

# O minimalismo de Cass Sunstein, o Mandado de Segurança 34.023 e o pacto federativo

*Fabiana Tsuchiya*

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O minimalismo Burkeano de Cass Sunstein; 3. Histórico da distribuição de rendas entre os entes da Federação; 4. O Mandado de Segurança 34.023; 5. Análise e ponderações; 6. Conclusão.

## 1. Introdução

O presente artigo aborda o papel do Supremo Tribunal Federal frente ao pacto federativo, na ótica da teoria minimalista de Cass Sunstein. Serão objeto de análise as decisões proferidas no autos do Mandado de Segurança 34.023, impetrado pelo Estado de Santa Catarina, contra ato praticado pela Presidente da República, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Secretário do Tesouro Nacional e pelo Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da Secretaria do Tesouro Nacional, consubstanciado no Decreto 8.616/15, de 29 de dezembro de 2015, que regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.

## 2. O minimalismo Burkeano de Cass Sunstein

O minimalismo de Cass Sunstein<sup>1</sup> consiste em método hermenêutico inspirado no pensamento de Edmund Burke<sup>2</sup>.

Em “Reflexões sobre a Revolução na França”, Burke denominou a Revolução Francesa como “doutrina armada”, considerando sua forma

---

<sup>1</sup> Cass Sunstein é advogado e professor na Universidade Robert Walmsley, de Harvard. Foi nomeado Administrador do Escritório da Informação da Casa Branca e *Regulatory Affairs* no mandato de Barack Obama, com exercício nos anos de 2009 a 2012.

<sup>2</sup> BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. São Paulo: Edipro, 2014. RUSSELL, Kirk. Edmund Burke – redescobrir um gênio. São Paulo: É realizações, 2016.

de manifestação e a ruptura radical às instituições vigentes, como a monarquia e a formação social estamental, vindo considerá-la prematura, impensada, violadora de costumes tradicionais, de forma que tais transformações acarretariam sérias consequências, de ordem social, econômica e política no país.

A partir dessa análise, Burke defendeu uma atitude política conservadora em respeito aos precedentes e às práticas sociais cujas mudanças devem se dar de forma gradativa, em contraposição às rupturas radicais. Em seu entender, o estadista conservador ideal, outrossim, “é aquele que combina a disposição de preservar com a habilidade de reformar”. O principal foco é a estabilização das decisões políticas, gerando resultados menos prejudiciais na sociedade.

A filosofia Burkeana influenciou diversos pensadores, sendo adotada como argumento em vários episódios históricos, como a Guerra do Vietnã (não intervenção), ou a Revolução Russa (crítica à ruptura social e política). Por outro lado, também foi utilizada de forma oportunista e equivocada na defesa de instituições como a manutenção da monarquia no Brasil e escravidão<sup>3</sup>.

Já o minimalismo apresentado por Cass Sunstein é direcionado às decisões judiciais, e sua estrutura possui pontos de contato com essa teoria política conservadora.

São dois os seus principais pilares: o julgamento de conteúdo restrito (*narrow and shallow*) e o respeito aos processos democráticos. A observância dessas diretrizes resultaria em decisões baseadas no consenso e na prevenção de erros judiciais, ante a falibilidade do homem. Não obstante, o objetivo final é a manutenção da estabilidade social.

Ainda, nos termos acima expostos, tem-se que os minimalistas, extremamente pragmáticos, preferem decidir de forma estreita e

<sup>3</sup> Bernardo Pereira de Vasconcelos, deputado mineiro, durante o reinado de D. Pedro I (1789-1834), via com desconfiança a aplicação do liberalismo americano no Brasil, embora não pretendesse o regresso do passado colonial. “[...] O regresso por ele advogado era antes uma volta aos princípios da autoridade do Estado que vigoraram no Primeiro Reinado, aos quais as liberdades precisavam se acomodar naquele momento excepcional da vida brasileira, do que um elogio às tradições do passado colonial. O seu conservadorismo era, assim, não uma defesa do passado atrasado, colonial e autocrático, mas outra proposta de construção do Estado nacional, alternativa àquela proposta pelos liberais”.

“Na ocasião, Alencar (José, de) alegara nas Cartas de Erasmo que a escravidão estava profundamente enraizada na sociedade brasileira e não deveria ser extinta por medidas impostas pelo Estado. A escravidão civilizara a América porque, por força da necessidade, havia sido a única forma de colonizar o continente. [...] Para Alencar, os costumes generosos da sociedade brasileira haviam adotado a escravidão, integrando-a na teia de solidariedade social, ao passo que a celeuma suscitada em torno da emancipação forçada criaria o ódio entre as raças [...]” (KIRK, Russell. *Edmund Burke* – redescobrimo um gênio. São Paulo: é Realizações. Anexo 05, p. 494, p. 505.).

superficial, visando somente os fatos postos à discussão, sem utilização de divagações abstratas ou argumentos morais de índole pessoal, buscando razões pouco controversas, solucionando casos com especial atenção às suas particularidades, podendo, assim, deixar grande parte dos seus aspectos não decidida<sup>4</sup>. Isso certamente não significaria a ausência de fundamentação, mas, sim, a limitação da análise do objeto posto em discussão.

