

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

AS PRERROGATIVAS PROCESSUIAS DA FAZENDA PÚBLICA
- À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SUPREMACIA
DO INTERESSE PÚBLICO

BERNARDO COMUNALE

RIO DE JANEIRO

2008

BERNARDO COMUNALE

AS PRERROGATIVAS PROCESSUIAS DA FAZENDA PÚBLICA - À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Greco

RIO DE JANEIRO

2008

BERNARDO COMUNALE

AS PRERROGATIVAS PROCESSUIAS DA FAZENDA PÚBLICA - À LUZ DOS
PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio de
Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Professor Leonardo Greco – Orientador
Professor Doutor Titular/UFRJ

Professor _____

Professor _____

Para minha família. Obrigado por tudo.

RESUMO

Comunale, Bernardo. As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública – À Luz dos Princípios da Isonomia e da Supremacia do Interesse Público. Pesquisa (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, 2008.

A presente monografia tem por escopo analisar as prerrogativas da Fazenda Pública à luz dos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público sobre o privado, de modo a identificar se as vantagens conferidas à Fazenda Pública em juízo, ante o particular, encontram respaldo nos referidos princípios, sendo, portanto necessárias (prerrogativas); ou configuram um abuso do poder estatal (privilégios).

Para que essa identificação possa ser feita, o trabalho inicia-se com a conceituação do significado do termo Fazenda Pública; a seguir, são apresentadas as definições daqueles princípios.

Feito isso, é possível perceber que algumas vezes, a Fazenda Pública, efetivamente, necessita de um tratamento distinto do que é conferido ao particular, em outras, entretanto, não é possível justificar essas vantagens.

A seguir, são comentados alguns dos principais exemplos de cada uma das hipóteses. Como exemplo de prerrogativas: os prazos dilatados para contestar e recorrer e o procedimento especial para a execução da Fazenda Pública; como exemplos de privilégios: os honorários fixados de forma eqüitativa; a necessidade de intimação pessoal e a impossibilidade de antecipação de tutela.

Palavras-Chave: Fazenda Pública – Prerrogativas – Princípio da Isonomia – Princípio da Supremacia do Interesse Público.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	7
2 – GENERALIDADES E CONCEITOS	9
2.1 - Conceito de Fazenda Pública	9
2.2 - Princípio da Isonomia	12
2.2.1 - Igualdade Formal x Igualdade	
Material	16
2.3 - Interesse Público e Supremacia do Interesse Público Sobre o Privado	25
3 – PRERROGATIVAS NECESSÁRIAS DA FAZENDA PÚBLICA	33
3.1 - Prazos Dilatados para Contestar e Recorrer	34
3.2 - Procedimento Especial para Execução em Face da Fazenda Pública	39
3.2.1 – Indisponibilidade do Interesse Público e Impenhorabilidade do Bem	
Público	41
3.2.2 – Necessidade de Prévia Inclusão em	
orçamento	45
3.2.3 – Necessidade de Tratamento Isonômico entre os Credores da Fazenda	
Pública	47
4 – PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA	51
4.1 - Honorários fixados de forma eqüitativa	51
4.2 - Reexame Necessário ou Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório	55
4.2.1 - Reexame Necessário Impeditivo da Antecipação de	
Tutela	61
4.3 - Necessidade de Intimação Pessoal	62
4.4 - Impossibilidade de antecipação de tutela	64

<u>4.4.1 - A Antecipação de Tutela em Face da Fazenda Pública e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº</u>	
<u>4</u>	<u>68</u>
<u>5 - CONCLUSÃO</u>	<u>72</u>
<u>6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	<u>74</u>

1 - INTRODUÇÃO

As regras processuais foram criadas com o objetivo de estabelecer normas para todos aqueles que quisessem encaminhar-se ao Judiciário buscando a solução de um conflito de interesses, garantindo a todos o acesso à justiça. Elas existem para tutelar os interesses dos indivíduos de uma sociedade e constituem uma das atribuições da Administração Pública.

Ocorre que, em algumas ocasiões, esse conflito de interesses envolve a Administração Pública, colocando-a como em um dos pólos da lide, em oposição ao particular. Nesses casos, qual tratamento deve ser dispensado à Administração? Deve-se tratá-la do mesmo modo que o particular? Deve-se lhe conceder uma condição especial devido à sua natureza? A partir desses questionamentos surgiram as prerrogativas da Fazenda Pública – denominação dada à Administração quando ingressa em juízo.

As prerrogativas gozadas pela Fazenda Pública, no âmbito do processo civil, há muito geram polêmica. São muitas as discussões. Na verdade, muitas são as reações ante as prerrogativas gozadas pela Fazenda Pública em juízo.

O objetivo deste trabalho é estabelecer um critério de comparação entre o direito de acesso à justiça e a atuação da Fazenda Pública no uso de suas prerrogativas. Busca-se fazer uma análise destas prerrogativas e das justificativas alegadas para sua existência – a proteção de interesse público e sua supremacia sobre o privado, a falta de recursos. Com isto, pretende-se perceber até que ponto tais prerrogativas são fundamentais à atuação do Estado em juízo, ou se, pelo contrário, têm o objetivo único de privilegiar tal atuação em

detrimento daquela do litigante comum, independentemente de interesse público ou de violação a direito fundamental.

A questão que deve ser suscitada é se tais prerrogativas processuais efetivamente violam princípios como o da isonomia e da supremacia do interesse público, de modo a prejudicar a prestação da tutela jurisdicional, colocando o particular em uma situação de inferioridade ante a Administração Pública.

Na elaboração do presente trabalho, procuramos analisar a questão de maneira imparcial, trazendo, sempre que possível, considerações, tanto daqueles que defendem, quanto daqueles que condenam as prerrogativas, buscando um ponto de equilíbrio.

2 – GENERALIDADES E CONCEITOS

2.1 – Conceito de Fazenda Pública

Antes de iniciarmos a análise dos privilégios da Fazenda Pública, cumpre definir o significado do termo Fazenda Pública. O termo Fazenda Pública é utilizado de formas diferentes, tanto no Código de Processo Civil, quanto na legislação em geral¹. De um modo genérico, pode-se dizer que o termo Fazenda Pública designa as três espécies de Fazenda: União, Estados e Municípios. Entretanto há inúmeras definições para o termo “Fazenda Pública”, conforme se depreende da análise das definições dos ilustres juristas abaixo elencados.

Para Alcides de Mendonça Lima² o Código de Processo Civil se refere à Fazenda Pública de maneiras distintas, referindo-se a ela genericamente, apenas como Fazenda Pública (v.g. arts. 20, § 4º; 27; 188, etc), ou discriminando suas três modalidades, sem manter um sistema uniforme (v.g. arts. 511 e 943). Entretanto, em outros dispositivos, a municipal está excluída de modo expreso (arts. 699; 1143) 234 ou implícito, devido ao

¹ Por exemplo, no art. 20, § 4º, CPC (honorários advocatícios quando vencida a Fazenda Pública), no art. 27, CPC (antecipação de despesas e custas no processo pela Fazenda Pública), no art. 141, inc. IV, “b”, CPC (permissão de carga dos autos à Fazenda Pública), no art. 188, CPC (prazos mais dilatados ara contestar e recorrer quando a Fazenda Pública atuar como parte no processo), art.197, CPC (imposição de prazos para a devolução dos autos em carga pela Fazenda Pública), art. 240, CPC (os prazos para a Fazenda Pública contam-se da data da intimação do ato), art. 277, CPC (prazo em dobro para designação de audiência no procedimento sumário em que for ré a Fazenda Pública), ; art. 475, II, CPC (reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública), e também nos arts. 578, parágrafo único; 585, inc. VI; 730; 731; 943; 988; 999, § 4º; 1.002; 1.007; 1.008; 1.013; 1.026 e 1.031, parágrafo único (referentes ao processo de inventário e, nesses casos, a expressão Fazenda Pública se limita ao Estado, que tem competência tributária para o imposto *causa mortis*; arts. 1.108; 1.145; 1.151; 1.155, parágrafo único; 1.172; 1.206, § 2º, ic. II; etc.

² MENDONÇA LIMA, Alcides de. Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.288.

fato de a matéria não estar sujeita ao seu alcance (v.g. arts. 988, IX; 999; 1007 e outros de inventário e arrolamento).

Para De Plácido e Silva, a denominação genérica Fazenda Pública refere-se a qualquer espécie de Fazenda, atribuída às pessoas de Direito Público. Assim sendo, o termo abrangeria as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e, desse modo, o termo Fazenda Pública deve ser utilizado sempre com sentido amplo, significando a soma total dos de interesses de ordem patrimonial da União, dos Estados ou dos Municípios, pois que, sem distinção, todas se compreendem na expressão.”³

Saindo da análise meramente semântica do termo e adentrando na seara do Direito Administrativo, o mestre Hely Lopes Meirelles define que o termo Fazenda Pública é denominação dada à Administração Pública quando esta ingressa em juízo, por qualquer de suas entidades estatais, autarquias ou órgãos que possuam capacidade processual, pois, nesses casos, os encargos patrimoniais da demanda são suportados pelo erário.”⁴

De acordo com os ensinamentos de Samuel Monteiro:

O conceito de Fazenda Pública alcança e abrange apenas as entidades públicas (autarquias, Estados, União Federal, Distrito Federal e Municípios), que arrecadam diretamente, com autonomia administrativa e financeira própria, ou recebem tributos e contribuições criados por leis tributárias ou previdenciárias, observada a competência impositiva constante expressamente da própria Constituição Federal”.⁵

Deixando a esfera do Direito Administrativo e ingressando no campo do Direito Processual Civil, que é o de interesse no presente trabalho, Délio Rocha Sobrinho leciona que Fazenda Pública é o título dado ao Estado quando este, de alguma forma, vem a juízo por qualquer de suas entidades autárquicas ou estatais, ou por seus órgãos que tenham

³ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1988, p. 351.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 624-625.

⁵ MONTEIRO, Samuel. *Dos Crimes Fazendários*. São Paulo: Hemus, 1998, p. 10

capacidade processual⁶. Apesar de que, segundo Ada Pellegrini, in stricto sensu, devesse significar apenas o Estado em juízo litigando no âmbito financeiro.⁷

Cândido Rangel Dinamarco, em disposição sobre a matéria, define Fazenda Pública como:

A personificação do Estado no que lhe tange as obrigações patrimoniais as quais se vincula juridicamente. Afirma ainda que em âmbito administrativo a expressão em estudo significa a administração financeira do Estado, e finaliza concluindo que no direito processual civil esta equivale ao Estado em juízo.⁸

Avançando no conceito de Fazenda Pública, Juvêncio Vasconcelos Viana inclui em seus limites as Autarquias e Fundações Públicas, por também constituírem pessoas jurídicas de direito público interno, na medida em que exercem o papel de *longa manus* do ente estatal.⁹

Cumprir destacar que não são enquadradas, segundo Délio Rocha Sobrinho, no conceito de Fazenda Pública as sociedades de economia mista e as empresas públicas, *in verbis*:

Veja que mesmo constituídas por recursos públicos, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não gozam da prerrogativa da indisponibilidade de seus bens e portanto, ficam sujeitas à execução como qualquer outra empresa formada exclusivamente por capital particular. Aliás, é a própria Carta Magna que veda a esses empreendimentos, constituídos para exploração de atividade econômica, qualquer prerrogativa em relação às empresas particulares, ao estatuir no inciso II, parágrafo primeiro, do art. 173 que a lei disporá sobre a ‘sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.’¹⁰

Nesse sentido, é necessário diferenciar as empresas estatais em duas categorias: prestadoras ou exploradoras de serviços públicos; e exploradoras de atividade econômica, tendo em vista apresentarem regimes jurídicos diferentes. As empresas da primeira categoria estão inseridas no conceito de descentralização de serviços pela personalização da

⁶ ROCHA SOBRINHO, Délio José. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 28

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Benefício do Prazo*. p. 18. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1997, p. 50

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p.138 *apud* FEDERIGUI, Wanderley José. *A Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 6

⁹ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 15

¹⁰ ROCHA SOBRINHO, Op. Cit., p. 72

entidade prestadora, sendo, portanto semelhantes às concessionárias de serviço público, ao passo que as da segunda exploram de atividade econômica, apresentando, assim, natureza eminentemente privada.

Conforme é possível depreender-se da análise das definições acima, de um modo sintético, a Fazenda Pública é o próprio Estado em Juízo, abrangendo todas as pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ou da Administração Pública Indireta (fundações públicas e autarquias, inclusive as agências executivas ou reguladoras). Sempre lembrando que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se inserem no conceito de Fazenda Pública, pois, embora integrantes da Administração Pública Indireta, não possuem natureza jurídica de direito público, mas de direito privado, sujeitando-se, então, a este último regime.

2.2 - Princípio da Isonomia

A Constituição de 1988, chamada cidadã por prever em seus artigos inúmeras inovações em termos de direitos e garantias individuais e coletivos, estabeleceu no caput de seu artigo 5º a igualdade como um dos princípios basilares de nosso Estado Democrático.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)

Conforme se depreende da leitura do art. 5º da CF, acima transcrito, o princípio da igualdade tem explícita sede constitucional, sendo, inclusive, mencionado no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional; estamos diante de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência. Ressalte-se, também, que todos devem observá-lo, ou seja, aplica-se aos particulares e à Fazenda Pública.

