

ANA CRISTINA DE PAULA CAVALCANTE PARAHYBA

**AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO SOB A
PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para fins de obtenção do título de Mestre em Direito com Área de Concentração em “Ordem Jurídica Constitucional” junto à Universidade Federal do Ceará – UFC.

Orientador: Professor Doutor Juvêncio Vasconcelos Viana.

Fortaleza
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado àqueles que foram e são importantes na minha vida, e, em especial, ao Marcos, meu marido, amor da minha vida, que sempre percebeu em mim a existência de outras possibilidades de fazer e me deu forças para fazê-las.

AGRADECIMENTOS

Agradeço de forma muito particular a minha família pelo carinho, pela compreensão diante daqueles momentos que prescindiram da minha presença durante a elaboração do presente trabalho, o que certamente contribuiu não só para sua consecução, mas para crescer e fortalecer nossos laços:

A Vera e Manoel, meus pais queridos, que me mimaram, mas não esqueceram de me educar, e são os responsáveis pela mulher, mãe e profissional que sou hoje.

A Suely e Alexandre, meus irmãos, maiores amigos, os melhores.

Ao Marcos, meu marido, que merece também o meu agradecimento pelo incentivo e apoio nesse trabalho, mas, sobretudo, pelo seu amor que sempre me fez sentir alguém muito especial.

Aos meus filhos Marcos Júnior, Rafael e Caroline, razão da minha existência, e que têm o dom de fazer o mundo me parecer um lugar melhor.

A Vaneide que, passados mais de dez anos cuidando de todos nós, já é parte da nossa família, e, sem sua ajuda, certamente, eu teria menos tempo disponível para a realização desse trabalho.

Não poderia deixar ainda de agradecer de forma não menos especial, àqueles que por conta desse curso surgiram na minha vida e são hoje amigos dos quais me orgulho em ter:

Ao professor Juvêncio Vasconcelos Viana, por aceitar a tarefa de orientação e por fazê-la de forma tranqüila e inspiradora, cujo apoio foi de extrema importância para a realização deste trabalho.

Ao professores Leonardo José Carneiro da Cunha e Denise Lucena Cavalcante, profissionais de extrema preciosidade, que honraram a defesa dessa dissertação ao aceitarem participar da banca examinadora.

A todos os professores pelos ensinamentos indiscutivelmente valiosos que me

conscientizaram do novo contexto sócio-jurídico brasileiro, renovando em mim o ânimo de ser uma melhor aplicadora do Direito.

Aos colegas pelo convívio amigo que tornou a aprendizagem muito mais prazerosa.

Aos funcionários da Secretaria, a quem agradeço na pessoa da Marilene, cuja dedicação arremata, sem sombra de dúvidas, a excelência do Curso de Mestrado da Universidade Federal do Ceará.

E acima de tudo, agradeço a Deus, cujo amor por mim é tão grande que pôs essas pessoas na minha vida para tornarem possível todos os meus sonhos. Obrigada de coração.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”.

Eduardo Juan Couture.

RESUMO

O presente estudo parte de uma análise teleológica das prerrogativas processuais conferidas pela legislação infra-constitucional ao Poder Público em juízo. Enquanto matéria bastante discutida na seara jurídica, questiona-se a lógica e legitimidade do tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública, já que, à primeira vista, as diferenciações que lhe são outorgadas, parecem não se amoldarem às novas concepções dos princípios processuais elevados à categoria dos direitos fundamentais, cuja premissa maior é a efetividade da prestação jurisdicional. Considerando-se o interesse público das lides que envolvem os entes públicos, e a indiscutível supremacia desse em detrimento do privado, busca-se no princípio da isonomia atingir a igualdade substancial entre a Fazenda Pública e o particular. Justificadas como meio necessário para suprir a suposta hipossuficiência da Fazenda Pública que dificulta a sua defesa em juízo em comparação aos particulares, as prerrogativas que tornam peculiar o processo judicial em que a Fazenda seja parte, conferem a esse processo, a sua característica mais popular: a morosidade. A questão demanda uma análise da razoabilidade de cada uma das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública, distinguindo o que é mero privilégio daquilo que realmente se configura com as situações de *discrímen*, visando, com isso, afastar de imediato, as medidas excessivamente gravosas às garantias constitucionais do particular.

Palavras-chave: Processo Civil. Prerrogativas da Fazenda Pública. Princípios Fundamentais do Processo.

ABSTRACT

The present study begins with a teleological analysis of the process prerogatives conferred to the State under trial by the infra-constitutional legislation. As a matter frequently discussed into juridical area it is questioned the logic and legitimacy of differentiated treatment given to the Public Administration, once at first glance differentiations that are granted to it do not seem adequate to new conceptions of process principles elevated to the category of the fundamental rights whose the most important premise is the effectiveness of judgement. Regarding the public interest involved in the conflicts affecting the public entities, and the unquestionable supremacy of it against the private interests, it is seek in the principle of isonomy to achieve substantial equality between Public Administration and citizens. Justified as a necessary way to suppress the presumed weakness of Public Administration, which has a lot of difficulties in its defense in judgment as compared with individuals, the process prerogatives that make to be peculiar the processes involving the Public Administration give to these processes its most popular feature: the slowness. The question demands an analysis of reasonableness of each of the privileges granted to the Public Administration, distinguishing what is merely privilege of what conforms situations of *discrimen*, aiming immediatly with this to turn aside the measure excessively burdensome to citizenship constitutional guarantee.

Key Words: Civil Procedure. Prerogatives of the Public Administration. Fundamental Process Principles.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O PROCESSO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	16
1.1 Processo e Cidadania.....	17
1.2 Princípios Constitucionais do Processo.....	19
1.2.1 O Princípio da Isonomia.....	23
1.2.2 O Princípio do Devido Processo Legal.....	29
1.2.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.....	36
1.2.4 O Princípio do Acesso à Justiça.....	41
1.2.5 O Princípio da Razoável Duração do Processo	43
1.3 Feições Preliminares dos Direitos Fundamentais	45
1.4 A Necessária Simbiose entre o Processo e os Direitos Fundamentais.	51
2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO	54
2.1 A Administração Pública no Estado de Direito.....	54
2.1.1 O Conceito de Fazenda Pública e suas Implicações Processo- Judiciais.....	57
2.1.2 O Interesse Público.....	59
2.1.3 O Regime Jurídico-Administrativo.....	66
2.2 A Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência.....	68
2.3 A Administração Pública em Juízo e suas Implicações Processuais: As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública.....	73

2.4 O Controle dos Atos da Administração Pública no Direito Comparado.....	81
3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL E AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA.....	92
3.1. Efetividade e Segurança Jurídica.....	97
3.2 Efetividade da Tutela Judicial <i>versus</i> Prerrogativas da Fazenda Pública.....	102
4 ANÁLISE CRÍTICA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA.....	107
4.1 Prazos Dilatados.....	108
4.2 Desnecessidade de Adiantamento das Despesas Processuais.....	113
4.3 Dispensa de Preparo nos Recursos.....	116
4.4 Remessa Obrigatória.....	117
4.5 Precatório Judicial.....	128
4.6 Vedações às Medidas Liminares, Cautelares ou Antecipatórias.....	137
4.7 Suspensão de Liminares contra o Poder Público.....	146
4.8 Restrições à Execução Provisória.....	149
4.9 Dispensa de fazer o depósito da Multa de 5% sobre o valor da causa nas Ações Rescisórias.....	154
4.10 Prescrição.....	158
4.11 Honorários Advocatícios fixados de forma Equitativa em favor da Fazenda Pública Sucumbente.....	162
4.12 Juízo Privativo para a Fazenda Pública.....	166
4.13 A Intervenção Anômala da Fazenda Pública através da Assistência Especial.....	169
5 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PROCESSUAL DIFERENCIADO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO.....	175
5.1 Legalidade e Legitimidade no Estado Democrático de Direito.....	175

5.2 A Questionável Legitimidade das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública em face dos Direitos Fundamentais.....	178
5.3 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no controle da preservação da Hegemonia e Proteção dos Direitos Fundamentais Processuais em face das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública..	184
5.3.1 <i>Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade</i>	187
5.3.2 <i>A Possibilidade de Controlar e Proteger a Hegemonia dos Direitos Fundamentais Processuais em face das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública</i>	193
CONCLUSÃO	199
REFERÊNCIAS	213

INTRODUÇÃO

A dificuldade do enfrentamento processual vivenciada pelo particular contra o Poder Público observada no cotidiano das Varas da Fazenda Pública fez nascer a idéia do presente trabalho.

A pertinência do tema dessa dissertação de mestrado cuja linha de pesquisa é voltada para a tutela jurídica dos direitos fundamentais se evidencia ante o novo contexto constitucional brasileiro que elevou o processo ao status de direito e garantia fundamental, proclamando o acesso à justiça, o devido processo legal e a duração razoável do processo enquanto vias diretas para a efetividade da tutela judicial.

Ao inserir no texto constitucional o inciso LXXVIII ao artigo 5º através da Emenda Constitucional nº 45/04 pelo qual *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*, o poder reformador demonstrou a preocupação em garantir expressamente a celeridade do processo a fim de evitar uma duração irrazoável e o conseqüente prejuízo da efetividade da tutela jurídica perseguida.

Sem dúvidas, a efetividade da prestação jurisdicional é uma obrigação que delinea a função social do Judiciário no moderno Estado Democrático e de Direito.

No entanto, apesar das novas exigências constitucionais, a realidade jurídica continua assentada na antiga perspectiva da lentidão dos processos judiciais cujo direito acaba se perdendo no tempo, até porque, definir a duração razoável do processo, e os meios que realmente promovam a celeridade de sua tramitação, sem olvidar, obviamente, a garantia da segurança jurídica da relação judicial, especialmente, no âmbito do direito processual civil, não é algo fácil, nem muito menos, simples.

A situação se agrava quando o litígio judicial envolve o Poder Público ao qual são concedidos vários benefícios à sua atuação em juízo sob o argumento da relevância dos interesses defendidos pelo Estado, de modo que a existência de prerrogativas processuais em seu favor promove, indistintamente, um processo gerúndico, lento, prejudicando, na maioria das vezes, a efetividade da tutela judicial nos litígios que envolvem o Poder Público.

As prerrogativas processuais concedidas em benefício da Fazenda Pública estão consagradas no direito processual civil brasileiro enquanto corolários de normas constitucionais, sob o argumento da prevalência do interesse público sobre o privado, já que, tradicionalmente, ao se resguardar a Administração Pública, nada mais se faz senão assegurar os próprios interesses da sociedade, ainda que não imediatos.

Os princípios norteadores da Administração Pública - princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse do particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração, ensejam uma série de peculiaridades, entre as quais, defendem-se várias adaptações ao processo civil a fim de amoldá-lo ao regime de direito público, para a defesa eficaz dos interesses públicos.

Entretanto, há que se ponderar a real necessidade do tratamento processual diferenciado dado à Administração Pública em juízo, que, ao envolver direitos fundamentais, deve encontrar nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o melhor caminho para uma solução que se ajuste aos valores intrínsecos da Constituição Federal, evitando assim tecnicismos exagerados a fim de se obter uma Justiça solucionadora de conflitos, e, não, institucionalizadora desses.

Nesse contexto, insere-se o debate acerca dessas prerrogativas processuais a favor do Poder Público em confronto com os princípios processuais inseridos na Constituição de 1988. O presente trabalho inicia-se a partir dessa premissa.

Entretanto, antes de adentrar no ponto central desse estudo escolhido em tributo à linha de pesquisa optada, é de bom alvitre promover um exame em face das garantias de isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa, assegurando-se à prestação jurisdicional, a devida presteza sem procrastinações, tudo advindo do princípio constitucional do devido

processo legal.

Ato contínuo, não há como iniciar uma pesquisa acerca das prerrogativas processuais do Poder Público em juízo sem adentrar nas peculiaridades formais e materiais da Administração Pública, numa análise de seu perfil ante a nova face constitucional da Administração Pública Brasileira.

As prerrogativas processuais da Administração Pública são o núcleo da questão, cujo estudo traz à baila as vertentes doutrinárias acerca da pertinência de sua manutenção no sistema jurídico-processual brasileiro, individualizando, dentre as inúmeras discriminações existentes, algumas das prerrogativas mais comuns da Fazenda Pública no processo, analisando-as, e, se for o caso, apontando-lhes o caráter de mero “privilégio”, termo comumente encontrado na doutrina para expressar a aversão do tratamento processual diferenciado concedido à Fazenda Pública no sistema processual.

Outro tema ainda central é a legitimidade no trato das diferenciações processuais da Fazenda Pública. A questão envolve princípios constitucionais, razão pela qual deve ser inicialmente analisada a base constitucional que subsidia a questão para tão-somente mais adiante, considerando que o direito é um sistema único e harmônico, estudar sua vinculação com o direito processual civil.

Evidencia-se cioso informar, além de capítulo próprio sobre o tema, que a efetividade da tutela judicial é o viés que norteia o trabalho, de modo que, importante se faz o enfrentamento da questão em homenagem ao direito fundamental a uma tutela judicial efetiva.

Por último, como conseqüência lógica de todo o estudo perpetrado, são fixadas algumas impressões conclusivas.

Na verdade, o lema é conjugar as prerrogativas processuais da Administração Pública e a verdadeira necessidade de sua utilização a fim de evitar a relativização de direitos fundamentais sob o uso vão do interesse público.

Destarte, a síntese das idéias contempladas no trabalho segue numa ampla discussão quanto à existência e manutenção das prerrogativas processuais da Administração Pública, dentro do atual contexto social e dos valores axiológicos da

Constituição de 1988.

Essa dissertação não tem qualquer ambição de euxarir o tema. Muito pelo contrário. É fruto de estudos anteriormente realizados, pretendendo tão-somente a chance de juntar-se ao círculo de discussões no âmbito da doutrina processual, buscando apontamentos que possam clarificar a real importância de se afastar esses instrumentos processuais qualificados como prerrogativas processuais da Fazenda Pública, considerando-se o panorama da sua existência no novo contexto constitucional do Brasil.

1 O PROCESSO NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O objetivo da presente pesquisa impende um enfoque acerca do processo, o qual, em sua concepção originária centrava-se nas formas e procedimento, ou seja, na sequência de atos que precediam o julgamento.

Dentro da visão contemporânea, o processo deixou de ser considerado mera técnica, inserindo-se como instrumento para se obter direitos através de valores constitucionais, os quais necessitam de um meio hábil e potente para sua afirmação, além, é claro, de uma educação social para fins de efetivação desses direitos.

Em consequência, sendo o processo um direito do qual depende a viabilização de outros direitos, ele próprio restou elevado à condição de direito e garantia fundamental, cujas técnicas hoje devem estar voltadas a atender os fins pretendidos pela Constituição, as quais devem ser aptas a promover as finalidades constitucionais.

Assim, quando a lei infraconstitucional for contrária à Justiça constitucional, os princípios do processo retiram-lhe a validade, para fazer valer os valores constitucionalmente previstos.

Nesse contexto é que não se pode mais prescindir de uma necessária simbiose entre o processo e os direitos fundamentais.

1.1 Processo e Cidadania

A entrada do Brasil no rol dos países emergentes economicamente suscita uma conseqüente necessidade de se conquistar também um maior desenvolvimento social em face do qual se tem na Justiça o seu maior aliado.

Defende-se hoje na Justiça brasileira uma tutela jurisdicional mais eficaz, aproximando tanto as leis quanto sua exegese do fim social que deve ser alcançado pela aplicação do Direito.

Daí, fazer-se necessário iniciar o presente capítulo fazendo um breve comentário acerca da importância do processo judicial como instrumento para o exercício da cidadania na medida em que é através de uma prestação jurisdicional efetiva, principalmente na solução de litígios coletivos, que se criará uma cultura de credibilidade na Justiça.

A definição de cidadania evoluiu ao longo do tempo, verificando-se que é através dela que se possibilita a garantia da real participação política de todos os cidadãos, como forma de construir uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo do Estado Democrático brasileiro *ex vi* do artigo 3º da Constituição.¹

Porém a preocupação pela redefinição do conceito de cidadania é relativamente recente, e conforme defende Ana Maria D'Ávila Lopes, deve ser concebida como um direito, sendo que, simultânea e paralelamente, a noção de dever deve ser inserida no seu conteúdo, já que não existem direitos sem seus correlatos deveres.²

A cidadania que hoje existe na atual Constituição Brasileira teve seu conteúdo ampliado e não se restringe mais ao simples fato do cidadão possuir um título eleitoral, para votar e ser votado, o que passou a ser apenas uma etapa do processo da cidadania, mas alcança o exercício da soberania popular, a democracia, a isonomia e a dignidade da pessoa humana, devendo, conseqüentemente, ser vista como um direito fundamental, apesar de não haver sido inserido de forma expressa

¹ LOPES. Ana Maria D'Ávila, A cidadania na constituição federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In **Constituição e democracia**: Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. BONAVIDES; Paulo, MARQUES DE LIMA; Francisco Gérson e BEDÊ; Fayga Silveira (coords), São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 22

² *Idem*, p.25

na Constituição.³

Assim, o exercício da cidadania é hoje imprescindível nos rumos dados ao Estado Brasileiro, constituindo-se um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, concretizando-se pelo exercício de toda e qualquer forma de poder popular que influencie nas suas decisões.

