderão beneficiar o incapaz (CPC, art. 179, II), com prazo em dobro para suas manifestações (CPC, art. 180). Nesse mesmo sentido, há regras especiais conferidas à Fazenda Pública, entre as quais sobressaem a remessa necessária (CPC, art. 496) e a prerrogativa de prazos diferenciados, com intimação pessoal (CPC, art. 183). Há regras especiais de competência territorial que se destinam a beneficiar vulneráveis (CPC, art. 53, I, II e III, e) e de tramitação prioritária de processos que tenham idosos ou portadores de doença grave como parte ou interessado (CPC, art. 1.048), assim como as pessoas com deficiência (art. 9º, VII, da Lei 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência).” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 62-63.)

²⁹⁹ RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023. p. 51.

³⁰⁰ PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre a Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 28.

³⁰¹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Nos casos em que o particular que figura como parte adversa de um dos atores da Fazenda Pública é idoso³⁰², portador de doença grave³⁰³ ou seja criança ou adolescente,³⁰⁴ em que há regras que visam proteger, entre outros, o direito de uma resposta jurisdicional célere, não são suficientes para que a prerrogativa da dobra de prazos para os entes fazendários não seja aplicada, de plano. Nesse “conflito de prerrogativas”, independentemente se o particular é beneficiário de uma prerrogativa (idoso, deficiente, criança), a benesse fazendária prevalecerá, desde que ao particular não sejam flexibilizados os prazos por determinação judicial, como autoriza o art. 139, IV do CPC.

Apesar da aparente incompatibilidade dessa prerrogativa exposta no art. 183 do CPC, a (in)constitucionalidade do dispositivo processual não é o objeto dessa discussão. O intuito é chamar a atenção também para o que esse dispositivo pode representar. Ao permitir o prazo dobrado, a legislação dá margem para que a eficiência da administração pública exigida pelo texto constitucional (art. 37) fique em segundo plano.³⁰⁵ Ou seja, a norma também pode refletir uma ode velada à

³⁰² Em conformidade com o artigo 10, inciso VI, alínea b, da Lei n. 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso), combinado com o artigo 3º, parágrafo único, inciso I, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), combinado com o artigo 1.048, inciso I, primeira parte, da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) e com o art. 6º da Resolução nº 520/2023 (Política Judiciária sobre Pessoas Idosas), do Conselho Nacional de Justiça, será concedida prioridade para a prática de todos os atos processuais relativos à partes ou interessados com 60 (sessenta) anos ou mais. (BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Prioridade na tramitação de processos**. 08 nov. 2023. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/conteudo/iniciar-um-processo/prioridade-na-tramitacao-de-processos>. Acesso em: 09 abr. 2024.)

³⁰³ Em conformidade com o artigo 6º, inciso XIV, da **Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988**, combinada com o artigo 1.048, inciso I, parte final, da **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)**, será concedida prioridade para a prática de todos os atos processuais relativos à partes ou interessados que sejam portadores das seguintes moléstias: moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada. (Ibidem, loc.cit.)

³⁰⁴ Em conformidade com o artigo 141, caput, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), combinado com o artigo 1.048, inciso II, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), será concedida prioridade para a prática de todos os atos processuais relativos à partes que se enquadrem, segundo as disposições da referida lei, como criança ou adolescente. (Ibidem, loc.cit.)

³⁰⁵ Nesse contexto, interessante a contribuição de José Roberto de Moraes, na qual o autor faz um cotejo com a antiga regra do art. 188 do CPC/73 (porque o texto estava inserido na codificação antiga), a partir do comentário de um dos autores do anteprojeto daquele Código: “é interessante verificar a história do Código de Processo Civil, desde os códigos Estaduais, porque neles não encontramos esta diferenciação (prazos diferidos). Tanto que o Ministro Alfredo Buzaid, ao elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, não colocou esta regra, sustentando que ela existia para privilegiar o servidor público nem sempre eficiente e diligente (...) Como o Ministro achava que a lei não podia pressupor esa situação, não estabeleceu nenhuma diferenciação de prazo, quer para recorrer, quer para contestar. Na votação do Projeto no Congresso é que foi

ineficiência estatal, a partir da perpetuação da ideia de um Estado que não pode ser eficiente a ponto de não precisar de prazos em dobro, simplesmente porque há lei para tanto. Essa não é só uma barreira legislativa, pois o que representa reforça aquilo que Bueno destaca como desafio a ser superado: a cultura e a mentalidade.

A superação da igualdade formal e a crescente busca pela igualdade material leva a análises menos gerais e mais específicas, menos acrílicas e mais particularizadas para cada situação, justamente para barrar a formalização da igualdade que não atinge níveis práticos, que não é efetiva. E isso não deve implicar, em hipótese alguma, em uma ideia relativista da igualdade, principalmente por se tratar de um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Em um contexto de igualdade material, o interesse público é, sim, justificador das prerrogativas da Fazenda Pública, e quanto a isso não parece haver contra-argumentos.

Para além do que foi tratado no capítulo 4.1 sobre o interesse público e suas particularidades, identificamos ao menos duas formas distintas de utilização. Uma que serve como fundamento para justificar o tratamento diferenciado da Fazenda Pública em Juízo em detrimento das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Outra forma é a invocação do interesse público para justificar determinada atuação ou de tomadas de medidas (e decisões) que pretensamente resguardam o interesse público.

Em ambas as situações, a análise aqui proposta recai sobre a forma que o argumento do interesse público é utilizado. É preciso que se combata a utilização de enunciados retóricos e argumentos performativos, baseados em raciocínios subjetivistas e/ou ideológicos. Tanto a igualdade quanto o interesse público, se não performados em um contexto de integridade e coerência, têm potencial para se tornarem argumentos meramente performativos, afastando, assim, em última análise, a igualdade material entre as partes.

acrescido este art. 188 dando, então, prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar.” (SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público – a fazenda pública em juízo**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003. p. 68-69.)

4.2.2. Conclusões parciais

Para Bueno, o debate entre prerrogativas e privilégios ganha muito mais um viés ideológico do que jurídico, vez que, além de pouca mudança efetiva, essa discussão encontra barreiras não só culturais ou de mentalidade da comunidade, mas também, e principalmente, legislativas.³⁰⁶

Essa reflexão sobre as prerrogativas, além de necessária, depende de muito debate e de evoluções histórico-institucionais.

A ideia de que a Administração Pública e a máquina estatal é precária em relação ao particular (um dos motivos que se usa para justificar o tratamento diferenciado), também, com o passar dos anos, vai perdendo força.

A Advocacia-Geral da União (AGU) apresentou em 2019 o *Sistema Único de Procuradorias Públicas (SUPP)*, um sistema eletrônico de gerenciamento de documentos, com recursos avançados de apoio à produção de conteúdo jurídico, controle de fluxos e disponível para todas as Procuradorias Públicas que aderirem ao programa, criada para “reduzir custos e ganhar eficiência”³⁰⁷ com proporções nacionais.³⁰⁸

A mesma AGU também inovou no uso de Inteligência Artificial, implementando um assistente baseado na GPT-4, integrado ao SUPP, com o intuito de aprimorar a eficiência e prestação de serviços,

O assistente IA, que está já em fase de testes na instituição, tem a capacidade de executar uma série de atividades, como a triagem e classificação de processos administrativos, consultivos e judiciais. A partir da base de conhecimentos produzidos pela própria AGU, a tecnologia é capaz, por exemplo, de dar suporte aos membros da instituição na rápida análise de documentos e dados; e na identificação de elementos chave de processos judiciais, podendo,

³⁰⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

³⁰⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União. AGU apresenta informações sobre Sistema Único de Procuradorias Públicas. **Portal da AGU**, 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.

³⁰⁸ “Os módulos jurídicos do Super Sapiens integram o chamado Sistema Único de Procuradorias Públicas (SUPP), desenvolvido e disponibilizado gratuitamente pela AGU para ser a plataforma tecnológica utilizada por toda a Advocacia Pública brasileira. Vinte Procuradorias de Estados e 17 Procuradorias Municipais de Capitais já assinaram Acordos de Cooperação Técnica com a AGU para a implantação do SUPP, além de outras instituições consideradas parceiras estratégicas. Mais de 100 procuradorias e instituições de todo o país também demonstraram interesse em utilizar o novo gerenciador eletrônico de produção jurídica, o que vai ao encontro da estratégia da Advocacia-Geral de expandir o sistema nacionalmente.” (Idem. Idem. SUPP. **Portal da AGU**, 19 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.)

inclusive, sugerir textos jurídicos e indicar legislações relevantes, modelos de teses judiciais e jurisprudências.³⁰⁹

No mesmo sentido, a PGE do Estado de São Paulo, também instituiu o uso de inteligência artificial para “agilizar procedimentos”.³¹⁰ Essa implantação da PGE de São Paulo também envolve a integração de sua atuação com o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Para reduzir a litigiosidade, fechou acordo institucional com o Superior Tribunal de Justiça, o que já resultou em redução de 10% no número de recursos enviados à corte. Ou porque deixou de interpor recurso ou porque desistiu de ações. “O acordo permite o compartilhamento de informações relevantes, por meio de um painel eletrônico fornecido pelo STJ, e a possibilidade de indicação, pela PGE-SP, de controvérsias com potencial de serem afetadas à sistemática de recursos repetitivos (...) Segundo a chefe da instituição, acordos como esse fortalecem as relações institucionais e, para além disso, podem contribuir com a prestação jurisdicional, por meio de uma litigância mais estratégica. “Estamos em tratativas para integrar os sistemas da PGE e os dos tribunais superiores, de modo a otimizar o trabalho do contencioso por meio de acesso direto aos autos judiciais, bem como peticionamento automático por meio do sistema interno de acompanhamento de processos”.³¹¹

O sistema da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Receita Federal (PGFN) *Regularize*,³¹² a plataforma *Gov.Br*³¹³ e a *Plataforma de Integração de Informações das Entidades Reguladoras - PIER*,³¹⁴ uma plataforma de comunicação

³⁰⁹ BRASIL. Advocacia-Geral da União. AGU inova no uso de inteligência artificial para aprimorar eficiência e prestação de serviços à sociedade. **Portal da AGU**, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.

³¹⁰ SCHIAVON, Fabiana. PGE de São Paulo usa inteligência artificial para agilizar procedimentos. **ConJur**, 29 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/pge-de-sao-paulo-usa-inteligencia-artificial-para-agilizar-procedimentos/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

³¹¹ *Ibidem*, loc.cit.

³¹² “O REGULARIZE é o portal digital de serviços da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN)”. (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Regularize. **Portal da PGFN**, 2022. Disponível em: <https://www.regularize.pgfn.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2024.)

³¹³ “É a nova plataforma de autenticação do Governo Federal criada para facilitar a identificação e autenticação do cidadão. Essa plataforma permite o controle de acesso unificado, oferecendo um ambiente de autenticação digital único do usuário aos serviços públicos digitais, ou seja, com um único usuário e senha você poderá utilizar todos os serviços públicos digitais que estejam integrados com a plataforma de Login Único. Além disso, fornece um nível de segurança compatível com o grau de exigência, natureza e criticidade dos dados e das informações pertinentes ao serviço público solicitado”. (BRASIL. Ministério Público do Trabalho. 23. O que é o acesso gov.br? **Portal do TEM**, 2023. Disponível em: https://empregabrasil.mte.gov.br/sp_faq/23-o-que-e-o-acesso-gov-br/. Acesso em: 10 abr. 2024.)

³¹⁴ “O Banco Central (BC) e outros órgãos fiscalizadores do Sistema Financeiro Nacional (SFN) vão utilizar uma plataforma de comunicação baseada na tecnologia blockchain para trocar informações. Desenvolvida pelo Departamento de Tecnologia da Informação (Deinf), a Plataforma de Integração de Informações das Entidades Reguladoras (Pier) deve entrar em funcionamento no

baseada na tecnologia blockchain para trocar informações entre o Banco Central e outros órgãos do Sistema Financeiro Nacional.