Ora, com a redução da abstração e do grau de profundidade das decisões, as grandes questões constitucionais seriam debatidas no âmbito das instituições democráticas e a mudança de comportamento da sociedade não teria origem nas decisões judiciais, que sofreriam uma autocontenção, visando resguardar a segurança jurídica e facilitar o raciocínio no julgamento de causas complexas e polêmicas.

Assim, em princípio, as instituições democráticas teriam o poder de afastar as tradições e práticas assentadas, mas esta conduta deveria ser reservada à sociedade, ao Poder Legislativo. Pelo Poder Judiciário, esta intervenção ocorreria em último caso.

Segundo Sunstein, uma decisão nesses termos possui mais chances de alcançar um consenso, já que atrai apoio nas razões fundamentais, evitando também erros judiciais, ao deixar a resolução de questões fundamentais sociais aos poderes políticos que têm competência para resolvê-las. Da mesma maneira, os argumentos, por serem incompletos, não engessariam futuros debates.

Por outro lado, não pretende o autor, nessa ordem de ideias, a imutabilidade de julgamentos. O dinamismo das relações sociais e da opinião pública que embasam os processos democráticos acarreta a constante mutação da sociedade, exigindo a revisão da postura do Estado em face de inúmeras questões estruturais, e assim, por consequência, exigem a revisão da aplicabilidade e interpretação das normas pelo Poder Judiciário. O que significa que as mudanças nos acordos constitucionais e sua compreensão passam pelos processos democráticos ordinários, e não somente em âmbito judicial.

---

<sup>4</sup> “In law, minimalism plays an exceedingly important role. Some judges favor shallow rulings. Such rulings attempt to produce rationales and outcomes on which diverse people can agree, notwithstanding their disagreement on fundamental issues. For example, there are vigorous disputes about the underlying purpose of the free speech guarantee. Should the guarantee be seen as protecting democratic self-government, or the marketplace of ideas, or individual autonomy? Minimalists hope not to resolve these disputes. They seek judgments and rulings that can attract shared support from people who are committed to one or another of these foundational understandings, or who are unsure about the foundations of the free speech principle”. (SUNSTEIN, Cass R. *Beyond the judicial minimalism*. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 43, n. 4, p. 825, 2007.).

Importa assinalar, contudo, que o minimalismo está sujeito a críticas, principalmente com relação aos julgados em dissonância com a realidade social, dado que são privilegiadas tradições e estas, às vezes, podem ser consideradas antiquadas e ultrapassadas. Questiona-se, também, se sua aplicação não obstará a pacificação social, na medida em que não são julgados expressamente todos os pontos, mantendo-se dissenso entre as partes. O próprio autor reconhece que a utilização dos argumentos de superficialidade podem eventualmente criar situações de injustiça e prejuízo<sup>5</sup>, e assim, admite a possibilidade do aprofundamento das questões, se a superficialidade der ensejo a risco de erros judiciais.

Assim, sugere-se que a avaliação sobre a aplicabilidade do minimalismo deve ser empírica, sendo mais adequada a assuntos específicos, mediante avaliação dos custos das decisões e eventuais erros.

Em princípio, em contextos em que há grave violação aos direitos humanos, e os próprios conceitos de democracia e valores fundamentais como igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana estão envolvidos, de forma direta e imediata, tem-se que essa teoria não teria espaço de aplicação, ante o risco de decisões injustas e iníquas. Assim, a própria Corte deve afastar a prática social em questão se esta se encontrar fora dos limites do tolerável em termos de garantias individuais.

Contudo, nas discussões que envolvem o pacto federativo, tributação, finanças e organização do Estado, a técnica ganha outros contornos, conforme será exposto.

### **3. Histórico da distribuição de rendas entre os entes da Federação**

Após longo período de políticas autoritárias e centralizadoras em razão da ditadura militar, a Carta de 1988 promoveu a descentralização das receitas, ampliando a técnica de cooperação financeira, através de critérios de repasse e discriminação das rendas pelo produto, junto com a atribuição de fontes próprias.<sup>6</sup>

Em especial, com relação à União, houve atribuição de competência plena no sistema de seguridade social. Quanto aos repasses oriundos de arrecadação, previu-se que:

<sup>5</sup> SUNSTEIN, Cass R. Beyond the judicial minimalism. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 43, n. 4, 2007.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 743.