É sintomático então, que sendo a prestação jurisdicional uma função privativa do Estado, concretizada por meio de um processo judicial, este pode, e deve ser um instrumento bastante poderoso no exercício da cidadania.

Entretanto, para que o processo judicial seja realmente um instrumento útil para que o indivíduo possa fazer valer sua condição de cidadão, necessário se faz que esse atinja na prática um grau de satisfação na medida imposta pelos princípios constitucionais que o regulam.

A garantia da apreciação obrigatória pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direitos em face do livre acesso à Justiça, respeitados o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, a isonomia das partes, e à proteção das demais garantias constitucionais, só se tornam concretas mediante a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, hábil a tornar o processo um meio capaz de combater o abuso, o arbítrio e a injustiça, de modo a permitir o exercício da cidadania em toda a sua plenitude.

Nesse contexto, verifica-se que a qualidade da prestação jurisdicional é fator peremptório para que o processo judicial exerça sua função de instrumento de cidadania.

Impõe-se então, dar início às questões que merecem enfoque no desenvolvimento da idéia do processo na perspectiva dos direitos fundamentais, promovendo uma avaliação dos princípios processuais e dos direitos fundamentais, além da vital convivência harmoniosa entre ambos, a fim de ser possível nesse trabalho ponderar acerca do possível prejuízo dos direitos fundamentais do processo do litígio judicial entre o cidadão e o ente público em razão das inúmeras prerrogativas legais que a este são conferidas pelo direito processual civil.

³ Idem, p. 27-30

1.2 Princípios Constitucionais do Processo

Para a solução de um conflito de interesses em face do qual as partes não tenham conseguido êxito em realizá-la entre si, impõe-se a interferência de alguém alheio e desinteressado no conflito, para que a solução do mesmo,⁴ seja obtida de forma pacífica e eficaz.

Dentro do atual contexto da sociedade moderna, onde não se admite a autodefesa, ressalvadas algumas exceções, se confere ao Estado, enquanto nação jurídica e politicamente organizada,⁵ a promoção da solução dos conflitos em busca da paz social através de sua função jurisdicional.

Nessa conjuntura, o Estado se obriga a oferecer aos jurisdicionados a garantia de uma decisão judicial legítima e justa, pressuposto do princípio do Estado Democrático de Direito.

Essa garantia ao direito à tutela jurisdicional só pode ser promovida mediante o exercício do direito de ação. Vale dizer, o direito à solução dos conflitos intersubjetivos de interesses por meio do próprio Estado, enquanto sujeito imparcial, só se efetiva através do processo, cuja decisão final deve ser proferida com a necessária subordinação à ordem jurídica.

Assim, enquanto função estatal,⁶ a jurisdição tem o objetivo de dirimir conflitos e promover a justiça ante a atuação da vontade concreta da lei, sendo obrigatoriamente exercida através do processo.

Forma-se então o processo judicial, a partir do qual não mais prevalecerá a vontade das partes, mas sim, a autoridade do Estado-juiz, ou melhor, a vontade da lei que será por esse aplicada ao caso concreto cuja decisão final deve ser

⁴ Conf. Francesco Carnelutti, no sentido de o juiz ser um terceiro desinteressado. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, tradução espanhola de Jaime Guasp, 1942, pág. 29, apud ALVIM NETTO, José Manoel Arruda. O estado-de-direito e a função jurisdicional. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Bauru*, n. 1, p. 199-243, jan./jul. 1966. Disponível em:<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20647>>Acesso em 13/10/2009.

⁵ Burdeau. Georges, *Traité de science politique*, II, p. 128 apud BONAVIDES, Paulo, *Ciência política*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 52.

⁶ Moacyr Amaral Santos leciona que “A jurisdição é função estatal, desde o momento em que, proibida a defesa privada por comprometer a paz do grupo social, se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida” (In *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, 23 ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67).

construída em conjunto com os destinatários do ato final, sendo resultado do debate travado em simétrica paridade entre as partes, que permite ao julgador proferir o ato final, solucionando os pontos controvertidos, com imprescindível fundamentação nos moldes da lei.⁷

O conceito de processo transcende o direito processual, já que, sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares de partidos políticos ou associações, processo das sociedades mercantis para aumento de capital, etc.).⁸

O processo judicial é visto hoje enquanto instrumento de realização e concretização dos direitos fundamentais dentro do Estado de Direito, imprescindível, enquanto garantia de liberdade, como a única forma de garantir com efetividade os dispositivos constitucionais e dentro disso assegurar os direitos individuais e coletivos.

A importância do processo para a constituição e manutenção do Estado de Direito – e de um Estado Constitucional de Direito, caracteriza-o como um direito próprio do homem, erigido à condição de direito fundamental nas constituições dos estados democráticos, hábil a assegurar a dignidade da pessoa humana, nos termos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 8 - Toda pessoa tem recurso perante os tribunais nacionais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Art. 10 - Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal.

O avanço dos temas que vinculam o processo à lei fundamental tornou necessário sistematizar as normas e os princípios da Constituição concernentes ao processo, fazendo surgir daí a expressão *Direito Processual Constitucional* que,

⁷ CARNEIRO. Athon Gusmão. Jurisdição e competência, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p.5-8.

⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, **Teoria geral do processo**, 17 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p 278

antes de se tratar de um ramo autônomo do Direito Processual, é na verdade um método de estudo, dedicado a um campo restrito da matéria, ou seja, acerca dos princípios e institutos constitucionais do Direito Processual.⁹

O Direito Processual Constitucional é informado por princípios e regras que cuidam da tutela constitucional do processo, e que hoje, para além de *princípios processuais constitucionais*, fala-se em *direitos fundamentais do processo*.¹⁰

Na atual conjectura constitucional, tem-se no processo o meio de caráter público imprescindível para a realização da justiça e da pacificação social, não podendo ser visto como mera técnica, mas sim, como instrumento de realização de valores, especialmente de valores constitucionais, como a efetividade e a segurança jurídica, direitos fundamentais esses de índole instrumental em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.

Os princípios processuais constitucionais estabelecem as regras que orientam a relação jurídica processual, assegurando direitos, atribuindo ônus às partes e deveres ao Estado, a fim de assegurar o regular desenvolvimento do processo, desde o acesso à justiça até a efetividade da tutela ali requerida.

Tem-se nos princípios do acesso à justiça e do devido processo legal as garantias mestres que informam a justiça penal e a civil, dos quais decorrem os demais preceitos necessários para assegurar o direito à *ordem jurídica justa*.¹¹

A grande parte dos princípios processuais constitucionais está insculpida no artigo 5º da Constituição Federal, inserido dentro do Título *Dos direitos e garantias fundamentais*, sem que, se excluam outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme expresso no § 2º do aludido artigo 5º da Lei Maior, como reconhecimento da evolução de nosso ordenamento jurídico com as necessidades atuais.

Numa feliz e nova concepção, o processo é tido hoje como um instrumento

⁹ MEDINA. Paulo Roberto de Gouvêa, *Direito processual constitucional*, 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4 e 5

¹⁰ DIDIER Jr. Fredie, *Curso de direito processual civil* : teoria geral do processo e conhecimento, 9. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm 2008, p.28.

¹¹ DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 17 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 84

ético e justo de realização concreta do direito material, à luz dos direitos fundamentais e embasado em uma principiologia axiológica de índole constitucional, que, numa sociedade democrática representa os valores do povo, pois é de onde surge o direito (artigo 1º. parágrafo único da Constituição Federal).¹²

Deste modo, sem que sejam desprezadas as particularidades do caso concreto defende-se a preservação dos direitos fundamentais do processo civil tais como o acesso à justiça, inafastabilidade e efetividade jurisdicional, devido processo legal e duração razoável do processo, caracterizando-os como algo que tenha força normativa e seja capaz de transformar a realidade social.

Essa mudança de paradigma havida na forma de compreender e de aplicar o Direito, do positivismo jurídico clássico para o denominado pós-positivismo, resulta do anseio de se buscar uma ordem jurídica justa, que passa necessariamente pela existência de mecanismos processuais hábeis para a solução dos conflitos e realização do direito material de acordo com as leis e valores sociais vigentes.

Tratar-se-á aqui de forma clara e sucinta dos principais pontos de cada um dos princípios processuais constitucionais que possuem maior relevância nas contendas judiciais que envolvem a Fazenda Pública.

Dentre esses princípios, sobressaem-se o Princípio da Isonomia, do Devido Processo Legal, do Contraditório e Ampla Defesa, do Acesso à Justiça, do Duplo Grau de Jurisdição e da Celeridade.

1.2.1 O Princípio da Isonomia

A justiça sempre foi tema de reflexão dos grandes filósofos, que, de acordo com o seu tempo, buscavam o alcance do seu conceito, inspirando-se nos ideais das relações humanas, das leis e no Estado.

Desde Aristóteles, o conceito de justiça vinculou-se à idéia de igualdade,¹³ que alcançou seu ápice no tempo da Revolução Francesa, época em que se consagraram os direitos de liberdade e igualdade próprios do homem no estado de

¹² ROCHA. José de Albuquerque, *Teoria geral do processo*, 8 ed., 2ª. tiragem, São Paulo: Atlas, 2006, p. 44.

¹³ ARISTÓTELES. *A Política*, Trad. de Torrieri Guimarães, São Paulo, Martin Claret, 2002, p. 236.

natureza conforme defendeu Rosseau.¹⁴

Com efeito, o homem sempre sentiu a necessidade de acabar, ou pelo menos reduzir, as desigualdades, levando os homens a alterarem idéias preconcebidas, conforme constata Alain Touraine:

Enquanto as políticas tradicionais, em particular as religiosas, associavam natureza e sociedade e estavam inclinadas a aceitar de bom grado a autoridade natural do rei, do sábio ou do pai, a cultura política moderna associa o princípio jurídico da igualdade a uma necessidade histórica que proíbe a manutenção de privilégios, sob pena de conduzir as sociedades à ruína.¹⁵

O direito de igualdade representa os direitos fundamentais de segunda geração que, de acordo com Paulo Bonavides¹⁶ conceberam os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades do século XX, muito embora, por muito tempo, apesar de formalmente positivados na lei, tiveram sua juridicidade questionada em face da ausência de instrumentos que os garantissem.

Evidenciando uma nova realidade do cenário jurídico ocidental, as garantias institucionais surgiram como salvaguarda dos indivíduos em face do preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais criados nas Constituições de diversos países, inclusive a do Brasil.¹⁷

A Constituição Brasileira de 1988 trouxe essa inovação ao sustentar os direitos e garantias fundamentais do ser humano em face do Princípio Constitucional da Isonomia previsto em seu artigo 5º e inciso I,¹⁸ oferecendo indistintamente a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, igualdade de tratamento, visando conceder-lhes as mesmas oportunidades de demonstrar suas razões e fazer valer os seus direitos.

¹⁴ ROSSEAU, Jean-Jacques. **Pensadores:** Rousseau. Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p.37. Cumpre destacar que Fábio Konder Comparato concede a Rousseau o mérito pela formulação do princípio da igualdade perante a lei, bem como o fato de que o pensador francês analisou as questões das desigualdades bem antes da eclosão do movimento revolucionário francês. (*In "Igualdade, desigualdes"*. **Revista Trimestral de Direito Público**. v. 1., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 69-77).

¹⁵ TOURAINE, Alain. **Igualdade e diversidade:** o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1997, p.13.

¹⁶ In Curso de direito constitucional, 21 ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.564-565.

¹⁷ Idem.

¹⁸ *In verbis:* CF – 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, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Quando se fala em isonomia se pensa em igualdade como critério de Justiça.

Decerto, sem igualdade não se pode auferir qualquer grau de justiça.

Mas os homens não são iguais, de modo que, sendo diferentes, igualá-los matematicamente inviabilizaria uma medida de igualdade, tornando-a, conseqüentemente, injusta.

Obviamente, enquanto seres humanos, todos os homens são iguais. As desigualdades que se menciona aqui dizem respeito às suas experiências sociais, políticas, morais, etc.

Assim, para se auferir a verdadeira justiça entre os homens, a igualdade é estabelecida na medida de se tratar desigualmente os desiguais, exurgindo daí o princípio constitucional da isonomia, enquanto o direito à diferença como meio de se reduzirem essas diferenças.

A importância desse instituto pode ser mensurada não só em razão de haver sido inserido expressamente na Constituição, mas em face de sua constante redundância na própria Carta Constitucional¹⁹ e em outros textos legais que visam garantir a igualdade entre os indivíduos.

A isonomia enquanto princípio constitucional-processual torna possível a simetria das partes no processo, vez que não se pode admitir no regime democrático uma desigualdade jurídica fundamental sob pena de dissolver as garantias constitucionais do processo, constituindo-se em norma essencial, sendo, quando confrontado com a lei, "*premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz*".²⁰

Com efeito, o artigo 125, I do Código de Processo Civil²¹ reconhece sua relevância pragmática no direito processual, o qual restou recepcionado integralmente pela regra constitucional, sendo evidente sua importância nesta seara do Direito.

A igualdade jurídica pode ser vista em face de duas vertentes: formal e

¹⁹ Registre-se que a Constituição volta a destacar o princípio da isonomia em outros dispositivos como no art. 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º.

²⁰ GRINOVER. Ada Pellegrini, **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**, São Paulo: José Bushatsky, 1975, p. 25

²¹ *In verbis*: Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

material.

A igualdade entre as pessoas, na forma meramente prevista no texto legal, é conhecida na doutrina como igualdade formal.

Pela igualdade formal, a lei não estabelece qualquer diferença entre os indivíduos, concedendo-os tratamento isonômico em toda e qualquer situação, tratando indiferentemente, os iguais e os desiguais de forma sempre idêntica.

Através do princípio da igualdade formal, é creditado às pessoas o potencial e igualdade de condições em todas as searas sociais, independente de seus perfis pessoais, profissionais ou financeiros, concebendo-se que todos, enquanto seres humanos independem da interferência do Estado no seio da sociedade.

Porém, essa forma de isonomia acabou por se verificar ineficaz, como bem conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha ao mencionar que:

[...] esta interpretação da expressão *iguais perante a lei* propiciou situações observadas até a muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivía com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em seu direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente.²²

Assim, apesar da Constituição traçar formalmente a igualdade perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, observou-se a necessidade de que para se obter uma igualdade real, verdadeira, sem discriminações, impunha-se que as pessoas fossem tratadas de acordo com suas próprias condições pessoais, profissionais ou financeiras, a fim de se promover uma igualdade eficaz.

Reconhecida essa realidade, e analisada a questão ante o próprio contexto exegético da Constituição pelo qual a igualdade está vinculada ao princípio da dignidade humana, em face do qual todas as pessoas humanas são sujeitos de

22 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 36.

direito e, como tal, detentoras do direito de receber tratamentos iguais, passou-se a conceber a idéia de igualdade sob o critério da justiça social.

Nesse sentido, vale registrar o pensamento de Antônio Carlos de Araújo Cintra:

A absoluta rejeição da realidade para aplicar a isonomia de forma irrestrita evaria fatalmente à negativa daquela mesma justiça. É preciso, portanto, de um lado, verificar que distinções podem ser feitas entre os homens, à luz da realidade, sem violação da isonomia, ou seja, sem discriminações desarrazoadas; e, de outro, promover, na medida do possível, uma efetiva igualdade, que reduza a distancia entre a ficção e a realidade.²³

Passou-se então, a ser exigida uma isonomia substancial ou material, ou seja, o obrigatório tratamento dos iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades, que conforme ensina Flávia Piovesan, fez surgir uma forma de discriminação promocional, chamada discriminação positiva ou reversa, na qual o Estado fomenta ações para buscar a igualdade substancial.²⁴

Na verdade, não se pode excluir o aspecto material da igualdade de seu aspecto formal, ou seja, deve a lei declarar que todos são iguais, e propiciar instrumentos e mecanismos eficazes para a efetivação da igualdade, entendendo-se que o legislador não pode criar situações de *discrímen* sob pena de criar uma norma inconstitucional.