A capacidade de integração/comunicação entre as “faces da Administração” tem crescido exponencialmente, e vem ganhando protagonismo no cenário brasileiro. Assim, em que pese a alta quantidade de processos, se valendo de novas ferramentas, a “distância” entre o agir processual público e o privado está cada vez menos perceptível. A partir de uma atuação mais integrada entre as searas administrativas e contenciosas, o uso de inteligência artificial, e os sistemas disponíveis exclusivamente pela máquina pública, a justificativa de “precariedade” da Administração Pública não é (ou não será) uma conclusão unânime ou inquestionável.

É inequívoco que prerrogativas são essenciais ao funcionamento de algumas finalidades, principalmente quanto estranhas ao agente, como é o caso das públicas, e o ponto central sobre prerrogativas é identificar qual a extensão dessas regras e de que modo ainda são justificáveis no ordenamento jurídico, considerando a coexistência de princípios como os da isonomia e da eficiência - expostos no art. 37 da CF e que caracterizam a ação de toda a administração pública.³¹⁵

Nesse contexto, Bueno afirma - e concordamos com o autor nesse ponto - que uma efetiva mudança no campo das prerrogativas somente irá acontecer com o fortalecimento das instituições e a sua devida estruturação e, somente a partir disso, será possível debater acerca da desnecessidade de algumas regras que diferenciam pessoas públicas de direito público e pessoas de direito privado.³¹⁶

O autor ainda faz uma ressalva importante sobre o tema: é preciso evitar a generalização indiscriminada das normas diferenciadas como prerrogativas ou privilégios, isso porque, quando nos referimos sobre o tratamento jurídico da administração, há uma série de especificidades que podem levar à conclusões

final deste mês. A Pier facilita a troca de dados entre o BC e órgãos como a Superintendência de Seguros Privados (Susep), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc). Inicialmente, a plataforma será utilizada para troca de dados referentes aos processos de autorização de uma instituição financeira, que abrange o intercâmbio de informações sobre processos punitivos, de atuação de administradores no SFN e de controle societário das entidades reguladas pelo BC.” (BRASIL. Banco Central do Brasil. Plataforma do BC com tecnologia blockchain facilitará troca de dados na supervisão do sistema financeiro. **Portal do BCB**, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/249/noticia>. Acesso em: 08 abr. 2024.)

³¹⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 46.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 47.

distintas, desde a natureza do bem tutelado até a pessoa jurídica que figura como parte.³¹⁷

A incidência das prerrogativas cabíveis à administração pública também não opera no *tudo ou nada*, e a sua aplicação prescinde de uma análise detalhada do agente envolvido, do direito tutelado e do momento processual, ou seja, depende de uma análise íntegra e coerente, constitucionalmente adequada.

4.3 (Im)parcialidade e a atuação da Fazenda Pública como parte processual

A *condição de parte* é importante para a pesquisa porque é nesse campo processual que as divergências ou incondições³¹⁸ tendem a ser mais relevantes, tendo em vista que a condição de *custus legis* dos representantes estatais parece, num primeiro plano, ter sua imparcialidade indiscutível, frente a função fiscalizadora. O ponto a ser explorado neste capítulo refere-se quando, ao contrário, o representante do Estado possui interesse no processo³¹⁹ e qual seu grau de (im)parcialidade.

As partes, em um conceito geral e tradicional do processo civil, não possuem a obrigação normativa de imparcialidade, devendo, basicamente, atuar dentro das regras e observar as normas processuais-constitucionais, como os expostos, por exemplo, pelos arts. 1º ao 11 do CPC.

Ao examinar o sistema cooperativo de processo, instituído pelo art. 6º do CPC,³²⁰ Nunes, Bahia e Pedron fazem uma contribuição importante para o restante do debate aqui proposto, ao avaliar a (im)parcialidade das partes processuais:

Sabemos que as partes *podem* (tem o direito, não só a possibilidade) agir estrategicamente e que ainda há em doutrina uma versão muito “estatalista” de processo que se centra na figura do juiz, o que acaba

³¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 47.

³¹⁸ Ao passo que existem questões impeditivas (incondições) do Direito Processual como um todo tais quais são a prescrição e a decadência, por exemplo, existem incondições específicas tais quais são a parcialidade e a suspeição (no caso do juiz). Em face disso é que se pretende investigar quais seriam as questões impeditivas do próprio agir da Fazenda Pública enquanto parte. Sobre as incondições, ver QUARELLI, Vinícius. Incondições do Direito e o risco de retorno ao senso comum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/diario-classe-incondicoes-direito-risco-eterno-retorno-senso-comum2>. Acesso em: 21 jul. 2022.

³¹⁹ Usamos “interesse *no* processo” justamente para afastar a confusão que possa haver com a condição de “interesse processual”. Este é condição processual, pois sem interesse processual, arte alguma pode figurar em algum dos polos de uma demanda judicial.

³²⁰ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

concebendo a cooperação como uma sobrecarga ética imposta às partes em benefício daquele. É dizer, tudo centralizado na figura do juiz “neutro”. Acertam os autores ao chamarem a atenção para que não se pode exigir das partes que ajam de maneira contrária a sua própria condição de “parte”, isto é, é esperado que defendam de maneira *parcial* seus pontos de vista e, inclusive, por exemplo, omitam argumentos que não lhe sejam interessantes e outras coisas típicas de um agir estratégico.³²¹

Assim, os referidos autores propõem que a leitura do dispositivo processual não deve ser feita como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas sim a partir da ideia de comunidade de trabalho,³²² e, também, da “cooperação a partir do contraditório como garantia de influência e não surpresa”.³²³

Esse movimento cooperativo também desloca o papel do juiz. Cristiane Rodrigues Iwakura e João Henrique Cardoso Ribeiro, ao partir da ideia de que a “cooperação impõe dever no sentido da obtenção de um processo leal, transparente e cooperativo, intrinsecamente eivado de boa-fé”³²⁴ ao magistrado caberá um dever dúplice, ou seja, ao mesmo tempo que atua conformando o diálogo processual - mantendo o distanciamento necessário para decidir -, é o protagonista da decisão.³²⁵ Essa direção cooperativa converge para a tese de que o juiz não é mais o único destinatário da prova/instrução, mas também as partes.³²⁶

Uma série de questionamentos surgem nesse divã epistêmico em que colocamos a Fazenda Pública, como a possibilidade de o agente fazendário atuar estrategicamente ou de forma parcial, e quais seriam os limites dessa atuação.

Encontrar as respostas para essas perguntas não é tarefa simples, tampouco definitiva. Portanto, serão debatidas algumas situações que envolvem a condição de parte da Fazenda Pública e sua (im)parcialidade.

Uma advertência necessária para a continuação do tema: o “agir estratégico” centro deste debate refere-se à atuação como parte nos limites processuais, isso porque, é comum que na literatura sobre a Fazenda Pública, sejam debatidas

³²¹ NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 301.

³²² Ibidem, loc.cit.

³²³ Ibidem, loc.cit.

³²⁴ MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henriue Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (Org.). **Fazenda Pública - atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas**. 1 ed. Londrina: Thoth, 2022. p. 266.

³²⁵ Ibidem, loc.cit.

³²⁶ FUGA, Bruno. Destinatário da prova não é mais apenas o juiz. **ConJur**, 17 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-17/destinatario-da-prova-nao-e-mais- apenas-o-juiz/>. Acesso em: 09 ago. 2024.

estratégias (agir estratégico) que refere-se a procedimentos mais administrativos e internos do que propriamente no campo processual, como formas de organização, otimização de atendimentos, compliance, inovação como a protagonizadas pelo *Legal Design*³²⁷ e afins.

Se do juiz - que é um representante do Estado - se cobra imparcialidade³²⁸ no julgamento (porque se parcial, torna-se suspeito conforme o art. 145 do CPC³²⁹) sujeito aos efeitos da nulidade, nos parece que o representante estatal, independentemente dos fundamentos de fundo que se valha (lembremos do sempre invocado *interesse público*) em sua atuação processual, também lhe deve recair esse dever.

Nesse sentido, aquilo que Nunes, Bahia e Pedron relataram ser possível para uma atuação parcial das partes, ao ponto de ser permitido omitir argumentos ou provas que lhe seriam desinteressantes, não possui ares democráticos ou compatíveis com o contexto constitucional brasileiro quando nos referimos a um agente que representa o Estado.

Depois de tudo que foi tratado neste trabalho, é insuficiente a justificativa *per se* - ou *à la carte* - de argumentos que justificariam qualquer ação ou omissão da Fazenda Pública, como por exemplo o *interesse público*. Como vimos, tudo o que um

³²⁷ Sobre o Legal Design, Cristiane Rodrigues Iwakura e João Henrique Cardoso Ribeiro destacam que “dentro da inovação e estratégia as técnicas de Legal Design, que podem ser resumidas em três pilares: 1) Design Organizacional: adoção de novos conceitos para a organização como um todo: formação de equipes interdisciplinares; estruturação institucional não hierarquizada, portanto, pautada em critérios que permitam uma maior produtividade e engajamento de seus membros, com capacitação e formação especializada de líderes e gestores; 2) Design de Sistemas: implementação e desenvolvimento de sistemas automatizados com a utilização das técnicas de UI (user interface) e UX (user experience) Design, ou seja, a criação de interfaces, ferramentas, plataformas de pesquisa e de navegação que tenham o usuário como foco, prezando-se pela acessibilidade e o manuseio simplificado, de maneira intuitiva; 3) Visual Law: emprego de recursos audiovisuais de forma estratégica, com a finalidade de facilitar a troca de informações e tornar a comunicação mais eficiente em peças judiciais e outros materiais de divulgação que possam auxiliar a prestação dos serviços públicos em geral.” (MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henrique Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (Orgs.). **Fazenda Pública** - atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas. 1 ed. Londrina: Thoth, 2022. p. 269-270.)

³²⁸ A imparcialidade aqui refere-se não à uma imparcialidade “pura”, mas sim à necessária para um julgamento (ou um agir, no caso da Fazenda Pública) imparcial e justificado por meio da fundamentação da decisão.

³²⁹ Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

ator estatal fazer ou deixar de fazer em um processo terá como plano de fundo o *interesse público*, porque são agentes que representam, ao fim e ao cabo, esse interesse. É sua razão de existir. A questão é saber quais as justificativas/fundamentações utilizadas no caso concreto. Qual o bem a ser tutelado, e se há direitos (dos particulares) que seriam relativizados ou sobrepostos por determinada atuação.

O mesmo vale para quando a Fazenda Pública é ré e seu primeiro ou grande movimento processual é refletido pela contestação. Em um contexto de integridade e imparcialidade tal qual a exigida dos julgadores, se o pedido do ator privado preencher os requisitos ou estiver instruído com provas suficientes, o passo correto seria, se não pela concordância, ao menos que não houvesse uma negativa geral ou uma contestação completa como se os fundamentos ou provas iniciais fossem inexistentes.

Aqui nem nos referimos aos pedidos que, logo no momento da contestação, poderiam ser aceitos (se coerentes, íntegros e comprovados) e a pretensão se tornaria não resistida - economizando os cofres públicos com gastos e custas processuais, por exemplo.

Com exceção das matérias encobertas pela regra da remessa necessária, uma possível consequência prática de uma atuação imparcial e cooperativa da Fazenda Pública poderia ser a redução da quantidade de recursos nos Tribunais. Considerando que a Fazenda Pública em suas diversas facetas é a maior litigante do Brasil³³⁰, um olhar atento para a forma de atuação de seus representantes (não só quantitativo, mas qualitativo) tem potencial para reduzir o quadro.

Um procurador do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por exemplo, diante de uma ação de benefício previdenciário, em suas alegações finais, por exemplo, após instruído o processo, se constatado o direito do requerente, deveria convergir com o pedido inicial e requerer, igualmente, a concessão do benefício na decisão terminativa. Ainda que abarcada pela remessa necessária, o recurso também poderia convergir para o mesmo sentido.