Na verdade, o princípio da igualdade ou isonomia não é novo, institutos semelhantes estiveram presentes em todas as constituições¹¹ que orientam o ordenamento jurídico dos Estados Modernos. O ilustre José Afonso da Silva, já lecionava que "porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais" ¹². Percebe-se, finalmente, que o ideal igualitário, há muito já era buscado.

Apesar de aparentemente simples, o caput do art. 5º da Constituição Federal não pode ser analisado de maneira simplista, chegando-se à precipitada conclusão de que para respeitá-lo basta destinar a todos, exatamente, o mesmo tratamento. Dessa maneira, faz-se necessário buscar seu verdadeiro sentido da expressão "igualdade perante a lei", confrontando-a com o sentido da expressão "igualdade na lei".

Segundo a lição do mestre José Afonso da Silva "No Direito estrangeiro, faz-se a distinção entre o princípio a igualdade perante a lei e o da igualdade na lei. Aquele corresponde à obrigatoriedade de aplicar as normas jurídicas gerais aos casos concretos, na

¹¹ Com as revoluções burguesas, particularmente à Revolução Francesa "estabelecem-se as Cartas Constitucionais, que se opõem ao processo de normas difusas e indiscriminadas da sociedade feudal e às normas arbitrárias do regime monárquico ditatorial, anunciando uma relação jurídica centralizada, o chamado Estado de Direito. Este surge para estabelecer direitos iguais a todos os homens, ainda que perante a lei, e acenar com o fim da desigualdade a que os homens sempre foram relegados. Assim, diante da lei, todos os homens passaram a ser considerados iguais, pela primeira vez na história da humanidade. Esse fato foi proclamado principalmente pelas constituições francesa e norte americana, e reorganizado e ratificado, após a II Guerra Mundial, pela Organização das Nações Unidas (ONU), com a Declaração Universal Dos Direitos do Homem (1948)". (COVRE, Maria de Lourdes Manzini. O que é Cidadania. São Paulo: Braziliense. 1993, p. 17)

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 1993, p.195.

conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação, o que caracteriza a isonomia puramente formal, enquanto a igualdade na lei exige que, nas normas jurídicas, não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição. Enfim, segundo esta doutrina, a igualdade perante a lei seria uma exigência feita a todos aqueles que aplicam as normas jurídicas gerais aos casos concretos, ao passo que a igualdade na lei seria uma exigência dirigida tanto àqueles que criam as normas jurídicas gerais como àqueles que as aplicam aos casos concretos”.

Assim, cumpre como papel do jurista interpretar o conteúdo da norma, considerando sempre sua finalidade e os princípios consagrados no Direito Constitucional, para que desta forma o princípio realmente tenha efetividade. Sobre o ato de interpretar, destacamos os ensinamentos do Prof. Juarez Freitas "Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e valores constituintes da totalidade do sistema jurídico". E prossegue o ilustre autor afirmando de que "ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Nesse sentido, e de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática, ou não é interpretação".¹³

Cabe aqui, ainda, lembrar que o significado e a validade dos princípios variam no tempo e espaço, histórica e culturalmente, acompanhando sempre a evolução da sociedade. E conforme os ensinamentos de David Schnaid, o hermenêuta não deve limitar-se a interpretar a norma, previamente, ele deverá *intrapretar* a norma. Ou seja, primeiro o hermenêuta deverá penetrar no íntimo da norma visando a sua exata compreensão, para

¹³ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995, p.53.

dela extrair todas suas virtualidades e depois (interpretar) revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta.¹⁴

Lembremos, ainda, da lição de Carlos Maximiliano sobre a interpretação da norma "deve ser o Direito interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreve inconveniências, vá a ter conclusões inconsistentes ou impossíveis". Continuando a discorrer sobre o assunto, prossegue o ilustre autor afirmando que "desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir real e o bem presente e futuro da comunidade".¹⁵

No Direito¹⁶, tal princípio assumiria um caráter de dupla aplicação, qual seja: uma teórica, com a finalidade de repulsar privilégios injustificados; e outra prática, ajudando na diminuição dos efeitos decorrentes das desigualdades evidenciadas diante do caso concreto. Assim, tal princípio constitucional se constitui na ponte entre o Direito e a realidade que lhe é subjacente.¹⁷

Ante o exposto, tem-se que o princípio da igualdade, conforme proclamado na Constituição Federal, deve ser interpretado, a fim de ser encarado e compreendido, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal.

¹⁴ SCHINAID, David. *A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)*. In: RT. n°. 733, p.32.

¹⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, p.166.

¹⁶ Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico. Assim, a norma do art. 125, n. I, do CPC teve recepção integral em face do novo texto constitucional. Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades". (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 1997. p.43.

¹⁷ PORTANOVA, Rui. *Princípio Igualizador*. In: *Revista da AJURIS*, n°. 62, p.280.

2.2.1 - Igualdade Formal x Igualdade Material

Por igualdade material deve ser entendido o tratamento equânime e uniformizado de todos os seres humanos, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades de concessão de oportunidades. Portanto, segundo o conceito de igualdade material, as oportunidades, as chances devem ser oferecidas de forma igualitária para todos os cidadãos, na busca pela apropriação dos bens da cultura.

A finalidade igualdade material seria a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar: "Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres".¹⁸

Apesar de poder ser considerada humanitária, idealista e, até mesmo, desejável, pode-se dizer que a igualdade material nunca se concretizou em uma sociedade humana. Nosso é um exemplo clássico de, primando pela extremação de desigualdade material, bastando uma rápida olhada para a realidade a nossa volta para essa constatação.

Na nossa Constituição Federal de 1988, são encontrados vários textos que estabelecem normas programáticas com a finalidade de nivelar e diminuir as desigualdades existentes. Já no Título I – Dos Princípios fundamentais, encontramos: art. 3º, *in verbis*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

¹⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978, p.225.

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além do art. 3º, são encontrados na Constituição outros artigos visando à diminuição das desigualdades, como por exemplo o art. 170 e incisos que tratam da ordem econômica e social; art. 7º que tratam da questão salarial; art. 205 que trata da democratização do ensino, dentre outros.

A instauração da igualdade material é um princípio programático, contido em nosso Direito Constitucional, o qual, como vimos, se manifesta através de numerosas normas constitucionais positivas, que em princípio, são dotadas de todas as suas características formais.

Observamos, então, que a Constituição Federal vigente, por meio de diversos enunciados, tenta nivelar as desigualdades materiais, todavia, a simples observação das desigualdades sócio-econômicas do mundo real, atestam que este princípio constitucional e as normas que procuram diminuir as desigualdades materiais, são impune e freqüentemente desrespeitadas. Assim, pode-se concluir que os preceitos que visam a estabelecer a igualdade material, primam pela inefetividade ou ineficácia; e como exemplo podemos citar as leis que nos últimos anos têm estipulado os salários mínimos, que desrespeitam o preceituado no art.7º, IV da CF/88.

Já a igualdade formal é aquela meramente prevista no texto legal, uma interpretação positivista do disposto em lei. Trata-se de uma igualdade negativa, que tem por escopo a abolição de privilégios, isenções pessoais e regalias. Situa-se no plano puramente formal e normativo, concedendo o mesmo tratamento a todos, em quaisquer condições, não havendo, portanto, quaisquer distinções.

Obviamente, a utilização da igualdade formal leva a distorções, pois, inúmeras vezes sua aplicação tem pouca eficácia do ponto de vista da justiça social, tendo em vista que não considera a diferença entre as partes, pois seu critério é objetivo: Todos são iguais perante a lei, sem distinções ou concessões.

O art. 5º da CF/88 prescreve "igualdade de todos perante a lei" ¹⁹. Esta é a igualdade formal, que mais imediatamente interessa ao jurista. Essa igualdade seria a pura identidade de direitos e deveres concedidos aos membros da coletividade pelos textos legais, de acordo com Willis Santiago Guerra Filho o princípio da isonomia é um princípio constitucional geral, deve ser considerado de forma abstrata na medida em que não disciplina nenhuma situação específica, sendo que com base em tal princípio, "no seu sentido estrito, enquanto afirmação da igualdade formal de todos perante a lei, se atribui direitos civis e políticos, enquanto a distribuição dos deveres e ônus correlatos deve se dar obedecendo a igualdade relativa ou proporcionalidade. ²⁰

Segundo Hatscheck, citado por Luís Pinto Ferreira, "o preceito da igualdade da lei não se esgota com a aplicação uniforme da norma jurídica, mas que afeta diretamente o legislador, proibindo-lhe a concessão de privilégio de classe", ainda segundo Luís Pinto Ferreira esta igualdade perante a lei "deve ser entendida como igualdade diante da lei vigente e da lei a ser feita, deve ser interpretada como um impedimento à legislação de privilégios de classe, deve ser entendida como igualdade diante dos administradores e dos juízes"²¹

¹⁹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos, prescreve em seu artigo VII: "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação"

²⁰. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade*. In: RT nº.719. p. 58/59.

²¹. PINTO FERREIRA. Luiz. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva. 1983, p.770.

De acordo com o professor Ingo Wolfgang Sarlet o princípio da igualdade "encontra-se diretamente ancorado na dignidade da pessoa humana, não sendo por outro motivo que a Declaração Universal da ONU consagrou que todos os seres humanos são iguais em dignidade e direitos. Assim, constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que, portanto, não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual não podem ser toleradas a escravidão, a discriminação racial, perseguições por motivo de religião, sexo, enfim, toa e qualquer ofensa ao princípio isonômico na sua dupla dimensão formal e material".²²

O conceito do princípio da igualdade varia, evolui, de acordo com o contexto histórico, paralelamente à evolução da própria sociedade. A doutrina tradicional, sintetizando, preconizou que o conteúdo de tal preceito seria o de dar tratamento diverso para pessoas desiguais; no entanto, não delimitou ou precisou em que circunstâncias e em que medida seria constitucionalmente admissível a desigualdade instituída pela lei.

Acreditamos que a doutrina tradicional tem um posicionamento muito próximo da máxima de Aristóteles, para o qual o princípio da igualdade consistiria em "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigualem".²³

Essa posição certamente deveria de ter como princípio norteador da sua hermenêutica a instauração de uma igualdade material, pois caso contrário não teria conteúdo sustentável.

Vale aqui trazeremos a colação a frase de João Mangabeira, segundo o qual "a igualdade perante a lei não basta para resolver as contradições criadas pela produção

²² SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 89.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p.229.

capitalista. O essencial é igual oportunidade para a consecução dos objetivos da pessoa humana. E para igual oportunidade é preciso igual condição. Igual oportunidade e igual condição entre homens desiguais pela capacidade pessoal de ação e direção. Porque a igualdade social não importa nem pressupõe um nivelamento entre homens naturalmente desiguais. O que Lea estabelece é a supressão das desigualdades artificiais criadas pelos privilégios da riqueza, numa sociedade em que o trabalho é social, e conseqüentemente social a produção, mas o lucro é individual e pertence exclusivamente a alguns".²⁴

Então, uma forma de se aplicar corretamente o princípio da igualdade seria iniciá-la por meio da análise da desigualdade. Então, diante da desigualdade entre os destinatários da promover-se-ia a igualização.

Hans Kelsen já lecionava de que "a igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres".²⁵

Contudo, Hans Kelsen não explicitou a possibilidade de que o princípio da igualdade se aplicasse essencialmente no momento da elaboração da lei²⁶, apresentando-se como algo lógico e coerente. Entretanto, a sua colocação nos permite ver que é absurdo

²⁴ MANGABEIRA, João. Apud. PINTO FERREIRA. Luís. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno. São Paulo: Saraiva. 1983, p.771.

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.158.

²⁶ "(...) a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem sentido que, no estrangeiro, se dá à expressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como o aplicador da lei". (SILVA, José Afonso. Op. cit., p.196/197.)

supor que seja inconstitucionalmente vedado a lei discriminar. Pois "as leis nada mais fazem senão discriminar".²⁷

Ressalte-se que, na própria Constituição Federal são encontradas determinadas exceções ao princípio da igualdade formuladas na Constituição Federal, quais sejam: a) imunidades parlamentares; b) prerrogativas de foro *ratione muneris* em benefício de determinados agentes políticos; c) exclusividade do exercício de determinados cargos públicos somente a brasileiros natos; d) acessibilidade de cargos públicos somente a brasileiros, excluídos os estrangeiros; e) vedação da alistabilidade eleitoral a determinadas pessoas..".²⁸

Além das exceções citadas no parágrafo anterior, também estão presentes em nosso ordenamento um grande número de exceções em benefício da Fazenda Pública em juízo. São essas exceções que serão apresentadas no presente trabalho, no qual tentar-se-á fazer uma distinção entre as exceções aceitáveis e necessárias daquelas odiosas, analisando em que medida estas violam ou não o princípio da igualdade.

As exceções ao princípio da igualdade encontram eco no STF, em afirmações como "a igualdade perante a lei que a Constituição Federal assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, não compreende a União e as demais pessoas de direito público, em cujo favor pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público sem lesão a garantia constitucional".²⁹

Ultimamente, a doutrina vem reconhecendo que o princípio da isonomia traz a autorização, mesmo que implícita, para que o Estado dispense tratamento desigual desde

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros, 1993, p.11.

²⁸ PINTO FERREIRA, Luiz. Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989, p.63.