Constata-se assim, que, hordienamente, a igualdade deve ser compreendida sob o aspecto da igualdade substancial ou material, buscando-se promover o equilíbrio processual entre as partes, cuja aplicabilidade prática não pode ser analisada, tão, e puramente, sob o seu ângulo formal.

No afã de se atender essa demanda, observa-se que o constitucionalismo contemporâneo tem seguido a tendência de ampliar os limites dos seus dispositivos formais e abstratos de isonomia jurídica, fixando nas Constituições medidas reais e práticas no sentido de estabelecer a igualdade entre os cidadãos, nem que para

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, São Paulo: Centro de Estudos –PGE, 1982, p. 40. Na mesma linha de raciocínio Paulo Lucena de Menezes enfatiza que [...] “o ponto comum dessas tendências foi o de abstrair o conteúdo negativo do princípio da igualdade. O Estado, a partir de então, passa a ser reconhecido como a instituição, legítima e adequada, para nivelar as desigualdades sociais”. (In **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. 1. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 24).

²⁴ In **Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf> Acesso em 14 out 2009.

tanto promova desigualdades com o intuito de equiparação entre os indivíduos.

Da relação desse binômio de isonomia formal e material, alterou-se profundamente a visão pragmática da isonomia processual, o que não podia ser de outra forma, já que resultado do conteúdo dinâmico do próprio princípio para promover a igualdade das condições entre as partes de acordo com as respectivas necessidades.

Na busca de atender-se além da isonomia formal, ou seja, na busca da isonomia em seu sentido material, o processo judicial acabou por exigir algumas mudanças na interpretação de certos dispositivos da lei processual objetivando que a solução do conflito levado a juízo se aproxime de um maior grau de justiça possível.

Assim é que no processo moderno se vincula à plena equiparação dos litigantes, aproximando-se do direito substancial, no sentido de que a vontade da lei seja operada da forma mais adequada possível para fins de propiciar um resultado justo.

A dinamicidade do princípio da isonomia é conseqüência óbvia da necessidade de se promover uma constante equalização das condições entre as partes, evitando-se, dentro do processo o excesso e o abuso do poder econômico sobre os cidadãos, principalmente sobre os menos favorecidos na relação jurídica material ou processual.²⁵

No processo civil brasileiro, via de exemplo, várias são as prerrogativas concedidas à Fazenda Pública e ao Ministério Público na busca da igualdade material, em razão da natureza e organização do Estado sob o argumento de preservar-se o interesse público.

Há que se considerar, entretanto, a inadmissibilidade do uso desmedido e excessivo de prerrogativas além do estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio processual dentro do caso concreto, razão pela qual, a doutrina vem considerando em muitos casos, a inconstitucionalidade do tratamento diferenciado dado às partes,²⁶ sob pena de se promover, ao revés, uma desigualdade jurídica

²⁵ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 43-44.

²⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 17. ed., rev. e

fundamental, porque, se tal ocorrer, romper-se-á com as garantias constitucionais do processo.

1.2.2 O Princípio do Devido Processo Legal

Historicamente, relatam os doutrinadores brasileiros que se devem a origem da cláusula do devido processo legal à Magna Carta inglesa outorgada pelo Rei John Lackland (João Sem Terra), no ano de 1215, que mencionava a garantia ao *law of the land*.²⁷

Esse direito, entretanto, não fazia menção ao termo *due process of law*, que foi inserido na legislação inglesa apenas em 1354, no reinado de Eduardo III, desconhecendo-se, porém, o legislador responsável por tal feito.²⁸

A evolução das expressões, de *law of land* para *due process of law*, conforme Eduardo Couture “reflete um grau de desenvolvimento em direção a uma maior proteção jurídica, já que não se alude mais ao juízo dos pares nem à lei da terra, e sim, a um processo legal”.²⁹

Esse princípio foi consagrado nos Estados Unidos em nível constitucional em 1787, apesar de que nesta época já houvesse referência a cláusula *due process of law* em constituições estaduais dos Estados Unidos da América, como, por exemplo, da Pensilvânia.³⁰

Por sua vez, o Brasil apresentou, no decorrer de sua história, seis Constituições (1824, 1891, 1937, 1946, 1967 e 1969), sem que qualquer delas previsse de modo expresso e inequívoco a cláusula do devido processo legal até a atual Carta Constitucional promulgada em 1988, que se caracteriza pelo detalhamento de direitos e garantias fundamentais.

atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54

27 NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. **Coleção de Estudo de Direito Processual Enrico Tullio Liebman**, v. 21, 6 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32. Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 7 ed., 2008, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 145.

28 Idem

29 COUTURE, Eduardo. Las garantías constitucionales del proceso civil. Estudios de Derecho Procesal in honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, Ediar, 1946 *apud* José Cretella Neto, **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 40.

30 NERY JUNIOR, Nelson. Idem, p. 33.

A Constituição de 1969, que precedeu a vigente Carta Brasileira, previa no capítulo dos direitos e garantias individuais em seus artigos 153 e seguintes, algumas garantias extremamente importantes, que continham de forma implícita a do devido processo legal ao assegurar o direito a ampla defesa, ao contraditório, ao acesso ao Poder Judiciário, etc.

Num evidente reconhecimento da importância desse instituto, criou-se a partir daí, através da doutrina e jurisprudência, a idéia de que mesmo sem previsão expressa, impunha-se observar o devido processo legal, o que foi corroborado pelo conteúdo da legislação infraconstitucional, como compreende José Augusto Delgado:

Há direito de ação comparado pelo art. 153, §4º, da Constituição Federal. No conteúdo da afirmação de que nenhuma lesão de direito individual será subtraída à apreciação do Poder Judiciário está sendo também assegurado o direito de ação. Esta garantia, contudo, seria incompleta se não tivesse força de impor o sistema denominado de devido processo legal, isto é, o que é estabelecido em lei própria, dando igual oportunidade às partes, garantindo a defesa, instrução contraditória, ausência de jurisdição única, publicidade dos atos, finalidade pública e imparcialidade do juiz. Em tais traçados repousa o princípio do devido processo legal que repugna decisões proferidas extra-autos e julgamentos proferidos nos autos, porém “extra petita”.³¹

Constata-se, que apesar da ausência de referência expressa ao princípio do devido processo legal nas Cartas Magnas precedentes a de 1988, pode-se interpretar patente a necessidade de sua observância, já que, na verdade, todos os textos constitucionais anteriores à Constituição de 1988, com exceção da Carta Imperial de 1824, sagravam a possibilidade de aplicação de outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou seja, a enumeração dos direitos e garantias no texto daquelas Constituições não era taxativa, mas exemplificativa, de modo a autorizar a sua aplicação em todos os contextos jurídicos-políticos.³²

A partir da interpretação de que as garantias contidas nas Constituições

³¹ DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul-Ajuris*, Porto Alegre, V. 39, ano XIV, 1987.

³² LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 165/166.

anteriores não eram taxativas, Luiz Rodrigues Wambier³³ adota o posicionamento de que o devido processo legal foi consagrado claramente no Direito Pátrio desde a Constituição Federal de 1946 - artigo 141, § 4º, vez que ali estava o princípio da justicilidade, ou seja, de que as lesões ou ameaças a direito não podiam ser excluídas da apreciação do Poder Judiciário, no qual, implicitamente, está a garantia do controle dos atos jurisdicionais previstos no ordenamento.

Finalmente, em 1988, a nova Constituição Brasileira dispôs em seu artigo 5º, inciso LIV, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”, consagrando assim, expressamente, o princípio do devido processo legal, originado da cláusula do *due process of law* do Direito anglo-americano.

Desde então, de um reconhecimento tácito extraído das Constituições anteriores, o princípio do devido processo legal alçou o status de direito e garantia fundamental na Carta Constitucional Brasileira em vigência, cujo fim precípua é a segurança da prestação jurisdicional, de forma ágil, sem procrastinações, com as garantias de isonomia processual, do contraditório e da ampla defesa.

Confere-se ainda à história do processo brasileiro, uma forte influência das idéias do liberalismo do final do século XIX, oriundo das razões do iluminismo, época em que se criou um processo com o objetivo único de garantir a segurança e liberdade do réu, amparado na “plenitude de defesa”, tolhendo a liberdade de arbítrio do juiz ao limitar sua ação à vontade contida no texto explícito da lei.

Nesse sentido, pode-se dizer que durante muito tempo conferiu-se ao processo um caráter quase que matemático, ao se defender um único sentido da lei, transformando o Direito numa ciência formal e abstrata, toda construída por conceitos puros, que pudessem perdurar pela eternidade, sem se outorgar qualquer preocupação à duração do processo, e, conseqüentemente, em muitos casos, na não realização do resultado útil do processo.

Nessa evolução, o processo hoje é condição de garantia de liberdade, e como tal, para se concretizar, não prescinde do devido processo legal, que se desenvolve validamente quando atendidos os pressupostos constitucionais para o correto exercício da função jurisdicional do Estado.

33 WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal, *Revista de Processo* 63, ano 16, jul-set/91, p. 59.

A Convenção de São José da Costa Rica, incorporada ao nosso ordenamento pelo Decreto nº 678/92, determina as garantias mínimas a serem asseguradas no processo jurisdicional, ao dispor:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

José Cretella Neto diz consistir o devido processo legal “*na aplicação judicial da lei por intermédio do processo, único instrumento legítimo para fazê-lo*”³⁴, ponderando que:

O conceito do 'due process of law' não se restringe, portanto, à mera garantia das formas processuais preconizadas pela Constituição, mas à própria substância do processo, que permite a efetiva aplicação das leis; e, quando se diz 'processo', entenda-se que o termo é aqui empregado com a maior amplitude possível, abrangendo quaisquer procedimentos que possam violar direitos fundamentais.³⁵

Provavelmente pela complexidade do princípio em questão, não se obteve até hoje uma definição legal e objetiva acerca do conteúdo do princípio do devido processo legal. No entanto, surgem da compreensão de diferentes juristas, constitucionalistas e processualistas, interessantes considerações sobre esse preceito, especialmente quanto ao seu campo de abrangência, permitindo visualizar a amplitude do instituto, o qual não deve ficar adstrito a conceitos pré-estabelecidos, muito pelo contrário.

Observe-se, que enquanto considerado um princípio fundamental, o devido processo legal deve se adaptar às mudanças e ao avanço social, garantindo às decisões jurídicas não só a regularidade em sentido formal, mas também, em

³⁴ CRETELA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

³⁵ CRETELA NETO, Idem, p. 43.

sentido material, ou seja, de acordo com a realidade social e adequada à relação de direito material controvertido.³⁶

As garantias do devido processo legal guardam estreita relação com todos os demais princípios aplicáveis ao processo, assegurando com essa fórmula além do exercício de direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais), o próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.³⁷

Existem dois aspectos pelos quais incide o devido processo legal: o *procedural due process* e o *substantive due process*.

O devido processo legal em seu aspecto material ou substancial,³⁸ o devido processo legal alcança conteúdo mais amplo que em seu aspecto procedimental (formal ou processual), posto que se manifesta em todos os campos do Direito,³⁹ tutelando o direito material do cidadão, e obstando que lei em sentido genérico ou ato administrativo ofendam seus direitos como a vida, a liberdade e a propriedade, além de outros, destes derivados ou inseridos na Constituição.

Dessa garantia surgem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade,⁴⁰ cuja aplicação, lembra Fredie Didier Jr., deve sempre ser ponderada e razoável em face dos diferentes valores dos bens jurídicos protegidos ou tutelados.⁴¹

Em síntese, a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, nada mais é que um “*mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes*”,⁴² convindo aplicar a casos concretos o princípio da razoabilidade constitucional, como via de alcance à justiça.⁴³

36 DIDIER Jr. Fredie, **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e conhecimento, 9. ed., rev. ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm 2008, p. 33-34.

37 DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, **Teoria geral do processo**, 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p.82

38 Frise-se que o sentido substancial ou material é aquele atinente ao direito material (normas que disciplinam relações jurídicas concernentes a bens e utilidades da vida), DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, Idem, p.40.

39 NERY JR.. Nelson, **Princípios do processo civil na constituição federal**, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

40 Conforme Maria Rosynete Oliveira Lima, as noções de proporcionalidade e razoabilidade sempre caminham juntas. Para quem as diferencia, a proporcionalidade diz respeito a uma comparação entre duas variáveis: meio e fim; já a razoabilidade não tem como requisito uma relação entre dois ou mais elementos, mas representa um padrão de avaliação geral. In **Devido processo legal**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999 p. 280-287.

41 Idem,

42 CASTRO. Carlos Roberto Siqueira, **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, n. 3, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 50.

43 DIDIER Jr. Fredie, Idem, p. 36

De acordo com a doutrina o devido processo legal, no âmbito processual, "*significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes*",⁴⁴ tendo como decorrência a igualdade, contraditório, ampla defesa, dentre outras garantias e direitos processuais.

Nelson Nery Júnior adverte que a doutrina brasileira tem empregado ao longo dos anos, tão somente, a locução "devido processo legal" em seu sentido processual, conforme, diz, pode-se verificar, *v.g.*, da enumeração que se fez das garantias dela oriundas quais sejam: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.⁴⁵

Portanto, a aplicação do devido processo legal sob sua dupla característica, substantiva e processual, configura-se numa forte ferramenta para garantir direitos individuais, coletivos e difusos, além do correto exercício da função administrativa, pelo que, através desse modo formal de proceder, atrelado ao material, será oferecida maior garantia ao cidadão de justa decisão nas manifestações estatais tal como defendido na Lei Maior.

O princípio do devido processo legal é dotado de flexibilidade em razão de seu caráter instrumental, o que não lhe retira a força normativa, muito pelo contrário, acaba por reforçar seu sentido, inspirando a realização de sua finalidade máxima de promover a justiça.

De fato, essa conclusão alia-se à doutrina de Nelson Nery Junior que sustenta que no Direito Processual Brasileiro a garantia do *due process of law* é utilizada no sentido de assegurar a *igualdade das partes*, o *'jus actionis'*, o *direito de defesa* e o *direito ao contraditório* no trâmite processual, pelo que se trata de um

44 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 483.

45 *Idem*, p. 40.

"*megaprincípio*",⁴⁶ de modo que, conforme assegura, bastaria a norma constitucional haver adotado o "*due process of law*" para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.⁴⁷

Assim, a relevância do princípio do devido processo legal dentro do sistema jurídico brasileiro se constitui numa conquista do constitucionalismo, sobressaindo-se em face da existência de inúmeras outras garantias fundamentais constitucionais que derivam da tutela desse princípio, tais como os princípios do contraditório e ampla defesa e o princípio da isonomia, insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal, como se verá adiante.

1.2.3 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Para se garantir um processo adequado, nos moldes exigidos pelo princípio constitucional do devido processo legal, a Constituição Federal estabelece em seu inciso LV, artigo 5.º que "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*".

Este é um princípio que se caracteriza como colorário do devido processo legal, tratando de questão de ordem pública, traduzindo a clara manifestação do Estado Democrático de Direito que reclama um "*direito participativo, pluralista e aberto*",⁴⁸ no âmbito do processo, significando dizer que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo, cabendo ao juiz conferir-lhes esses meios como imposição do devido processo legal que é inerente a todo sistema democrático onde os direitos do homem encontram garantias eficazes e sólidas.

É importante salientar, que muito embora seja tido como o princípio norteador

46 Idem, p. 37/40.

47 Idem, p. 31

48 CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 481

do próprio conceito da função jurisdicional,⁴⁹ depreende-se claramente do texto constitucional que o princípio possui alcance além do âmbito judicial, estendendo-se também para os procedimentos administrativos.

Para Ada Pellegrini Grinover o instituto constitui, a um só tempo, garantia das partes, do processo e da jurisdição:

Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.⁵⁰

Consectário lógico e natural do Estado Democrático de Direito, enquanto garantia e direito subjetivo público de caráter constitucional e processual, o princípio do contraditório e ampla defesa não pode ser abolido pelo legislador ordinário, nem tampouco, cerceado pela autoridade condutora do processo, seja este judicial ou administrativo, sob pena de que sua inobservância acarrete a nulidade absoluta do processo.⁵¹

A *ampla defesa* exprime a liberdade inerente ao indivíduo no âmbito do Estado Democrático de Direito em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas, ou mesmo, como lembra Alexandre de Moraes, querendo, omitir-se ou calar-se, se entender necessário.⁵²

Trata-se na verdade de um interesse público, conforme ensina Rui Portanova⁵³ o qual entende que, para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se pretenda

49 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil**: Processo de Conhecimento, Volume I, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 70.