Outro questionamento é quando o particular, em sua pretensão, possui decisões elencadas no art. 927 do CPC que se equiparam com os argumentos propostos. Em um contexto de coerência e integridade, o representante fazendário não pode “ignorar” o conjunto de decisões e elaborar sua fundamentação a partir de

³³⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Painel Litigantes. **Portal do CNJ**, 05 abr. 2022. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>. Acesso em: 09 fev. 2024.

uma jurisprudência lotérica. Atuar desta forma seria atuar de maneira parcial resguardado determinado interesse que, por sinal, seria antijurídico, ou, no mínimo, desencontrado com o *interesse público*. Afinal, seria um ator representante do Estado que estaria fazendo “vista grossa” para uma determinação legal que obriga ele (Estado) enquanto juiz, mas não como parte.

Nessa atuação, pode surgir o argumento da possibilidade de importação da discricionariedade administrativa que os agentes da administração pública possuem no campo administrativo, para o judicial, a fim de justificar as escolhas do agir processual. Aquela discricionariedade não pode ser confundida com a discricionariedade judicial, no âmbito interpretativo proposto aqui.³³¹ Estamos tratando sobre a atuação que, saindo do campo da imparcialidade, pode se valer de inúmeros fundamentos não conciliáveis com um representante do Estado. Um agir “estratégico”, nesse sentido, não parece compatível com o Estado Democrático de Direito.

Outro ponto importante que tem o condão de influenciar as ações processuais de parte dos agentes representantes da Fazenda Pública e que merece atenção é o recebimento dos honorários de sucumbência. No julgamento da ADPF 596 o STF decidiu pela constitucionalidade do recebimento de honorários sucumbenciais por Procuradores do Estado de São Paulo desde que o somatório dos honorários com as demais verbas remuneratórias recebidas mensalmente não ultrapasse o remuneratório constitucional.³³²

³³¹ Essa discricionariedade não pode ser confundida com a discricionariedade administrativa. Nas palavras de lenio Streck: “Não se afigura correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do Direito (discricionariedade judicial). Não se compreende a discricionariedade interpretativa (ou discricionariedade judicial) a partir da simples oposição entre ato vinculado e ato discricionário, mas, sim, tendo como ponto específico de análise o fenômeno da interpretação, no qual – e isso parece óbvio – seria impróprio falar de vinculação. Ora, toda interpretação é um ato produtivo; sabemos que o intérprete atribui sentido a um texto e não reproduz sentidos nele já existentes. Tem sido muito comum aproximar – embora de forma equivocada – aquilo que se menciona como discricionariedade judicial daquilo que a doutrina administrativa chama de ato administrativo discricionário. Há aqui uma nítida diferença de situações: no âmbito judicial, o termo “discricionariedade” refere-se a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento. No caso do administrador, tem-se por referência à prática de um ato autorizado pela lei e que, por esse motivo, mantém-se adstrito ao princípio da legalidade. Ou seja, o ato discricionário no âmbito da administração somente será tido como legítimo se estiver de acordo com a estrutura de legalidade vigente (aliás, o contexto atual do Direito administrativo aponta para uma circunstância em que o próprio conceito de ato discricionário vem perdendo terreno, mormente em países que possuem, em sua estrutura judicial, um Tribunal especificamente administrativo).” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 77.)

³³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que recebimento de honorários por procuradores de SP deve observar teto remuneratório. **Portal do STF**, 12 jul. 2022. Disponível em:

Não é o objetivo discutir o acerto ou não do referido julgamento, até porque há um série de julgados que tratam sobre a (in)constitucionalidade dos proventos recebidos à título de sucumbência, por representantes da Fazenda Pública, em juízo, bem como seus limites e dispositivos/autoridades que podem regulá-los.

O objetivo, aqui, é justamente trazer para o debate o grau de influência que os honorários sucumbenciais exercem na atuação dos agentes representantes do *Estado-parte*. Até que medida o agir e as estratégias dessa atuação terão como plano de fundo o proveito pessoal de determinado ator fazendário? Até que ponto esse “fator” resultará em um agir discricionário?

Outra questão é: até que limite os cofres públicos devem ser defendidos? A manutenção do erário pode ser o motivador para que agentes estatais combatam um direito do particular?

Como em um divã, a reflexão recai sobre a possibilidade de que o *Estado-parte* possa pensar em uma “estratégia” processual. Agir estratégico em favor de que(m)? Em detrimento do que/que(m)? O que ditará ou estará como plano de fundo dessa estratégia? O que irá pôr “freios” no agir estratégico? Há margem de “escolha” do agente processual da Fazenda Pública?

Cabe reprisar a lição de Streck, que complementa a análise: “há uma diferença entre o decidir, que é um ato de responsabilidade política e o escolher, que é um ato de razão prática. O primeiro é um ato estatal; o segundo, da esfera do cotidiano”.³³³ O autor faz este comentário a partir da análise da decisão jurídica, e de como o julgador, por ser Estado, não deve escolher, mas decidir dentro de critérios democráticos, refletindo, assim, a responsabilidade política do *Estado-juiz* ao proferir decisões.³³⁴

Se da parte (particular) não se deve exigir que “ajam de maneira contrária a sua própria condição de ‘parte’”³³⁵ permitindo que “defendam de maneira *parcial* seus pontos de vista e, inclusive, por exemplo, omitam argumentos que não lhe sejam

<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=490391&ori=1>. Acesso em: 04 abr. 2024.

³³³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2. ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 388.

³³⁴ A equiparação da responsabilidade política do julgador, por meio da decisão com a atuação do *Estado-parte* será desenvolvida no próximo capítulo.

³³⁵ NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 301.

interessantes e outras coisas típicas de um agir estratégico”,³³⁶ Isso não parece ser aplicável à Fazenda Pública quando figura como parte processual.

Há meios para que o agir processual da Fazenda Pública seja constitucionalmente adequado. Por ser representantes do Estado, o *Estado-parte* pode se valer da normatividade imposta ao *Estado-julgador*, para que esse agir se concretize. É nesse contexto que a Crítica Hermenêutica do Direito oferece subsídios para a atuação estatal, a partir de suas contribuições para a Teoria da Decisão e a busca pela resposta adequada à Constituição.

4.4 Da fundamentação do agir à busca por uma atuação adequada à Constituição

Quando falamos em fundamentação da atuação da Fazenda Pública em juízo pode soar estranho, pois o controle processual, de praxe, refere-se às decisões. Acontece que os agentes fazendários, principalmente nos procedimentos regidos pelo processo civil, fornecem, em uma série de manifestações, a fundamentação de seus movimentos (processuais), e é nesse sentido que seria possível um controle.

O controle aqui não se trata de uma forma extralegal ou extraprocessual, mas sim um controle da própria fundamentação do agir, os motivos que levam o *Estado-parte* a atuar de determinada maneira, tal qual é exigido das decisões judiciais, como por exemplo as exigências expostas no art. 489, § 1º do CPC.

Pensar o contrário (de que não é possível ou exigível o filtro da fundamentação do agir estatal enquanto parte), é o mesmo que admitir que, por ser parte processual, a responsabilidade política da decisão que o juiz (também representante do Estado) têm por força constitucional, os representantes da Fazenda Pública não. Como se houvesse uma zona cinzenta em que o *Estado-parte*, não estivesse vinculado aos fundamentos base do *Estado-juiz*.

Pior que isso, é admitir que o *Estado-parte* pode agir sem que se baseie em fundamentos idôneos, ou, para se valer da tese da CHD aqui exposta, de fundamentos constitucionalmente adequados.

Neste sentido é que serão demonstrados elementos que se comunicam entre os deveres elencados ao julgador brasileiro, no momento de sua decisão, com os

³³⁶ Ibidem, loc.cit.

fundamentos que baseiam o agir da Fazenda Pública em juízo, quando figura como parte, e como isso pode levar à uma atuação constitucionalmente adequada.

4.4.1. O encontro entre os deveres da decisão e o dever de atuação – os dois corpos do rei

A ficção dos *dois corpos do rei* lembra o ano de 1945,³³⁷ durante o reinado de Henrique VII, da Inglaterra, sendo um modo que, no início da modernidade, foi utilizado para resolver o problema do corpo natural do rei e seu corpo imaterial (“divindade”).³³⁸ O Parlamento inglês se valeu dessa alegoria³³⁹ para invocar a autoridade de Carlos I (corpo político-divino-imaterial do Rei), em nome e por meio desta, os exércitos que iriam opor-se ao mesmo Carlos I (corpo material do Rei).³⁴⁰ Assim,

por intermédio da Declaração dos Lordes e Comuns, *o corpo político do Rei era retido no e pelo Parlamento, enquanto o corpo natural era colocado “no gelo”*. Isto porque o Rei é a fonte da justiça e da proteção, mas os Atos de Justiça e proteção *não são exercidos em sua própria pessoa*, nem dependem de seu desejo, mas por meio de suas Cortes e seus Ministros que devem cumprir seu dever nesse sentido.³⁴¹

Nesse caso, não se misturam (nem se confundem) os dois corpos do rei, ou seja, os assuntos pessoais com os da coroa.³⁴² Streck se vale dessa ficção³⁴³ na

³³⁷ “Desde 1495 (Henrique VII) que existe a ficção dos dois corpos do rei. Na verdade, isso vem de mais longe, havendo controvérsia acerca dessa ficta divisão. Poderia falar de Alta Renascença. E de Dante Alighieri, que antecipa em 300 anos a modernidade de Hobbes. Ou no case Calvin, julgado por Sir Edward Coke em 1609. Ou ainda na peça *Ricardo II*, de Shakespeare, em que essa questão aparece claramente.” (STRECK, Lenio Luiz. Juiz arbitrário prende gerente e quem paga a conta é a choldra? **ConJur**, 15 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-15/senso-incomum-juiz-arbitrario-prende-gerente-quem-paga-conta-choldra/>. Acesso em: 09 abr. 2024.)

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. Juiz arbitrário prende gerente e quem paga a conta é a choldra? **ConJur**, 15 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-15/senso-incomum-juiz-arbitrario-prende-gerente-quem-paga-conta-choldra/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

³³⁹ Ver, para tanto, MClIwain, C.H. **The High Court os Parliament and its Supremacy**, 1920, pp.389 e segs.; bem como E.H. Kantorowicz. **The King’s Two Bodies**. Princity University Press, 1957, primeira parte.

³⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Op.cit., loc.cit.

³⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. Juiz arbitrário prende gerente e quem paga a conta é a choldra? **ConJur**, 15 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-15/senso-incomum-juiz-arbitrario-prende-gerente-quem-paga-conta-choldra/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

³⁴² Ibidem, loc.cit.

³⁴³ Streck desenvolve os *dois corpos do rei* em: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 5 ed. rev. atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

construção de sua teoria da decisão, a partir da hermenêutica, para demonstrar, em síntese, que “em uma decisão, não devem importar as *opiniões pessoais* dos juízes e dos tribunais sobre os temas que julgam”³⁴⁴ mas devem decidir segundo o direito.

Por tudo que abordamos até aqui, é possível concluir, juntamente com Quarelli e Barbosa, que “dentro de uma estrutura democrática, o Direito deve ser uma prática de sentidos compartilhados”³⁴⁵, e assim como a decisão judicial “não é um ato individual, e, sim, fruto de um debate público”, a atuação da Fazenda Pública, como parte, também deve ser. Bueno, neste sentido, observa que,

na medida em que o Estado Constitucional nada mais é do que a atuação estatal constrangida de acordo com os parâmetros normativos, desde a Constituição, o controle jurisdicional dos atos do Estado é responsável pela própria realização deste modelo político de Estado.³⁴⁶

Vimos que a coerência e integridade, inseridas pelo art. 926 do CPC alavanca o ambiente democrático de sentidos compartilhados, propensos ao controle dos fundamentos que levam um julgador a decidir conforme a integridade do direito do sistema em que está inserido, sendo, assim, um dever do *Estado-juiz* de encontrar a melhor resposta para cada caso. Assim, considerando o Direito como uma prática social que busca garantir a legitimidade ao Estado para o uso da força, a melhor interpretação “será aquela que articula coerentemente todos os seus elementos (regras, princípios, precedentes etc.) a fim de que a decisão particular se ajuste ao valor que é a sua razão de ser”.³⁴⁷

Sobre o artigo 926 “recai uma carga epistêmica de infinito valor”³⁴⁸. Para além do contexto da decisão, a lição de Streck é precisa ao sugerir que a coerência e a integridade, expostas no art. 926 do CPC, devem ser lidas não só como “chaves de

³⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **ConJur**, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil/>. Acesso em: 09 fev. 2024.