²⁹ Revista Forense, nº. 201, p.118.

que o faça justificadamente e com respeito ao princípio constitucional da igualdade (no caso, a igualdade material).

Então surge a questão: em que ocasiões é defeso à lei estabelecer discriminações e em que casos a discriminação é possível, ou, indo além, necessária?

O eminente Celso Antônio Bandeira de Mello, na sua obra *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, aponta diversos exemplos ao leitor, que permitem perceber em que casos é possível a discriminação e, ao contrário quando é vedado discriminar.

Na lição deste ilustre autor "o reconhecimento das diferenças que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação (fator de *discrímen*); b) a segunda reporta-se a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados".³⁰

Sintetizando as principais idéias do autor, podemos dizer que para que a norma jurídica não venha ferir o Princípio Constitucional da Igualdade é preciso que ela fique atenta aos seguintes elementos: a) que o fator de *discrímen*, em hipótese alguma, venha atingir de maneira absoluta e atual um só indivíduo; b) deverão ser distintas entre si as pessoas ou situações que sofrerem a discriminação, não podendo a lei discriminar quanto a qualquer elemento exterior a elas (ex; quanto ao tempo); c) deverá existir um nexó lógico entre o fator de *discrímen*³¹ e a própria discriminação de regime jurídico em função deles

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p.21.

³¹ o *discrímen* adotado deve se revelar em harmonia com a totalidade da ordem constitucional. Estabeleceu-se que a constitucionalidade da distinção deve ser aferida através de um juízo de proporcionalidade que caracterizará o *discrímen* eleito como justificado (ou não)". (SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001. p.100)

estabelecido; e d) que esse vínculo de correlação seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, visando o bem público, à luz do texto constitucional.

A atual redação do art. 5º da CF/88, "ao não especificar quais os critérios vedados, deixa certo que o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva".³²

Segundo J. J. Gomes Canotilho haverá observância da igualdade "quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária". E segue o ilustre autor, esclarecendo que "existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num: (I) fundamento sério; (II) não tiver um sentido legítimo; (III) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável".³³

Compartilhamos do mesmo pensamento do ilustre Celso A. Bandeira de Mello, quando ele afirma que "o princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase

³² BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989. p.12.

³³ CANOTILHO, J. J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1995, p.401.

de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Assim, podemos concluir que a caracterização da violação ao princípio da igualdade deve de ser criteriosamente analisado à luz do caso concreto apresentado. Sendo que os critérios apriorísticos listados apenas limitam-se a tracejar os indícios de uma potencial agressão, a qual se evidenciará ou não após uma efetiva avaliação do trato legal escolhidos e suas conseqüências perante o ordenamento constitucional, sendo portanto de relevante importância a atividade a ser desempenhada pelo intérprete e aplicador da lei questionada.³⁴

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Essa lei, contudo - de resto qualquer outra dentro do nosso ordenamento jurídico - é presumida constitucional, até que, por decisão de órgão judiciário competente, se lhe recuse validade, quer no plano formal, quer sob o aspecto material".³⁵

2.3 - Interesse Público e Supremacia do Interesse Público sobre o Privado

³⁴ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001, p.95.

³⁵ . MELLO, Celso Antônio Bandeira de. In: Revista de Direito Administrativo, nº 183, p.146.

Um dos fundamentos para a concessão das prerrogativas à Fazenda Pública está na própria característica dos interesses por ela defendidos, pois, diferentemente do particular, aquela defende, em última análise, os interesses da coletividade, o “interesse público”.

Antes de se abordar a questão do “interesse público” e da supremacia deste sobre o privado, é conveniente tecer alguns comentários, com a finalidade de definir o que é “interesse público” e não confundi-lo com interesse do governo ou daqueles que, temporariamente, o titulariza.

A expressão “interesse público” possui conceito bastante elástico. Este é, rotineiramente, confundido com as noções de interesse social e geral. Todavia, diferentemente destes últimos interesses (social e geral) para se falar de interesse público, há que se falar, necessariamente, no Estado, a esse respeito esclarece Rodolfo Camargo Mancuso “a expressão interesse público evoca, imediatamente a figura do Estado, e mediamente, aqueles interesses que o Estado “escolheu” como relevantes, por consultarem os valores prevaletentes na sociedade”.³⁶ No mesmo sentido, ressalta Benedicto de Campos “os interesses públicos são aqueles mesmos interesses sociais, que, dada a sua relevância, econômica, moral e ideológica, o Estado transforma em seus próprios interesses”.³⁷

³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo Interesses Difusos – Conceito e Legitimidade para agir, 5ª.ed., São Paulo: RT, 2000.

³⁷ CAMPOS, Benedicto de, O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1976, p.98.

A partir do conceito de interesse público, surge o princípio da supremacia deste sobre o privado, um verdadeiro dogma do direito público. Essa idéia de supremacia conduz o órgão incumbido da realização do interesse público a uma posição privilegiada em suas relações com os particulares. Essa posição privilegiada “encarna benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar proteção aos interesses públicos instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão”.³⁸

Essa situação privilegiada encontra-se em diferentes esferas, incluindo a processual, que é a de interesse do presente trabalho, mostrar como se manifestam esses privilégios e se eles afetam a isonomia processual. Para tanto, é necessário perceber que “as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance dos interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais”.³⁹

Perseguir o interesse público, este é o papel da função administrativa. Com base nessa premissa, é possível dividir o interesse público em primário e secundário. O primeiro seria o interesse do bem geral, da coletividade como um todo; o segundo seria o interesse da própria Administração, quando esta for mero sujeito das relações jurídicas, despida da função de representante do interesse público.

Como exemplo, imagine o Estado relutando para efetuar o pagamento de indenização devida, ou cobrando impostos em valores exorbitantes. Nesses casos, a Administração estaria “defendendo interesses apenas ‘seus’, enquanto pessoa, enquanto

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op.cit., p.28.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op.cit., p.30.

entidade animada do propósito de despender o mínimo de recursos e abarrotar-se deles ao máximo”.⁴⁰

A má compreensão desses conceitos gera confusão. A verificação do “interesse público”, que, na forma do art. 82, III do CPC, que legitima a atuação do Ministério Público em demandas nas quais figurem como parte pessoas de Direito Público, sempre foi bastante controversa. O interesse público é pressuposto para a intervenção do Ministério Público, todavia não pode confundir-se com o interesse da pessoa de Direito Público, o que, obviamente, deveria limitar sua intervenção aos casos em que, efetivamente se manifestassem o interesse público.

A simples presença da pessoa jurídica de Direito Público, diferentemente do que pensam alguns, não obriga a presença do Ministério Público. Sobre a controvérsia, de maneira didática e elucidativa, Vicente Greco Filho disse que “interesse público não é necessariamente o interesse de pessoas jurídicas de Direito Público, porque estas podem também ter interesses patrimoniais que não cheguem a configurar um verdadeiro interesse público, o qual existiria apenas quando estivesse em jogo algum bem social disponível transcendente, isto é, acima dos interesses individualizados das partes”.⁴¹ Em suma, não se pode confundir o emprego da expressão utilizada no art.82, III com “interesse do Estado”, tanto, que em alguns casos, o Ministério Público se depare com situações em que deva opinar contrariamente ao interesse da pessoa jurídica de Direito Público, pois sua função é opinar em favor do “interesse público da sociedade”.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op.cit., p.30.

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 1, 11ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1986, p.464-465.

Retornando ao tema do interesse público primário, de interesse da coletividade, e observando as reações ante o trato diferenciado dispensado à Fazenda Pública, argumenta Cleide Prvitalli que,

“se de um lado é compreensível a revolta que vem sido traduzida em diversos textos contrários às prerrogativas em favor da Fazenda Pública, de outro, cumpre não esquecer que a Fazenda Pública em síntese, somos todos nós. O governante, eleito ou imposto, é transitório. Um dia, ou pelo fim de seu mandato, ou por ato que o tire do poder, deixará a administração. Os cofres públicos, os bens públicos, os serviços públicos, pertencem aos cidadãos.”⁴²

Na mesma esteira, são as palavras de Álvaro Alves de Queiroz:

“há a presunção de que o Estado foi constituído para enfeixar os interesses coletivos, de que é o mais lícito representante. Em qualquer das três esferas em que ele se divide, na concepção clássica de Montesquieu, ele é, ou, pelo menos, deveria ser a própria encarnação dos direitos e interesses mais altos que ganham corpo numa comunidade, numa Nação politicamente organizada.”⁴³

O respeito ao interesse público e à supremacia com que esse surge nas relações jurídicas em que litiga a Administração, fazem dessa a principal característica do que regime administrativo e devem ser utilizados em favor das tão criticadas prerrogativas.

Sem dúvidas, ultimamente, em razão de alguns comportamentos assumidos pela Fazenda no plano concreto, nasce um descontentamento, uma desconfiança em relação às ações do poder público. Isso constitui-se em um grave problema, lançando dúvidas quanto à supremacia dos interesses defendidos pela Fazenda, questionando a legitimidade dos seus atos, dentre outros caracteres da administração.

⁴² CAIS, Cleide Prvitalli, O Processo Tributário, 3ª.ed., São Paulo: RT, 2001, p.70.

⁴³ QUEIROZ, Álvaro Alves de. O Estado como Réu. In: Revista de Processo n°. 25, São Paulo: RT 1982, p.184.

Por força da especificidade do regime jurídico administrativo, que difere do equilíbrio normalmente encontrado nas relações entre particulares, ergue-se, logo no plano material, um desequilíbrio entre as relações existentes entre o poder público e os particulares e, é evidente razão desse desequilíbrio e favor da Administração Pública, pois ela tutela o interesse público, o interesse de todos nós. Dessa forma, faz-se necessária a concessão de prerrogativas, visando a conceder um trato especial à Fazenda Pública em suas relações de direito material. Na verdade, considerada a inafastável implicação entre o direito material e o processo, seria inconcebível que o instrumento utilizado para a solução de litígios com a Administração não fosse influenciado pelo regime jurídico que lhe é próprio. Sobre o tema, pronunciou-se Flávio Luiz Yarshell:

“Não apenas o fato de os bens da Fazenda Pública serem impenhoráveis justifica o tratamento diferenciado, não apenas a separação estrutural entre os Poderes, essencial à própria existência e funcionamento do Estado, justifica o tratamento diferente, mas também o modo de ser da Fazenda em relação aos indivíduos justifica.”⁴⁴

Com base nessas considerações e no princípio da isonomia (abordado no item anterior), é possível concluir que quando se fala em igualdade, não significa que a lei tenha de dispensar a todos, rigorosa e absolutamente tratamentos idênticos (isonomia formal x isonomia material, também abordada no item anterior). A lei compreende em si mesma uma “desigualdade”, todavia essa “desigualdade” existe para restabelecer o equilíbrio rompido por uma desigualdade material preexistente entre as partes. É a natureza dos bens tutelados e dos interesses envolvidos, além de aspectos estruturais, de enorme complexidade de organização de serviços, devido à infinita gama de atuação do Estado, que justifica as prerrogativas dirigidas à Administração Pública em juízo. Ou seja, o principal fundamento

⁴⁴YARSHEL, Flávio Luiz. Execução e a Efetividade do Processo em Relação à Fazenda Pública. São Paulo: Malheiros, 2000, p.214.

das prerrogativas é a natureza dos interesses defendidos pela Fazenda, e não apenas de ordem burocrática.

Eis um dilema, que apesar de não ser novo, continua extremamente atual. De um lado, o cidadão-demandante, sabedor de que o modelo processual brasileiro busca um processo justo, tendo como base os princípios insculpidos na Constituição. Do outro, Administração-parte, com a missão de preservar os interesses maiores a ela confiados, mesmo quando esta é trazida juízo.

Do ponto de vista do primeiro, as prerrogativas seriam prejudiciais à isonomia processual, sendo, ainda, responsável pelo retardamento da boa prestação jurisdicional. Na lição do festejado jurista Cândido Rangel Dinamarco:

“alinhado às tendências garantísticas modernas, inerentes ao modelo internacional de processo civil (Comoglio), o constitucionalismo brasileiro empenha-se na tutela constitucional do processo – agora enunciando uma série de princípios e garantias antes não explícitos e todos tendo por finalidade a segurança de um processo justo e equo... A generosa idéia do processo justo e equo, que vem sendo cunhada pelos processualistas modernos, apóia-se na constatação de que dificilmente produzirá resultados substancialmente justos o processo que não seja em si mesmo justo – ou seja, aquele que for realizado sem o predomínio dos parâmetros políticos-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema.”⁴⁵

Corroborando as palavras de Dinamarco, afirma Paulo Lucon:

“Como se não bastasse, esses privilégios travam o prosseguimento do processo e contribuem substancialmente para a descrença da população no Poder Judiciário e nas nossas instituições. Além disso, contribui ainda mais para essa descrença o posicionamento pouco realista de alguns juizes no sentido de considerar como regra que a Fazenda Pública (e o Ministério Público) está sempre defendendo legítimos e reconhecidos

⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, O Modelo Processual Civil Brasileiro, texto inédito, fornecido nas aulas de Pós-Graduação USP, 1999.2, p.14 *apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p.47.

direitos públicos, sem nem mesmo fazer menção à real situação substancial apresentada no caso concreto”⁴⁶

Some-se a tudo isso a ponderação de Délio José Rocha Sobrinho, para quem “essas prerrogativas, apesar de terem como escopo a proteção dos interesses da Administração Pública que, em última análise, é o interesse da coletividade, não raro, na prática, trazem efeitos colaterais indesejados, estimulando, inclusive, a litigiosidade.”⁴⁷

O grande desafio do jurista atual é, portanto, encontrar o ponto de equilíbrio entre a posição do cidadão e o interesse público tutelado pela Fazenda, podendo, assim, distinguir as prerrogativas necessárias e privilégios odiosos.