- a) a integralidade do imposto sobre a renda e proventos deve ser repassada aos Estados, Distrito Federal e Municípios (artigos 157 I, e 158 I da CF);
- b) 50% do imposto territorial rural são repassados aos Municípios. No caso de opção pela arrecadação por meios próprios, o repasse passa a ser integral (artigo 158, II, 153, parágrafo 4);
- c) 49% do imposto sobre produtos industrializados devem ser rateados entre Estados e Distrito Federal, Fundos de Participação dos Estados, Distrito Federal, Fundo de Participação dos Municípios, programas de financiamento ao setor produtivo das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste (artigo 159 da CF);
- d) 29% da Contribuição de intervenção no domínio econômico, relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, é repassada aos Estados e Distrito Federal;

No caso dos Estados, assim se previu:

- a) 50% dos impostos sobre a propriedade de veículos automotores devem ser repassados aos Municípios (artigo 158, III da CF);
- b) 25% dos impostos sobre operações de circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, com rateio mediante critérios territoriais, devem ser repassados aos Municípios (artigo 158, IV e seguintes da CF);

Para apontar quantitativamente redistribuição das receitas públicas, operadas pela Constituição de 1988 e suas emendas, é pertinente a comparação do percentual disponível para cada ente, após as transferências constitucionais. Assim, observe-se que, até o ano de 1964, ficava a União com 54,8% das receitas disponíveis, os Estados com 35,1% e os Municípios com 10,1%. Durante o regime militar, de caráter inequivocamente centralizador, atribuiu-se à União 64,8%, 21,3% aos Estados e 8,9% aos Municípios. Já no ano de 2012, o quadro era: a União com 56,9%, os Estados com 24,6%, e os Municípios com 18,5%<sup>7</sup>.

A Carta Magna, concomitantemente, criou para governo federal novas competências e obrigações, dentre as quais se destaca a de arcar com um sistema de seguridade social amplo. A volta a padrões distributivos similares àqueles estipulados pela Constituição de 46 e a criação

---

<sup>7</sup> FERRAZ, Luciano; GODOY, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 28.

de novas despesas obrigatórias levaram a União, a partir de meados da década de 1990, a aumentar os tributos, principalmente as contribuições não coparticipáveis destinadas à seguridade, gerando piora na qualidade do padrão de tributação brasileiro.

Por outro lado, os Estados, em comparação com a Carta de 46, perderam receitas para os Municípios e também se viram sobre as pressões derivadas dos rearranjos institucionais e econômicos ocorridos na década de 1990. A situação geral dos Estados deteriorou-se rapidamente, com administrações viciadas em empréstimos de bancos estaduais que deixaram de existir – privatizados ao longo da década de 1990 –, e governos com competência tributária mais restrita que a da União, sem desejo de desagradar o contribuinte estadual e que enfrentavam disputas inter-regionais envolvendo incentivos concedidos mediante redução do ICMS (guerra fiscal)<sup>8</sup>. O detalhe curioso, em todo processo, é que os Municípios, apesar de serem os beneficiados pela repartição de receitas estabelecidas pela Constituição de 1988, sofreram com o aumento de sua participação na dívida consolidada do setor público.

Nesse quadro financeiro, a União renegociou a dívida pública dos Estados, como a Lei 7.976/89, que refinanciou a dívida de Estados e Municípios com a União por 20 anos – dívida quitada em 2009. Em seguida, a Lei 8.727/93 veiculou nova renegociação de outras dívidas de Estados e Municípios.

Ganha destaque a Lei 9.496/97 em que a União, em especial, em razão da adaptação ao Plano Real, assumiu a dívida dos Estados, apropriando-se de grave encargo, que abrangia quase 80% da dívida dos Estados, atingindo 11,3% do PIB<sup>9</sup>.

A renegociação da dívida foi benéfica aos Estados, diante da taxa de remuneração, o IGP-DI, acrescido de 6% ao ano, enquanto a União corrigia a dívida assumida pela SELIC, o que, no acumulado, até o ano de 2011, gerou um encargo adicional para a União de 41%. Contudo, posteriormente, os Estados vieram questionar os índices aplicados.

<sup>8</sup> Conforme aponta estudo de Josué Alfredo Pellegrini: “A atual situação da dívida estadual retrata importantes acontecimentos verificados na década de noventa, quando o passivo estadual subiu acentuadamente. Segundo Rigolon e Giambiagi (1999, p. 117), a dívida líquida dos Estados e Municípios aumentou de 5,8% do PIB, em 1989, para 14,4% do PIB, em 1998. A participação desse passivo na dívida líquida do setor público passou de 15%, em 1989, para 39%, na média do período 1995 a 1998, a despeito de renegociações realizadas nesse período.” (disponível em: <[www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-110-divida-estadual](http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-110-divida-estadual)>).

<sup>9</sup> “De acordo com Rigolon e Giambiagi (1999, p. 129), a renegociação de 1997 envolveu 77,9% da dívida líquida dos Estados e Municípios ao final de 1998, cerca de 11,3% do PIB. Nesse montante não estão incluídos os valores negociados no âmbito do Proes, por meio do qual se processou a alienação ou liquidação dos bancos estaduais.” (op. cit.).

Não obstante, após pressão dos Governadores, sobrevieram as Leis Complementares 148/2014 e 151/2014, que novamente concederam descontos, e alongaram prazos de pagamento. O processo aqui descrito, por sua vez, resultou em nova legislação, a Lei Complementar 156/2016.

#### 4. O Mandado de Segurança 34.023

O Mandado de Segurança 34.023 foi impetrado pelo Estado de Santa Catarina, contra ato praticado pela Presidente da República, pelo Ministro de Estado da Fazenda, pelo Secretário do Tesouro Nacional e pelo Coordenador-Geral de Haveres Financeiros da Secretaria do Tesouro Nacional, consubstanciado no Decreto 8.616/15, de 29 de dezembro de 2015, que regulamenta o disposto na Lei Complementar 148, de 25 de novembro de 2014, e no art. 2º da Lei 9.496, de 11 de setembro de 1997.