50 In **Processo constitucional em marcha**: contraditório e ampla defesa em cem julgados do tribunal de alçada criminal de São Paulo, Ed. Max Limonad, 1985, p. 7

51 MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson, **Fundamentos constitucionais do processo**: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 187.

52 MORAES, Alexandre de, **Direito constitucional**, 21. ed., atual. até EC 53/06, São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 95.

53 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 7. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 125.

minimamente democrático.

Por sua vez, continuando o raciocínio ante a doutrina de Rui Portanova, considerada a própria exteriorização da ampla defesa, a garantia do *contraditório* manifesta-se na ciência mútua das partes dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariedade,⁵⁴ bem definido através da expressão *audiatur et altera pars*, que significa “ouça-se também a outra parte”, ou seja, possibilita a atuação das partes na formação da convicção do juiz e nisto reside o fundamento lógico do contraditório.

Enfim, o *contraditório* garante a ciência bilateral das partes, igualdade e a eficácia do princípio democrático no desenvolvimento do devido processo legal, assegurando a informação, participação e direito de contrariedade das partes nos atos processuais legitimando assim as atividades estatais perante a soberania de seu povo.

A defesa e o contraditório são institutos que mantêm uma estreita relação entre si, porquanto guardam uma relação de dependência e, na verdade, são conceitos que se completam, de tal modo que, de tão interligados acabam por se exprimir na mesma norma, daí a inteligência do inciso LV, do artigo 5.º Constitucional, em agrupá-los em um único dispositivo.

Isso significa dizer numa acepção mais ampla que o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do estado de direito, mantêm íntima ligação com o direito de ação e o direito de igualdade das partes, idéia decorrente do sentido do próprio texto constitucional.⁵⁵

Observe-se, que diante da dialeticidade demandada no processo, o contraditório e a ampla defesa são garantias próprias tanto do autor quanto do réu, de forma a garantir a igualdade de armas e o equilíbrio da relação processual.

Essa afirmação faz sentido diante da atual concepção da finalidade do processo, que não se limita mais tão-somente à realização do direito material mediante o exercício jurisdicional, mas sim que a jurisdição se forme dentro de uma estrutura normativa que garanta a participação dos destinatários da sentença, em

54 Idem, p. 160-164.

55 NERY Júnior.Nelson. Idem, p. 130

contraditório, o único capaz de legitimar o provimento jurisdicional.⁵⁶

O juiz também está adstrito à garantia constitucional do *contraditório e ampla defesa*, devendo participar efetivamente do processo, através da prática de atos de direção, de prova e de diálogo, sempre observando, em relação às partes e a si próprio, em qualquer circunstância, a obediência ao princípio.⁵⁷

Considerando-se que o juiz ao conduzir o processo e julgar a causa é, naquele momento, o próprio Estado que ele consubstancia nessa atividade, impõe-se sua total imparcialidade para o fim de dar tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa.⁵⁸

Cumpra-se-lhe a regra do impulso oficial (artigo 263, parte final do Código de Processo Civil) pela qual tem o dever de determinar ou realizar os atos necessários, independentemente, de requerimento das partes. Os poderes judiciais de direção e impulso do processo devem ser exercidos em benefício da tutela jurisdicional justa, tempestiva e efetiva.

Dentro desse contexto, pode-se observar a importância do *princípio do juiz natural* como forma de se preservar o devido processo legal, contraditório e ampla defesa.⁵⁹

Esse princípio remonta à idéia de um processo e julgamento justos ante a presença de um juiz imparcial e independente, em face do qual se exige a designação do julgador anteriormente à ocorrência dos fatos levados a julgamento,⁶⁰

⁵⁶ A justiça relaciona-se intrinsecamente com a realização do direito material, que é a finalidade jurídica do processo. O processo é necessário para se concretizar o direito material, entretanto, a lei processual não pode opor normas, que por razões puramente processuais, arrisquem, ou pior, elimine a igualdade jurídica afirmada na norma material. Desta forma, o processo não pode sofrer interferências desmedidas do órgão judicial, o qual não possui liberdade irrestrita para estabelecer as regras processuais a serem aplicadas no caso concreto, sem olvidar, é claro, caso contrário, a possibilidade de arbitrariedades por parte de quem exerça o poder, posto que, isso poderia levar à desigual realização do direito material (Nesse sentido, ver DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, **Teoria geral do processo**, 17. ed., rev.e atual., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37)

⁵⁷ Nesse sentido, pode-se dizer que o juiz pode ser um expert conhecedor da Teoria do Conhecimento; pode conhecer profundamente todos os métodos de interpretação da norma; pode não ser extremamente positivista, mas deve fazer JUSTIÇA entre as medidas de "igualdad estricta" e "igualdad proporcional", não se olvidando que "La justicia impone deberes e los estes sociales y al individuo. Por eso se clasifica em: justicia relativa al bien común; y justicia individual" (cf. SICHES, Luis Recaséns. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**, México: Ed. Porrúa, 1963, t. II, p. 813).

⁵⁸ É de bom alvitre esclarecer que apesar da imparcialidade que lhe é inerente, o juiz, embora vinculado à lei tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as situações concretas posta em julgamento, segundo os valores da sociedade. A pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam como freios a possíveis excessos e prática da parcialidade a pretexto dessa liberdade interpretativa. Com a finalidade de minimizar os riscos de comportamentos parciais a Carta Magna estabelece a garantia do juiz natural, além de proibir os chamados tribunais de exceção. (Nesse sentido, ver DINAMARCO. Cândido Rangel, CINTRA; Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, *Idem*, p. 51-52)

⁵⁹ A Constituição dispõe em seu artigo 5º, XXXVII e LIII a vedação da criação de tribunais de exceção e o julgamento por autoridade competente, elegendo assim, segundo a doutrina dominante, o princípio do juiz natural enquanto direito e garantia fundamental processual.

⁶⁰ A doutrina e jurisprudência, entretanto, têm afirmado que não violam o princípio do juiz natural as modificações da competência entre diversos órgãos da justiça comum, desde que contidas em leis regularmente promulgadas, ou as alterações da competência da justiça comum para especializada previstas em normas constitucionais. Nestes casos a modificação pode ser aplicada imediatamente aos processos em curso.

e feita de forma desvinculada de qualquer acontecimento concreto ocorrido, ou que venha a ocorrer, assegurando-se um julgamento imparcial, não discriminatório, ausente de interesses políticos ou sociológicos,⁶¹ além de se garantir sua realização através de um órgão preexistente e por membros deste órgão, legitimamente investido de jurisdição.

A interpretação desse dispositivo constitucional estende-se ainda ao respeito absoluto às regras objetivas de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.⁶²

A observância do princípio da ampla defesa e contraditório não pode ser dispensada sob nenhuma circunstância sob pena de ferir o processo como um todo e o próprio interesse público.

1.2.4 O Princípio do Acesso à Justiça

Ao dispor em seu artigo 5º, XXXV que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, a Constituição da República pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas as regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

A nomenclatura dada ao instituto pela Constituição remete a dois sentidos distintos, quais sejam, a um, parece atribuir o termo “justiça” a mesma acepção e conteúdo de “Poder Judiciário”, enquanto instituição; a dois, promove uma visão mais ampla do conceito de “justiça”, identificando-o como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais da pessoa humana.⁶³

Nessa linha de raciocínio, e considerando-se o contexto axiológico da Constituição Brasileira, voltado para a promoção e proteção dos direitos e garantias fundamentais, a segunda acepção converge a um sentido que melhor se coaduna

Cfr. GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia, **Revista de Processo**, n. 29, São Paulo: RT, 1993, pp. 11-33.

61 SA, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 25

62 MORAES. Alexandre de, **Direito constitucional**, 21. ed., atual. até a EC 53/06, São Paulo: Atlas, 2007, p.77.

63 RODRIGUES, Horácio Vanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

ao movimento para efetivação dos direitos sociais, e, conseqüentemente, melhor significação oferece ao princípio.⁶⁴

Com efeito, ao instituir o princípio do “*acesso à justiça*”, o legislador constituinte intencionou dar-lhe um alcance além do mero direito de acesso aos órgãos jurisdicionais, tornando possível, na verdade, o acesso a uma ordem jurídica justa.⁶⁵

E de outra forma não poderia ser o entendimento, pois como lembra José Ignácio Botelho de Mesquita, é o processo o instrumento legítimo e obrigatório para o exercício da proteção e realização do direito violado ou ameaçado de violação conforme previsto na Constituição.⁶⁶

Assim, pode-se dizer que a expressão que nomina o instituto - “acesso à justiça” - “*serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico [...]. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos*”.⁶⁷

A doutrina de Marinoni acentua bem essa questão:

As Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, **a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como ‘direito de acesso à justiça’** [...]. O problema da ‘efetividade’ do direito de ação, ainda que já fosse percebido no início do século XX, tornou-se mais nítido quando da consagração constitucional dos chamados ‘novos direitos’, ocasião em que a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou ainda mais evidente [...] porque se tomou consciência de que os direitos voltados a garantir uma nova forma de sociedade, identificados nas Constituições modernas, **apenas poderiam ser concretizados se garantido um real - e não um ilusório - acesso à justiça.**⁶⁸

Assim, o “acesso à Justiça”, realisticamente, pressupõe a possibilidade de ingresso da ação motivada pela efetividade do processo proposto dentro do sistema

64 PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 7a. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 112.

65 WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alli. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. p.128.

66 MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu exame. In **Revista Forense**, V. 361, p. 47 e ss.

67 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 8.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil, teoria geral do processo**. V. 1, p. 184-185.

jurídico,⁶⁹ bem como leciona José Roberto dos Santos Bedaque,⁷⁰ a Constituição Federal assegura muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, vez que assegura um acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, Kazuo Watanabe leciona que não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.⁷¹

O acesso à justiça demanda a disponibilização de meios concretos e eficazes pelo Estado, já que ao mesmo incumbe a solução dos conflitos através de sua função jurisdicional.

Assim, para que o *acesso à justiça* possa produzir efeitos práticos, visível aos olhos da sociedade, há que se garantir ao jurisdicionado um processo menos oneroso, mais ágil e efetivo.⁷²

A partir daí, surgem questões também acerca da duração e efetividade do processo, já que, numa análise mais amíúde e pragmática, pode-se dizer que são problemas que afetam diretamente o princípio do acesso à justiça se partir-se da premissa de que a morosidade processual serve como fator de desestímulo ao cidadão de se socorrer ao Judiciário sabidamente detentor de um processo cujo oferecimento da tutela judicial final fatalmente não lhe será mais de nenhuma serventia.

1.2.5 O Princípio da Razoável Duração do Processo

A conhecida e odiada morosidade dos processos judiciais ensejou o legislador constituinte a dispor expressamente através da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004 o princípio da razoável duração do processo, como norteador na realização das atividades do Estado que estabeleceu no artigo 5º, XXVIII que “[...] todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e

69 DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 33.

70 In **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 61-101

71 Watanabe, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. . In: GRINOVER, Ada Pellegrini. (Org.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

72 WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 20.

os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Apesar de só recentemente haver sido erigido ao patamar dos direitos fundamentais, o princípio da razoável duração do processo, cujo fim precípua é o de resguardar a celeridades das ações judiciais, há muito já era previsto na legislação infraconstitucional⁷³ no sentido de dispor expressamente determinação aos órgãos jurisdicionados pela brevidade do processo, evitando, sobretudo, dilações indevidas no julgamento da lide.

Visando a celeridade processual, o legislador infraconstitucional preocupou-se com a criação de institutos nesse sentido, como a nova previsão do procedimento sumário, cuja característica peculiar é, exatamente, a simplificação dos atos processuais e a redução dos prazos e incidentes, a criação dos Juizados Especiais⁷⁴ tudo com vistas à obtenção de uma Justiça mais rápida.

Por outro lado, o princípio em tela também já havia sido objeto de proteção de alguns instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil e devidamente incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.⁷⁵

Muitos são os fatores que interagem entre si ocasionando o retardo na entrega da prestação jurisdicional, como por exemplo, o reduzido número de juízes ante o aumento da demanda judicial, a fiscalização apenas superficial no cumprimento do dever funcional dos magistrados, a falta de incentivos à qualificação dos operadores do direito e o uso abusivo de recursos meramente procrastinatórios.

Porém, cabe ao Poder Público, no caso, o Judiciário, a obrigação de incrementar políticas no sentido de garantir o direito à recepção de jurisdição aparelhada com as novas realidades tecnológicas, uma melhor estrutura física, ampliar e capacitar o quadro de servidores e operadores do direito, enfim, operacionalizar programas voltados para uma melhor e veloz entrega da prestação

⁷³ Na seara do Direito Processual Civil, já existia previsão no próprio Código de Processo no sentido de competir ao magistrado perseguir a "rápida solução do litígio", nas palavras do legislador (art. 125, II, CPC).

⁷⁴ Lei nº 9.099/95, art. 2º: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

⁷⁵ É o caso do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 e do Pacto de São José da Costa Rica, adotado e aberto à assinatura na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos (OEA), realizado na cidade de San Jose da Costa Rica, em 22 de novembro de 1966, foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, os quais havendo sido ratificados sob a égide do texto original da Constituição de 1988 (art. 5º, §§ 1º e 2º), estão definitivamente incluídos no rol dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, acobertados pela garantia da imodificabilidade, por constituírem cláusulas pétreas, reconhecendo-se assim que vige no Brasil, há muito o Princípio da Celeridade que se constitui verdadeiro direito fundamental.

jurisdicional.

O voto em recurso extraordinário do Min. Aliomar Baleeiro acerca da responsabilidade do Estado em face de ato de um juiz, apesar de proferido há mais de vinte anos, vem bem a calhar sobre o tema, ao afirmar “*que o Estado tem o dever de manter uma Justiça que funcione tão bem como o serviço de luz, de polícia, de limpeza ou qualquer outro. O serviço da Justiça é, para mim, um serviço público como qualquer outro*”.⁷⁶

Não se pode admitir, entretanto, que outros valores como a qualidade da própria prestação jurisdicional e a segurança jurídica, o devido processo legal, e, em especial, a ampla defesa e contraditório, sejam atropelados para se atender a celeridade exigida enquanto direito fundamental, sendo necessário se conciliar os valores da celeridade com todos os outros.

Eis o grande desafio do processo atual, pois não se pode olvidar que, a demora é, sem dúvida, a forma mais letal da efetividade do processo, já que, a entrega tardia da tutela judicial implica em conseqüente prejuízo aos demais princípios constitucionais no processo, ofendendo a principal razão de ser do Direito: a pacificação social.

1.3 Feições Preliminares dos Direitos Fundamentais

A Revolução Francesa ocorrida no século XVIII (*La Révolution Française*, 1789-1799) manifestou a contradição entre o regime da monarquia absoluta e uma nova sociedade emergente, diante da necessidade histórica que impunha o desaparecimento daquela enquanto poder absoluto, se constituindo esta num verdadeiro divisor de águas na problemática dos Direitos Fundamentais.⁷⁷

O conceito dos direitos fundamentais passou por diversas transformações desde sua concepção original.

A princípio, os direitos fundamentais eram a vida, a liberdade e a propriedade, de modo a restar delimitada um domínio de atuação pessoal livre da intromissão do

76 BALEEIRO, Aliomar. Voto em RE 70.121/MG Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalMemoriaJurisprud/anexo/AliomarBaleeiro.pdf>> Acesso em 03/06/2009.

77 BONAVIDES. Paulo. *Curso de direito constitucional*, 21 ed., atual., São Paulo: Ed. Malheiros, 2007, p.562

Estado.⁷⁸

Posteriormente, esse entendimento veio a se ampliar, alterando-se a compreensão que apoiara os ideais iluministas sobre a conceituação dos direitos fundamentais.

Por conta dessas modificações históricas acerca do conceito de direitos fundamentais verifica-se ainda hoje a dificuldade de conceituá-los de modo preciso, até porque, muitas outras expressões vêm sendo utilizadas para designá-los, apesar de se evidenciarem reconhecidamente equivocadas e insuficientes para atender o real alcance dos direitos fundamentais.

Cumpra-se aqui analisar as mais comuns, quais sejam, direitos naturais, direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais e liberdades públicas.

José Afonso da Silva,⁷⁹ acompanhando farto entendimento doutrinário, afirma que a expressão “direitos naturais” evidencia serem aqueles direitos inerentes à natureza do homem, próprios da raça humana, existentes em qualquer conjuntura, relacionados ao ser humano indistintamente, como conseqüência lógica da razão humana. No entanto, considerando a necessidade da positivação dos direitos fundamentais, não se aceita mais a idéia de que os direitos são simplesmente naturais.