É importante distinguir os dois termos. Segundo Ada Pellegrini Grinover “Ambos – prerrogativas e privilégios – constituem, assim, exceções ao regime comum: a diferença entre elas está em que privilégio é instituído visando à proteção de interesses pessoais, enquanto a prerrogativa decorre do interesse público. Resulta daí ser a prerrogativa irrenunciável”.⁴⁸ Em outras palavras, pode-se dizer que a prerrogativa seria uma espécie de “regalia legal”, “Regalia legal porque a prerrogativa, em princípio, não se confunde com privilégio. É que este traz implicitamente uma carga de ilegalidade, com a qual não se confunde a prerrogativa na maioria das vezes. Mas, em razão da sua própria natureza, a prerrogativa às vezes ingressa em uma área cinzenta, intermediária entre a constitucionalidade e a inconstitucionalidade, ou mesmo entre a legitimidade e a ilegitimidade”.⁴⁹

⁴⁶ LUCON, Paulo. Eficácia das Decisões e Execuções Provisórias. 1ª. ed., São Paulo: RT, 2000, p.265.

⁴⁷ ROCHA SOBRINHO, Délio José. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*, 1ª. ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.131.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 30-31.

⁴⁹ ROCHA SOBRINHO, Délio José, *Op.cit.*, p.16.

Nessa seara, consideramos razoável que a Fazenda goze de algumas prerrogativas, tal como a concessão de prazos dilatados para resposta, por exemplo, por ser necessário à realização de um contraditório real e efetivo. Todavia, não é possível encarar como prerrogativa necessária o prazo dilatado, casuisticamente, para que o ente fazendário proponha ação rescisória.

Do mesmo modo, também à luz da razoabilidade, outras prerrogativas são questionáveis quanto à sua validade e legitimidade, tais como a remessa oficial, a limitação dos honorários sucumbenciais, etc.

Com base nesses argumentos, nos próximos capítulos serão elencados alguns casos de tratamento diferenciado dispensado à Fazenda Pública, separando-os, com base nos conceitos expostos até então, em prerrogativas necessárias e privilégios (abusos).

3 – PRERROGATIVAS NECESSÁRIAS DA FAZENDA PÚBLICA

Não há dúvidas de que a realidade jurídico-material da Fazenda Pública difere, pelos interesses por ela representados, da dos particulares. Nesse sentido, a Fazenda Pública goza do privilégio de um regime jurídico próprio, calcado, dentre outros, nos princípios da supremacia do interesse público e da presunção de legitimidade de seus atos.

Além do regime jurídico próprio, a Fazenda Pública possui outras prerrogativas, que, devido ao exagerado número e posição de extrema superioridade ante os particulares são verdadeiros privilégios, muitas vezes obstruindo a prestação da tutela jurisdicional.

Ora, a necessidade de a Fazenda Pública contar com um regime jurídico diferenciado, que algumas prerrogativas lhes sejam concedidas, é inegável, todavia, que o que vemos em nosso ordenamento jurídico é um verdadeiro absurdo. Diante desse quadro, o presente trabalho visa a estabelecer uma divisão entre as prerrogativas da Fazenda Pública em dois grupos: a) Prerrogativas Necessárias da Fazenda Pública; e b) Privilégios Odiosos da Fazenda Pública.

No presente capítulo, serão abordadas as prerrogativas necessárias, à luz da isonomia e do interesse público.

3.1 - Prazos Dilatados para Contestar e Recorrer

Está disposto no art. 188 do CPC que quando a Fazenda Pública atua como parte no processo, lhe é concedido prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, se comparado aos prazos dados aos particulares para a prática dos mesmos atos.⁵⁰

Prazos maiores para contestar e recorrer já eram concedidos à Fazenda Pública pelo CPC de 1939, em seu art, 32. Alfredo Buzaid, na elaboração do anteprojeto para o atual Código Civil, inclui um dispositivo que igualava a todos os litigantes na questão dos prazos, *in verbis*:

“Art. 207. Para falar nos autos terão o representante da Fazenda Pública e o órgão do Ministério Público prazo igual ao das partes.”

Entretanto, a Comissão Revisora sugeriu que os prazos fossem ampliados em favor da Fazenda Pública, o que acabou prevalecendo⁵¹. Atualmente, está em curso no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.331/2001, do deputado José Roberto Batocchio, visando a extinguir o prazo diferenciado da Fazenda Pública.⁵²

Conforme visto no primeiro capítulo, quando da delimitação do termo, a classificação de autarquias e fundações públicas como integrantes da Fazenda Pública gera polêmica, assim, a aplicação de prazos dilatados para essas duas espécies também gera. A Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, garante, expressamente em seu art. 10, a elas o benefício disposto no art. 188 CPC.

⁵⁰ Conforme art. 9º da Lei nº 10.259/01 esses prazos estendidos não se aplicam nos Juizados Especiais Federais.

⁵¹ PAULA, Alexandre de. Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: RT, v. II, 1998, p. 767-771.

⁵² Informação obtida em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em 15 de maio de 2008.

A concessão desses prazos diferenciados divide a doutrina, parte considera um privilégio e parte uma prerrogativa da Fazenda Pública.

Para Paulo Henrique Lucon, essa diferença de prazos é o primeiro de uma série de privilégios conferidos injustamente à Fazenda Pública em juízo, uma vez que, segundo ele, “*essas vantagens são inadmissíveis por violarem frontalmente a Constituição Federal no que diz respeito à igualdade das partes no processo*”, pois não se pode alegar que a complexidade oriunda da burocracia da Administração Pública como justificativa para essa diferenciação, “*caso contrário, as megaempresas também deveriam ser assim beneficiadas*”.⁵³

Com o devido respeito, não nos parece que o argumento utilizado pelo ilustre jurista possa justificar sua conclusão, pois se há empresas cujas estruturas possam ser consideradas tão complexas quanto à da Fazenda Pública, isso não torna inconstitucionais os prazos maiores concedidos à Fazenda Pública, ao contrário, torna indevida a aplicação de prazo simples a essas megaempresas.

O mestre Nelson Nery Jr. utiliza como argumento para a defesa da concessão da dilação dos prazos o fato de nas ações movidas em face da Fazenda Pública, por diversas vezes, formarem-se litisconsórcios ativos, com cada um dos autores em diferentes situações funcionais, pleiteando o mesmo ou diferentes benefícios funcionais.⁵⁴ Com fulcro nesse argumento, conclui Nelson Nery Jr. “*antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como medida de equidade, pois trata*

⁵³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento Paritário das Partes. In: Garantias Constitucionais do Processo Civil. TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). São Paulo: RT, 1999, p.119.

⁵⁴ NERY JR. Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª. ed., São Paulo: RT, 2002, p.6.

*partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial”.*⁵⁵

Novamente, com o respeito merecido, não cremos que o argumento do ilustre processualista seja válido para sustentar sua conclusão de constitucionalidade, já que a solução para os casos de litisconsórcios multitudinários encontra-se no próprio CPC, pois permite, quando da cumulação subjetiva facultativa de ações a cisão do processo, nos casos em que a defesa seja dificultada (art. 46, parágrafo único). Na maior partes dos casos de formação de litisconsórcios ativos em face da Fazenda Pública, os mesmos apresentam-se facultativos, pois não há incindibilidade da relação jurídica que une os co-autores e não há a necessidade de se prolatar sentença uniforme a todos, conforme disposto no art. (47), fato reconhecido pelo próprio professor Nelson Nery Jr.

Embora discordemos do argumento elencado, compartilhamos a conclusão do professor Nelson Nery Jr, pois a concessão de prazos maiores à Fazenda Pública não está maculada por qualquer vício de constitucionalidade, sendo requisito para o respeito ao princípio da isonomia, por razões que a partir de agora apresentaremos.

Hélio do Valle Pereira explica que a estrutura processual da Fazenda Pública, com exceção de alguns pequenos municípios, é pouco flexível, pois os cargos são criados por força de lei e necessitam de concurso público para seu preenchimento. Dessa maneira, por diversas vezes o ritmo de criação e preenchimento dos mesmos não acompanha o ritmo judicial, acarretando um descompasso entre o número de demandas a serem patrocinadas pelos procuradores públicos e o número desses profissionais nas Procuradorias Públicas.⁵⁶

⁵⁵ NERY JR. Nelson. Op. cit., p.47.

⁵⁶ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.100.

Além disso, não se pode olvidar que aos procuradores públicos não é permitido recusar causas, limitando-se a patrocinar o número de ações que entende ser capaz, nem mesmo possui a faculdade de passá-las a outro causídico.

Nesse sentido:

“em qualquer escritório particular o advogado tem condições de verificar as condições disponíveis para atender bem e diligentemente, na medida que o cliente merece, um determinado número de ações. Quando este limite for ultrapassado, o escritório deixa de absorver causas e indica um novo colega porque não se poderá dar à nova causa o mesmo atendimento e zelo conferidos às demais, pois já se esgotou a capacidade de atendimento ou funcionamento do escritório. Isso não ocorre com o advogado público. Ele está tratando de trezentas causas e, de repente, recebe mais cinqüenta, mais cem, mais duzentas, mais trezentas, mais seiscentas. Chega-se a duas ou três mil ações... Atualmente, existem advogados na Procuradoria do Estado de São Paulo que acompanham doze mil ações em dezessete comarcas diferentes.”⁵⁷

Sobre o tema, o STF já se manifestou favoravelmente, confirmando que “o benefício do prazo recursal em dobro concedido as pessoas estatais, por traduzir prerrogativa processual ditada pela necessidade objetiva de preservar o próprio interesse público, não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes”.⁵⁸

Apesar disso, devemos reconhecer que a dilação dos prazos contribui para a morosidade dos processos judiciais. Dessa maneira, é necessário que os prazos dilatados sejam concedidos de acordo com os princípios da razoabilidade, da isonomia e da supremacia do interesse do público.

Assim, contrariamente à parte da doutrina, consideramos razoável a concessão do prazo em quádruplo para contestação, conforme disposto no art. 188 do CPC, pois, somente

⁵⁷ MORAES, José Roberto de. Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. *In*: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo. SUNDFELD, Carlos Ary e BUENO, Cássio Scarpinella (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003, p. 70.

⁵⁸ RE 163.691 – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

após a citação é que a Fazenda Pública terá acesso à demanda, devendo distribuí-la a um de seus procuradores (tarefa muitas vezes complicada, conforme visto acima). Considerando também a complexidade do próprio Estado, com sua estrutura morosa no fornecimento de informações indispensáveis à elaboração de sua defesa, pois as fontes de informação dos procuradores públicos, geralmente, são repartições ou departamentos administrativos subordinados a formalidades inerentes à Administração Pública, o que certamente retarda a elaboração da defesa⁵⁹.

Para Pontes de Miranda, o *“fundamento hodierno da exceção está em precisarem os representantes de informações e de provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram mais do que as informações e provas que precisam os particulares”*.⁶⁰

Pelas mesmas razões, o prazo em dobro para recorrer também nos parece razoável, pois a articulação e preparo de recursos não demandam tanto tempo quanto contestar, não se fazendo necessária, portanto, a concessão do prazo quádruplo, sendo concedido em dobro devido ao grande número de processos e à estrutura rígida, conforme visto anteriormente.

Finalmente, consideramos que o benefício conferido ao interesse público em função da concessão de prazos dilatados é inversamente proporcional ao ganho que teria a efetividade processual com a extinção dos referidos prazos, já que os 45 (quarenta e cinco) dias a mais para contestar e os 15 (quinze) dias a mais para recorrer, acabam representando pouco no tempo total da duração desses processos.⁶¹

⁵⁹ ANDRADE, Odilon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 128.

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo III, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.147-148

⁶¹ DE LEMOS, Antonio Inácio Pimentel Rodrigues. A União em Juízo: As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o Princípio da Isonomia. *In: Revista da AGU*. Brasília: n°. 6, 2005, p.60.

3.2 – Procedimento Especial Para execução em Face da Fazenda Pública

Nas execuções por quantia certa envolvendo particulares existe um procedimento denominado execução forçada, que permite ao credor invadir o patrimônio do devedor para a satisfação de seu direito líquido, certo e exigível, fundamentado no título executivo.

Conforme os arts. 652 e ss. do CPC o executado será citado para pagar a dívida no prazo de 3 (três) dias úteis, caso o pagamento não seja efetuado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação. Ressalte-se que é permitido ao credor indicar na inicial da execução os bens a serem penhorados. Uma vez penhorados, os bens serão levados à hasta pública, alienados judicialmente e o valor convertido em espécie para a satisfação do direito creditório do credor.

Todavia, quando a executada é a Fazenda Pública, os procedimentos não são assim tão simples, pois devido às particularidades a ela inerentes, faz-se necessária a adoção de um sistema especial, de modo que seja assegurada a preservação do interesse público por ela representado em juízo.

Os bens do patrimônio público são impenhoráveis, dessa maneira, seria impensável utilizar-se com a Fazenda Pública um procedimento executivo alicerçado e garantido pela penhora para a efetivação da tutela executiva.