Segundo relatório do Ministro Edson Fachin:

O impetrante afirma, na inicial, que, com a promulgação da Lei Complementar 148/14, a União ficou obrigada a realizar um desconto sobre os saldos devedores dos contratos de refinanciamento de dívidas contraídas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com base na Lei 9.496/97, na Medida Provisória 2.185-35/01 e nos contratos de empréstimos firmados com os Estados e o Distrito Federal ao amparo da Medida Provisória 2.192-70/01. As novas condições deveriam constar de aditivo contratual, o que, nos termos do art. 4º da Lei Complementar, com a redação dada pela Lei Complementar 151/15, deveria ser celebrado, independentemente de regulamentação, até 31 de janeiro de 2016.

A regulamentação, segundo narra o impetrante, deveria ter sido feita desde a promulgação da Lei Complementar 148, mas apenas em 29.12.2015, por meio do Decreto 8.616/15, a União disciplinou a fórmula de cálculo do desconto. Com fulcro na metodologia estabelecida no Decreto, o impetrante recebeu, em 14.01.2016, os cálculos preliminares, elaborados pelo agente financeiro da União, com o desconto que deveria ser dado por ocasião da nova repactuação.

Por não concordar com os critérios utilizados pelo agente financeiro, porquanto divergentes do benefício legalmente estipulado, o impetrante solicitou informações à Secretaria do Tesouro Nacional acerca de possível anatocismo na atualização do saldo devedor. O Estado impetrante não recebeu resposta. Alega, assim, que “o dia 31.01.2016 passou e a União não firmou o termo aditivo com o Estado de Santa Catarina. Isso quer dizer que o Impetrante não usufruirá qualquer benefício legal no próximo vencimento de sua dívida, que ocorrerá em 29.02.2016” (eDOC 1, p. 8, grifos do impetrante). O impetrante alega que a regulamentação do disposto no art. 3º da Lei Complementar 148 desbordou dos limites legais. Aduz que, ao exigir o “desconto sobre saldos devedores dos contratos em valor correspondente à diferença entre o montante do saldo devedor existente em 1º de janeiro de 2013 e o apurado utilizando-se a variação acumulada da taxa Selic desde a assinatura dos respectivos contratos”, a Lei não autorizou que a taxa fosse calculada de forma capitalizada. Por essa razão, o Decreto 8.616/15, ao explicitar a fórmula de cálculo, não poderia utilizar Selic capitalizada para apurar o desconto devido. A corroborar essa interpretação, o Estado sustenta que a mesma expressão – “variação acumulada da Selic” –, quando empregada em outros diplomas normativos, não é aplicada de forma capitalizada. Além disso, expende que a prática de anatocismo é, como regra, proibida, a desautorizar a conclusão de que a Lei Complementar pudesse excepcioná-la sem referência textual expressa.

Adverte, ainda, que haveria enriquecimento ilícito por parte da União e, bem assim, ofensa ao princípio da isonomia, tendo em vista que a capitalização não é praticada pela União em relação a seus demais devedores. Rememorando os métodos de interpretação, defende, por fim, que a vedação da capitalização pode ser inferida pela teleologia da norma que previa condições mais benéficas aos Estados e não mais rígidas, como ocorreu ao aplicar o critério do Decreto.

Com base nesses argumentos e na iminência do vencimento próximo, 29.02.2016, de parcela de



sua dívida, requer, liminarmente, a concessão de medida, para que as autoridades impetradas se abstenham de impor as sanções contratualmente previstas e, ainda, para que, quando da elaboração de proposta de aditivo contratual, adotem o método da variação acumulada da taxa Selic, sem a capitalização de juros. No mérito, pugna para que seja reconhecido o direito líquido e certo do impetrante de utilizar a prerrogativa a que se refere o parágrafo único do art. 4º da Lei Complementar 148, enquanto não promovido o aditivo e também quando o for, afastando, em ambos os casos, o anatocismo<sup>10</sup>.

Prestadas as informações pela Presidente da República em exercício, sobreveio decisão monocrática, negando-se seguimento à ação, em suma, por inadequação da via eleita, seja pela ilegitimidade passiva, seja pela ausência de direito líquido e certo.

Contudo, após interposição de agravo regimental, o *writ* denegado inicialmente teve restaurado o seu trâmite, sendo concedida liminar (com sucessivas modificações), para ao final, ordenar às autoridades impetradas – a União, que se

abstenham de impor quaisquer sanções ao impetrante, especialmente aquelas previstas na Cláusula Décima Sexta do Contrato 12/98/STN/COAFI e bloqueio de recursos de transferências federais, pelo exercício da faculdade do parágrafo único, artigo 4ª da LC 148/14, norma que lhe garante o cálculo e o pagamento da dívida pública com base nos novos parâmetros legais pela não promoção do aditivo contratual.