³⁴⁵ BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **ConJur**, 11 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 09 mar. 2024.

³⁴⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 41.

³⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 43.

³⁴⁸ Idem. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 10 mar. 2024.

leitura” do CPC, mas como “*vetores principiológicos*” pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido, pois elas atribuem responsabilidade política não só para o julgador, mas para todos os atores do sistema jurídico.

É nesse contexto de “leitura” que a atuação processual da Fazenda Pública está inserida: em um ordenamento em que a coerência e integridade ultrapassa a seara das decisões, e guia inclusive a atuação processual de seus agentes. Por representar os entes que recaem sobre sua competência, a Fazenda Pública, ao agir como parte, suas ações e omissões devem ser pautadas no *corpo imaterial* que representam. Ao “corpo” que estão vinculadas, assim como a o *Estado-juiz*, longe de atitudes voluntaristas e antidemocráticas, baseadas no *corpo natural* (e seus interesses) do agente representante do Estado.

Há, portanto, um ponto de encontro entre os deveres do *Estado-juiz*, e do *Estado-parte*, na qual as obrigações daquele também se materializam neste. É assim, ou admitimos que o *Estado-parte* possa gerir sua atuação de forma desconectada à integridade do Direito, à coerência de suas ações (e decisões); que não tenha que fundamentar seus atos ou omissões; que não tenha responsabilidade política ao litigar; que possa defender ou agir por interesses desconectados ao Estado Democrático do Direito; e que todas essas obrigações recaem somente aos seu “outro corpo”, do *Estado-juiz*.

Esse ponto de encontro nos permite que, a partir das contribuições da CHD e sua Teoria da Decisão, possamos estabelecer, ainda que de forma inicial e não exaustiva, critérios e parâmetros para a busca ou delimitação de uma atuação da Fazenda Pública adequada à Constituição, sem a interferência de características que nos remontam ao “*corpo material*” do “*Rei-Estado*”.

4.4.2. O agir adequado à Constituição

Vimos até aqui que a busca pela *resposta adequada à Constituição (RAC)* além de possível em nosso ordenamento jurídico, é cada vez mais necessária. Isso porque, conforme Streck, “a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas

respostas”³⁴⁹ vez que a sua “consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.”³⁵⁰

Baseados na construção da Teoria da Decisão protagonizada pela CHD, serão utilizados conceitos importantes dessa teoria desenvolvidos neste trabalho, relacionando-os com a atuação da Fazenda Pública para demonstrar sua aplicabilidade à atuação do *Estado-parte*, a fim de seja possível expor parâmetros iniciais para a busca de uma atuação constitucionalmente adequada.

Antes desses conceitos serem relacionados e explorados, cumpre destacar que a CHD é mais completa e complexa do que tudo que foi abordado nesse trabalho, e que o objetivo, aqui, é importar parte de suas teses para o debate sobre a atuação do *Estado-parte*, e propor **quatro critérios** para uma *atuação adequada à Constituição*. Valendo-se de uma expressão corriqueira entre os processualistas brasileiros, será apresentado um rol “não taxativo”, das características que convergem entre os deveres da decisão dos juízes e de atuação dos representantes da Fazenda Pública.

O **primeiro critério** remete ao *dever de respeito a coerência e a integridade*: Um dos cinco princípios que constituem o *minimum aplicandi* na decisão judicial para a teoria da decisão de Streck, o respeito à coerência e integridade é o ponto de partida dos cinco critérios aqui expostos para o agir processual do *Estado-parte*.

O produto do respeito à integridade e à coerência é a igualdade. A integridade faz da aplicação do Direito um “um ‘jogo limpo’ (*fairness* – que também quer dizer: tratar a todos os casos equanimemente).”³⁵¹ Observar a integridade é fazer com que o intérprete desenvolva seus argumentos de maneira integrada ao conjunto do Direito (regras, princípios, precedentes, etc.). A integridade é avessa à interpretação a partir de um grau zero de sentido, é uma garantia a arbitrariedades interpretativas e que haja respostas diversas para casos iguais.

Atuar coerentemente é manter uma consistência lógica entre os atos e omissões processuais realizados tanto nos movimentos do mesmo processo, quanto em relação aos demais já praticados pelo(s) mesmo(s) agente(s) em situações similares, com igualdade de condições. O caminho da fundamentação trilhado em um caso análogo deve ser considerado, assim como a metáfora do *romance em cadeia*

³⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 328.

³⁵⁰ Ibidem, loc.cit.

³⁵¹ Idem. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 44.

de Dworkin, a continuação dos atos já realizados. A coerência refere-se a “um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento”.³⁵² Nas palavras de Streck, a coerência é um “*modus operandi*” para que a atuação alcance a integridade.

Se não observadas a coerência e integridade, assim como no âmbito decisório, a atuação também dará margem para que o agir seja eivado de argumentos morais, voluntaristas, dependentes da “vontade” do intérprete, construídos no campo da antidemocrática linguagem privada. Esse tipo de atuação compromete a integridade e quebra a coerência do agir estatal.

Além disso, o CPC é taxativo nesse sentido. Ele obriga a observância da estabilidade, coerência e integridade nas decisões judiciais, e o art. 926 do CPC deve ser lido como “vetor principiológico” dos intérpretes, principalmente os que representam o Estado. Da mesma forma que o *Estado-juiz* é vinculado a esse vetor, o *Estado-parte* (porque Estado, também) deve observá-lo. Ao fim e ao cabo, “respeitar e agir de forma coerente e íntegra quer dizer: o ato de aplicar a lei possui responsabilidade política”³⁵³ e essa responsabilidade política também recai sobre a Fazenda Pública quando figura como parte no processo, representando a mesma parte do corpo do *rei-Estado*, a parte *imaterial*, como vimos.

O **segundo critério** remete ao *dever de fundamentação do agir*. Esse critério dialoga com pelo menos dois dos cinco princípios que constituem o *minumum applicandi* da decisão judicial na CHD, são eles: a tese de que a *fundamentação da decisão é um dever fundamental dos juízes e tribunais*; e a de que é preciso *estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação*; além disso, esse controle também passa pela *Condição Hermenêutica de Sentido (CHS)*, própria da CHD.

Para que seja possível identificar uma atuação íntegra e coerente (primeiro critério) é necessário que seja possível o controle dos atos da Fazenda Pública. Como referimos anteriormente, nem toda ação fazendária é formalizado no processo (vide à atuação estratégica procedimental e administrativa, que mencionamos no capítulo anterior), porém, nos principais procedimentos regidos pelo processo civil, o *Estado-*

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 44.

³⁵³ *Ibidem*, p. 46.

parte manifesta de forma expressa seus movimentos a partir, por exemplo, da inicial, da contestação, instrução, manifestações, alegações finais e recursos. Esse agir é passível de controle. Não do agir propriamente dito, mas da fundamentação em que essa atuação está pautada. São os motivos que levam o *Estado-parte* a atuar de determinada maneira, tal qual é exigido das decisões judiciais, como por exemplo as exigências expostas no art. 489, § 1º do CPC.

É necessário, que o agente da Fazenda Pública, em suas manifestações, explique as condições pelas quais levaram a determinada ação ou fundamento. Esse dever alija a possibilidade de utilização de “fundamentos” meramente performáticos ou retóricos que ocultam razões subjetivistas, arbitrárias ou pessoais desses atores, assim como o dever de fundamentação disposto no art. 489, § 1º, II do CPC. Esse filtro remete à CHS que, nesse sentido, visa afastar contradições, incongruências e falácias linguístico-discursivas da fundamentação do agir do *Estado-parte*, servindo, portanto, como ferramenta (ou critério) útil na identificação de respostas corretas.

Eleva-se a carga cognitiva e de fundamentação das ações para com o particular, que não deve ser demandado ou ter seu pedido defendido por argumentos carentes de fundamentação idônea. Isso não significa dizer que as manifestações precisam ser como tratados jurídicos referentes a cada disciplina, mas sim que os conceitos e os fundamentos estejam claros para as demais partes. Significa que a fundamentação deve levar em consideração a linguagem pública e os limites semânticos dos argumentos, bem como a integridade e coerência da matéria avançada.

Como estamos tratando da atuação a Fazenda Pública em juízo, nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo CPC, esse critério pode ser conjugado juntamente com o art. 489, § 1º do CPC, e seu rol de hipóteses que não se consideram fundamentadas as decisões que: **I** - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; **II** - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; **III** - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; **IV** - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; **V** - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; **VI** - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Eis um bom começo para controlar a fundamentação do agir da Fazenda Pública.

O ponto de encontro com princípio três da CHD (*estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação*) refere-se a atuação anti-discrecionária, e podemos nos valer das perguntas que Streck propõe para passar por esse filtro, lendo, aqui, a partir da fundamentação do agir: para chegar a fundamentação proposta, foi efetuada a reconstrução histórica institucional da regra a ser aplicada? Esta fundamentação é arbitrária? Se os fundamentos que levaram a determinada ação são baseados em “minha concepção sobre o Direito”, esta concepção é coerente com o que vem sendo decidido e com o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da fundamentação utilizada na manifestação processual?³⁵⁴

O **terceiro critério** reflete o *dever de evitar e combater atuações ativistas*: Pela sua natureza, é comum que a Fazenda Pública esteja diante de debates envolvendo direitos e garantias fundamentais. Esse tipo de matéria - que também envolve o *direito público* tratado nos capítulos anteriores -, possui um grande potencial de atrair caminhos percorridos pelo ativismo judicial. Assim, o critério aqui proposto remete às três perguntas fundamentais desenvolvidas pela CHD para evitar decisões ativistas.

O leitor atento reparará que esse critério visa evitar e combater atuações ativistas, ou seja, atua em duas frentes. A primeira, diz respeito à atuação do próprio *Estado-parte* que não deverá demandar causas que ultrapasam os limites judiciais, e que tenham o condão de protagonizar decisões ativistas. Já a segunda frente, refere-se à atuação do(s) particular(es) que propõem demandas buscando decisões ativistas.

Assim, foi realizada uma adaptação das perguntas fundamentais da CHD para que coubesse para o agir da Fazenda Pública. O ator processual fazendário deverá responder às seguintes perguntas: 1ª) se está diante de um direito fundamental com

³⁵⁴ Essas perguntas foram, aqui adaptadas para o agir processual a partir dos questionamentos feitos por Streck para as decisões, em seu terceiro princípio. Em sua obra, consta da seguinte maneira: “Esta decisão é discrecionária? Para chegar a ela, foi efetuada a reconstrução histórica institucional da regra a ser aplicada? Esta decisão é arbitrária? Se eu decidi conforme “minha concepção sobre o Direito”, esta concepção é coerente com o que vem sendo decidido e com o que consta na doutrina? Foi feito um controle hermenêutico da presente decisão?” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 650).

exigibilidade? 2ª) Se atendido o pedido formulado, ele pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, pode ser concedido às demais pessoas? 3ª) Se para atender aquele direito, será necessária a transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que ferem a igualdade e a isonomia?³⁵⁵

Vale reprimir o tratado no capítulo específico sobre as três perguntas fundamentais no âmbito da CHD: as três perguntas são subsequentes, e a resposta negativa de uma delas impede que se parta para a próxima. Em qualquer etapa, a negativa representa o alto grau de se estar diante de uma fundamentação/atuação ativista e, por conseguinte, contrária ao Estado Democrático de Direito.