Paralelamente, o erário não pode ser pego de surpresa com o surgimento de novas dívidas, não previstas quando da elaboração do orçamento, sob pena de toda a estrutura econômica pública ser colocada em risco, pois as finanças públicas seriam afetadas com o surgimento de despesas sem o respectivo aporte de receitas. Assim, novamente, constata-se

a necessidade de a Fazenda Pública contar com um sistema próprio, para que os valores exequêndos possam ser previamente incluídos no orçamento e assegurando a segurança e a estabilidade do erário.

Finalmente, diferentemente dos particulares, a Fazenda Pública deve a um número muito grande de pessoas, assim, para que haja respeito ao princípio da isonomia (principalmente na questão da ordem cronológica do pagamento) faz-se necessária a criação de um sistema próprio, para que esses pagamentos sejam efetuados.

Assim, tendo em vista essas três características peculiares da Fazenda Pública (as quais serão abordadas e melhor explicadas a seguir): a) indisponibilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, b) necessidade de prévia inclusão em orçamento e c) necessidade de tratamento isonômico aos credores, que o legislador concedeu à Fazenda Pública um procedimento próprio, disposto nos arts. 730 e 731 do CPC.

Cumprе observar que, mesmo nos casos em que a credora da Fazenda Pública seja a própria Fazenda Pública, o processo de execução deverá seguir o disposto no art. 730, e não o disposto na Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/80).⁶²

A jurisprudência vem firmando entendimento nesse sentido⁶³: “*na execução contra a Fazenda Pública aplicam-se as disposições do CPC art. 730 e não a LEF, que trata de cobrança judicial da dívida ativa*”.⁶⁴

⁶² Obviamente, quando falamos de a Fazenda Pública executar a própria Fazenda Pública, estamos falando de entidades diferentes, caso contrário, se fosse a mesma entidade nos dois pólos da lide, o processo seria automaticamente extinto, devido ao fenômeno da confusão (art. 267, inc. X, CPC). Como exemplo de entidades distintas, podemos citar o corriqueiro caso do INSS credor de contribuições sociais dos Municípios, em que teremos no pólo ativo uma autarquia federal (Fazenda Pública) e, no passivo pólo passivo, um Município qualquer (Fazenda Pública).

⁶³ “*A execução fiscal contra a Fazenda Pública rege-se pelo procedimento previsto no art.730 do Código de Processo Civil*”, súmula nº 58 do TRF da 4ª Região. Disponível em <www.trf4.gov.br>, Acesso em 17 de maio de 2008.

⁶⁴ REsp 28.883 – Rel. Min. Hélio Mosimann. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

3.2.1 – Indisponibilidade do Interesse Público e Impenhorabilidade do Bem Público

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público representado pela Fazenda Pública em juízo corresponde à “*dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, no plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).*”⁶⁵ Trata-se do chamado interesse público primário, e não, do interesse público secundário (interesse público individual do Estado, conforme já visto anteriormente no tópico interesse público).

A indisponibilidade do interesse público significa que os interesses classificados de públicos não estão à disposição do administrador, pois esse atua apenas como representante da sociedade, guardando interesses que não são seus, mas da própria sociedade.

Marçal Justen Filho pronunciou-se no sentido de que o interesse público não pode ser confundido com o interesse do agente público, pois o exercício da função pública não pode ser afetado por interesses particulares do agente público.⁶⁶

Ainda sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello teceu as seguintes considerações: “*Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses não e acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.*”⁶⁷

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.56

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.39.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p.56.

Atualmente, o tema da mitigação da indisponibilidade do interesse público vem sendo muito comentado. Na realidade, a mitigação da regra que veda ao administrador dispor do interesse público não caracteriza mitigação do interesse público em si, que continua indisponível, pois dele só pode dispor o seu titular (a sociedade).

Na verdade, a mitigação do interesse público é, em uma análise mais elaborada, usada apenas em casos que, por mais paradoxal que possa parecer, seja necessária e indispensável à manutenção do próprio interesse público. Afinal, indiscutivelmente, a celeridade e efetividade processuais são de interesse público, e ficariam seriamente prejudicadas, se todo e qualquer direito público fosse, tutelado indistintamente, independentemente do valor.

Desde o advento da Lei nº 6.825/80, há previsão legal para que a Fazenda Pública possa realizar acordos em causas até determinados valores⁶⁸, do mesmo modo a Lei nº 10.259 prevê a possibilidade de acordo nas causas cujos valores sejam inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos. Já a Lei nº 10.522/02, em seu art. 19, possibilitou que, em determinadas circunstâncias, a Fazenda Pública não interpor recurso contra decisões que lhe sejam desfavoráveis. Essas e outras hipóteses de mitigação da indisponibilidade do bem público tornam mais célere e efetiva a prestação da tutela jurisdicional para o particular, fazendo assim com que, apesar de teoricamente mitigado, o interesse público seja efetivamente preservado.

A indisponibilidade do interesse público também afeta o patrimônio público, acarretando sua inalienabilidade e sua impenhorabilidade (que é a proibição de que recaia constrição sobre os bens públicos).

⁶⁸ A Lei nº 6.825/80, foi revogada pela Lei nº 8.197/81, que posteriormente foi revogada pela Lei nº 9.469/97. Esta última prevê a possibilidade de celebração de acordos e transações em ações cujos valores sejam inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Antes de analisar a impenhorabilidade dos bens públicos, faz-se necessário definir o conceito de bem público.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens públicos são “*todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público (...) bem como, os que ainda não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público*”⁶⁹. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro optou por formular uma definição menos abrangente, classificando-os em bens de domínio público e bens de domínio privado do Estado⁷⁰. Segundo Hely Lopes Meirelles, qualifica os bens públicos segundo a natureza jurídica de seu titular (o que é bem adequado), para ele os bens públicos “*em sentido amplo, são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais*”⁷¹.

Cumprido, também, destacar que apesar de interligados são conceitos distintos, inconfundíveis. A inalienabilidade é um conceito mais amplo, basta dizer que nem todos os bens impenhoráveis são, necessariamente inalienáveis (o bem de família, por exemplo), contudo, todos os bens inalienáveis, serão impenhoráveis, “salvo de perder essa característica”⁷².

A impenhorabilidade dos bens públicos, segundo Vicente Greco Filho, decorre de sua inalienabilidade enquanto afetados ao uso comum ou ao uso especial, que lhes é peculiar, inerente à sua própria natureza⁷³. No entanto, essa inalienabilidade não é absoluta,

⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit., p.803.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.563

⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.493.

⁷² CUNHA, Lásaro Cândido da. Precatório: execução contra a Fazenda Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.38

⁷³ GRECO FILHO, Vicente. Da Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Saraiva, 1986. p.45.

visto que está condicionada à afetação do bem, ou seja, caso um bem público seja desafetado, ele perde sua função pública e, conseqüentemente, sua inalienabilidade.

Na mesma esteira, Luiz Alberto Blanchet leciona que “*os bens públicos de uso comum e de uso especial não podem ser objeto de negociação por meio de institutos de direito privado (compra e venda, permuta, doação, locação, comodato, etc.) sem a desafetação, por força da qual o bem passa a categoria de bem dominical*”⁷⁴

Marçal Justen Filho definiu que bens dominicais são “*bens não afetados, e se sujeitam a um regime jurídico muito mais atenuado do que aquele reservado aos bens de uso comum e de uso especial. Isso significa que sejam objeto de relação de domínio idêntica àquela verificada no âmbito privado. Mas uma diferença fundamental consiste na possibilidade de alienação, desde que respeitadas as exigências e formalidades previstas em lei.*”⁷⁵

O procedimento para a desafetação de um bem público está previsto em lei, sendo diverso do procedimento previsto para a alienação da coisa pública (Lei nº 8.666/93). Embora a alienação do bem público seja autorizada por lei, esta não pode dar-se de maneira diferente daquela já prevista, o que afasta a possibilidade de que sobre ele recaia penhora (ainda que possa ser alienado), pois poderia terminar em uma arrematação judicial, que, indubitavelmente, se daria de maneira distinta da prevista legalmente para a alienação de bem público⁷⁶.

Com base nas características dos bens públicos acima elencadas, é possível entender a razão pela qual o legislador conferiu à Fazenda Pública um procedimento especial quando esta é executada pelo particular, afinal, nas execuções entre particulares, o executado é citado para pagar para pagar a dívida em 24 (vinte e quatro horas) sob pena de penhora de seus bens para quitação do débito (títulos extrajudiciais – art. 652 do CPC) ou

⁷⁴ BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba: Juruá, 1998. p.222.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p.709.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. p.45.

intimado a pagar a dívida em 15 (quinze) dias, sob pena de multa e penhora (art. 475-J do CPC). Obviamente o mesmo tratamento não pode ser dispensado à Fazenda Pública, pois, devido à impenhorabilidade de seus bens, a medida seria completamente ineficaz, razão pela qual não lhe pode ser aplicada a execução forçada.

Por isso que, quando executada, a Fazenda Pública é citada para opor embargos, sem que seja exigida a garantia do juízo para o requerimento e processamento dos referidos embargos (art. 730 do CPC).

Apesar disso, apenas a impenhorabilidade dos bens públicos é insuficiente para justificar por completo a necessidade desse tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública, pois, por exemplo, o particular que possui como patrimônio apenas um imóvel, caracterizado como bem de família (1.711 e seguintes do CC), também este imóvel será impenhorável, entretanto, essa impenhorabilidade não acarreta um tratamento diferenciado por parte de legislação processual.

3.2.2 – Necessidade de Prévia Inclusão em orçamento

Além da impenhorabilidade dos bens públicos, abordadas anteriormente, a necessidade de se incluir previamente em orçamento quaisquer despesas do Estado, fundamenta, também, o impedimento da aplicação da execução forçada contra a Fazenda Pública.

As despesas do Estado devem ser previamente incluídas no orçamento público, mediante previsão em lei anual orçamentária. Isso ocorre devido à necessidade de o

orçamento público ter de respeitar alguns princípios, visando a garantir um melhor e mais fácil controle dos gastos públicos, proporcionando maior estabilidade e segurança das finanças públicas. Um desses princípios é denominado princípio da unidade, segundo o qual

todas as espécies de despesas e receitas do Estado devem estar reunidas em um só documento, permitindo a sua apreciação em conjunto. Isso visa a facilitar o seu controle e o real conhecimento da situação financeira do Estado, já que, com a adoção desse princípio, evitam-se as dissimulações econômicas e as manobras visando à ocultação de despesas em contas especiais⁷⁷

Esse documento é denominado Lei Orçamentária Anual (LOA) que, conforme denotado no próprio nome, deve ser anualmente aprovada. Nela devem ser estimadas as receitas e despesas do ano seguinte, sempre tomando por base a lei conhecida como Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), na qual estão estabelecidos os critérios a serem utilizados para a afetação da despesa pública.

Logo, toda e qualquer despesa que venha a ser imputada a Fazenda Pública deve ter sido anteriormente prevista e incluída na Lei Orçamentária aprovada no exercício anterior, pois só assim o pagamento ao credor poderá ser validamente efetivado, evitando a desestabilização do orçamento público, que, como visto, não pode ser surpreendido com despesas extraordinárias, salvo alguns casos excepcionais previsto na Constituição e dependente de autorização legislativa (art. 167, V da CF/88).

Para Ricardo Lobo Torres,

O orçamento deve ser aprovado antes do início do exercício financeiro. A exceção se abre para os créditos adicionais, que compreendem os

⁷⁷ ROSA JR., Luiz Emydgio F. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.81.

suplementares (destinados a reforçar a dotação orçamentária e que podem ser autorizados também na lei orçamentária); os *especiais* (destinados à despesa para as quais não haja dotação orçamentária específica) e os *extraordinários* (destinados a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerras, comoção interna ou calamidade pública), abertos na forma prevista no art. 165, §8º e no art. 167, V e 2º e 3º⁷⁸.

As dívidas da Fazenda Pública provenientes de condenações judiciais não são consideradas “créditos adicionais, motivo pelo qual precisam estar previamente incluídas no orçamento, pois só desse modo poderão validamente afetar o erário.

Por essa razão é que está disposto no art. 100, § 1º a obrigação da inclusão de verba necessária ao pagamento dos débitos advindos de precatórios judiciais expedidos nesses processos, determinado a realização do pagamento apenas posteriormente à inclusão da respectiva despesa na lei orçamentária.

3.2.3 – Necessidade de Tratamento Isonômico entre os Credores da Fazenda Pública

Além da impenhorabilidade dos bens públicos e da necessidade de prévia inclusão em orçamento, outro fundamento para o tratamento diferenciado da Fazenda Pública quando executada é a necessidade de conferir aos particulares um tratamento isonômico, sem privilégios.

Ao contrário do particular, a Fazenda Pública estabelece relações jurídicas com todos os sujeitos da sociedade, uma vez que, “no Estado Moderno, todo indivíduo submetido a ele é reconhecido como pessoas. E aqueles que, estando submetidos ao Estado participam ao

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.114.

mesmo tempo de sua constituição, exercem funções como sujeitos, sendo, pois, titulares de direitos públicos subjetivos”⁷⁹.