Durante o trâmite do feito, após o provimento do recurso e concessão de liminar, noticiou-se acordo, com envio de Projeto de Lei Complementar com novos termos no refinanciamento da dívida dos Estados e do Distrito Federal, ainda não promulgado. Houve retificação da liminar, com sobrestamento do feito.

---

<sup>10</sup> Mandado de Segurança 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 152/2017, DJE 234, publicação de 13/10/2017, páginas 38-40.

Por sua vez, o Estado de Santa Catarina pleiteou o prosseguimento do feito, com julgamento da ação.<sup>11</sup> Há ainda três ações similares, ajuizadas pelos Estados de Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Rio Grande do Sul (MS 34.141, MS 34.122, MS 34.110).

## 5. Análise e ponderações

O Mandado de Segurança objeto de análise, em suma, questiona a metodologia de cálculo da taxa Selic, diante da capitalização nos descontos sobre saldos devedores na concessão de empréstimo aos Estados.

Durante o trâmite do feito, sobreveio acordo entre a União e os Estados, conforme abaixo transcrito:

[...] o Senhor Ministro de Estado da Fazenda apresentou os termos da proposta: i) alongamento da dívida dos Estados com a União, contratada no âmbito da Lei n. 9496 de 1997, por 240 meses, sendo os meses adicionais acrescidos ao tempo original dos contratos, reconhecendo-se aqui que a forma de capitalização dessa dívida é composta, nos termos definidos na própria lei.

Seguiu-se em ata final o parcelamento, em 24 meses, dos valores devidos e não pagos relativos às liminares concedidas pelos Estados e que tiveram por tese principal o questionamento da forma de capitalização, juros simples ou juros compostos, acertado que os pagamentos desses valores iniciar-se-iam em julho de 2016.<sup>12</sup>

Nesse quadro, entende-se que não houve a perda do objeto pela ausência de interesse de agir superveniente (exaurimento do próprio objeto do pedido, não ocorrido, ante a manutenção dos juros compostos no acordo), mas, sim, surgiu causa fundamental para denegação da segurança, pela aplicação da “teoria dos atos próprios”, sintetizada nos brocardos latinos *tu quoque e venire contra factum proprium* (a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei,

<sup>11</sup> Petição da Procuradoria do Estado de Santa Catarina, datada de 30/06/2016, nos autos do MS 34.023.

<sup>12</sup> Petição da Advocacia-Geral da União, datada de 30/06/2017, nos autos do MS 34.023.

os bons costumes e a boa-fé, constituindo-se em abuso de direito)<sup>13,14</sup>. Ora, a discussão da legalidade dos juros compostos é contraditória à anuência de sua manutenção.

Caso se entenda pela necessidade de esgotamento da análise da legalidade da taxa de juros compostos, tem-se que à luz das discussões ventiladas, o Poder Judiciário não possui uma compreensão superior aos demais ramos de governo sobre questões técnicas, muitas vezes afetas a mudanças no decorrer do tempo.

Tal apontamento é de grave importância, eis que, conforme leitura do v. Acórdão, o posicionamento inicial dos julgadores oscila para preocupação às finanças dos Estados, predizendo a necessidade de se levar em consideração consequências de ordem técnica.

Contudo, a despeito da ligeira observação do Ministro Luís Roberto Barroso<sup>15</sup>, em geral foram desconsiderados os indícios de que o atual quadro financeiro poderia ser evitado pelos Estados. Também se desconsideraram os Estados que administraram o erário com responsabilidade fiscal. Assim, é razoável esperar que um auxílio financeiro desprovido de critérios técnicos rigorosos e contrapartidas adequadas tende a premiar as condutas despreocupadas com a sustentabilidade das contas públicas e a resultar em tratamento anti-isonômico, contrário ao disposto no art. 3º, inciso III, da CF.

Não se ignora o delicado panorama atual dos Estados da federação e sua crise de solvência para custeio de despesas mínimas e essenciais para manutenção de sua própria estrutura. O risco de intervenção da União nos Estados também não se afigura como uma realidade distante.

Porém, em que pesem as consequências especuladas no processo, a crise financeira sofrida pelos Estados originou-se da má gestão dos recursos, considerando-se que a maior parte dos gastos noticiados se origina de decisões administrativas a despesas com pessoal e encargos sociais<sup>16</sup>. Também é de conhecimento que nove Estados apresentaram

---

<sup>13</sup> “[...] a proibição de um comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) é modalidade de abuso de direito que surge da violação ao princípio da confiança – decorrente da função integrativa da boa-fé objetiva (CC art. 422)” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENWALD, Nelson. *Curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 592.).

<sup>14</sup> O Ministro Edson Fachin chega a mencionar a teoria, mas com aplicação da perda do objeto, inteiro teor do acórdão nos autos do MS 34.023. Ata 87/2017, DJE 124, publicação de 09/06/2017, p. 16.