Quanto à expressão “direitos humanos”, o mesmo autor diz, que embora largamente utilizada nos tratados internacionais, é repudiada em razão de que se entende não fazer sentido conceber-se direitos que não sejam humanos, já que apenas os seres humanos podem ser titulares de direitos, ressalvando ainda a tendência de se criar direitos cujos titulares sejam os animais, caso dos direitos especiais de proteção dos animais.⁸⁰

⁷⁸ Inicialmente, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado, constituindo-se essencialmente nos direitos de autonomia e defesa. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed., (4. reimpressão) Coimbra: Almedina, 2003, p. 384.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 31 ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p.176.

⁸⁰ Idem. Por sua vez, Ingo Sarlet procura esclarecer a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, mencionando que o primeiro refere-se àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de um determinado Estado, enquanto o outro diz respeito àqueles direitos previstos em documentos internacionais, que se referem a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, possuem valor universal (SARLET, Ingo Wolfgang, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 9 ed., rev. ampl. e atual., 2007, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 35.)

A maior dimensão alçada pelos direitos fundamentais que alberga hoje direitos coletivos e difusos torna também inapropriada a expressão “direitos individuais” para representá-los, sendo oportuno, entretanto, para exprimir o conjunto dos direitos fundamentais concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.⁸¹

Assim como os chamados “direitos individuais”, os “direitos públicos subjetivos” constituem um conceito técnico-jurídico nascido das concepções individualistas do iluminismo, época do Estado Liberal.⁸²

José Afonso da Silva conclui finalmente que as expressões “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” são também conceitos limitativos e insuficientes para exprimir direitos fundamentais, pobres de conteúdo e muito ligados à concepção dos “direitos públicos subjetivos” e dos “direitos individuais” na sua formulação tradicional individualista.⁸³

Ao designarem o conjunto de prerrogativas fundamentalmente imprescindíveis e iguais para todos os seres humanos, de carácter universal, informando a ideologia política de cada ordenamento jurídico, no afã de assegurar no direito positivo uma convivência social, digna, baseada nos ideais de igualdade, liberdade e justiça, a expressão “direitos fundamentais” é a que se constitui na mais adequada para identificá-los.⁸⁴

Nesse sentido, “direitos fundamentais”, reverbera José Afonso da Silva, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, mas sim “*limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem*”⁸⁵, assinalando que os direitos fundamentais possuem caracteres *históricos*,

81 Idem

82 Idem. Ressalte-se que Jorge Miranda, ao conceituar os direitos públicos subjetivos, diferenciando-lhes claramente a abrangência da dos direitos fundamentais, afirma que Direitos subjectivos públicos significam direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito privado. Ora, esta simetria poderia inculcar identidade de natureza – quando a priori nada a justifica, quando se apresenta extremamente heterogênea a estrutura dos direitos das pessoas garantidos pela Constituição e quando, no mínimo, se afigura duvidosa a qualificação de alguns como direitos subjectivos. Por outro lado, seu âmbito abrange muito mais do que só aquele que nos propomos no presente volume. Abrange não só situações jurídicas activas das pessoas frente ao Estado, como situações funcionais inerentes à titularidade de cargos públicos (...); abrangem situações que cabem no Direito administrativo, no tributário ou no processual (...); e inclui ainda direitos de entidades públicas, enquanto sujeitos de relações jurídico-administrativas, de relações jurídico-financeiras ou de outras relações de Direito público interno. Todas estas razões desaconselham, evidentemente, o emprego do termo direitos subjectivos públicos como sinónimo ou em paralelo a direitos fundamentais. (In **Manual de direito constitucional**, 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v.4. p.54).

83 In *Curso de direito constitucional positivo*, 31 ed., rev. e atual. até a EC 56, de 20.12.2007, São Paulo: Malheiros, 2008, p.177

84 Jorge Miranda, ressalta a importância de se distinguir os direitos fundamentais das outras figuras afins: “O cotejo com outras designações, algumas das quais ainda freqüentes, mostra as vantagens do termo direitos fundamentais e aponta, ao mesmo tempo para certas distinções que importa salientar para banir quaisquer equívocos.” (MIRANDA, Jorge. Idem, p.55).

85 Idem, 178.

*inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.*⁸⁶

A evolução dos direitos fundamentais evidenciados na história ensejou a construção doutrinária para fins de identificação do seu conteúdo, cujo sentido pode ser observado em face do arquétipo que se denominou de “gerações de direitos fundamentais”, distinguindo-se a formação sucessiva de uma primeira, segunda, terceira e quarta geração, além de uma nova quinta geração do “direito à paz” defendida por Paulo Bonavides em várias oportunidades públicas.⁸⁷

Os direitos fundamentais de primeira geração materializam os direitos da liberdade em face dos direitos políticos e civis, amparando os direitos e garantias individuais do cidadão contra o abuso, inerente do poder estatal ou de outros particulares. Por esse motivo, entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek⁸⁸ onde o Estado e os particulares devem respeitar e tutelar as liberdades públicas do cidadão.⁸⁹

Os direitos fundamentais de segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos surgidos no início do Século XX, e vinculados ao princípio da igualdade. Trata-se das liberdades sociais e do direito do cidadão de participar do bem-estar social, que lhe outorgam direitos a prestações sociais estatais como assistência social, saúde, educação, trabalho, previdência social, entre outros.⁹⁰

Assentada em face da solidariedade e fraternidade entre os cidadãos, os direitos fundamentais de terceira geração reconhecem a existência dos direitos que vão além do indivíduo ou da coletividade, abarcando o gênero humano, tratando de direitos como à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à conservação do patrimônio histórico, cultural e paisagístico, o direito à comunicação e a uma boa qualidade de vida, dentre outros.⁹¹

⁸⁶ Idem, p. 181

⁸⁷ CONGRESSO JURÍDICO BRASIL 2008 - 20 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 2008, e CONGRESSO FRANCO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL: JUSTIÇA SOCIAL NO SÉCULO XXI. 2008.

⁸⁸ F. Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Ed. Tübingen: Mohr, 1905, p. 86-87, cf. também, do mesmo autor, *Allgemeine Staatslehre*, 2a. Ed., 7ª. tir., Bad Homburg: Gentner, 1960, PP.418 e SS, apud ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 255. Nesse sentido cf. também, SARLET, Ingo, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 9. ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 172-179.

⁸⁹ BONAVIDES. Paulo. Idem, p. 563-564

⁹⁰ Idem, p. 564

⁹¹ Idem, p. 569

A globalização política e econômica que tomou conta de todas as nações no final do século XX fez surgir a necessidade de uma nova geração de direitos fundamentais. Os direitos de quarta geração correspondem assim ao direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, em face dos quais sujeitam-se a realização da nova sociedade globalizada no contexto da política neoliberal.

Paulo Bonavides conclui que:

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem-na, sem, todavia, removê-la – a subjetividade – dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.⁹²

Numa perspectiva atual reconhece-se que as normas consagradoras de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva.⁹³

Por dimensão objetiva dos direitos fundamentais entende-se que eles não são meramente direitos subjetivos públicos do cidadão, e expressam uma ordem axiológica integrada na ordem objetiva do texto constitucional, representando as bases harmônicas dos valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos.⁹⁴

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais traduz serem aqueles direitos subjetivos públicos do indivíduo, tutelando a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade, ou seja, podendo ser exigidos pelo próprio indivíduo contra o particular ou o próprio Estado.⁹⁵

92 Idem, p. 572

93 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 9. ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 157

94 Idem, p. 158-167

95 Idem, p. 169 -170

Para Pérez Luño,⁹⁶ os Direitos Fundamentais devem ser vistos como um conjunto de poderes e instituições que em cada momento histórico materializam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, e devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.

1.4 A Necessária Simbiose entre o Processo e os Direitos Fundamentais

Fredie Didier Jr.⁹⁷ leciona que o processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais em face de sua dimensão subjetiva, devendo ser criadas as regras processuais de maneira adequada a tutelar os direitos fundamentais.

Além disso, ensina, o processo deve também, em face de sua dimensão objetiva, ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais, ou seja, devem ser criadas regras processuais adequadas aos direitos fundamentais enquanto normas que são, como por exemplo, a igualdade das partes e o contraditório.⁹⁸

A Constituição Brasileira reconhece e assegura explicitamente os direitos fundamentais, concedendo-lhe um Título próprio, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e destacando o objeto de cada capítulo, quais sejam: Direitos individuais: (art. 5º); Direitos coletivos: representam os direitos do homem integrante de uma coletividade (art. 5º); Direitos sociais: subdivididos em direitos sociais propriamente ditos (art. 6º) e direitos trabalhistas (art. 7º ao 11); Direitos à nacionalidade: vínculo jurídico-político entre a pessoa e o Estado (art. 12 e 13); Direitos políticos; direito de participação na vida política do Estado; direito de votar e de ser votado, ao cargo eletivo e suas condições (art. 14 ao 17).

A magnitude dos direitos fundamentais no âmbito do Estado Democrático Brasileiro pode ser evidenciada ainda em face de que a enumeração constante no artigo 5º da Constituição não é exaustiva, posto que o parágrafo segundo do dispositivo ora mencionado dispõe acerca da não exclusão de outros direitos

⁹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. 5. ed. Madri: Tecnos, 1995, p. 48.

⁹⁷ DIDIER Jr. Fredie, *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, V. 1, 9. ed., atual. até a EC 53/06, Salvador: JusPodivm, 2008, p. 29.

⁹⁸ Idem.

fundamentais implícitos, ou que decorram dos princípios do sistema de Direito Positivo.

Tal dispositivo constitui pedra angular da democracia brasileira, pois almeja resguardar todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, a fim de retratar o ideal de liberdade, igualdade e fraternidade abraçado pela sociedade brasileira.

Essa questão tem sua razão de ser em face dos direitos fundamentais se configurarem como um elemento básico para a realização do princípio democrático, que de acordo com Canotilho:

Os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos.⁹⁹

A breve análise sobre os princípios pertinentes ao processo e garantidos constitucionalmente ao nível de direitos fundamentais, auferida nos itens anteriores, leva à fácil conclusão de que o processo deve promover a efetividade da tutela judicial dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva), ou seja, as normas processuais devem ser criadas com o escopo de tutelar os direitos fundamentais, ao tempo que, ele próprio, deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva), cujas regras devem ser adequadas aos direitos fundamentais aqui encarados como normas.¹⁰⁰

Assim, reside no processo a esperança de realização material dos direitos fundamentais, cujos princípios restaram elevados ao status de direitos fundamentais com conteúdo garantístico.

Nessa oportunidade cumpre-se abrir um espaço para fins de se fazer uma breve diferenciação entre *direitos* e *garantias*, já que a Constituição Brasileira tratou-os indistintamente na mesma rubrica (vide Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”).

99 CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., (4ª reimpressão) Coimbra: Almedina, 2003, p. 291.

100 DIDIER JR., Fredie, *Idem*, p. 29.

Assim, conforme ensina Jorge Miranda:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos; na acepção jus-racionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.¹⁰¹

Verificam-se nas garantias um papel instrumental de legitimação de ações estatais para a defesa dos direitos fundamentais, revelando por outro lado, além do reconhecimento da distinção dos direitos fundamentais e das garantias fundamentais, que ambas as categorias possuem, em princípio, a mesma dignidade jurídico-constitucional.¹⁰²

Considerando-se os princípios processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, não seria razoável que um princípio processual constitucional, sob a fundamental importância de que se reveste, não tivesse o mesmo patamar dos direitos por ele garantidos.¹⁰³

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

A bem da verdade, a Administração Pública em juízo envolve questões além de suas conhecidas e discutidas prerrogativas processuais concedidas em prol do interesse público.

O tema remonta desde sua atuação pautada de acordo com os ditames exigidos no Estado Democrático de Direito até o agir de forma ética e eficaz a fim de melhor atender os reclamos da cidadania.

¹⁰¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional, Direitos fundamentais*, t. IV., 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 88-89.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9. ed., rev., atual. e ampl., 2007, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.198.

¹⁰³ MARQUES DE LIMA, Francisco Gerson, *Idem*, p.36

2.1 A Administração Pública no Estado de Direito

O Estado pode ser definido como um ser personalizado capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica,¹⁰⁴ de modo que a administração de suas atividades pode ser conceituada sob dois aspectos:

Em sentido formal, a Administração Pública, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas¹⁰⁵.

Para bem contextualizar a Administração Pública no Estado de Direito é importante tecer uma breve consideração acerca do Estado de Direito na concepção do ordenamento brasileiro.

O Estado de Direito no contexto nacional garante constitucionalmente valores fundamentais aptos a resguardar todos os seres humanos, sem nenhuma distinção, a fim de retratar o ideal de liberdade, igualdade e fraternidade abraçado pela sociedade brasileira.

Entende-se que essa forma jurídica caracteriza-se pelo princípio da legitimidade de modo que o Estado deve ter sua atuação pautada no Direito, onde existe subordinação do poder às leis gerais, ou seja, pela Constituição, pelos princípios gerais do Direito, pelas leis e regulamentos.

Conforme Paulo Bonavides,¹⁰⁶ o Estado de Direito, possuidor de um *status quo* institucional, reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aproximando a sociedade e o Estado, incumbindo este de proteger e promover a satisfação de seus direitos e

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007. p. 1

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, p. 63.

¹⁰⁶ BONAVIDES. Paulo, **Teoria do estado**, 6. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 302.

ideais de liberdades fundamentais na realização dos direitos humanos.

As funções do Estado devem ser exercidas harmônica e equilibradamente, através da clássica tripartição de Poderes na forma concebida por Montesquieu, qual seja, “Executivo”, “Legislativo” e “Judiciário”, independentes entre si, cujo axioma repousa na limitação do poder do governante, visando prevenir a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública.¹⁰⁷

O exercício das funções pelos Poderes do Estado é atribuído aos seus diferentes órgãos, cujas funções não são restritas, mas, preponderantes, tanto assim que os Poderes Judiciário e Legislativo podem exercer a função executiva e, como tal, investirem-se no papel de Administração Pública. Nesse sentido, quando se fala em Administração Pública não se está referindo apenas e, tão-somente, ao Poder Executivo, mas a todos os órgãos que exercem a função administrativa.

Esta ausência de rigor no desempenho de cada órgão da função que lhe confere o nome aponta o real entendimento da independência e harmonia entre os Poderes, posto que, se de um lado, possuem sua própria estrutura, independente de qualquer outro, devem visar, os fins pretendidos pela Constituição.¹⁰⁸

De acordo com esse raciocínio, Celso Antônio Bandeira de Mello evidencia que essa solução normativa vem em auxílio da composição dos chamados “freios e contrapesos”, como forma de promover um maior equilíbrio entre os órgãos dos Poderes, já que, de fato, o Poder é um só.¹⁰⁹

Por outro lado, impõe-se perceber a **necessidade de** fundamentação ética na origem das leis para sua aceitação e a adaptação de seu conteúdo às evoluções da consciência moral da sociedade.

Nesse sentido, a Administração Pública no âmbito do Estado de Direito deve respeitar os ditames postos pelas leis, enquanto expressão da democracia baseada em um ordenamento jurídico.

Os princípios representam cânones pré-normativos, norteados a conduta do Estado, vinculando o modo de agir da Administração Pública através da aplicação

¹⁰⁷ Idem, p. 41-42

¹⁰⁸ Idem, p. 2. Cf. SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, 31. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.

¹⁰⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 30

das normas a respeito dos mesmos.¹¹⁰

O sistema constitucional da Administração Pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos os atos administrativos a respeito desses princípios.

Daí a importância do papel que os princípios exercem no âmbito do Direito Administrativo, cuja finalidade axiológico-jurídica impõe o equilíbrio da conduta de todos os órgãos e pessoas que integram a estrutura básica da Administração Pública no Estado brasileiro.

A maior parte dos princípios da Administração Pública encontra-se positivada, de forma implícita ou explícita, na Constituição, sendo possuidores de eficácia jurídica direta e imediata.¹¹¹

Destarte, o *caput* do art. 37 da Constituição arrola explicitamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência enquanto regras gerais do Direito Administrativo.

Outros cânones se extraem dos incisos e parágrafos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade das pessoas jurídicas (inc. XXI e §§ 1.º a 6.º). Contudo, há ainda outros princípios que estão no mesmo artigo só que de maneira implícita, como é o caso do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o da finalidade, o da razoabilidade e proporcionalidade.