O **quarto critério** diz respeito às *possibilidades de atuação contra legem*: Assim como há casos em que um juiz pode decidir contra a lei, também é possível, aqui, a atuação do *Estado-parte* nesse sentido. Streck define seis hipóteses pelas quais isso é possível, e que, assim como as demais, adaptamos à atuação da Fazenda Pública, enquanto parte processual: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional; b) quando se deparar com casos de aplicação dos critérios de antinomia; c) quando estiver diante de uma interpretação conforme a Constituição; d) quando estiver em face de uma nulidade parcial sem redução de texto; e) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional.³⁵⁶

³⁵⁵ Essas perguntas foram, aqui adaptadas para o agir processual a partir do desenvolvimento das *três perguntas fundamentais* desenvolvidas por Streck para as decisões evitarem resultados ativistas. Em sua obra, consta da seguinte maneira: “i. se está diante de um direito fundamental com exigibilidade, ii. se o atendimento a esse pedido pode ser, em situações similares, universalizado, quer dizer, concedido às demais pessoas e iii. se, para atender aquele Direito, está-se ou não fazendo uma transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que fere a igualdade e a isonomia.” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 394)

³⁵⁶ Assim como os cinco princípios e as três perguntas, as seis hipóteses foram adaptadas para os fins deste trabalho, a redação do autor que explicita essas hipóteses se dá da seguinte forma: “**a)** quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade stricto sensu) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; **b)** quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; **c)** quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Neste caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição; **d)** quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por

Caso o agente se depare com uma (ou mais) dessas hipóteses, ele deverá seguir o rito e mover suas ações que correspondam à justificativa de seus movimentos, como por exemplo a hipótese “a” (inconstitucionalidade), o rito demandado deve seguir o rumo do controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Convergindo com o *segundo critério*, de fundamentação, o que não se torna adequado é a mera invocação de uma “inconstitucionalidade” dos casos tratados, mas que não é levado às últimas consequências (a busca pelo controle constitucional da matéria), servindo meramente como um argumento performativo. Fora dessas hipóteses, corre-se o risco de que o *Estado-parte* promova um ataque à autonomia do Direito.³⁵⁷

O cumprimento dos quatro critérios acima expostos pode não ser suficientes, por si sós, na atuação constitucionalmente adequada da Fazenda Pública, mas

inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (Anwendungsfälle) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto, ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo; f) quando - e isso é absolutamente comum - for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É por meio da aplicação principiológica que será possível a não aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra - pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é ‘suspensa’ em casos de ‘insignificância’). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão - mas exigirão mesmo - aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe - no sentido da *applicatio* hermenêutica - a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver compatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica à hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (ontologische Differenz) que se extrai o sentido pra a resolução do caso concreto” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 634-635.)

³⁵⁷ “A autonomia do Direito está ligada, fundamentalmente, à democracia e ao Estado Constitucional. Mais especificamente, ao Constitucionalismo Contemporâneo (remeto o leitor ao verbete com esse título neste Dicionário). Sustentar a autonomia do Direito acarreta compromissos institucionais, como a visão de que a decisão jurídica não é produto de escolhas, mas, sim, é um dever de buscar a resposta correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito. Essa autonomia é ruptural e paradigmática, devendo ser entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza essas e outras dimensões com ele intercambiáveis. A autonomia do Direito é, nesse sentido, compreendida como a sua dimensão de subsistência autônoma em face à política, à economia e à moral. Mas a autonomia não deve e não pode ser entendida como autonomia em relação às fontes de produção. Autonomia não quer dizer autônoma separação do Direito da moral (lato sensu, entendidos como discursos morais também os políticos e os econômicos).” (STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 25.)

indicam, ao menos, um caminho para que ela seja alcançada. Além disso, o resultado da observância desses critérios reflete no *princípio cinco* dos princípios que constituem o *minumum aplicandi* da decisão judicial na CHD: o *direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada*, adaptada, aqui, como a *atuação constitucionalmente adequada*.

Tratado pela CHD como um direito fundamental, a resposta adequada à Constituição garante que “cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada”.³⁵⁸ Da mesma forma, o agir da Fazenda Pública no processo deve manter o compromisso que o *Estado-juiz* tem para com os particulares, e garantir que sua atuação esteja pautada na Constituição, permitindo que o controle de seus fundamentos - o que funda o agir - seja possível.

Streck expõe uma série de justificativas para a sua tese da RAC, que também servem se as transportarmos para o agir processual da Fazenda Pública, propostas neste trabalho, são elas:

- a) Como princípio instituidor da relação jurisdição-democracia, a obrigação de fundamentar – que, frise-se, não é uma fundamentação de caráter apodídico – visa a preservar a força normativa da Constituição e o caráter deontológico dos princípios.
- b) Consequentemente, representa uma blindagem contra interpretações deslegitimadoras e despistadoras do conteúdo que sustenta o domínio normativo dos textos constitucionais.
- c) Trata-se de substituir qualquer pretensão solipsista pelas condições histórico- concretas, sempre lembrando, nesse contexto, a questão da tradição, da coerência e da integridade, para bem poder inserir a problemática na superação do esquema sujeito-objeto pela hermenêutica jurídica.
- d) Há, assim, um direito fundamental a que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição).
- e) Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, buscando no ethos principiológico a fusão de horizontes demandada pela situação que se apresenta. Antes de qualquer outra análise, deve-se sempre perquirir a compatibilidade constitucional da norma jurídica com a Constituição (entendida, à evidência, no seu todo principiológico) e a existência de eventual antinomia.
- f) Deve-se sempre perguntar se, à luz dos princípios e dos preceitos constitucionais, a norma é aplicável à hipótese (ao caso). Mais ainda, há de se indagar em que sentido aponta a pré-compreensão

³⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 645.

(Vorverständnis), condição para a compreensão do fenômeno. Para interpretar, é necessário, primeiro, compreender (verstehen) o que se quer interpretar. Este “estar diante” de algo (verstehen) é condição de possibilidade do agir dos juristas: a Constituição.

g) A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto,

a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece enquanto “concretização”, como demonstrado por Friedrich Müller a partir de Gadamer.

h) Isto porque a interpretação do Direito é um ato de “integração”, cuja base

é o círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte, e a parte só adquire sentido pelo todo), sendo que o sentido hermeneuticamente adequado se obtém das concretas decisões por essa integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição (que não aprisiona, mas funciona como condição de possibilidade). Não esqueçamos que a constante tarefa do compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, como bem lembra Gadamer. Aqui não há outra “objetividade” além da elaboração da opinião prévia a ser confirmada. Faz sentido, assim, afirmar que o intérprete não vai diretamente ao “texto”, a partir da opinião prévia pronta e instalada nele. Ao contrário, expressamente, coloca à prova a opinião prévia instalada nele a fim de comprovar sua legitimidade, aquilo que significa, a sua origem e a sua validade.³⁵⁹

Se substituídos os trechos que remetem à decisão, por expressões que ligam à atuação, serão encontradas justificativas suficientes, válidas e possíveis ao nosso ordenamento jurídico, quando pensamos nas inúmeras interações processuais que o *Estado-parte* protagoniza nos procedimentos regidos direta e indiretamente pelo *Código de Processo Civil*.

Uma observação importante feita por Streck no âmbito da *RAC*, que igualmente é cabível aqui, para evitar confusões, consiste no fato de que “o direito fundamental à resposta constitucionalmente adequada não implica na elaboração sistêmica de respostas definitivas”,³⁶⁰ justamente pelo fato de que a própria busca por respostas definitivas é “anti-hermenêutica”, diante do congelamento de sentidos que esse movimento proporciona.³⁶¹ Em outros termos, esse tipo de pretensão (definitiva/aprisionadora de sentidos) sequer teria condições de garanti-la, correndo-se o risco de resultar em uma resposta incorreta.³⁶² A obediência à coerência e

³⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646-647.

³⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 646-647.

³⁶¹ Ibidem, loc.cit.

³⁶² Ibidem, loc.cit.

integridade do Direito, somada à suspensão da pré-compreensão que temos acerca do Direito (fenômenos sociais), já correspondem a um primeiro passo em direção ao cumprimento do direito fundamental de cada particular em obter uma resposta adequada à Constituição.³⁶³

Nos valendo das conclusões de Streck sobre a RAC,³⁶⁴ o direito que o particular possui, quando está diante de um dos representantes da Fazenda Pública em juízo, é o de que esse atue de forma adequada à Constituição. Um direito do particular, e um dever do *Estado-parte*.

O *agir constitucionalmente adequado* perpassa pela observância da principiologia que envolve a questão fático-jurídica em discussão; do respeito à autonomia do Direito (produzido democraticamente); do seu afastamento da discricionariedade; do atendimento à coerência e à integridade do Direito; e por meio de uma detalhada fundamentação (passível de controle).

³⁶³ Ibidem, loc.cit.

³⁶⁴ Para Streck, “o direito a uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição será, assim, a) *consequência da obediência aos demais princípios*, isto é, a decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do Direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do Direito, a partir de uma detalhada fundamentação; b) o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas. No campo jurídico, vários autores defendem a possibilidade/ necessidade de respostas corretas e/ou adequadas: Habermas e Dworkin sustentam a única resposta correta; Gadamer, embora não tenha tratado diretamente dessa temática, vai dizer que *das gilt der Sache nach auch dort, wo sich das Verständnis unmittelbar einstellt und gar keine ausdrückliche Auslegung vorgenommen wird*, ou seja, que uma interpretação é correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo; que *Alle rechte Auslegung muss sich gegen die Willkür von Einfällen und die Beschränktheit unmerklich Denkgewohnheit abschirmen und den Blick auf die Sachen selber richten*, ou seja, toda a interpretação correta deve guardar-se da arbitrariedade dos chutes e do caráter limitado dos hábitos mentais inadvertidos, de maneira a voltar-se às coisas mesmas; e, mais ainda, que *So ist die ständige Aufgabe des Verstehens, die rechten, sachangemessenen Entwürfe auszuarbeiten, das heisst Vorwegnahmen, die sich na den Sachen erst bestätigen sollen, zu wagen*, isto é, que a constante tarefa de compreender consiste em elaborar projetos corretos, adequados às coisas, ou seja, ousar hipóteses que só devem ser confirmadas nas coisas mesmas; c) desse modo, a tese aqui apresentada, (...), é uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworkin, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata “da resposta adequada à Constituição”, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 647-648.)

A busca pelo agir constitucionalmente adequado “não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”.³⁶⁵

Não parece um objetivo utópico e impossível de se alcançar, nesta quadra da história, em nosso ordenamento jurídico. Por meio das contribuições sólidas da *Crítica hermenêutica do Direito*, essa tarefa se faz cada vez mais palpável, mas nem por isso mais simples de ser alcançada. Barreiras como a da cultura que o tema envolve, são tão reais quanto a viabilidade/necessidade de aplicação.

Este trabalho, apesar de apresentar alguns critérios, joga luz para um debate que (re)pensa a atuação da Fazenda Pública em juízo, debate este que não é novidade, nem o único, nem o mais completo. Há uma série de questionamentos que, assim como em um divã, perpassam ao longo dessa autoanálise de tão importante campo do Direito. Nos cabe continuar questionando e revolvendo o chão-linguístico que se assenta o agir estatal.

³⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 647-648.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos direcionados às condições de possibilidade da Fazenda Pública, quando esta figura como sujeito processual ganham cada vez mais relevância no cenário pátrio, isso porque, disparadamente, a Administração Pública figura como a maior litigante do Brasil. Acompanhando as estatísticas divulgadas pelo CNJ, Marcelo Veiga Franco publicou um trabalho sobre o tema, intitulado *Administração pública como litigante habitual*, evidenciando cada vez mais o estado da arte em que está inserida a presente pesquisa.

Para enfrentar e compreender melhor esse movimento envolvendo esses entes enquadrados como *Fazenda Pública*, é necessário “voltar algumas casas” para que o chão linguístico desse fenômeno seja revolvido.

Em um movimento natural de evolução histórica e de aperfeiçoamento das instituições uma série de conceitos são revistos, realocados e repensados. A ascensão do constitucionalismo no mundo foi um desses movimentos que mudaram paradigmas nos mais variados modelos de Estado, e o Brasil está inserido nesse contexto.