<sup>15</sup> Pleno - STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 2:29:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](https://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

<sup>16</sup> Petição da Advocacia-Geral da União, nos autos do MS 34.023, p. 60-61, datada de 09/06/2016.

percentual de gastos com pessoal acima do teto estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, sem notícias da adoção das providências determinadas na Lei para a contenção destas despesas.<sup>17</sup>

Segundo informações da Presidente da República:

[...] Importa acentuar, além disso, que a Secretaria do Tesouro Nacional considera extremamente perigosa para as finanças do País a possibilidade de êxito dessa tese contrária ao texto da Lei Complementar, que levará a União a sofrer, no caso de extensão para todos os entes titulares de operações de financiamento, uma redução de seus ativos da ordem de R\$ 300 bilhões, cifra que poderá corresponder a mais de 5% do PIB<sup>18</sup>.

Nesse passo, interessante observar que pouco se ponderou sobre os efeitos sofridos pela União em caso de decisão favorável aos Estados, durante o julgamento<sup>19</sup>.

Ora, segundo os minimalistas, a redução do grau de ingerência e o respeito às instituições representativas denotam uma limitação no plano interpretativo. Já as ponderações explícitas indicam tendência ao pragmatismo jurídico e assim, consequencialista, em que as consequências e resultados práticos das decisões judiciais são fatores decisivos para um julgamento.<sup>20</sup>

Dentro desse contexto, não se mostra recomendável a análise de impacto financeiro, mesmo porque a aplicação dos juros compostos é fato incontroverso nos autos, e sendo assim, não deve ser objeto de prova. E sendo clara a delimitação do objeto do Mandado de Segurança, questiona-se se a análise efetiva de dados técnicos poderia de fato levar a um consenso e à uma decisão justa.

<sup>17</sup> SC e MT perdem garantia da União para novos empréstimos; SP ganha. Folha de São Paulo, São Paulo, 6 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.folha.uol.com.br/amp/mercado/2017/12/1941065-sc-e-mt-perdem-garantia-da-uniao-para-novos-emprestimos-sp-ganha.shtml>>.

<sup>18</sup> Mandado de Segurança 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 152/2017, DJE 234, publicação de 13/10/2017, p. 41.

<sup>19</sup> Juros simples, consequências severas. Estado de São Paulo, São Paulo, 12 abr. 2016. Caderno de Economia - Estadão. Disponível em: <[www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,juros-simples--consequencias-severas,100000025864](http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,juros-simples--consequencias-severas,100000025864)>. 'Problema fiscal se agravou', diz presidente do Insuper. Uol Notícias, 12 abr. 2016. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1759975-problema-fiscal-se-agravou-diz-presidente-do-insper.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1759975-problema-fiscal-se-agravou-diz-presidente-do-insper.shtml)>.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 458-459.

Isso porque ainda que utilizados dados contábeis, as consequências previstas em prejuízo à União ou Estados são de natureza variada (de um lado, as consequências de ordem internacional, queda do PIB e crise de confiança no mercado financeiro, e de outro, a própria falência dos Estados), e a ponderação de interesses com base nestes dados somente tornaria a discussão mais complexa.

Também se sustentou que uma das funções institucionais do Supremo Tribunal Federal é a de mediação de conflitos entre os entes da federação, no papel de “poder moderador da federação brasileira”<sup>21</sup>. Sendo o papel principal da Corte Superior a de guardião da Constituição, a autoatribuição do papel de mediadora de conflitos federativos, além de se constituir em função atípica, extrapolaria os limites de sua competência constitucional.

Cumprе assinalar que, embora digna a preocupação, sendo recomendável a conciliação das partes, tem-se que o cerne da controvérsia se concentra na possibilidade de o Poder Judiciário se sobrepor aos interesses de uma das partes, com a utilização de expedientes como concessão de liminares ou fixação de prazo, com vistas à viabilização de um acordo, colocando a União em um cenário de conciliação imposta, mesmo quando a discussão da matéria posta à apreciação se encontra devidamente delimitada.

Note-se que em dado momento, é dito expressamente que: “[...] nós precisamos induzir a uma solução e a maneira de induzir à uma solução é dando refresco de 60 dias, e senta na mesa de negociações [...] os Estados já sabem que não vamos preservar essa ideia dos juros simples”.<sup>22</sup>

Em termos processuais, registre-se que não havia condições favoráveis inequívocas para a concessão de tutelas de urgência ou de evidência, já que presente apenas o *periculum in mora*, e não a probabilidade do direito invocado.

Indaga-se também, se ao induzir o acordo, não foram colocados em risco os princípios implícitos da Carta Magna, com relação ao equilíbrio fiscal e ao pacto federativo. Não se está, obviamente, discutindo uma ação de natureza patrimonial disponível, que poderia tranquilamente ser objeto de avença dentro de um processo.

<sup>21</sup> Mandado de Segurança 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 152/2017, DJE 234, publicação de 13/10/2017, p. 31-33.

<sup>22</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 3:33:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

É latente nos autos, por sua vez, que a Corte foi utilizada como instrumento de pressão para barganhas, cedendo à influência dos Estados, o que é inadmissível dentro do conceito clássico de boa-fé objetiva e as novas diretrizes de cooperação expostas no Novo Código de Processo Civil em vigor.