Logo, sendo incontáveis as relações entre o Estado e o particular, infundáveis serão, também, o surgimento de conflitos entre o interesse de ambos, sendo exigidos do Direito a criação de mecanismos para a resolução desses conflitos, visando a limitar a ação estatal, para que se garanta ao particular liberdade e privacidade, mas que, em contraposição, iniba a conduta do indivíduo ante interesses públicos maiores.

Muitos desses conflitos encontram-se na esfera patrimonial, com os indivíduos na qualidade de credores da Fazenda Pública e, geralmente, em crises de insatisfação jurídica de seus direitos creditórios, buscando a atuação do Poder Judiciário, através d processo, com a finalidade de solucionar essa crise.

Devido ao enorme número de credores da Fazenda Pública, tornou-se imperioso que a legislação previsse um método para o pagamento desses credores, de modo a respeitar o princípio da isonomia entre eles, evitando-se privilégios àqueles que sejam “amigos do rei”. De fato, no passado, somente privilegiados, amigos do regente, recebiam seus créditos junto ao Poder Executivo, aos opositores, propiciava-se o inadimplemento e uma eterna espera por um pagamento que, se viesse, seria em valores meramente nominais. Isso ocorria porque a constituição imperial não discriminava um procedimento a ser adotado para executar-se a Fazenda Pública, deixando indefesos os credores diante de arbitrariedades, tal como concessão de preferência de pagamento a determinadas pessoas (os “amigos do rei”).

A constituição republicana de 1891 permaneceu silente, não evitando assim a perpetuação dos privilégios arbitrários concedidos nos pagamentos das dívidas do Poder

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.85.

Público. Somente com o advento da Constituição de 1934 (em seu art. 182), nosso ordenamento passou a contar com um dispositivo expresso determinando que os pagamentos fossem feitos em ordem cronológica.

Sobre o tema, Juvêncio Vasconcelos Viana teceu a seguinte consideração,

Havia, antes de 1934, uma triste “realidade de bastidores”, caracterizada por privilégios e apadrinhamentos, que chegava mesmo a ferir a independência do Poder Judiciário. Tornaram-se comuns as denominadas “causas orçamentárias”, com designação nominal pelo Legislativo dos credores que poderiam ser atendidos no exercício seguinte. Tudo ficava na pendência de pressões, conchavos ou mesmo deslavada corrupção. Chegava-se, ainda, absurdamente, no âmbito do Poder Legislativo, a discutir o ter e o acerto (ou não) das sentenças geradoras de créditos. Se os fundamentos dessas não agradavam, negava-se o crédito solicitado. Era a submissão da coisa julgada a um controle político a posteriori⁸⁰

Como medida de moralidade, forma de assegurar o pagamento, com a devida observância a uma ordem cronológica de apresentação do crédito, veio o regime do precatório⁸¹, com disciplina colocada na Constituição e que até hoje se tenta aperfeiçoar.

Como medida de moralidade, forma de assegurar o pagamento, com a devida observância a uma ordem cronológica de apresentação do crédito, veio o regime do precatório. Então, a partir da Constituição de 1934, a ordem cronológica passou a ser o critério utilizado para diferenciar os credores da Fazenda Pública, quanto mais antigo for o crédito, independentemente do valor, mais cedo ele deverá ser pago (critério seguido até os dias de hoje).

Por todo o exposto, ante as flagrantes diferenças existentes entre a Fazenda Pública e o particular, a concessão de um tratamento diferenciado nas causas em que a

⁸⁰ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998, p. 74.

⁸¹ É importante destacar que a Constituição de 1934 não foi a responsável pela introdução do precatório no sistema normativo nacional. Na verdade, conceito de precatório já existia desde a Instrução de 1851 editada sobre a égide da Constituição Imperial de 1824. Entretanto, a Constituição de 1937, pois inovadora no sentido de dispor que os credores seriam pagos segundo a ordem cronológica de seus respectivos créditos.

Fazenda venha a ser executada por um particular, não fere o princípio da isonomia processual.

4- PRIVILÉGIOS DA FAZENDA PÚBLICA

Completando o capítulo anterior, comentaremos, as seguir, as concessões que são verdadeiros privilégios, colocando o particular em uma injustificada posição de desvantagem quando em litígio com a Fazenda Pública.

4.1 - Honorários fixados de forma eqüitativa

Conforme disposto no art. 20 do CPC, a sentença condenará a parte vencida a pagar à parte vencedora as despesas antecipadas por esta e os honorários advocatícios, chamados de ônus de sucumbência. Desde já, percebe-se que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios é objetiva, não depende, portanto, de culpa ou dolo da parte vencida, advém, pura e simplesmente, da derrota na lide.

De acordo com o parágrafo 3º do art. 20 do CPC, os honorários advocatícios devem ser fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação. Por ocasião da fixação, o juiz deve considerar o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço (CPC, art.20, parágrafo 3º, alíneas a, b e c).

Vale ressaltar que o critério utilizado no parágrafo 3º do art. 20 do CPC, abarca somente as sentenças condenatórias, nas quais os honorários de sucumbência devem ser

fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação. Assim, como devem ser fixados os honorários nos casos de sentença declaratória, constitutiva ou mandamental. Nestes casos, o parágrafo 4º do art. 20 do CPC dispõe que o juiz deve fixá-los mediante apreciação equitativa, o que lhe permite determinar um valor fixo para os honorários, condenando, por exemplo, o vencido a pagar ao advogado da parte vencedora R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) ou qualquer outro valor que lhe pareça justo podendo, inclusive, ser um percentual que não esteja contido entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) do valor da condenação, desde que atendam aos critérios do parágrafo anterior (CPC, art.20, parágrafo 3º, alíneas a, b e c).

Em suma, nas sentenças condenatórias os honorários de sucumbência são fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação e, nas demais sentenças, é determinado pelo juiz um valor fixo, mediante apreciação equitativa.

É importante destacar que o percentual dos honorários de sucumbência deve incidir sobre o valor total da condenação, não sobre o valor da causa, critério não existente no CPC, mas que muitas vezes é, erroneamente utilizado por nossos magistrados. A esse respeito, tomemos a observação de Alexandre Freitas Câmara:

“Algumas observações devem ser feitas sobre este dispositivo. Em primeiro lugar, há que se criticar o sistema usualmente empregado pelos juízes, de fixar os honorários de sucumbência como um percentual sobre o valor da causa. Trata-se de um critério que não está presente no sistema do CPC, mas que é usado pelos juízes como se se tratasse de regra imperativa, que devesse ser seguida na formação da decisão judicial. Trata-se de um dos muitos fantasmas que rondam nosso processo, como se pertencessem ao mundo das regras vigentes”⁸²

Ainda no parágrafo 4º do art. 20 do CPC está previsto que os honorários advocatícios a serem pagos pela Fazenda Pública devem ser fixados mediante apreciação

⁸² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2003, p.157.

equitativa (sempre respeitando o disposto no parágrafo 4º do art. 20 do CPC), ou seja, mesmo sendo declarada vencida por meio de uma sentença condenatória não serão aplicados os percentuais entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, podendo ser, conforme já citado, um valor fixo ou um valor percentual fora daquele intervalo.

Este é certamente um dos privilégios mais odiosos da Fazenda Pública, na medida em que sua utilização apenas prejudica os particulares, incentivando a propositura de ações muitas vezes descabidas, na certeza de que o ônus da sucumbência lhe será leve, quando comparado ao imposto aos particulares, pois os honorários advocatícios são distintos caso a parte ré seja um particular ou a Fazenda Pública, previstos respectivamente nos parágrafos 3º e 4º do CPC

Essa concessão nos parece descabida, por não haver quaisquer diferenças entre o particular e Fazenda Pública quando litigam em juízo que justifiquem, tendo em vista o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, esse benefício (ou, pelo menos, diferença) àquela concedido pelo legislador infraconstitucional. Portanto, entendemos que, da mesma maneira que o particular, a Fazenda Pública deveria ter fixados contra si, nos casos em que vier a ser declarada vencida por meio de sentença condenatória, honorários advocatícios nos termos do parágrafo 3º do art. 20 do CPC.

Ao conferir à Fazenda Pública tratamento diverso àquele conferido ao particular, o parágrafo 4º do art. 20 do CPC viola o princípio da paridade de tratamento das partes no processo, pois se o particular for condenado, deve arcar com honorários entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, no entanto, se a condenada for

a Fazenda Pública, os honorários serão fixados mediante apreciação equitativa do juiz.

“Trata-se aqui de privilégio violador do princípio da isonomia”.⁸³

Isto posto, a imensa maioria da doutrina questiona a validade de tal instituto, classificando-a como um indesejável privilégio.

Sobre o tema, pronuncio-se Paulo Henrique dos Santos Lucon:

“A fixação equitativa de honorários nos casos em que for vencida a Fazenda Pública deve ser equânime, por isso deve levar em consideração o valor econômico envolvido na causa e ter como parâmetro mínimo o correspondente a dez por cento desse valor. A sucumbência não pode ser fixada segundo uma apreciação desigualitária, que impossibilite completo ressarcimento da pessoa lesada pela Administração Pública, obrigada por ato omissivo ou comissivo desta a contratar os serviços profissionais de um advogado.”⁸⁴

Seguindo o raciocínio: “Claro que, em interpretação inteligente, se percebe que a intenção do legislador foi prestigiar o interesse pecuniário fazendário, evitando-se que os honorários advocatícios que tivesse que pagar fossem idênticos àqueles que pudessem ser suportados pelo adversário. Se assim é, existe ofensa à isonomia. Há, portanto, inconstitucionalidade”.⁸⁵

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover: “não se trata de levar em consideração o aparelho complexo dos órgãos estatais; não se trata tampouco, de atentar para o interesse social ou o bem comum. O que se pretende, simplesmente, é privar a parte contrária de parcela de honorários que receberia, se seu adversário, sucumbente, não fosse o órgão estatal. Não se justifica tal regalia, uma vez que a Fazenda, vencida, deve ser tratada

⁸³ NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2002, p.56.

⁸⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Op. cit., p.122.

⁸⁵ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., p.160-161.

exatamente da mesma maneira como o são quaisquer outro litigantes. Nem se argumente com o valor das condenações nas causas contra a Fazenda, freqüentemente, porque a mesma circunstância pode ocorrer quando litigam entre si particulares, sem que para tanto o código tenha atenuado o teto fixado pelo § 3º do art. 20.”⁸⁶

Existe, contudo, uma interpretação que visa a salvar o dispositivo da flagrante inconstitucionalidade, argumentando que a palavra “equitativa” não significa, necessariamente “módica”. Por este prisma, a norma constante do § 4º do art. 20, CPC, não criaria nenhum privilégio. “Moderação não significa modicidade, significa equidade, ou seja, apreciar o caso pelas suas peculiaridades, sem parâmetros fixos, sem aqueles 10% e os 20%”.⁸⁷. Apesar dessa interpretação, parece claro que esse dispositivo fere o princípio da isonomia, pois não é possível encontrar qualquer razão lógica entre o *discrimen* e o resultado que se deseja obter. Dessa maneira, a fim de que seja restabelecida a igualdade entre as partes no processo, restam duas alternativas: (a) os particulares também passarão a ter seus honorários fixados mediante apreciação equitativa; (b) ou a Fazenda Pública passará a se sujeitar aos mesmos valores do particular.

4.2- Reexame Necessário ou Duplo Grau de Jurisdição Obrigatório

Esta prerrogativa assemelha-se a institutos surgidos no Estado francês pós-Revolução. Naquele período, buscou-se ao máximo evitar que a sociedade ou os outros

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p.41-42.

⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Privilégios do Estado em Juízo*, p.12 *apud* VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 30.

poderes – Legislativo e Judiciário – interferisse no Executivo. Para isto, criaram-se mecanismos que excluíssem determinados atos da esfera de reexame – os ditos *atos de governo e atos de pura administração*. Fica claro o objetivo não de introduzir no direito administrativo um aspecto garantístico, mas, ao contrário, de

“diminuir as garantias que os cidadãos teriam caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o poder judiciário”.⁸⁸

Para evitar que o Judiciário modificasse decisões proferidas pelo poder Executivo – decisões em tese apenas administrativas – submetia-se a sentença desfavorável ao Estado a uma nova apreciação, obrigatória para que ela tivesse validade.

Assim é que o Código de Processo Civil, em seu artigo 475, incisos I e II, sujeita a Fazenda Pública ao duplo grau de jurisdição, que não tem efeito de recurso, mas de ratificação da sentença proferida no 1ª Grau. A sentença, portanto, somente produzirá efeitos após essa confirmação – depende de uma complementação jurisdicional para sua eficácia. Essa prerrogativa foi estendida, também, às autarquias e as fundações públicas pela Lei nº 9.469, de 1997.

“Art. 475. Está sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).”

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 122.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, “o que se configura no artigo 475 é uma sentença complexa, de natureza condicional”.⁸⁹

A maior parte das críticas direcionadas às prerrogativas da Fazenda Pública são proferidas em relação a esta em especial, pois parte da desconfiança do juiz de 1ª instância (que, por “estar sob suspeita” nas causas que envolvem a Fazenda Pública, deve ter sua sentença revista por um “órgão mais experiente”). Além disto, diz-se que tal prerrogativa serviria unicamente para adiar ainda mais o momento de decisão – decisão esta que pode ser contrária à Fazenda Pública e, por isto, seria evitada. Segundo José Roberto de Moraes, aqueles que defendem tal prerrogativa dizem que o objetivo foi evitar que o erário fosse prejudicado pela omissão de um procurador relapso.