Desta maneira, conclui-se que o sistema constitucional da Administração Pública impõe sua sujeição às finalidades constitucionais, devendo se pautar não apenas em face da legalidade estrita mas vinculando seus atos à interpretação desses princípios, vez que esses não se configuram como enunciados meramente retóricos e distantes da realidade, mas são possuidores de plena juridicidade.

110 *Idem*.

111 CARVALHO FILHO. José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 16.

2.1.1 O Conceito de Fazenda Pública e suas Implicações Processo-Judiciais

Ante as considerações acima aduzidas evidencia-se relevante conceituar de forma precisa e certa a expressão do termo “Fazenda Pública”.

Leonardo José Carneiro da Cunha esclarece, *in verbis*:

A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da administração pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, Fazenda Pública é expressão que se relaciona com finanças estatais, estando imbricada com o termo erário, representando o aspecto financeiro do ente público. (...) em direito processual, a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em juízo. Daí, por que, quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo de Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou, ainda, pessoa jurídica de direito público em juízo.¹¹²

Pacificado esse entendimento no âmbito doutrinário do Direito Brasileiro,¹¹³ tem-se que a expressão *Fazenda Pública* é normalmente usada para representar a feição patrimonial das pessoas jurídicas de direito público interno, tanto mais quando observadas sob sua atuação judicial que, pela força da tradição, essa designação se solidificou para definir o poder público em juízo.

A União, Estados-membros e os Municípios estão dispostos em face da organização política-administrativa nacional de forma autônoma, não hierárquica e com competências distintas (eventualmente concorrente), os quais se manifestam através de seus órgãos, sem personificação, mas vinculados ao mesmo núcleo, cujo objetivo é o de representar a vontade do Estado.¹¹⁴

Os princípios da supremacia do interesse público e da igualdade material conduzem à concessão de prerrogativas processuais aos entes de direito público com vistas à salvaguarda do interesse coletivo, conferindo às pessoas jurídicas congregadas no conceito de Fazenda Pública, esses benefícios característicos do direito público.

112 CUNHA, José Leonardo Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Dialética, 2009, p. 15

113 Segundo DINAMARCO a Fazenda Pública é 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. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**, vol. I, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p.179-180). Cf. NERY JR. Nelson, **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, São Paulo: RT, 1992, p. 49)

114 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, **Direito administrativo**, 17 ed., atual., São Paulo: Atlas, 2004, p. 426

Assim, para efeito do gozo das prerrogativas processuais outorgadas pela lei, verificado a personalidade pública, o que implica a persecução direta de fins eminentemente públicos, caracterizada estará o critério diferenciador elegido pela ordem jurídica como idôneo à diferenciação de tratamento na seara processual.

Deste modo, tem-se a União, os Estados federais, os Municípios, bem como as respectivas autarquias, nestas compreendidas as agências executivas e reguladoras, e as fundações públicas, taxativamente elencadas para o fim de fazer jus às prerrogativas correspondentes.¹¹⁵

Excluem-se do citado conceito as empresas estatais, compreendido neste termo as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que por apresentarem personalidade jurídica de direito privado, apesar da derrogação parcial do direito comum por disposições publicísticas, gerando um regime jurídico híbrido, não podem gozar de tratamento processual favorecido em relação às demais empresas privadas atuantes na ordem econômica.¹¹⁶

Pode-se então concluir que a submissão do Poder do Estado ao Direito, nos limites impostos em face do ordenamento jurídico, regulando o comportamento da Administração no Estado de Direito, através do Direito Administrativo, vem no sentido de resguardar os interesses ou os direitos dos cidadãos frente ao Estado,¹¹⁷ defendendo-lhes um interesse maior, o interesse que atinge a sociedade indistintamente – o interesse público.

2.1.2 O Interesse Público

Residindo no interesse público o alicerce de toda a atividade da Administração Pública, remetendo-o à justificação das prerrogativas processuais em face da Fazenda Pública, a noção de interesse público apresenta uma importância central no desenvolvimento do presente trabalho.

É, pois, no *interesse público* que se ampara todo o sistema do Direito Administrativo, em face do qual se elegeu dois princípios que vinculam qualquer ato

¹¹⁵ PEREIRA, Hélio do Valle, *Manual da fazenda pública em juízo*, 3. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Renovar, 2008, p. 12.

¹¹⁶ Idem, p. 17-18.

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores. 2004, p. 40

da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, do interesse público.

Para muitos doutrinadores, o interesse público é dotado do status de um princípio constitucional, muito embora não tenha sido assim, expressamente relacionado por parte do nosso legislador constituinte que, ao estabelecer a redação do artigo 37 da Constituição Federal, explicitou tão-somente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como sendo as premissas constitucionais regentes da Administração Pública.

Entretanto, isso não implica necessariamente que ele não tenha sido contemplado.

Apesar de não haver menção específica, resta implícito sua recepção em nosso ordenamento, assumindo, de igual parte, *status* constitucional, na medida em que, como vimos anteriormente, todas as ações adotadas pela Administração Pública devem ter como motivação de fundo a obediência ao interesse da coletividade.

Cumprе reconhecer que o *interesse público* guarda estreita afinidade com os princípios que informam a atuação da Administração Pública em geral. Seja porque seja inerente ao próprio princípio da legalidade,¹¹⁸ seja porque, indissociável para a compreensão e dimensionamento da impessoalidade, da moralidade e da publicidade, preceitos que originariamente foram impostos ao administrador público pela Carta Federal.

O sentido e o alcance da expressão *interesse público* conduz a uma interpretação das mais variadas, acabando por evocar conceitos complexos e, por isso mesmo, sempre careceu de uma definição que pudesse restringir seu uso por parte da Administração Pública. Afinal, o interesse público não pode ser tratado como um desses conceitos despidos de conteúdo, ou passíveis de serem manipulados para legitimar qualquer atuação do Estado.

A princípio imagina-se que tudo que interesse ao Estado se reveste de

118 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello defende que “uma vez absorvida a noção de interesse público nos termos propostos, percebe-se que é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa que deve ser reconhecido a cada particular contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que esta, por violar substancialmente a legalidade, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público”. (Idem, p. 55)

interesse público. Porém, essa visão simplista pode atribuir um poder imensurável à Administração Pública, tornando impossível de utilizá-lo como instrumento de controle da atuação administrativa.

Não se pode, entretanto, opor completamente a idéia do bem individual à do bem comum sob pena de se comprometer a finalidade deste.¹¹⁹

Por outro lado, o interesse público não se confunde com interesses meramente privados. Mas, há que se ponderar, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, que a prevalência do interesse público em aparente detrimento dos interesses pessoais peculiares de cada um, não é senão uma dimensão dos interesses individuais, a existência de uma relação indissolúvel entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais.¹²⁰

Nesse contexto, o autor demonstra que o interesse público não é, simplesmente, o somatório dos interesses individuais, pois não se resume ao interesse da maioria, não sendo necessariamente contraposto ao interesse privado. Entender desse modo poderia criar uma errada idéia de que o interesse público seria um interesse sem qualquer vínculo com os interesses de cada uma das partes que compõem o conjunto social.¹²¹

Assim, não há dúvida de que, o interesse público, na verdade, coexiste com o direito individual propriamente considerado, não estando divorciado dos seus fins.

Quanto à existência do interesse público na defesa do interesse imediato da Administração, é oportuno trazer à baila as palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State* (Estado/ bem estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em

¹¹⁹ A propósito, “Se, como diz Scheler, o bem consiste em servir a um valor positivo sem prejuízo de um valor mais alto, o bem social ideal consistirá em servir ao todo coletivo respeitando-se a personalidade de cada um, visto como evidentemente ao todo não se serviria com perfeição se qualquer de seus componentes não fosse servido” (REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, 20. Ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 271)

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Idem, p. 51-52.

¹²¹ Idem, p. 50-53.

determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.¹²²

Na verdade, o conceito de interesse público encontra guarida nos valores máximos da Constituição. Por tal motivo, não se opõe ao Estado. Porém com ele não se confunde. O fato é que o Estado se constitui num vetor do interesse público, cujo compromisso maior é voltado à sua realização, enquanto mecanismo necessário para tal.¹²³

A simples participação no processo de entidade de direito público interno, por si só, não conduz à obrigatória suposição de existência de interesse público, impondo-se a análise acerca da matéria envolvida no litígio, ou seja, se há interesse essencial ou de relevância pública a zelar, ou apenas interesse meramente patrimonial que não se configura como um verdadeiro interesse público, o qual exige a presença de algum bem social indisponível transcendental, isto é, acima dos interesses individualizados das partes,¹²⁴ sob pena de se confundir Fazenda Pública com interesse público.

Depreende-se assim que a idéia de interesse público não se constrói a partir dos entes que a exercem, mas dos beneficiários da atividade administrativa,¹²⁵ afastando-se, por definitivo, o conceito de que interesse público seria singelamente “interesse do Estado”.¹²⁶

Em que pese a noção de interesse público no sentido de se identificar com a idéia de *bem comum* e revestir-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano,¹²⁷ não se pode olvidar que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma íntima relação entre os interesses difusos coletivos e interesses individuais, impossibilitando a preponderância teórica e antecipada de uns sobre outros.

Importa dizer que a lei só poderá restringir os direitos no estrito limite

¹²² In **Manual de direito administrativo**, 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 26.

¹²³ PEREIRA. Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 3. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Renovar. 2008, p. 43

¹²⁴ VIANA, Juvêncio Vasconcelos, **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003. p. 45-46

¹²⁵ CUNHA, Jose Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Dialética. 2009. p. 33.

¹²⁶ PEREIRA. Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 3. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Renovar. 2008, p. 40.

¹²⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo: Atlas, 1991, p. 157.

necessário para o fim de salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, no caso, o interesse público.

Impõe-se, entretanto, lembrar que a questão deve ser analisada em face da ponderação desse interesse público pela proporcionalidade e razoabilidade em face dos direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.

Certamente, a avaliação do interesse público que predomina face ao embate de interesses acaba obrigando o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, forçando-o a promover seu próprio juízo de ponderação com base na proporcionalidade como forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente.

Assim, cumpre à Administração o uso da ponderação de todos os interesses e pessoas envolvidas na questão, visando alcançar sua maior efetivação possível,¹²⁸ de acordo com as particularidades de cada caso, promovendo a legitimidade dos atos da Administração Pública, através do comprometimento com a realização dos princípios, valores e anseios sociais patentes na Constituição.

É importante reconhecer, no dizer de Marçal Justen Filho,¹²⁹ que o interesse público alcança dimensão essencialmente “ética”, adequada ao pluralismo da sociedade contemporânea e simultânea subordinação das ações administrativas à satisfação da dignidade da pessoa humana, sobressaindo-se dessa análise, a “personalização” do fenômeno jurídico em detrimento da sua “patrimonialização”, no sentido de impor o fiel respeito aos direitos fundamentais.

A obrigatória vinculação dos atos da Administração à existência do interesse público, enquanto compromisso indisponível, os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração, regem com maestria a orquestra da atividade administrativa.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,¹³⁰ através do princípio da

128 MEDAUAR. Odete, **O direito administrativo em evolução**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 183.

129 Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, 1999, p. 136.

130 In **Curso de direito administrativo**, 17. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros, 2004, p.61

supremacia do interesse público sobre o privado, a Administração detém prerrogativas que exorbitam o direito comum, concedendo-lhe prerrogativas e, especialmente em face do atributo da imperatividade, justifica-se-lhe a possibilidade de constituir obrigações para os administrados por meio de ato unilateral, ou modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Indo mais além, o autor discorre que o instituto vincula ainda a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois as prerrogativas atribuídas pelo sistema jurídico para a Administração Pública condicionam-se à realização do interesse público.¹³¹

Em síntese, o entendimento geral é no sentido de que o interesse individual cede ao interesse público, mesmo que igualmente legítimos.

Este princípio acabou por desenvolver as atividades assumidas pela Administração Pública, que para atender o interesse da coletividade, utilizou-se do mesmo como instrumento para o bem estar social, tratando de direitos e interesses fundamentais/coletivos/difusos dos cidadãos, atrelados diretamente com a dignidade da pessoa humana.

Diante da relevância dos valores que revestem os interesses defendidos em prol da coletividade, eles devem ser observados em supremacia ao interesse privado, só que com o fim de se trazer um equilíbrio entre os mesmos e a Administração Pública, e não em um contexto de repressão ao primeiro.

Por sua vez, o princípio da indisponibilidade do interesse restringe a liberdade de atuação do administrador, que não pode dispor livremente do interesse público, devendo assim agir segundo os estritos limites impostos pela lei.

Assim, como consequência dessa limitação o administrador se vê obrigado a fazer aquilo que constitui a razão e finalidade dos atos administrativos.

Sobressai-se do princípio da indisponibilidade do interesse público a regulação do princípio da supremacia do interesse público que fundamenta essencialmente os atos de império.

131 Idem, p. 62

Enfim, conforme diz José dos Santos Carvalho Filho:

Deste modo, as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes.¹³²

2.1.3 O Regime Jurídico-Administrativo

De um modo geral, regime jurídico corresponde ao conjunto de normas e princípios jurídicos aplicáveis em determinada situação, de tal modo que o complexo de normas e princípios jurídicos que disciplina certa relação jurídica, *in casu*, peculiares ao Direito Administrativo, e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade, compõe o “regime jurídico-administrativo”.¹³³

Tal definição, entretanto, ainda é incompleta, pois a Administração, na verdade, não está sujeita a um, mas a dois regimes jurídicos diferentes, conforme a situação em concreto da qual ela esteja participando.

A expressão regime jurídico da Administração Pública, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é utilizada no sentido amplo de abranger tanto o regime de direito privado quanto o regime de direito público,¹³⁴ sendo que, no primeiro caso, a relação jurídica que se forma entre a Administração e o administrado é caracterizada pela *horizontalidade*, enquanto que, no último caso, a relação jurídica é tipificada pela *verticalidade*, atuando a Administração em posição de privilégio em relação ao administrado, sob o argumento dos princípios consagrados no Direito Administrativo: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Tem-se, então, a expressão regimes jurídicos da Administração Pública, genérica, para designar os dois regimes distintos a que pode estar submetida a Administração Pública, quais sejam, o regime jurídico de direito público e o regime jurídico de direito privado, sendo que somente os que adotam o *regime de direito*

¹³² In **Manual de direito administrativo**, 17.ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2007, p.38.

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores. 2004. p.45.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed, rev., ampl. e atual., São Paulo:Atlas, 2004. p. 64

público é que gozam, em tese, das prerrogativas inerentes ao então intitulado *regime jurídico-administrativo*.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que a Administração é dotada de inúmeras prerrogativas decorrentes do princípio da supremacia do interesse público, estando ela sujeita, por outro lado, ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o qual, justamente procurando demarcar a posição privilegiada do Poder Público na relação jurídica, estabelece que este somente possa fazer aquilo que estiver prescrito em lei (*lato sensu*).

Dentro desse contexto, a expressão “regime jurídico-administrativo” se refere ao conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, e regulam a atuação da Administração quando ela atua voltada ao interesse público, e que contempla, essencialmente, as prerrogativas de que goza a Administração e as sujeições que lhe são impostas quando atua direcionada aos interesses públicos, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.¹³⁵

As expressões-chaves caracterizadoras do regime jurídico-administrativo são, pois, prerrogativas e sujeições administrativas.

Assim, identificam-se no regime administrativo duas situações opostas que caracterizam sua relação para com o particular. De um lado, as restrições que são impostas à Administração em face da liberdade dos indivíduos. De outro, as prerrogativas que lhe são conferidas com a finalidade de garantir a supremacia do interesse público sobre o particular.¹³⁶

A existência dessas prerrogativas e sujeições (ou restrições), apesar de contraditórias, configura-se, no âmbito do Direito Administrativo, inerentes uma a outra, colocando de um lado, a Administração em posição de supremacia perante o administrado, visando o fim maior da coletividade, e, de outro, limitando sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, acarreta nulidade de seus atos.

No Estado Democrático de Direito, somente a vinculação à busca do interesse

¹³⁵ Idem, p. 64

¹³⁶ Idem, p.65.

público enquanto compromisso indisponível da Administração pode justificar a existência de prerrogativas em seu favor.

É, pois, como já delineado nesse trabalho, o interesse público que legitima a existência do direito administrativo, ora com prerrogativas em favor da Administração Pública, ora protegendo o administrado através de restrições à sua atuação (da Administração).

Em síntese, compreende-se que para a concessão de prerrogativas impõe-se entre outros, a presunção de legitimidade e auto-executoriedade dos atos administrativos. Por outro lado, os princípios constitucionais, como os da legalidade, do contraditório e da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, resguardam o particular.