O movimento “constitucionalizador” tratado por Canotilho, promoveu não só o protagonismo das Constituições dos países, mas também uma verdadeira invasão dos preceitos constitucionais nos seus respectivos códigos.

Deste movimento que atravessou décadas, a processualística civil não ficou de fora. Cresceu (e ainda cresce) a defesa por um olhar constitucional dos institutos e da normatividade que envolvem o processo civil, sobretudo o brasileiro. O que em tempos passados era ainda um movimento de vanguarda, atualmente se tornou corriqueira a resolução de problemas e a compreensão dos ditames processuais a partir do filtro da Constituição. E não deve(ria) ser diferente, afinal, a partir da força normativa da Constituição e a promoção do Estado Democrático do Direito é um caminho que inegavelmente deve ser seguido, chegando a ser defendido por autores como Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud Pedron, a implementação de um *processualismo constitucional democrático*.

Neste contexto, e “pulando algumas casas” na história desse movimento constitucionalizador, temos o primeiro grande código redigido sob a égide da Constituição de 1988 e seu regime democrático, o CPC/15. Sua edição promoveu uma série de novidades legislativas (já desenvolvidas de há muito pela doutrina e

jurisprudência brasileiras) **que formalizaram o fenômeno da** *constitucionalização do processo*, como a instituição do contraditório material e a proibição de decisão surpresa (art. 10); a obrigatoriedade de o processo seguir o critério cronológico (art. 12); a proteção à garantia da duração razoável do processo por meio da aplicação de multas contra recursos meramente protelatórios (art. 80); contagem dos prazos em dias úteis (art. 219); entre outras.

As mudanças paradigmáticas mais importantes para este trabalho, aqui abordadas, sem dúvidas é a “emulação processual” do art. 93, IX da CF transportado pelo art. 489, § 1º do CPC que instituiu, de vez, a necessidade e os parâmetros de uma fundamentação processual e constitucionalmente adequada, como critérios mínimos de uma decisão que se pretenda válida.

Outra grande novidade, explorada nesta pesquisa, foi a implementação do art. 926 do CPC, o qual passou a obrigar que os julgadores observem, em suas decisões, a estabilidade, a coerência e a integridade.

Os referidos dispositivos processuais e seus desdobramentos foram importantes pontos de partida para avaliar as condições de possibilidade da atuação da Fazenda Pública em juízo, mas não sem antes compreendermos que sobre esses atores paira um regramento diferenciado, regido sobre o que denominamos - juntamente com a doutrina especializada - de *direito processual público*.

A necessidade de se tratar a normatividade processual que abarca o agir estatal no processo de maneira diferenciada, advém da insuficiência que as regras de direito privado possuem quando a parte dispõe de características completamente diferentes das ostentadas pelos particulares.

Por esta razão que a imbricação entre o direito material público e o regime processual diferenciado que recaem sobre as matérias atinentes à Fazenda Pública, operam (e devem operar) dentro do “guarda-chuva” do direito processual público, mais como a materialização de um regime próprio do que pura e simplesmente um tratamento diferenciado.

A Administração Pública se perfaz em uma série de ramos de atuação. Ao optarmos por analisar a interação da Administração como parte processual no campo judicial, passamos a dividir as atuações desta como *Estado-juiz* e *Estado-parte*, sendo esta tratada, também, como *Administração-autora*, *Administração-ré* e *Administração-interveniente*.

O *Estado-parte*, nos limites deste trabalho, é sinônimo do conceito de Fazenda Pública. Em um movimento de análise e imbricação com o direito público material, incluímos na expressão, como parte integrante do conceito, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, fundações públicas e agências reguladoras.

Vimos, também, as complexidades que podem surgir quanto ao regime aplicado às empresas *públicas* e as *sociedades de economia mista* que, apesar de ambas não serem enquadradas como Fazenda Pública, em determinadas situações também podem ser beneficiárias - em diferentes graus - de algumas prerrogativas processuais cabíveis ao *Estado-parte*. Em suma, ainda que explorem atividade econômica que comumente estão ligadas aos órgãos da Administração Pública direta, a personalidade jurídica dessas pessoas é de direito privado, razão pela qual, em regra, o regime de direito público é afastado, o que não significa que em determinados momentos esses entes não compartilham de tais prerrogativas, ainda que de forma parcial ou pontual.

Para além dos entes classificados dentro da administração direta, somente com o cotejo entre o direito material envolvido e as particularidades do caso concreto é que será possível aferir ou enquadrar determinados atores processuais dentro do tratamento diferenciado da Fazenda Pública. Da mesma forma, não significa que todas as prerrogativas serão automáticas e genericamente acopladas a determinadas figuras processuais.

Entender a importância da intersecção entre o direito material e o direito processual públicos é imprescindível não só para a melhor compreensão dos agentes inseridos no conceito de Fazenda Pública, mas também necessária para a obtenção de melhores respostas sobre os assuntos que englobam a atuação fazendária. Soma-se a isso a relação direta que esses campos (material e processual) têm com uma visão constitucional de processo formalizada em diversos dispositivos do texto da Lei n. 13.105/15.

A partir dessa unificação e constitucionalização do direito brasileiro, o art. 926 do CPC passou a ser o primeiro código processual do mundo que exige de forma expressa que a jurisprudência dos Tribunais seja estável, coerente e íntegra, buscando, com isso, concretizar a igualdade e tonificar a força normativa da Constituição.

Ao propor o revolvimento do chão-linguístico desse contexto que envolve a Fazenda Pública, nos valem dos aportes da *Crítica Hermenêutica do Direito* desenvolvida por Lenio Streck, não só porque essa teoria teve grande influência na edição dos dispositivos do art. 489, § 1º e art. 926 do CPC, mas porque os conceitos jurídicos que envolvem tais textos são caros à matriz teórica da CHD. Matriz teórica que nos revelou suficiente para fornecer subsídios importantes para que analisássemos a atuação da Fazenda Pública enquanto parte processual, que, ao fim e ao cabo representa tanto o Estado quanto os julgadores submetidos aos deveres de estabilidade, coerência e integridade.

Assim como sugere Streck, a coerência e a integridade, expostas no art. 926 do CPC, devem ser lidas não só como “chaves de leitura” do CPC, mas como “vetores *principiológicos*” pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido., pois elas atribuem responsabilidade política não só para o julgador, mas para todos os atores do sistema jurídico.

É nesse contexto de “leitura” que a atuação processual da Fazenda Pública está inserida: em um ordenamento em que a coerência e integridade ultrapassa a seara das decisões, e guia inclusive a atuação processual de seus agentes.

Todo o arcabouço teórico que compõe a tese da *resposta adequada à Constituição (RAC)* como os *cinco princípios/padrões* fundantes da decisão judicial; as *seis hipóteses* que um juiz pode deixar de aplicar uma lei; as *três perguntas fundamentais* para evitar decisões ativistas; e o filtro da *Condição Hermenêutica de Sentido*, todas componentes da Crítica Hermenêutica do Direito, nos forneceram ferramentas importantes na realização do *divã epistêmico* que colocamos a Fazenda Pública, ao final.

O primeiro ponto desta análise envolveu o tema do *interesse público*. A partir de grande parte da bibliografia que trata sobre a Fazenda Pública em juízo, parece sempre haver, nas discussões em que o Estado está inserido, expressa ou implicitamente, um plano de fundo comum: o aparente embate (e até mesmo uma espécie de simbiose) entre o interesse público vs. o interesse privado.

Constatamos que independentemente do que se entende sobre interesse público, ou da importância que se dê a ele – o que, neste caso, não parece haver muita divergência –, o ponto de destaque não reflete tanto na conceituação, mas no que se é feito - e para que é utilizado - o interesse público, em juízo. Quais os planos de fundo da atuação pautada nesse conceito.

Incompatível não só com o Estado Democrático de Direito (como demonstrado no título anterior), mas também com o *status* de princípio, a *supremacia do interesse público sobre o particular* nos remete ao jusracionalismo do século XVII, em que primeiro se pensava no sistema para depois pensar o mundo prático.

A forma que se pretende usar o *interesse público* é o plano de fundo que precisa ser analisado, para não incorremos em um dos erros mais comuns quando se invoca um “princípio”: utilizá-lo como mero recurso argumentativo. Princípios precisam ser compreendidos como fechamento interpretativo, e não como abertura. Princípios não são ornamentos, tampouco conceitos vazios adaptáveis ao bel prazer de seu intérprete. Princípios estão inseridos na linguagem-pública e não aprisionados na linguagem privada de seu intérprete.

Quando transportamos essa discussão para a atuação fazendária no processo, fica evidente que a utilização do *interesse público* tem o potencial de se tornar um álibi retórico que justifica(ria) qualquer tomada de decisão ou movimento processual.

Ao representar o Estado e seus interesses, os atores da Fazenda Pública, se não compreendida a noção de coerência e integridade do Direito, e a dimensão do *interesse público*, podem cair na tentação de acreditar que, como Midas, tudo que tocarem o farão em nome do interesse público, do bem comum; afinal, em muitos casos, tem-se a pretensão de, por representar uma determinada coletividade e seus interesses, ter a prerrogativa de delegar os direitos e garantias particulares a um nível abaixo do suposto *interesse público*, de forma acrítica e, muitas vezes, constitucionalmente infundada.

Desta forma, toda vez que o fundamento *interesse público* estiver em pauta, deve-se ter um maior rigor e cuidado em sua utilização, principalmente quando houver um aparente conflito entre o *público vs. privado*, ou se tratar de limitações à direitos e garantias fundamentais.

Como vimos, essa pretensa supremacia do interesse público (oponível contra tudo e contra todos) não se sustenta *per se*, e o meio para que o interesse público propriamente dito seja legítimo como fundamento da ação (processual) estatal - ou, aqui, adequado à Constituição -, é que ao menos passe pelo filtro proposto pela condição semântica, por meio de sua fundamentação.

No clássico embate entre prerrogativas e privilégios que os agentes da Fazenda Pública detêm, há uma série de considerações a serem feitas.

A sobrecarga do judiciário é um problema que assola o Estado há um bom tempo no Brasil, e inúmeros esforços foram realizados para que esse cenário fosse mais ameno. Podemos citar, a título de exemplo e sem fazer juízo de valor se foram medidas acertadas ou não, podemos citar a tentativa de busca da segurança jurídica com a implementação das súmulas vinculantes, da instituição de uma pretensa teoria dos precedentes; tentamos reduzir o número de processos impondo uma série de filtros processuais, como o filtro da relevância (STJ), da repercussão geral (STF), da súmula 7 do STJ, enfim, uma série de ferramentas para acabar ou mitigar a sobrecarga do *Estado-juiz*.

Em contrapartida a esses movimentos (em grande parte legislativos), a Administração Pública (direta e indireta) é a maior litigante do Brasil. O Estado é o protagonista do fenômeno da judicialização da vida e das relações sociais e ator direto nesse volume de ações e recursos que enfrentamos em nosso ordenamento jurídico.

Esse fato dá mais importância, urgência e necessidade para a pesquisa proposta aqui. Isso porque, como ator direto desse grande volume de processos, repensar sua atuação também é um exercício de busca de respostas e soluções para aquele problema.

Algo pode ser feito, e o modo de agir (ou se omitir) da Fazenda Pública pode estar no epicentro dos números que colocam a Administração Pública como maior litigante. Tão importante quanto resolver esse problema em uma perspectiva quantitativa, é solucioná-lo a partir de movimentos que promovam seu viés qualitativo.

Por essa razão que, de tempos em tempos, a atuação da Fazenda Pública precisa ser revisitada, e a eficiência buscada não pode deixar de lado a qualidade das “respostas” promovidas pelo agir do *Estado-parte*.