Juvêncio Vasconcelos Viana, no entanto, diz que a remessa necessária não pode ter por objetivo resguardar o procurador e suprir eventual falha sua. Para tal existem uma série de procedimentos de caráter administrativo. Sua função é defender o interesse público, dando maior certeza jurídica à decisão proferida contra a Fazenda Pública⁹⁰. Esta prerrogativa teria o objetivo de defender o erário para que “a condenação da Fazenda Pública e as conseqüências a serem experimentadas” pelos cofres públicos “sejam, efetivamente, justificáveis”.⁹¹

Ada Pellegrini Grinover afirma que o critério *ratione personae* não deveria ser utilizado. O reexame deveria ser colocado como condição em ações de relevante importância e não quando a sentença fosse contrária à Fazenda Pública.⁹²

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op.cit.* p. 43.

⁹⁰ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 133.

⁹¹ MORAES, José Roberto de. *Op. cit.*, p.76.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 45.

No mesmo sentido, Juvêncio Vasconcelos Viana acrescenta que tal critério é falho, pois nem sempre o interesse público defendido pela Fazenda Pública é primário. É necessário relativizar esta medida de forma a assegurar sua validade e razão de ser – a proteção ao interesse público primário.

“Entre um sistema de proteção ao patrimônio jurídico do Estado, enquanto pessoa jurídica (o reexame necessário), e um princípio constitucional que assegura aos jurisdicionados a inafastabilidade de qualquer lesão ou ameaça à afirmação de direito do Judiciário, deve prevalecer, sem qualquer dúvida, o segundo. O interesse secundário do Estado de se ver protegido nas demandas judiciais só pode prevalecer se e enquanto em conformidade com o interesse primário que fundamenta a sua própria existência: o resguardo de direitos dos cidadãos.”⁹³

Segundo a Súmula nº 45 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública”. Desta forma, qualquer sentença que seja objeto do duplo grau de jurisdição obrigatório não será revista e alterada em favor do litigante comum – no máximo será a decisão mantida. A Fazenda Pública, então, torna-se beneficiada também pelo princípio da impossibilidade de *reformatio in pejus*, pelo qual a reforma da decisão não pode piorar a situação na qual ela se encontrava.

Ora, tal impossibilidade não se justifica. Se o julgador de 1º grau é reconhecido como passível de erros e se o mesmo ocorre com o procurador – daí muitos justificarem a existência do duplo grau obrigatório – porque é inadmissível que, quando deste reexame, seja agravada a sentença em prejuízo da Fazenda? Acaso mereceria ela estar acima dos outros litigantes, inclusive a ponto de não poder ser prejudicada por uma sentença? Qual seria a justificativa para a existência de tal Súmula?

⁹³ VIANA, Juvêncio Vasconcelos . *Op. cit.*, p. 157.

Neste sentido, esta prerrogativa, verdadeiro privilégio, funciona como meio de procrastinar ainda mais a decisão final.

Apesar de prever um benefício para a Fazenda Pública, o próprio Código de Processo Civil prevê uma forma de tal benefício não prejudicar tanto o litigante comum: impede que, no caso de inércia da Fazenda Pública – omissão do procurador que a representa – a sentença simplesmente não produza efeitos. Observe-se o § 1º do artigo 475 do Código de Processo Civil:

“§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.”

Desta forma, a remessa dos autos para revisão pelo Tribunal é feita pelo próprio juiz, e não a requerimento da parte, evitando-se então que o autor da ação tenha ainda que esperar que a manifestação do representante da Fazenda Pública.

Outro limite imposto à remessa necessária foi o valor da condenação ou o direito controvertido não excedente a 60 (sessenta salários mínimos). Além disto, também não há remessa obrigatória quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do STF ou em súmula deste mesmo tribunal ou tribunal superior competente. Esta última hipótese foi prevista dada a absoluta inutilidade da remessa, pois a sentença será necessariamente mantida. Ambas estão previstas no Código de Processo Civil, artigo 475, §§ 2º e 3º, este último sendo tratado doutrinariamente como uma espécie de preparação para o advento da súmula vinculante.

Outra exceção à remessa necessária é a prevista no artigo 12 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001:

“Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.”

Interessante notar que mesmo havendo entendimento jurisprudencial no sentido da desnecessidade de reexame necessário quando em sede de execução, conforme observamos abaixo no acórdão em Recurso Especial, a Fazenda Pública continua se valendo de tal argumento, com objetivo claramente protelatório:

“PROCESSUAL CIVIL. LEI 9.469/97. REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 475, II E 520, V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Já é pacífico o entendimento de que as "sentenças publicadas posteriormente à edição da MP 1.561/97, convertida na Lei 9.469/97 – que determinou a aplicação às autarquias e fundações públicas do disposto no Código de Processo Civil, arts. 188 e 475 – devem ser confirmadas pelo Tribunal, como condição de exeqüibilidade".

Entretanto, em sede de execução, descabe aplicar o duplo grau de jurisdição, prevalecendo, portanto, o regramento contido no artigo 520, V do CPC.

Recurso conhecido, mas desprovido.”⁹⁴

No mesmo sentido já se manifestara o Superior Tribunal de Justiça, como vemos na brilhante explicação do Ministro Edson Vidigal (REsp 204881):

“Senhores Ministros, são 02 (dois) os dispositivos do Código de Processo Civil em aparente conflito: de um lado, o art. 475, II, que determina o reexame necessário das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública, com eficácia diferida após sua confirmação pelo Tribunal revisor; de outro, o art. 520, V, que impõe o recebimento da Apelação contra sentença que rejeitar liminarmente os embargos à execução ou julgá-los improcedentes, somente no efeito devolutivo, com a possibilidade de execução provisória.

Toda finalidade jurisdicional deve atender à finalidade precípua da norma que a rege, e em caso de dúvida, buscar nos princípios a sua solução. Aqui, impõe-se aplicação teleológica do princípio da Razoabilidade; ser razoável é ser moderado, comedido, ponderado, sensato, sem ser injusto, e

⁹⁴ REsp 328795 – Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

nessa linha de raciocínio deve ser alçada a interpretação dos mandamentos legais.

Tenho que, dentre os dispositivos acima referidos, deva prevalecer aquele que melhor atenda aos fins sociais de sua aplicação: ou se considera que toda e qualquer sentença proferida contra a Fazenda Pública (federal, estadual ou municipal), seja ainda em processo de conhecimento, de execução ou cautelar, fique condicionada ao reexame necessário pelo Tribunal, ou se reconhece o direito à execução de título judicial contra a Fazenda, ainda que pendente recurso com efeito apenas devolutivo. A última solução é que deve preponderar.

(...)

Quisesse o legislador isentar a Fazenda Pública desta regra, o teria feito expressamente.⁹⁵

4.2.1 - Reexame Necessário Impeditivo da Antecipação de Tutela

Argumentam aqueles pró-Fazenda Pública que, se uma sentença de 1º grau, para produzir efeitos, deve ser confirmada pelo tribunal, nos termos do artigo 475 do CPC, o mesmo deve valer para uma decisão interlocutória, natureza da sentença que concede a antecipação de tutela. Dizem que uma decisão interlocutória não pode ter mais poderes que uma sentença final.

Tal argumento, no entanto, não é cabível, visto que a remessa necessária é uma medida excepcional, devendo ser aplicada restritivamente, apenas nas situações para as quais foi indicada pelo legislador. Novamente, lembre-se que, se o legislador assim desejasse, poderia ter previsto a extensão de tal necessidade às decisões interlocutórias. Se tal não foi feito, não pode o Poder Público usar este artifício para protelar a produção de efeitos favoráveis à outra parte.

⁹⁵ REsp 204881 –Rel. Ministro Edson Vidigal. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 10 de maio de 2008.

Observe-se, para tal, a revisão do artigo 475 do Código de Processo Civil, proposta pelo anteprojeto nº 15 de Reforma deste Código, que previa o acréscimo de um parágrafo 4º, nos seguintes termos:

“O reexame necessário não impede o cumprimento provisório da sentença, salvo quando possa causar dano grave e de difícil reparação, caso em que, a requerimento da entidade de Direito Público, formulado quando da interposição da apelação, o juiz ou o relator poderá atribuir ao reexame também o efeito suspensivo.”⁹⁶

É de lamentar não ter sido tal alteração levada a contento. Impediria a atuação indiscriminada da Fazenda Pública no sentido de impedir a antecipação de tutela.

4.3 - Necessidade de Intimação Pessoal

A Lei nº 6.830/80 previu, em seu artigo 25 que “qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente”, em casos de execução fiscal. O benefício da intimação pessoal já foi concedido à Advocacia-Geral da União e à Fazenda Nacional, por força da Lei Complementar nº 73 de 1993 e da Lei nº 9.028/95, bem como aos membros da Defensoria Pública da União, por determinação da Lei Complementar nº 80 de 1994. Há um projeto de conversão de Medida Provisória em tramitação no Congresso Nacional que prevê a extensão deste benefício a todas as causas onde for parte a Fazenda Pública, criando-se assim nova prerrogativa.

⁹⁶ VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Op. cit.*, p. 158.

A justificativa encontrada para a intimação pessoal é o grande número de execuções nas quais a Fazenda Pública é parte. Segundo José Roberto de Moraes, a intimação pessoal funciona como uma grande lista feita pelo juiz e endereçada ao procurador, na qual ele informa quais atos deverão ser praticados em quais processos e em quais prazos. O objetivo, além de informar, é permitir que o prazo seja cumprido. Segundo ele, “não é difícil imaginar que haja, diariamente, uma média de 2.500 processos em que determinado procurador deve se manifestar, recebendo, para tanto, mandado de intimação com a relação correspondente”⁹⁷. O objetivo seria facilitar e organizar a atuação da Fazenda Pública.

O mesmo doutrinador, no entanto, ocupante do cargo de Subprocurador-Geral do Contencioso da Procuradoria do Estado de São Paulo, reconhece que tal intimação poderia ser feita mediante publicação em Diário Oficial, não sendo absolutamente necessária a intimação pessoal. Contrariamente a esta opinião manifesta-se a Advocacia-Geral da União, conforme demonstra em informações prestadas ao STF por conta da ADIn nº 2.251, contra a Medida Provisória nº 1.984-19:

Face à massa de processos nos quais é parte a Administração Pública, a mera citação dos atos judiciais por publicação na imprensa oficial pode resultar em danos irreversíveis no processo para o Poder Público. Nesse sentido, a intimação pessoal dos representantes judiciais da União permite um acompanhamento mais próximo e eficaz.⁹⁸

A dificuldade da intimação pessoal está exatamente no fato de que os prazos de que dispõe qualquer litigante começam a correr a partir da juntada no processo do mandado cumprido. A intimação pessoal, se estendida a todos os processos nos quais a Fazenda Pública é parte, acabará postergando ainda mais a solução do litígio. Ora, se todos os atos

⁹⁷ MORAES, José Roberto de. *Op. cit.*, p.72.

⁹⁸ “Informações da Advocacia Geral da União ao Supremo Tribunal Federal sobre a ADIn do PT (2.251) contra a Medida Provisória 1984-19”. Disponível em <<http://www.agu.gov.br/aplicativos/spn/nota31.htm>>. Acesso em 07 de maio de 2008.

do processo saem publicados em Diário Oficial, há de se supor que, quando o representante da Fazenda Pública for intimado pessoalmente, já terá conhecimento do conteúdo de tal intimação, por já ter lido em Diário Oficial. O prazo, que já é maior em virtude do disposto no Código de Processo Civil, conforme discutido anteriormente, ficará ainda maior que o do litigante comum. Na prática, cria-se uma prerrogativa que amplia o alcance de outra prerrogativa.

4.4 - Impossibilidade de Antecipação de Tutela

O tempo necessário à resolução do conflito foi estabelecido pelo Estado quando do momento em que vedou a possibilidade de autotutela. Todos que pretendem ajuizar uma ação sabem que deverão aguardar mais ou menos tempo até receber uma resposta do Judiciário no sentido de solucionar o conflito. No entanto, como parte do direito de acesso efetivo à justiça, este lapso temporal não pode ser tal que impeça a concreta materialização do direito quando confirmado pelo juiz.

A partir do momento que o Estado toma para si a responsabilidade de solucionar os conflitos entre os membros da sociedade, torna-se também responsável por criar mecanismos que impeçam a transformação deste lapso temporal em obstáculo à realização da tutela pretendida. “O jurisdicionado não tem apenas direito à resposta jurisdicional, mas sim direito à tutela jurisdicional efetiva”, como ressalta Marinoni.⁹⁹

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2000. p.112.

Se o direito à tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o sistema processual deve prever um instrumento que permita esta efetiva tutela.

É por este motivo que permite-se ao juiz antecipar a tutela se, *convencido da verossimilhança das alegações*, demonstre-se o *fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação* e caracterize-se o *abuso do direito de defesa ou interesse protelatório do réu*.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
- II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A antecipação de tutela torna-se então um meio de defender o direito expresso no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição.