Não se nega a possibilidade de acordos entre os entes, dentro de suas competências, capacidades financeiras e orçamentárias, e dentro de uma discricionariedade limitada pelo princípio da legalidade, formal e material. Porém, a forma como as ações foram propostas tornaram o papel conciliatório do Poder Judiciário ferramenta para fim diverso, que não a pacificação da lide e a aplicação de princípios constitucionais. É ingênua a afirmação de que o papel institucional foi cumprido, quando há indícios de manipulação de ação com vistas à captação de condições generosas em acordo ou de protelação ao cumprimento de obrigações, já que a concessão da liminar também propiciou uma nova espécie de moratória, ou “moratória implícita”, como arguido pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>23</sup>.

Destaque-se ainda posicionamento do Ministro Marco Aurélio Mello, que assim se manifestou, com relação ao pedido da União para retificação da liminar, em razão do acordo realizado no dia 20/06/2016:

[...] O que buscado pela União resultará em liminar, a meu ver, na contramão, que, em vez de beneficiar o Estado impetrante, a rigor, tornará impositivo o acordo – tendo em conta o revestimento com a liminar – que foi entabulado e que, pelo que me consta, não chegou nem a ser colocado no papel. O acolhimento do pedido da União esbarra na premissa que lancei.

Toda e qualquer medida acautelatória é formalizada visando beneficiar aquele a pleiteá-la. Não se pode, mediante pronunciamento do Judiciário, colocar os Estados da Federação numa camisa de força. Terminarei o raciocínio – não costume, inclusive, tomar muito o tempo do Plenário, porque me preocupa muito a situação atual dos jurisdicionados, a necessidade de conciliarmos celeridade e conteúdo. Em síntese, se agora viermos a acolher o pedido

---

<sup>23</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 3:21:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

formalizado pela União, tornaremos o que seria decorrente de um ajuste, de um acordo obrigatório para os Estados. Essa é a conclusão a que chego.<sup>24</sup>

Em verdade, entende-se que uma conciliação ou “camisa de força”, conforme citado, foi imposta à União, e não o contrário, eis que seu teor é altamente benéfico aos Estados, considerando-se a concessão de novos prazos para pagamento.

É importante acolher com reservas a suposição de fragilidade dos Estados, a exemplo da analogia ao “pescoço com a guilhotina”, mencionada pelo Ministro Ricardo Lewandowski<sup>25</sup>, ou à necessidade de se garantir um “cacife” através de liminar para se garantir um equilíbrio, defendida pelo Ministro Teori Zavascki<sup>26</sup>. Conforme exposto anteriormente, as consequências previstas à União são tão graves quanto àquelas previstas aos Estados, o que vem sendo ignorado paulatinamente. Por sua vez, diante de representação no Congresso Nacional e número, os Estados possuem amplo poder de deliberação legislativa, de instrumentos de pressão e de negociação perante a União. Evidente que a União não se encontra em posição de superioridade só porque desempenha o papel de credora ou figura como Ente Central.

A fim de corroborar esse entendimento, cabe expor que o Senhor Ministro Marco Aurélio Mello, embora em exposição diametralmente oposta ao voto de 01/07/2016, acima transcrito, mencionou em sessão de 27/04/2016 que os Estados estariam se beneficiando da liminar concedida para não cumprir suas obrigações mínimas, com desvirtuamento da medida concedida judicialmente, e que havia ausência de bilateralidade nas negociações no presente feito, em prejuízo à União<sup>27</sup>.

Por sua vez, embora a Ministra Cármen Lúcia tenha afirmado que houve grande respeito da União à Corte ao realizar o acordo<sup>28</sup>, e o Ministro Ricardo Lewandowski tenha entendido que a Corte adotou uma

<sup>24</sup> MS 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 87/2017, DJE 124, publicação de 09/06/2017, p. 14.

<sup>25</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 3:28:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

<sup>26</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 3:37:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

<sup>27</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 2:36:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

<sup>28</sup> MS 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 87/2017, DJE 124, publicação de 09/06/2017, p. 19.

“atitude minimalista”, com “intervenção mínima”<sup>29</sup>, insiste-se que as decisões apontam que a União foi obrigada à conciliação, com a concessão do pedido liminar, a prorrogação de prazo e a imprevisibilidade de data para julgamento da ação. A limitação recomendada naquela doutrina se atém aos argumentos e alcance das decisões, e não à inafastabilidade da jurisdição, uma vez proposta a ação.

Nessa toada, em relação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, as decisões parecem sugerir uma resistência ao julgamento do feito, preferindo-se a imposição de um acordo entre as partes.

Também importante ponderar que eventual denegação de segurança (diante da antecipação do mérito por parte dos Ministros) não implicaria necessariamente na ausência de acordo futuro, sendo notória a situação de insolvência de alguns Estados. O próprio histórico de repartição de receitas, consoante exposto no item 3 do presente artigo evidencia que a União se habituou a disponibilizar facilidades em períodos de turbulência financeira. As reiteradas federalizações de dívidas estaduais pela União e renegociações das condições de pagamento destas revelam o poder de barganha que possuem os Estados. Ora, o imediato julgamento apenas visa resguardar a segurança jurídica e incita os entes à conscientização da probidade na gestão de recursos.