2.2 A Administração Pública e o Princípio Constitucional da Eficiência

O dever de eficiência na Administração Pública brasileira é hoje um imperativo constitucional.¹³⁷

Para tanto, o inciso LXXVIII acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 (relativa à reforma do Judiciário) estabeleceu que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

A referida norma constitucional tem por conteúdo o *princípio da eficiência* (então incluído no *caput* do art. 37, no texto constitucional pela Emenda nº 19/98) cuja premissa maior é a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.¹³⁸

Desde então, o princípio da eficiência juntamente com os princípios da legalidade,¹³⁹ da moralidade, impessoalidade e publicidade, passou a reger expressamente a atividade administrativa, vinculando-a com o desempenho de suas funções.

¹³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 17. ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 19

¹³⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Idem*, p. 23-25.

¹³⁹ *Idem*, p. 290-293.

Na verdade, essa idéia não é totalmente inédita no campo do Direito Administrativo já que não se poderia conceber jamais que a estrutura administrativa do Estado não se voltasse sempre a atuar visando, pelo menos a contento, a satisfação da sociedade.¹⁴⁰

Alexandre de Moraes define o princípio da eficiência de forma objetiva:

(...) é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.¹⁴¹

Germana de Oliveira Moraes, consciente da necessidade de uma nova perspectiva da atuação da Administração, evidencia uma opinião bem ponderada da *eficiência* como princípio constitucional:

A constitucionalização do princípio da eficiência surgiu em reação contra os desmandos e inseqüências do modelo burocrático e tecnocrático do Estado, cujos desacerdos restavam encobertos pelo manto da irresponsabilidade. Somou-se aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da publicidade, na contramão da evolução histórica daqueles que surgiram em defesa dos direitos dos cidadãos contra o arbítrio da Administração Pública, enquanto a eficiência poderá vir a representar facilmente um fortalecimento do estado administração e reforço às imunidades públicas, se, de logo, não se precisar doutrinaria e jurisprudencialmente, seu conteúdo, fundamentando-o, de modo inexorável, nas exigências da cidadania.¹⁴²

De acordo com a doutrina de Hely Lopes Meirelles,¹⁴³ o princípio da eficiência acresce ainda à função administrativa, além da legalidade que lhe é exigida,

¹⁴⁰ Ex vi do Decreto-Lei 200/67, que reestruturou a Administração Pública Federal, submetendo toda atividade do Poder Executivo ao controle de resultados, fortalecendo o sistema de mérito, sujeitando a Administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa e recomendando ao final, em seu artigo 100, a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso.

¹⁴¹ In *Direito constitucional*, 21ª. ed., São Paulo: Atlas, p. 310.

¹⁴² MORAES. Germana de Oliveira, *Controle jurisdicional da administração pública*, 2 ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 134.

¹⁴³ In *Direito administrativo brasileiro*, 27. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 94.

resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁴ assinala que o princípio da eficiência deve ser considerado tanto em relação ao modo de atuação do agente público, de quem se espera a melhor execução de suas atribuições para o fim obter os melhores resultados, como em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, como o objetivo, também, de obter os melhores resultados possíveis na prestação do serviço público.

Para Fernanda Marinela,¹⁴⁵ o ponto central deste princípio reside no fato de que a prestação de um serviço de excelência resulta na redução dos desperdícios do dinheiro público, gerando maior economia e produtividade.

No entanto, não se pode esquecer que a despeito da salutar busca de produtividade e economicidade, o princípio não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos que, conforme Giacomoni, do ponto de vista meramente da equação econômica, a análise de eficiência da ação governamental restringe-se à relação entre resultados e recursos empregados, objetivando *“representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente”*.¹⁴⁶

Nesse contexto, é inaceitável que ao ser incluído no rol constitucional dos princípios administrativos, a eficiência seja vista tão-somente para o fim de economia, devendo seu alcance atingir o patamar axiológico contido no atual sistema jurídico e constitucional brasileiro, ou seja, a busca eficaz, através de meios e instrumentos hábeis para a efetividade dos resultados pretendidos.

É o que defende Marianne Nassuno¹⁴⁷ ao alertar que o significado de eficiência dado num contexto democrático não deve ser entendido apenas como o conceito tradicional de eficiência, em que o melhor uso dos recursos deve visar ao lucro. No caso dos serviços públicos sociais, como não há objetivo de lucro, o conceito de

144 In **Direito administrativo**. 17. Ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 83.

145 In **Direito administrativo**, Salvador: Ed. Podivm, 2005, p. 41

146 GIACOMONI, James. **Orçamento público**. São Paulo: Atlas, 1984. p.208.

147 O controle social nas organizações sociais no Brasil, In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. CUNILL GRAU; Nuria (Org.), **O público não-estatal na reforma do estado**: coletânea, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 339.

eficiência deve ser entendido no sentido de que os recursos devem ser utilizados da melhor forma para atender ao interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra-se pessimista em face da eficiência enquanto princípio constitucional, *in verbis*:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto.¹⁴⁸

Entretanto, como bem lembra José dos Santos Carvalho Filho, *o princípio prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania, contra tantas falhas e omissões do Estado*,¹⁴⁹ os quais passam a ter o direito de exigir a eficiência da prestação de serviços oferecidos pelo Estado, cabendo ao Judiciário o dever de fazer cumprir com excelência o direito de todos que lhe recorrerem.

Para atender essa exigência que, na verdade, sempre esteve implícita na ordem jurídica, e, justificadas como uma necessidade instrumental para se alcançar o interesse público, existem várias situações outorgadas por lei à Administração que lhe asseguram uma posição de superioridade perante os administrados nas relações jurídicas mantidas com eles. Toda e qualquer distinção que assegura tal posição de superioridade à Administração é, pois, uma prerrogativa administrativa.

A título de exemplo, vale citar os poderes que tem a Administração de criar obrigações para os administrados por ato unilateral (a imperatividade dos atos administrativos),¹⁵⁰ ou, para, nos contratos administrativos, alterar unilateralmente as cláusulas inicialmente acordadas, nos limites da lei (poder de alteração unilateral dos contratos administrativos, uma das cláusulas exorbitantes que goza a Administração nos contratos administrativos).¹⁵¹

148 Idem, p. 111-112.

149 Idem, p. 24.

150 Ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro que "atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público". (In **Direito administrativo**, 17 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2004, p. 212-213).

151 Cf. José dos Santos Carvalho Filho, Idem, p. 173-174

Por derradeiro, é importante deixar assente que a eficiência da Administração Pública não se mede pelo lucro ou equilíbrio financeiro, mas prioritariamente através de sua função estatal de promover a dignidade da pessoa humana, razão pela qual toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada.

Nesse sentido, verifica-se oportuno o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹⁵² pelo qual o princípio da eficiência se soma aos demais princípios impostos à Administração, não se sobrepondo a nenhum deles, e, em especial, ao da legalidade, a fim de evitar sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

2.3 A Administração Pública em Juízo e suas Implicações Processuais: As Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

As considerações acerca da Administração Pública na conjuntura do Estado brasileiro observadas desde o início desse capítulo restaram necessárias em razão da importância de confrontá-las com a atuação processual do Poder Público em juízo.

A Fazenda Pública em juízo trata de matérias de interesse supraindividual, de interesse coletivo, e, por conta disso, há muito vem gozando de certas prerrogativas processuais no sentido de lhe garantirem uma atuação judicial proporcional ao interesse que defende.

Em termos gerais, a concessão de um tratamento processual distinto de acordo com as partes envolvidas no processo sempre se justificou ante a perspectiva evidenciada em face do Princípio da Isonomia consagrado no caput do art. 5º da Constituição, o qual assumiu um sentido principalmente substancial, ou seja, priorizando as condições concretas em que se inserem os indivíduos envolvidos no objeto da regulação normativa.¹⁵³

¹⁵² In **Direito administrativo**, 17 ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Atlas, 2004, p.84.

¹⁵³ Juvêncio Vasconcelos Viana afirma que apesar da Constituição Federal, no caput do art. 5º, consagrar o princípio da isonomia, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, hoje em dia, é de amplo conhecimento que desde a superação do Estado Liberal e de sua correspondente ideologia jurídica pautada no individualismo e no extremo zelo para com a liberdade pessoal, restou suplantada a compreensão do princípio isonômico como mera igualdade formal, simples proibição de tratamento legal díspare ante objetos formalmente

Desta forma, sob a compreensão material do Princípio da Isonomia, pelo qual se busca um tratamento igualitário entre pessoas substancialmente diferentes, haja vista a norma constitucional que proíbe distinções de qualquer natureza, é possível compatibilizar a concessão de benefícios legais diferentes de conformidade com a pessoa envolvida na relação jurídica processual.

Com efeito, não se pode apontar como inconstitucional a existência de discriminações legais absolutamente proporcionais que vêm de encontro ao bem comum, elencando casos, hipóteses, pessoas ou situações especiais no intuito de eliminar (ou pelo menos reduzir) as desigualdades.

Entretanto, não é toda e qualquer desigualdade fática entre pessoas que pode ser tida como legítima para fins de justificar um tratamento legal diferenciado sob pena de ofensa ao princípio da igualdade.

É relevante frisar o que diz a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, segundo o qual a análise acerca da ofensa ao princípio da isonomia deve considerar três questões, quais sejam:

A primeira diz com o elemento tomado como fator de discriminação; a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹⁵⁴

Na verdade, a Constituição não admite leis que criem diferenciações desarrazoadas ou desproporcionais, incompatíveis com o fim perseguido. Daí, hoje, a disposição de submeter o princípio da igualdade ao princípio da proporcionalidade, o qual será estudado em item próprio nesse trabalho, em face do qual, dever-se-á abordar questões relativas à legitimidade da necessidade do tratamento desigualitário, a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim e a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos.¹⁵⁵

idênticos (In: *Efetividade do processo em face da fazenda pública*, São Paulo: Dialética, 2003, p.37)

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21.

¹⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.1297-

Na área processual, sobressaem-se dos respectivos códigos legais, inúmeros benefícios diferenciadores concedidos em face das condições particulares das partes. É o que se observa quando resta determinado que o juiz dará curador especial ao réu preso e ao revel citado por edital ou com hora certa (art. 9º, II), ou ainda quando prevê a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público nas causas em que há interesse de incapazes (art. 82, I).

Nesses exemplos, verifica-se que o princípio da igualdade restou aplicado em seu sentido material, sem qualquer ofensa às prescrições constitucionais que proíbem tratamentos discriminantes.

Quando uma das partes é o ente público, a lei processual confere um tratamento diferenciado à Fazenda Pública sob o argumento de salvaguardar tanto o interesse público, quanto a equalização da possibilidade de defesa das partes em juízo como corolário lógico da obrigatoriedade dos princípios da supremacia do interesse público e da igualdade material.

Pois bem. Dentro desse contexto axiológico, as prerrogativas administrativas (ou privilégios, como muitos entendem) são todos e quaisquer poderes conferidos à Administração, e apenas a ela, a título do tratamento diferenciado que lhe é concedido.

Parece conveniente neste momento abrir um pequeno parêntese para definir as conotações que os termos *prerrogativa* e *privilégio* podem assumir no contexto doutrinário processual nacional.

É necessário dizer, de início, que embora “privilégio” e “prerrogativa” sejam palavras sinônimas, acabam assumindo significados distintos quando usados com o fim de referirem-se ao tratamento processual diferenciado dado à Fazenda Pública quando atua em juízo.

O uso do termo ‘privilégio’ pela doutrina jurídica revela uma conotação pejorativa e desarmônica dos princípios subjacentes à ordem jurídica consistindo em diferenciações imotivadas, irrazoáveis, sem fundamento plausível e, por isso mesmo, incompatíveis com os princípios que regem o Estado Democrático de

Direito.

Por outro lado, em sentido oposto, o termo *prerrogativa* se sintoniza com a realização do princípio da igualdade material porque atende a necessidade de garantir que a lide judicial seja efetivamente justa e de acordo com o fim precípua do Estado que é o bem comum.

Tradicionalmente o Poder Público em juízo goza de vários benefícios jurídico-processuais que decorrem do próprio conceito de Estado, sob o argumento de igualá-lo ao particular.

O tratamento diferenciado dado à Fazenda Pública quando parte de um processo judicial se materializa ante a existência de vários institutos que podem ser vistos tanto no Código de Processo Civil quanto na legislação extravagante, e até mesmo na Constituição Federal (*ex vi* dos pagamentos das condenações judiciais via precatório), o que consolida cada vez mais o reconhecimento da existência de um sistema processual distinto concedido ao Poder Público.

Criadas desde o século passado ante a necessidade de estabelecer a igualdade na relação processual em que o Poder Público fosse parte, cujo objetivo precípua seria resguardar o interesse público, ainda hoje, sob esse mesmo argumento, muitos doutrinadores defendem a manutenção das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública.

No entanto, diante do novo rosto do processo delineado pela Constituição de 1988 que alçou o status de direito e garantia fundamentais impõe-se confrontar a pertinência desses benefícios em face dos princípios processuais, principalmente quando esse tratamento processual diferenciado conferido à Fazenda Pública pode, ao revés, afrontar a pretendida isonomia, desta feita, em detrimento dos particulares.

É fato notório na doutrina brasileira a discussão acerca da manutenção dessas prerrogativas processuais ao ente público enquanto matéria que vem sendo, desde há muito tempo, objeto de repúdio por parte de muitos juristas inconformados em face do retardamento e conseqüente prejuízo à efetividade do processo, que apontam como conseqüência direta dos “privilégios” da Fazenda Pública.

Os que perfilham essa corrente defendem o término dessas diferenciações

processuais como o meio de alcançar e garantir a realização dos princípios processuais que, a partir de um ponto de vista constitucional se vêem hoje elevados à categoria de direitos fundamentais.

Nessa linha de raciocínio, tem-se que o abuso dessas prerrogativas acaba gerando dificuldades no litígio judicial com o ente público, impondo ao particular um esforçado exercício de paciência até a solução do conflito.

O desestímulo de que padece o jurisdicionado a ascender à Justiça nas causas que envolvem o poder público se constitui numa verdadeira ofensa a *direitos fundamentais processuais*, expressão esta defendida por Fredie Didier Jr.¹⁵⁶

A situação é conflitante. Se, de um lado se tem princípios constitucionais da Administração Pública relevantes, voltados para o interesse público - Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público pela Administração, de outro, tem-se as garantias processuais constitucionais individuais, elevada à categoria dos Direitos Fundamentais.

Até mesmo, a isonomia processual pode ser uma questão controversa quando se trata da concessão de prerrogativas à Fazenda Pública.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁵⁷ posiciona-se no sentido de que certos privilégios da Administração não se coadunam com o atual contexto da Constituição Brasileira pelo qual a tutela jurisdicional deve ser efetiva, de resultados, e não de mera declaração ou de reparação.

Em conferência proferida no Conselho da Justiça Federal, José Augusto Delgado, defendeu que:

não há mais campo propício para se defender, como se vem fazendo há muitos anos, a supremacia da vontade do Estado nas relações jurídicas em que ele se torna parte. A força do caráter público desse liame não permite acentuar um flexionamento mais intenso em favor do Estado. Há de se criar mecanismos processuais que se compatibilizem com o valor que hoje é atribuído à cidadania e que assegurem a plena aplicação do princípio da igualdade, mesmo sendo o Estado uma das partes litigantes.¹⁵⁸

¹⁵⁶ DIDIER Jr. Fredie, **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1, 9. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, p. 28.

¹⁵⁷ BUENO. Cassio Scarpinella, **O poder público em juízo**, 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 320

¹⁵⁸ DELGADO, José Augusto. Execução contra a Fazenda Pública. In: Ciclo de conferências para juizes federais, 1, 1992, Brasília. **Série**

Por essa linha de raciocínio, a concessão do tratamento diferenciado à Administração Pública não passa de mero “privilégio”, sem qualquer razão mais de ser dentro dos valores constitucionais atuais, configurando-se como objeto de repúdio por parte de muitos juristas que apontam como consequência direta daquele, o retardamento e conseqüente prejuízo à efetividade do processo.

Numa outra vertente, José dos Santos Carvalho Filho, filiado à corrente que defende a manutenção das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, rechaça as opiniões que se manifestam no sentido da hegemonia dos interesses privados amparados em direitos fundamentais sobre o Princípio Administrativo da Supremacia do Interesse Público, sob o argumento de que este, enquanto consequência natural do regime democrático, não pode ser suplantado por direitos fundamentais.¹⁵⁹

Para os que acodem esse posicionamento, a existência e a manutenção das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública não enseja nenhuma questão complexa, parecendo-lhes simples e justificável sob o argumento de se equilibrar a relação processual da Administração em razão do interesse público sob o qual se revestem os atos administrativos.