Quando foi editada a Lei nº 8.437/92, que impedia a concessão de medida liminar contra atos do Poder Público em sede de ação cautelar ou preventiva, a jurisprudência não foi pacífica, pois enquanto alguns achavam que tal medida se aplicava também às hipóteses de antecipação da tutela, outros alegavam que a tutela antecipada não se confundia com as ações cautelares e preventivas.¹⁰⁰

No entanto, em 1997 foi editada a Medida Provisória nº 1.570, posteriormente convertida na Lei nº 9.494/97. Esta lei estendeu à antecipação de tutela o que já havia sido previsto para as ações cautelares e preventivas: a impossibilidade de concessão de liminares

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 217.

contra o Poder Público. Desta forma, resolvendo a controvérsia jurisprudencial, tornou-se claramente vedada a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública.

Ora, o legislador, ao prever a possibilidade de antecipar a tutela pretendida nos casos em que o contrário prejudicará o direito do autor não pode dispor que tal se dará unicamente quando o réu for particular, sendo impossível em face do Poder Público. Muitas são as situações nas quais é o próprio Poder Público o praticante de atos procrastinatórios e, nestes casos, o único remédio previsto em nosso ordenamento jurídico – já que a litigância de má-fé não é empregada contra a Administração – é a antecipação da tutela.

Observe-se, no mesmo sentido, o julgado do Tribunal do Estado de São Paulo, em sede de agravo de instrumento:

AGRAVO – Antecipação de tutela contra a Fazenda, para a realização de exames de carga viral destinados ao tratamento de AIDS – Admissibilidade – Em virtude da provisoriedade da decisão que concede a tutela, não existe impedimento legal de sua concessão contra a Fazenda Pública, uma vez que a decisão final será submetida ao duplo grau de jurisdição – Ademais, os comandos dos arts. 273 e 475, II, do CPC, não afastam a possibilidade de sua concessão contra a Fazenda Pública – *Fumus boni juris* presente, porque a Constituição Federal dispôs como cláusula pétrea a vida, e *periculum in mora* também presente, vez que o risco da demora envolve a própria vida – Decisão mantida – Recurso improvido.¹⁰¹

Neste mesmo acórdão manifesta-se o Relator quanto à alegação de irreversibilidade da decisão, dizendo que a antecipação da tutela pretendida “não ocasiona lesão grave e de difícil reparação estadual, sobretudo se atentarmos para certos desperdícios de dinheiro público, inclusive com desnecessária publicidade de atos do governo”.

A justificativa para tornar vedada a antecipação da tutela é impedir que, sendo executada, uma sentença cause danos irreversíveis ao erário e, conseqüentemente, à

¹⁰¹ Agravo de Instrumento nº 135.513-5/0. Agravante: Fazenda do Estado de São Paulo. Agravado: GAPA – Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS. Comarca de Ribeirão Preto. Relator Desembargador Aloísio de Toledo. Disponível em <<http://juris.tj.sp.gov.br>>. Acesso em 07 de abril de 2008.

sociedade. Alega-se também a necessidade da remessa necessária para a eficácia da sentença, além de a Constituição ter previsto a forma de pagamento mediante precatório e dever ser considerado o risco de irreversibilidade da decisão¹⁰².

No entanto, não se pode esquecer que se trata de choque entre dois valores de mesmo relevo: de um lado, o direito do indivíduo à efetiva tutela jurisdicional de seu direito, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, e de outro a segurança jurídica e o risco de dano ao interesse público. Tal questão, conforme já analisada, não pode ser resolvida em abstrato, sendo necessário o estudo do caso concreto para então, aplicando-se a ponderação entre os valores mediante o princípio da proporcionalidade, chegar-se a qual deve prevalecer.

A presença de irreversibilidade deve ser analisada caso a caso, não podendo ser alegada *a priori* como causa impeditiva da antecipação de tutela. Isto porque podem ocorrer situações nas quais seja realmente difícil retornar à situação anterior ao momento de concessão da antecipação de tutela, assim como em outras situações sua não-concessão é que poderá ser a causadora de danos irreversíveis.

Não admitir a antecipação de tutela quando ocorrer fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação em face da Fazenda Pública, implica aceitar que a Fazenda Pública pode, quando demandada, lesionar o direito do autor.¹⁰³

Da mesma forma, a necessidade de reexame obrigatório não é argumento suficiente que impeça a antecipação da tutela, como visto anteriormente. Relembre-se que, apesar de a antecipação de tutela não ser concedida após cognição exauriente, sua existência deve ser

¹⁰² Neste sentido, Mantovanni Colares Cavalcante, *Novos aspectos da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública*. Apud BENUCCI, Renato Luís, *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 67.

¹⁰³ BENUCCI, Renato Luís. *Op. cit.*, p. 68. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme (*op. cit.*, p. 218): "Dizer que não há direito à tutela antecipatória contra a Fazenda Pública em caso de 'fundado receio de dano' é o mesmo que afirmar que o direito do cidadão pode ser lesado quando a Fazenda Pública é ré."

compatibilizada com o duplo grau de jurisdição obrigatório. O legislador buscou, com ela, harmonizar a segurança jurídica e o direito à efetividade da tutela jurisdicional.¹⁰⁴

Note-se a opinião de Maria Sylvia Zanello Di Pietro:

Há que se observar que todas essas restrições às medidas liminares ou acautelatórias são de valor relativo, pois não podem ser adotadas pelo Poder Judiciário quando coloquem em risco os direitos das pessoas, sob pena de ofensa ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que impede seja excluída da apreciação judicial, não só a lesão, como também a ameaça a direito. Por outras palavras, se devidamente demonstrado o *periculum in mora*, não poderá ser negada a medida liminar para proteger o direito ameaçado, já que, entre a norma constitucional e a lei ordinária, a primeira tem que prevalecer.¹⁰⁵

Fica claro, então, que mesmo aqueles que tem postura pró-Fazenda no que tange às prerrogativas, reconhecem que não se pode tratar de forma absoluta a possibilidade ou impossibilidade da antecipação de tutela, devendo tal análise ser feita caso a caso, sob pena de violação a direito constitucionalmente assegurado.

4.4.1 - A Antecipação de Tutela em Face da Fazenda Pública e a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4

Em 27 de novembro de 1997 o Distrito Federal entrou com uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) com pedido de liminar, objetivando resolver controvérsias jurisprudenciais que se originaram a partir da conversão da MP nº 1.570/97 na Lei nº 9.494/97.

¹⁰⁴ *Idem*, p. 65.

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 17ª ed., 2004. p. 611.

Dispõe tal lei sobre a antecipação de tutela em face da Fazenda Pública, ampliando a abrangência do disposto na Lei nº 8.437/92. Tal lei, em seu artigo 1º, *caput* e parágrafos, diz ser incabível a concessão de liminar contra o Poder Público.

Como dito anteriormente, até a data de promulgação da Lei nº 9.494/97 não havia sido pacificada a doutrina e a jurisprudência acerca da possibilidade ou não de concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública. A partir do momento em que houve esta promulgação a divisão continuou, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, visto muitos tribunais terem considerado a ampliação de tal impossibilidade inconstitucional, recusando-se, então, a aplicar esta norma, conforme observa-se no texto da ADC:

Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, argumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. /# Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 002ª parte do inciso 00I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional.¹⁰⁶

A ADC nº 4 pretendia a declaração da constitucionalidade de tal dispositivo, e a obrigatoriedade de sua aplicação, visto ter a sentença proferida em ADC eficácia *erga omnes* e força vinculante. Nenhum tribunal poderia, então, conceder antecipação de tutela nos casos previstos naquela lei. Constava da inicial desta ADC o pedido de liminar, que impossibilitasse, então, a partir daquele momento, a concessão de tutela antecipada por ser o julgamento da ADC prejudicial.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante,

¹⁰⁶ Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Origem: Distrito Federal. Relator: Ministro Sydney Sanches. Distribuído em 27/11/97. Liminar concedida em 11/02/98 e publicada em 13/02/98. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>

relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar.¹⁰⁷

A liminar foi concedida e a partir daquela data foi suspenso qualquer pedido de concessão de tutela antecipada que tivesse por argumento a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.494/97. Assim, ainda que em cognição sumária, o STF reconheceu a constitucionalidade deste dispositivo.

No entanto, Teresa Arruda Alvim¹⁰⁸ argumenta que

(...) a tão comentada MP 1.570, de 26.03.1997, convertida na Lei 9.494, de 10.09.1997, ao querer dificultar, impor óbice, criar embaraço à concessão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, veio, na verdade, reconhecer ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida.

A Lei nº 9.494/97, associada à ADC nº 4, trouxe a impossibilidade de ser concedida tutela antecipada, por exemplo, objetivando serem corrigidos vencimentos de servidor público (artigo 5º da Lei nº 4.348/64, aplicado à antecipação de tutela por força da Lei nº 9.494/97). No entanto, ao mesmo tempo, estabeleceu claramente ser possível a antecipação de tutela em casos não previstos nesta mesma Lei.

Ora, se ela dispõe sobre a antecipação de tutela e a ADC visa declarar sua constitucionalidade, então não é mais cabível alegar, por exemplo, a necessidade de reexame necessário, já que em nenhum momento a lei trata deste assunto.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Apud* BENUCCI, Renato Luís. *Op. cit.*, p. 83-84.

Para ultrapassar o óbice imposto pela concessão de liminar na ADC, cabe ao aplicador do direito buscar outra alegação para pedir a antecipação de tutela, que não seja a inconstitucionalidade do artigo 1º da citada Lei.

5 - CONCLUSÃO

O atual sistema processual concede à Fazenda Pública - representante do Poder Público em juízo - alguns benefícios, chamados de prerrogativas.

Tais prerrogativas são justificadas, dentre outros fatores, pela burocracia da máquina estatal, pelo excesso de número de processos, falta de pessoal e, principalmente, pela própria natureza jurídica dos interesses tutelados pela Fazenda Pública, da supremacia do interesse público sobre o privado, por si só suficiente no sentido de justificar tais privilégios processuais.

Relembrando-se as lições sobre o princípio da igualdade, a diferenciação entre as partes só devem existir para que sejam superadas qualquer desigualdade material em que elas se encontrem. Ou seja, a desigualdade imposta pela lei deve estar no limite exato para não permitir que nenhum dos lados esteja em posição de vantagem injustificada.

Nesse sentido, fica claro que a Fazenda Pública com suas peculiaridades, efetivamente necessita que algumas concessões lhe sejam feitas. As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para o benefício da coletividade, contudo, não é concebível que a Fazenda Pública, sob o manto de suas prerrogativas, pratique condutas abusivas e meramente procrastinatórias.

Não pode ser admitido o uso de prerrogativas que, apesar de terem em sua origem o legítimo objetivo de mitigar desvantagens processuais, acabam gerando novas desigualdades e maculando a isonomia processual.

Finalmente, concluímos que, em respeito aos princípios da isonomia e da supremacia do interesse público faz-se necessária uma revisão nas prerrogativas

fazendárias, mantendo aquelas justificáveis e necessárias e suprimindo aquelas que são verdadeiros privilégios, permanecendo na legislação por motivos históricos, já que não encontram, modernamente, qualquer respaldo para sua manutenção.

6- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Odilon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. IX, Rio de Janeiro: Forense, 1946.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1978.

- . Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo”. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba: Juruá, 1998.

CAIS, Cleide Previtali, O Processo Tributário, 3ª.ed., São Paulo: RT, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I, 8ª. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2003.

CAMPOS, Benedicto de, O Ministério Público e o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 1976.

CANOTILHO, J. J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina. 1995.

CUNHA, Lásaro Cândido da. Precatório: execução contra a Fazenda Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DE LEMOS, Antonio Inácio Pimentel Rodrigues. A União em Juízo: As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e o Princípio da Isonomia. *In: Revista da AGU*. Brasília: nº. 6, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FEDERIGUI, Wanderley José. *A Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 1995.

GRECO FILHO, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 1, 11^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

- Da Execução contra a Fazenda Pública. São Paulo: Saraiva, 1986

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*, 1^a ed., São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Sobre Princípios Constitucionais Gerais: Isonomia e Proporcionalidade*. *In: RT* nº.719.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUCON, Paulo. Eficácia das Decisões e Execuções Provisórias. 1^a. ed., São Paulo: RT, 2000.

- *In: Garantias Constitucionais do Processo Civil*. TUCCI, José Roberto Cruz e (Coord.). São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo Interesses Difusos – Conceito e Legitimidade para agir, 5^a.ed., São Paulo: RT, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6ª ed. rev. amp. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993
- . *In: Revista de Direito Administrativo*, nº 183.
- . *Curso de Direito Administrativo*. 17ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: RT, 1986.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo III, 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996
- MONTEIRO, Samuel. *Dos Crimes Fazendários*. São Paulo: Hemus, 1998.
- MORAES, José Roberto de. *Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública*. *In: Direito Processual Público: A Fazenda Pública em Juízo*. SUNDFELD, Carlos Ary e BUENO, Cássio Scarpinella (Coords.). São Paulo: Malheiros, 2003.
- NERY JÚNIOR, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 2002.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: RT, v. II, 1998.
- PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PINTO FERREIRA. Luís. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo: Saraiva. 1983.

- . Comentários à Constituição Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: Revista da AJURIS, nº. 62.
- QUEIROZ, Álvaro Alves de. O Estado como Réu. In: Revista de Processo nº. 25, São Paulo: RT 1982.
- ROCHA SOBRINHO, Délio José. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.
- ROSA JR., Luiz Emydgio F. Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.
- SCHINAID, David. *A Interpretação Jurídica Constitucional (e Legal)*. In: RT. nº. 733.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1988.
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2001.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.
- . *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.