Um primeiro passo - e de maior facilidade de identificação - para repensar esse cenário perpassa pelas *prerrogativas* que o *Estado-parte* ostenta, e que elevam o tempo de duração e o custo dos processos judiciais. Isso porque uma série de justificativas que, a princípio, visam colocá-la em um grau de igualdade material por meio da instituição de prerrogativas vem se modificando ao longo do tempo, com maior ou menor velocidade a depender do tema que essas benesses processuais abarcam. A própria evolução histórica de alguns desses benefícios apontam para o caminho natural de equiparação com o particular.

O fato é que não estamos mais inseridos nos mesmos moldes que estávamos quando o tratamento diferenciado era uma questão de sobrevivência do próprio

Estado que, apesar do poder e representatividade, se via muitas vezes em pé de extrema desigualdade para com o particular.

Atualmente a concentração de informações que os agentes estatais possuem em suas mãos, de maneira integrada, e em grande medida sigilosas, os colocam em larga vantagem, principalmente porque há uma crescente interação entre as diversas áreas do Estado.

Se um particular movimentar certa quantidade de dinheiro, o próprio banco deverá informar o Estado os valores envolvidos, os dados do depositante e do depositário, e, em alguns casos, até o motivo da transação. Um movimento imobiliário, antes dependente da iniciativa do particular em informar as transações de móveis, hoje automaticamente são registradas em um banco de dados governamental, quer o particular queira, quer não. Esses são apenas alguns exemplos.

Essas informações se comunicam (ou podem se comunicar) com demais setores da Administração Pública. Antes mesmo de uma demanda ingressar no campo processual, procuradores e representantes da Fazenda Pública já possuem uma gama elevadíssima de informações e dados do particular que terá metade dos prazos para trabalhar dentro do processo.

Soma-se à integração de dados e informações à crescente incorporação das atividades da Administração Pública às plataformas e tecnologias de inteligência artificial, as quais prometem conferir maior economia e eficiência na atuação da Fazenda Pública, nos setores de organização e administração, mas principalmente na atuação processual, que pode ir desde a compilação e resumos processuais até mesmo à geração de manifestações no processo.

Uma máquina estatal evoluindo nessas proporções está, ou ao menos porá em xeque o argumento de fragilidade ou vulnerabilidade frente ao particular. A precariedade tem dado espaço para a eficiência e inovação.

Claro que, em um país de proporções continentais, essa não é a realidade de todos os atores inseridos no conceito de Fazenda Pública, porém, uma análise íntegra e coerente, pode dar azo ao reequilíbrio de relações desiguais, tanto como é feito pelo filtro tradicional das prerrogativas estatais, quanto de forma mais específica, a partir de movimentos demandados pelo art. 139, IV do CPC, por exemplo, em que o julgador pode(rá) flexibilizar alguns institutos processuais em prol da igualdade material entre as partes.

Bueno foi certo quando, ao tratar sobre a dicotomia *prerrogativas vs. privilégios*, concluiu que esse debate possui um viés mais ideológico que jurídico, e que essa discussão encontra barreiras não só culturais ou de mentalidade da comunidade, mas também legislativas.

Independentemente disso, é inequívoco que prerrogativas são essenciais ao funcionamento de algumas finalidades, principalmente quanto estranhas ao agente, como é o caso das públicas, e o ponto central sobre prerrogativas é identificar qual a extensão dessas regras e de que modo ainda são justificáveis no ordenamento jurídico. Nesse contexto, Bueno afirma - e concordamos com o autor nesse ponto - que uma efetiva mudança no campo das prerrogativas somente irá acontecer com o fortalecimento das instituições e a sua devida estruturação e, somente a partir disso, será possível debater acerca da desnecessidade de algumas regras que diferenciam pessoas públicas de direito público e pessoas de direito privado.

A incidência das prerrogativas cabíveis à administração pública também não opera no *tudo ou nada*, e a sua aplicação prescinde de uma análise detalhada do agente envolvido, do direito tutelado e do momento processual, ou seja, depende de uma análise íntegra e coerente, constitucionalmente adequada.

Outro ponto de análise e questionamentos recaem sobre a (im)parcialidade que a Fazenda Pública possui enquanto parte, como a possibilidade de o agente fazendário atuar estrategicamente ou de forma parcial, e quais seriam os limites dessa atuação.

Se do juiz - que é um representante do Estado - se cobra imparcialidade no julgamento (porque se parcial, torna-se suspeito conforme o art. 145 do CPC) sujeito aos efeitos da nulidade, nos parece que o representante estatal, independentemente dos fundamentos de fundo que se valha em sua atuação processual, também lhe deve recair esse dever. Isso significa que omitir argumentos ou provas que lhe seriam desinteressantes, não possui ares democráticos ou compatíveis com o contexto constitucional brasileiro quando nos referimos a um agente que representa o Estado.

Como em um divã, a reflexão recai sobre a possibilidade de que o *Estado-parte* possa pensar em uma “estratégia” processual. Agir estratégico em favor de que(m)? Em detrimento do que/que(m)? O que ditará ou estará como plano de fundo dessa estratégia? O que irá pôr “freios” no agir estratégico? Há margem de “escolha” do agente processual da Fazenda Pública?

Se o particular, enquanto parte lhe é permitido que tracem fundamentos de maneira parcial, isso não parece ser aplicável à Fazenda Pública quando figura como parte processual.

Por representar os entes que recaem sobre sua competência, a Fazenda Pública, ao agir como parte, suas ações e omissões devem ser pautadas no *corpo imaterial* que representam. Ao “corpo” que estão vinculadas, assim como a o *Estado-juiz*, longe de atitudes voluntaristas e antidemocráticas, baseadas no *corpo natural* (e seus interesses) do agente representante do Estado.

Há, portanto, um ponto de encontro entre os deveres do *Estado-juiz*, e do *Estado-parte*, na qual as obrigações daquele também se materializam neste. É assim, ou admitimos que o *Estado-parte* possa gerir sua atuação de forma desconectada à integridade do Direito, à coerência de suas ações (e decisões); que não tenha que fundamentar seus atos ou omissões; que não tenha responsabilidade política ao litigar; que possa defender ou agir por interesses desconectados ao Estado Democrático do Direito; e que todas essas obrigações recaem somente aos seu “outro corpo”, do *Estado-juiz*.

Esse ponto de encontro nos permite que, a partir das contribuições da CHD e sua Teoria da Decisão, possamos estabelecer, ainda que de forma inicial e não exaustiva, critérios e parâmetros para a busca ou delimitação de uma atuação da Fazenda Pública adequada à Constituição, sem a interferência de características que nos remontam ao “*corpo material*” do “*Rei-Estado*”.

Há meios para que o agir processual da Fazenda Pública seja constitucionalmente adequado. Por ser representantes do Estado, o *Estado-parte* pode se valer da normatividade imposta ao *Estado-julgador*, para que esse agir se concretize.

Baseados na construção da Teoria da Decisão protagonizada pela CHD, foram utilizados conceitos importantes dessa teoria relacionando-os com a atuação da Fazenda Pública para demonstrar sua aplicabilidade à atuação do *Estado-parte*, a fim de seja possível expor parâmetros iniciais para a busca de uma atuação constitucionalmente adequada. Por conseguinte, foram propostos *quatro critérios* base para que a atuação seja adequada à Constituição, incorporando conceitos e teses da CHD.

O ***primeiro critério*** proposto remete ao *dever de respeito a coerência e a integridade*. O produto do respeito à integridade e à coerência é a igualdade. Observar

a integridade é fazer com que o intérprete desenvolva seus argumentos de maneira integrada ao conjunto do Direito (regras, princípios, precedentes, etc.). A integridade é avessa à interpretação a partir de um grau zero de sentido, é uma garantia a arbitrariedades interpretativas e que haja respostas diversas para casos iguais.

Atuar coerentemente é manter uma consistência lógica entre os atos e omissões processuais realizados tanto nos movimentos do mesmo processo, quanto em relação aos demais já praticados pelo(s) mesmo(s) agente(s) em situações similares, com igualdade de condições.

Se não observadas a coerência e integridade, assim como no âmbito decisório, a atuação também dará margem para que o agir seja eivado de argumentos morais, voluntaristas, dependentes da “vontade” do intérprete, construídos no campo da antidemocrática linguagem privada. Esse tipo de atuação compromete a integridade e quebra a coerência do agir estatal.

O **segundo critério** remete ao *dever de fundamentação do agir*. Para que seja possível identificar uma atuação íntegra e coerente (primeiro critério) é necessário que seja possível o controle dos atos da Fazenda Pública. Nos principais procedimentos regidos pelo processo civil, o *Estado-parte* manifesta de forma expressa seus movimentos a partir, por exemplo, da inicial, da contestação, instrução, manifestações, alegações finais e recursos. Esse agir é passível de controle. Não do agir propriamente dito, mas da fundamentação em que essa atuação está pautada. São os motivos que levam o *Estado-parte* a atuar de determinada maneira, tal qual é exigido das decisões judiciais, como por exemplo as exigências expostas no art. 489, § 1º do CPC.

Esse critério indica para que o ator da Fazenda Pública, em suas manifestações, explique as condições pelas quais levaram a determinada ação ou fundamento. Esse dever alija a possibilidade de utilização de “fundamentos” meramente performáticos ou retóricos que ocultam razões subjetivistas, arbitrárias ou pessoais desses atores, assim como o dever de fundamentação disposto no art. 489, § 1º do CPC.

Respeitado esse critério, e agindo de maneira anti-discrionária, aumenta-se a possibilidade de afastar contradições, incongruências e falácias linguístico-discursivas da fundamentação do agir do *Estado-parte*, servindo, portanto, como ferramenta (ou critério) útil na identificação de respostas corretas. Representa o fato de que a fundamentação deve levar em consideração a linguagem pública e os limites

semânticos dos argumentos, bem como a integridade e coerência da matéria avançada.

O **terceiro critério** proposto reflete no *dever de evitar e combater atuações ativistas*. Esse critério emula as três perguntas fundamentais propostos por Streck, e são transportados para o agir estatal. Nele, considerando que a Fazenda Pública corriqueiramente está diante de debates envolvendo direitos e garantias fundamentais, esse tipo de matéria possui um grande potencial de atrair caminhos ativistas, devendo o *Estado-parte* evitar ou combater esse tipo de demanda.

Assim, foi realizada uma adaptação das perguntas fundamentais da CHD para que coubesse para o agir da Fazenda Pública. O ator processual fazendário deverá responder às seguintes perguntas: 1ª) se está diante de um direito fundamental com exigibilidade?; 2ª) Se atendido o pedido formulado, ele pode ser, em situações similares, universalizado, isto é, pode ser concedido às demais pessoas?; 3ª) Se para atender aquele direito, será necessária a transferência ilegal-inconstitucional de recursos, que ferem a igualdade e a isonomia?

Considerando que as três perguntas são subsequentes, e a resposta negativa de uma delas impede que se parta para a próxima. Em qualquer etapa, a negativa representa o alto grau de se estar diante de uma fundamentação/atuação ativista e, por conseguinte, contrária ao Estado Democrático de Direito.

O **quarto critério** diz respeito às *possibilidades de atuação contra legem*. Como defendemos a aproximação entre os deveres do *Estado-juiz* e do *Estado-parte*, e que aquele pode deixar de aplicar uma lei, em seis hipóteses - difundidas pela CHD -, também é possível, a atuação para este. As seis hipóteses, aqui importadas, são: a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional; b) quando se deparar com casos de aplicação dos critérios de antinomia; c) quando estiver diante de uma interpretação conforme a Constituição; d) quando estiver em face de uma nulidade parcial sem redução de texto; e) quando estiver em face da inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando estiver em face de uma regra que se confronte com um princípio, ocasião em que a regra perde sua normatividade em face de um princípio constitucional

O cumprimento dos quatro critérios acima expostos pode não ser suficiente, por si sós, na atuação constitucionalmente adequada da Fazenda Pública, mas indicam, ao menos, um caminho para que ela seja alcançada. Além disso, o resultado da observância desses critérios reflete em uma tese cara à CHD: o *direito fundamental*

a uma resposta constitucionalmente adequada. Tese esta adaptada, aqui, como a *atuação constitucionalmente adequada.*

O agir da Fazenda Pública no processo deve manter o compromisso que o *Estado-juiz* tem para com os particulares, e garantir que sua atuação esteja pautada na Constituição, permitindo que o controle de seus fundamentos - o que funda o agir - seja possível. O direito que o particular possui, quando está diante de um dos representantes da Fazenda Pública em juízo, é o de que esse atue de forma adequada à Constituição. Um direito do particular, e um dever do *Estado-parte*.