Adira-se que o incentivo desse tipo de manobra judicial acarreta risco de sucessivas moratórias travestidas de ações quando negociações são celebradas na forma como retratada nos autos do Mandado de Segurança. Com acerto, o Ministro Gilmar Mendes vislumbrou o risco de novo pedido de moratória no futuro em razão do comportamento irresponsável de gestão dos Estados<sup>30</sup>.

Caso se torne frequente o questionamento apresentado nos autos objeto de análise, as decisões do Supremo Tribunal Federal tornarão frágeis as obrigações contraídas no âmbito da federação, eis que as sucessivas moratórias fragilizam o princípio cooperativo, pela quebra de lealdade e confiança entre os entes, na medida em que o descumprimento obrigacional pode ser frequente.

<sup>29</sup> MS 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 87/2017, DJE 124, publicação de 09/06/2017, p. 22.

<sup>30</sup> Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34.023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017, áudio a partir de 3:21:00. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qEZ9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.



## 6. Conclusão

O minimalismo de Cass Sunstein, visando impedir erros judiciais e prejuízos irreparáveis, idealiza um julgamento voltado à solução do caso concreto, ao invés de adotar teorias complexas sobre as questões envolvidas, ou argumentos e teses vagas. Busca-se o consenso quanto às pequenas questões, reservando-se espaço para deliberação no seio de cada instituição.

Não há possibilidade, na visão minimalista, da atuação do Poder Judiciário em substituição aos processos democráticos, no exercício de uma atividade típica do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Nesse contexto, os debates que envolvem o pacto federativo são facilmente delineados dentro dessa técnica.

O Ministro Relator Edson Fachin, na linha do pensamento judicial minimalista, e sendo voto vencido no Mandado de Segurança, pondera que:

[...] no que tange ao mérito do dispositivo invocado pelo impetrante para subsidiar seu direito, sem que se invoquem argumentos consequentialistas ou que se rediscuta a oportunidade da lei, cuja avaliação, compete, de modo exclusivo e soberano ao Congresso Nacional [...] <sup>31</sup>.

Importante destacar que o papel primordial do Poder Judiciário é a pacificação social. Na ótica da pacificação social através do ajuizamento de ação, é correta a afirmação que ela pode ser alcançada mediante composição das partes ou a prolação de sentença, que aponta o direito aplicável à causa de pedir apresentada nos autos. A composição vem ganhando importância em um cenário de elevação exponencial de demandas e morosidade para o atendimento desses reclamos. No entanto, os direitos debatidos no v. Acórdão são indisponíveis, irrenunciáveis, o que recomenda cautela pelos i. Julgadores.

Mesmo após inúmeras reformas de ordem processual, o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado a se manifestar sobre questões de ordens diversas, sobrecarregando a pauta de julgamentos, já que junto a questões essenciais que demandam intenso debate, há o ajuizamento

---

<sup>31</sup> Mandado de Segurança 34.023, inteiro teor do acórdão. Ata 152/2017, DJE 234, publicação de 13/10/2017, p. 48.

de ações e interposição de recursos temerários ou protelatórios. Não obstante, a tendência contemporânea aponta para uma verdadeira judicialização de conflitos, obscurecendo o conceito de ultima ratio do Poder Judiciário. Assim, imprescindível a readequação e novas reflexões sobre o seu papel, a ampliação da noção de abuso de direito e limitação da ingerência judicial<sup>32</sup>.

## Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BURKE, Edmund. *Reflexões sobre a revolução na França*. São Paulo: Edipro, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Luciano; GODOY, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

Juros simples, consequências severas. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 abr. 2016. Caderno de Economia – Estadão. Disponível em: <[www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,juros-simples--consequencias-severas,100000025864](http://www.economia.estadao.com.br/noticias/geral,juros-simples--consequencias-severas,100000025864)>.

KIRK, Russell. *Edmund Burke – redescobrimo um gênio*. São Paulo: É realizações, 2016.

Pleno – STF prorroga por 60 dias liminares sobre dívida dos estados. TV Justiça, julgamento do MS 34023, de 28/04/2016, visualizada em 11/12/2017. Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=qE-Z9oB0XkE](http://www.youtube.com/watch?v=qE-Z9oB0XkE)>, tempo de duração 3:55:31.

‘Problema fiscal se agravou’, diz presidente do Insper. *Uol Notícias*, 12 abr. 2016. Disponível em: <[www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1759975-problema-fiscal-se-agravou-diz-presidente-do-insper.shtml](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/04/1759975-problema-fiscal-se-agravou-diz-presidente-do-insper.shtml)>.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

---

<sup>32</sup> “Cabe aos três Poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Mas, em caso de divergência, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia, porém, não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal”. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 444.).

SUNSTEIN, Cass R. Burkean minimalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 105, n. 2, p. 353, 2006.

\_\_\_\_\_. Beyond the judicial minimalism. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 43, n. 4, p. 825, 2007.

### Sites consultados

[www.chicagounbound.uchicago.edu/public\\_law\\_and\\_legal\\_theory/49](http://www.chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/49)  
[http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal\\_articles](http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal_articles)

[www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13777619](http://www.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13777619)

[www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-110-divida-estadual](http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-110-divida-estadual)