O *agir constitucionalmente adequado* perpassa pela observância da principiologia que envolve a questão fático-jurídica em discussão; do respeito à autonomia do Direito (produzido democraticamente); do seu afastamento da discricionariedade; do atendimento à coerência e à integridade do Direito; e por meio de uma detalhada fundamentação (passível de controle).

Não parece um objetivo utópico e impossível de se alcançar, nesta quadra da história, em nosso ordenamento jurídico. Por meio das contribuições sólidas da *Crítica hermenêutica do Direito*, essa tarefa se faz cada vez mais palpável, mas nem por isso mais simples de ser alcançada. Barreiras como a da cultura que o tema envolve, são tão reais quanto a viabilidade/necessidade de aplicação. Este trabalho não é um ponto final ou definitivo na busca por uma *atuação adequada à Constituição*. Há muito o que ser desenvolvido dentro destas linhas iniciais. Assim como em um divã, perpassam ao longo dessa autoanálise de tão importante campo do Direito muitos questionamentos. Nos cabe continuar questionando e revolvendo o chão-linguístico em que se assenta o agir estatal.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado – a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011.

ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil; Revista dos Tribunais, 2019.

ABBOUD, Georges.; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Neoconstitucionalismo: vale a pena acreditar? **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 7, n. 12, p. 196-214, 3 nov. 2020.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch. 1970.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Uma teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2 ed. São Paulo: Landry Editora, 2005.

AVELINO, Murilo Teixeira. **Fazenda Pública em juízo**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora JusPudivm, 2023.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Org.). **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARBOSA, Ana Julia Silva; QUARELLI, Vinícius. O que é isto – a crítica hermenêutica do Direito? **ConJur**, 11 dez. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-11/diario-classe-isto-critica-hermeneutica-direito/>. Acesso em: 09 mar. 2024.

BERNSTS, Luísa Giuliani; QUARELLI, Vinícius. Teoria da Decisão e a CHD: 6 hipóteses em que o Judiciário pode não aplicar leis. **ConJur**, 5 ago. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-ago-05/seis-hipoteses-judiciario-deixar-aplicar-lei/>. Acesso em: 10 maio. 2024.

BIX, Brian H. **Teoria do direito** - fundamentos e contextos. Tradução de Gilberto Morbach. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 121.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BORGEZ, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, nº. 26, maio/junho/julho, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. AGU apresenta informações sobre Sistema Único de Procuradorias Públicas. **Portal da AGU**, 25 set. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. AGU inova no uso de inteligência artificial para aprimorar eficiência e prestação de serviços à sociedade. **Portal da AGU**, 16 jun. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. SUPP. **Portal da AGU**, 19 jul. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-apresenta-informacoes-sobre-sistema-unico-de-procuradorias-publicas--813027>. Acesso em: 04 abr. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Plataforma do BC com tecnologia blockchain facilitará troca de dados na supervisão do sistema financeiro. **Portal do BCB**, 11 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/249/noticia>. Acesso em: 08 abr. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Painel Litigantes. **Portal do CNJ**, 05 abr. 2022. Disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>. Acesso em: 09 fev. 2024.

BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. **Prioridade na tramitação de processos**. 08 nov. 2023. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/conteudo/iniciar-um-processo/prioridade-na-tramitacao-de-processos>. Acesso em: 09 abr. 2024

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. 23. O que é o acesso gov.br? **Portal do TEM**, 2023. Disponível em: https://empregabrasil.mte.gov.br/sp_faq/23-o-que-e-o-acesso-gov-br/. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Regularize. **Portal da PGFN**, 2022. Disponível em: <https://www.regularize.pgfn.gov.br/>. Acesso em: 08 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que recebimento de honorários por procuradores de SP deve observar teto remuneratório. **Portal do STF**, 12 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=490391&ori=1>. Acesso em: 06 abr. 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, parte geral do código de processo civil**, Vol. 1. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2023.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual do Poder Público em Juízo**. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública: uma abordagem crítica**. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

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

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 7 ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente. 2017.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). **Direito processual público – a fazenda pública em juízo**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Roberto Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Roberto Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão**,

precedente, coisa julgada, processo estrutural e tutela provisória. 15 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FIORAVANTTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones**. 5 ed. Madrid: Trotta, 2007.

FLEINER, Thomas; MISIC, Alexandre; TÖPPERWIEN, Nicole. **Swiss Constitutional Law**. Berne: Kluwer Law International, 2005.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos**. 1 ed. Londrina, Paraná: Editora Thoth, 2021.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2009

FUGA, Bruno. Destinatário da prova não é mais apenas o juiz. **ConJur**, 17 jun. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-17/destinatario-da-prova-nao-e-mais-ainda-o-juiz/>. Acesso em: 09 ago. 2024.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 95, 25 jul. 2017. p. 268.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. Op.cit., loc.cit.; HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, [s.l.], v. 4, n. 2, p. 95, 25 jul. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15 ed. Petrópolis: Editora Univesitária São Francisco, 2015.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**. 2 ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002;

GONZÁLEZ, José Calvo. **O direito curvo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El “neoprocesalismo”. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, ano 6, v. 9, 2006., p. 227-244.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Los câmbios de paradigmas em el Derecho Procesal – el “Neoprocesalismo”. **Revista de processo**, São Paulo, v. 151, 2007.

HÄBERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **O princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3 ed. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANTOROWICZ, E. H. **The King’s Two Bodies**. Princity University Press, 1957, primeira parte.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução de Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975.

LOPES, Ziel Ferreira. **Jurisdição e método**: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões. 2015. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2015. Disponível em: https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5212/Ziel%20Ferreira%20Lopes_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 abr. 2024.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MADALENA, Luis Henrique. **Uma teoria da Discricionariedade Administrativa**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MAIA, Alberto Jonathas. **A fazenda pública e arbitragem – do contrato ao processo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARINHO, Daniel Octávio Silva; ARAÚJO, José Henriue Mouta; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; BECKER, Rodrigo Frantz (Orgs.). **Fazenda Pública – atuação em juízo, consensualidade e prerrogativas**. 1 ed. Londrina: Thoth, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes** – justificativa do novo cpc. São Paulo: RT, 2014.

MARTINHO, Anahi. Burocrático e ineficiente, Estado domina lista dos maiores litigantes do Brasil. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-11/burocratico-ineficiente-estado-maior-litigante-brasil>. Acesso em: 22 out. 2023.

MARTINS, Argemiro; ROESLER, Cláudia; JESUS, Ricardo Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, p. 207-221, 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco (Org.). **Constituição Federal (LGL 1988\3)**: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2008.

MCLLWAIN, C.H. **The High Court os Parliament and its Supremacy**, 1920, pp.389 e segs.;

MEIRELES, Edilton. STF, Correios, despedida do empregado e decisões conflitantes. **Revista ConJur**, 21 jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-21/meireles-stf-correios-demissao-decisoes-conflitantes/>. Acesso em: 04 mar. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23 ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2007.

MICHELON, Cláudio. **Direito público, razão e justiça**. 1 ed. São Paulo: Almedina, 2023.

MORAIS, Fausto Santos de. **A proporcionalidade como princípio epocal do Direito**: o (des)velamento da discricionariedade judicial a partir da perspectiva da Nova Crítica do Direito.2010. 124f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2010.

MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. 3 ed. São Paulo: Juspodvim, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson. Público vs. privado? A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco (Org.). **Constituição Federal (LGL 1988\3): avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Antônio Castanheira. **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NEVES, Isadora Ferreira. **Ativismo Judicial e Judicialização da Política: três perguntas fundamentais para uma distinção**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

NEVES, Isadora. **As três perguntas fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito: a aplicabilidade de uma proposta de limites à atuação do Poder Judiciário no Brasil**. 2022. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2022.

NUNES, Dierle.; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. **Reviravolta Linguístico-Pragmática na filosofia contemporânea**. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

PEIXOTO, Ravi. **Diálogos sobre a Fazenda Pública em juízo**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

QUARELLI, Vinícius; BERNSTES, Luísa Giuliani. Teoria da Decisão e a CHD: as três perguntas fundamentais. **ConJur**, 23 abr. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-23/diario-classe-teoria-decisao-chd-tres-perguntas-fundamentais/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

QUARELLI, Vinícius. Incondições do Direito e o risco de retorno ao senso comum. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 out. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-16/diario-classe-incondicoes-direito-risco-eterno-retorno-senso-comum2>. Acesso em: 21 jul. 2022.

QUARELLI, Vinicius. **O que é isto - a Crítica Hermenêutica do Direito?** São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 2010. 345f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

SANTOS, Luasses Gonçalves dos. **O interesse público sobre a crítica da teoria crítica**. 1 Ed. São Paulo: Editora Contracorrente. 2021.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses provados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIAVON, Fabiana. PGE de São Paulo usa inteligência artificial para agilizar procedimentos. **ConJur**, 29 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/pge-de-sao-paulo-usa-inteligencia-artificial-para-agilizar-procedimentos/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

SCHIAVON, Fabiana. PGE de São Paulo usa inteligência artificial para agilizar procedimentos. **ConJur**, 29 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-29/pge-de-sao-paulo-usa-inteligencia-artificial-para-agilizar-procedimentos/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v.1. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Unisinos, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da fazenda pública em juízo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SOUZA, Artur César de. **Das normas fundamentais do processo civil** - uma análise luso-brasileira contemporânea. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2020.

STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de Fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

STEIN, Ernildo.; STRECK, Lenio. **Hermenêutica e epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2 ed. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento; Casa do Direito, 2020. p. 389.

STRECK, Lenio Luiz. Estamos condenados a interpretar. **Estado da Arte – revista de cultura, artes e ideias**. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em 13 fev. 2023

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica compreender o direito**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, jurisdição e decisão**: diálogos com Lenio Streck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Juiz arbitrário prende gerente e quem paga a conta é a choldra? **ConJur**, 15 jan. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-15/senso-incomum-juiz-arbitrario-prende-gerente-quem-paga-conta-choldra/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 7 ed. São Paulo: Grupo GEN, Editora Forense. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. O MP e o divã: “quem sou?” “Ou tenho os pés de Curupira?”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-09/senso-incomum-mp-diva-quem-sou-ou-tenho-pes-curupira>. Acesso em: 22 out. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** - decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 90.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um Habeas Corpus no Brasil. **ConJur**, 24 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil/>. Acesso em: 09 fev. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Para compreender direito**: a hermenêutica jurídica. 2 ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Precedentes judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no cpc c/2015. 3 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal? **ConJur**, 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/senso-incomum-tal-exigir-evidencias-cientificas-decisoes-tribunal/>. Acesso em: 04 jan. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz.; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz.; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRECK, Lenio Luiz.; O MP e o divã: “quem sou?” “Ou tenho os pés de Curupira?”. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, São Paulo, 09 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-09/senso-incomum-mp-diva-quem-sou-ou-tenho-pes-curupira>. Acesso em: 22 out. 2022.

STRECK, Lenio. Hermenêutica Jurídica. **Estadão**, 2024. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 09 abr. 2024

STRECK, Lenio. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **ConJur**, 23 abr. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc/>. Acesso em: 09 abr. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. **Direito processual público – a fazenda pública em juízo**. 1 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4 ed. 9 tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 9, n. 3, p. 311-326, 28 nov. 2017.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 7, n. 3, p. 232-252, set./dez. 2015.

TRINDADE, André Karam. Hermenêutica e jurisprudência: o controle das decisões judiciais e a revolução copernicana no Direito processual brasileiro. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 7, n. 3, p. 232-252, set./dez. 2015.