Na verdade, cada uma dessas diferenciações processuais da Fazenda Pública, enquanto instrumentos de equilíbrio da relação processual como condição de promover a igualdade entre as partes, deve ser conveniente e legítima, analisada à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, exigindo-se para sua concessão, prudência e bom senso.

Em síntese, deve-se aferir a razoabilidade das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública com vistas a identificar se estão, ou não, violando o princípio da isonomia.

Conforme alhures argumentado, esse deve ser analisado sob o aspecto

Cadernos do

CEJ. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários, 1994. v 5, p.33-46.

159 CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 17. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 26.

material da situação, ou seja, sob uma visão da realidade, o que determina ser válida essa análise sob o prisma da razoabilidade, eis que, em se tratando de diferenciação entre partes há que se constatar se, de fato, as situações apontadas como diferentes, são razoáveis,¹⁶⁰ sob o risco de essas prerrogativas estarem representando, em alguns casos, autênticos “privilégios”.

De outro lado, não se pode esquecer que o Estado detém a obrigação constitucional de exercer com *eficiência* sua função jurisdicional,¹⁶¹ sem dilações processuais indevidas, com competência, promovendo a estruturação técnica de seus órgãos, enfim tudo fazendo para o fim de alcançar o resultado eficaz e útil da atividade monopolizada do Estado denominada jurisdição.

Sendo o serviço público jurisdicional dever jurídico do Estado, cumpre-se aos seus órgãos jurisdicionais obediência, de forma imperativa e imparcial ao ordenamento jurídico, com a prestação de serviço público jurisdicional a tempo e modo, por meio da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo sua finalidade, apto a proporcionar um resultado útil às partes.

E é dentro dessa nova visão, introduzida por várias modificações no texto constitucional, em face da qual a insatisfação popular repudia mais do que nunca a má qualidade do serviço público administrativo e jurisdicional, que se exige um processo judicial justo, célere, sem dilações indevidas, e efetivo, fazendo-se cogente serem extirpadas do sistema legal quaisquer regras que impeçam ao atingimento dessa meta.

Na busca dessa eficiência, constata-se a eletrônica dos feitos judiciais que permite que sejam poupados recursos naturais, tempo, espaço físico, evitando-se desperdícios, conforme determinado pela Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que evidencia o início da modernização do Judiciário.

O processo judicial eletrônico vem promovendo o dasafogamento do judiciário, e, *in casu* das Varas Especializadas da Fazenda Pública através da otimização dos serviços judiciais, com a digitalização dos processos, tais como, petições iniciais

¹⁶⁰ Moraes, José Roberto. Prerrogativas processuais da fazenda pública, In: **Direito processual público**: A fazenda pública em juízo, SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cássio Scarpinella (org.), 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67/68

¹⁶¹ Note-se que ao dispor que o número de juizes na unidade jurisdicional seja proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, o inciso XIII, do art. 93, da Constituição pretendeu enfatizar e otimizar a necessidade de prestação da atividade jurisdicional sob a diretriz maior do princípio da eficiência.

eletrônicas, provas documentais e orais digitalizadas, audiências gravadas em áudio que são arquivados digitalmente, citações e intimações eletrônicas para partes privadas e entes públicos, contagem de prazo diferenciado, mas com efetividade, tudo pela via do correio eletrônico, independente do conhecimento da advocacia pública acerca da citação/intimação judicial eletrônica em face do que, o prazo conta-se assim mesmo.

O processo virtual é uma realidade atual, já podendo ser vistos em alguns Tribunais e Juizados Especiais, trazendo expectativas no sentido de se obter num futuro não muito longínquo, a concreção dos princípios fundamentais do processo, até porque muitas barreiras ainda deverão ser ultrapassadas até a implementação total do sistema.

Assim, pode-se concluir que o ordenamento constitucional, reforçando o já reconhecido direito do acesso à justiça e efetividade da prestação jurisdicional, erigiu em nível de direito fundamental, a adoção de meios e instrumentos eficazes por parte da Administração e uma conduta eficiente de seus agentes para se obter ao final, a presteza da tutela judicial efetiva.

2.4. O Controle dos Atos da Administração Pública no Direito Comparado

Com origem conhecida no início do século XX, o direito comparado ganhou força a nível mundial a partir do primeiro congresso internacional realizado em Paris em 1900, cujos estudos geraram suas teorias e princípios próprios.

O conhecimento dos sistemas jurídicos estrangeiros passou a ser a garantia não só de um diálogo mais claro e aberto entre os países, inclusive para melhor gerenciar a intensa migração internacional, bem como em relação à reestruturação dos sistemas jurídicos dos países que sofreram na primeira metade do último século, grandes mudanças geográficas e políticas.

Existe ainda hoje uma dificuldade em determinar a natureza jurídica do direito comparado, o que gera dificuldade em sua conceituação que tem como base a

questão de se considerar o direito comparado como *ciência* ou *método*.

Ao contrário de Gutteridge,¹⁶² para quem o direito comparado deve ser visto como um método, Enrique Martínez Paz¹⁶³ defende a concepção desse direito enquanto ciência, ou seja, para o autor o direito comparado é a disciplina legal que visa descobrir, através da investigação analítica, crítica e comparativa das legislações existentes, os princípios fundamentais e fins das instituições legais e coordenar um sistema de direito positivo atual.

Colocando-se à parte tais discussões, interessa aqui, na verdade, a importância do estudo do direito comparado na sociedade globalizada do século XXI enquanto atividade que se presta a analisar, confrontar, e, quando possível, adaptar o modelo estrangeiro como forma de instrumento para amoldar as novas situações jurídicas, econômicas, políticas e sociais conseqüentes das mudanças trazidas pela globalização, sem que, entretanto, se admita serem ultrapassados os limites da soberania nacional.

Com a globalização, a internacionalização das relações jurídicas privadas e os movimentos regionais de integração política e econômica impuseram a harmonização dos sistemas jurídicos para fins de se possibilitar essa integração econômica ou política, obrigando os aplicadores do Direito a recorrerem ao direito comparado ante os crescentes casos que envolvem direitos estrangeiros.

A importância do direito comparado possui então duas feições de fácil percepção conforme ensina Martínez Paz,¹⁶⁴ importando por um lado, no conhecimento de outros ordenamentos jurídicos positivos, e, por outro, no fato de que o atual contexto jurídico-político-econômico e social mundial impõe uma maior integração entre legislações.

Reconhecida assim a necessidade de se aproximar as culturas jurídicas existentes entre países diversos na tentativa de se buscar experiências e uma verdadeira oxigenação da Justiça e de seus sistemas, impõe-se, entretanto, quando

162 GUTTERRIDGE, Harold Cook, *El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954, p. 14.

163 In *Introducción al derecho civil comparado*. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1960, p. 143. Comungando com esse pensamento, de que o direito comparado não se resume a um simples método, Ivo Dantas defende a cientificidade do direito comparado. (In *Direito comparado como ciência*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 134, n. 134, abril/junho, 1977, p. 231-249)

164 *Idem*, p.127-128.

se trata do universo da ciência do Direito Processual, certas “cautelas”, conforme alerta Juvêncio Vasconcelos Viana,¹⁶⁵ a fim de evitar indesejáveis distorções, como por exemplo, em relação à diversidade das fontes e conceitos existentes e empregados num e noutro sistema.

A recepção do direito estrangeiro no campo do direito processual civil brasileiro, a princípio, sofreu influência predominantemente do Direito português,¹⁶⁶ se acentuando apenas a partir de 1939, quando, com a criação do primeiro código, outras fontes foram introduzidas, como a italiana, austríaca e a alemã.

Porém, foi com a contribuição do Professor Enrico Tullio Liebman acerca da doutrina processual de Chiovenda, grande processualista italiano, que se criou uma forte corrente doutrinária de matriz italiana no Brasil,¹⁶⁷ evidenciada no Código de Processo Civil de 1973, cujas alterações, desde então, ressaltam que a evolução legislativa do Direito Processual brasileiro tem acompanhado a evolução científica mundial, buscando a efetividade do processo, caracterizando assim, a nova fase instrumentalista que atualmente se presencia no processo civil.

Voltando-se à questão do processo como forma de controle da atividade administrativa na seara do direito comparado ora proposto, mister se faz, inicialmente, conceituar-se o que seja “jurisdição administrativa”.

De início, pode-se dizer de forma simples e direta que é através da jurisdição administrativa que o particular tem a chance de resolver suas pendências com a Administração.

Hely Lopes Meirelles¹⁶⁸ adota as expressões *sistema administrativo* e *sistema de controle jurisdicional da Administração* com o significado moderno de regime adotado pelo Estado para corrigir atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados por qualquer departamento do governo.

¹⁶⁵ In **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p. 65.

¹⁶⁶ Após a Proclamação da República, uma das primeiras providências do Governo foi aplicar o Regulamento também às causas cíveis. Em 1890, o Regulamento n. 763 ampliou a aplicação do Regulamento n. 737 para o processamento também das causas cíveis. Os processos não disciplinados pelo Regulamento, contudo, continuariam sendo regidos pelas Ordenações, vigentes ao tempo do Império. (PACHECO, José da Silva, **Evolução do processo civil brasileiro**, 2 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.25.)

¹⁶⁷ CINTRA. Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER; Ada Pellegrini, DINAMARCO; Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria Geral do Processo**, 17. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Malheiros. 2001. p. 123-126.

¹⁶⁸ In **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2002. p. 50.

A forma de exercício da jurisdição administrativa varia de país para país, verificando-se, ao final, que o princípio da separação de poderes assume posições contrárias e opostas de acordo com o sistema de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.¹⁶⁹

Dois são os sistemas em vigor, ou seja, o sistema do contencioso administrativo, mais conhecido como sistema francês, e o sistema judiciário ou de jurisdição única. A caracterização de ambos os sistemas se dá pela predominância da jurisdição comum ou da especial para solucionar os casos litigiosos em que Administração fizer parte.

A França segue o sistema de dualidade da jurisdição, de forma que a jurisdição administrativa é exercida pelos próprios órgãos da Administração, seja no que concerne aos litígios entre particulares e a Administração bem como em face das atividades de conselho do Governo, procedendo ao exame prévio dos projetos de lei e de decretos.¹⁷⁰

Essa jurisdição administrativa conta com uma organização e estrutura própria, totalmente desvinculada da ordem jurisdicional judiciária, constituindo-se em um sistema particular de “contencioso administrativo” em cuja cúpula se encontra o Conselho de Estado (*Conseil d’Etat*), e, como órgãos de base, as cortes administrativas de apelação e os “tribunais administrativos”.¹⁷¹

Nesse contexto, sobressai-se a existência de duas ordens de jurisdições com competências distintas, não havendo, entretanto, em princípio, um critério único para definir a competência do juiz administrativo em detrimento do juiz judiciário, o que acabou dando origem à criação do Tribunal de Conflitos para o fim de resolver possíveis conflitos positivos ou negativos entre essas duas ordens jurisdicionais.¹⁷²

O sistema dual de jurisdições teve sua origem na Revolução Francesa (1789),

¹⁶⁹ VIANA. Juvêncio Vasconcelos, Idem, p. 66.

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes, In **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.50.

¹⁷¹ Conforme Athos Gusmão Carneiro, os “juizes” do “contencioso administrativo” francês, possuidores de grande prestígio pelo alto nível das decisões proferidas, adquiriram virtual independência e constituem, realmente, um “segundo” Poder Judiciário, embora entrosado organicamente no Poder Executivo. Ressalva ainda, que, na França, é geralmente negada ao Judiciário a qualificação de “Poder”. (In **Jurisdição e competência**, 15. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41-42.

¹⁷² WAISBERG, Tatiana. **Controle jurisdicional da administração pública no direito francês: a jurisdição administrativa à luz do sistema administrativo brasileiro**. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/27458/3>>Acesso em 23/06/2009.

enquanto uma reação a quaisquer tentativas de reforma dos parlamentos do *Ancien Regime* que exerciam a função judiciária, evidenciando-se numa verdadeira especialização judiciária voltada para julgar contenciosos que envolvam o direito público.

Assim, toda a matéria de Direito Administrativo na França, em Portugal e em países como a Suíça, a Finlândia, a Grécia, a Turquia, a Iugoslávia e a Polônia, não é submetida ao Judiciário, mas apenas às instâncias julgadoras administrativas, componentes do próprio quadro do Executivo, das quais a expressão maior é o Conselho de Estado.¹⁷³

Vale ressaltar, entretanto, que, em alguns casos excepcionais, as lides que envolvem interesse da Administração Pública são submetidas à apreciação do Judiciário, como é o caso quando se trata de litígio decorrente de atividade pública com caráter privado, de litígio que envolva questões de estado e capacidade das pessoas e de repressão penal, ou ainda de litígio que se refira à propriedade privada.¹⁷⁴

É imprescindível acrescentar que o Código de Processo Civil (*Code de Procédure Civile*) não se aplica nas jurisdições administrativas francesas, que se regem por legislação própria.¹⁷⁵

No extremo oposto, o sistema da unicidade da jurisdição, ou, jurisdição una, também conhecido como sistema “inglês”, não admite a figura do contencioso administrativo, cumprindo-se ao Poder Judiciário o controle de todos os litígios, administrativos ou privados.

Surgido na Inglaterra, o sistema uno é hoje adotado por países como os Estados Unidos, Bélgica, Espanha, Suíça, Noruega e Dinamarca, além da grande maioria dos países latino-americanos, como o Brasil, Argentina, México, Venezuela, dentre outros.¹⁷⁶

O Brasil adotou o controle administrativo realizado pela Justiça Comum através do sistema administrativo da jurisdição única, em substituição ao então *contencioso*

173 Hely Lopes Meireles, in **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 52-53

174 Idem.

175 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, Idem, p. 71.

176 Idem, p. 78.

administrativo dos tempos do Império, desde a adoção do regime republicano.¹⁷⁷

No entanto, a expressão *contencioso administrativo* conforme reitera Athos Gusmão Carneiro¹⁷⁸ é usada na literatura jurídica nacional “com relação aos “Tribunais”, Conselhos ou outros órgãos administrativos que exercem funções decisórias no âmbito da administração e sem eficácia de coisa julgada”.

A atuação judicial sobre as causas de Direito Administrativo são hoje de grande interesse doutrinário em razão da busca pela efetividade jurisdicional do processo.

No Brasil, o Direito Processual Civil é aplicável, indistintamente, aos litígios de direito privado e aos de direito público, isto é, não há no país uma legislação que regule especificamente os litígios de direito público, diferentemente do que ocorre em outros países que há muito tempo adotaram o sistema de tutela judicial administrativa e um código processual para processos de jurisdição administrativa.

A questão insta a determinação dos princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa do sistema monista nas causas de interesse público.

Considerando que o Brasil adotou os postulados do *rule of law e judicial control* do Direito Público Norte-Americano, cujo modelo orientou a primeira Constituição da República Brasileira, Hely Lopes Meirelles¹⁷⁹ advoga no sentido de que essa filiação histórica é de suma importância para se reconhecer o Direito Público Brasileiro, e, em especial, o Direito Administrativo, cujos princípios informadores do regime político-administrativo se vinculam com o sistema anglo-saxônico.

É nos Estados Unidos que se evidencia a forma mais conservadora do sistema de jurisdição una, arraigada na supremacia da lei cujo regime submete sem distinção todos os casos à jurisdição da justiça comum, cujo campo de ação coincide com o da legislação, estendendo-se e equivalendo-se a essa.¹⁸⁰

Acompanhando a procedência do direito inglês, os Estados Unidos baseiam-se no *common law*, de maneira que os precedentes constituem boa parte das regras adotadas pelos seus tribunais, sendo os *case law* que constroem as normas e

¹⁷⁷ Athos Gusmão Carneiro, *Idem*.p. 42.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 42.

¹⁷⁹ *Idem*, p.55-56.

¹⁸⁰ *Idem*.

princípios que fornecem supedâneo às decisões de instâncias superiores.¹⁸¹

A organização judiciária norte-americana adota a dualidade de justiça, federal e estadual, os quais revelam em geral, estrutura piramidal, tendo à base os Juízos de primeira instância (*Trial Courts*) e, no ápice, a Suprema Corte, sendo que na maioria dos Estados, bem como na órbita federal, há os Tribunais de Apelação.¹⁸²

Entretanto, reverbera Hely Lopes Meirelles,¹⁸³ criaram-se ao lado dos órgãos tradicionais, Tribunais Administrativos e Comissões de Controle Administrativo de certos serviços ou atividades públicas ou de interesse público, com funções regulamentadoras e decisórias, sendo, porém, o Judiciário, o único com poder para proferir decisões conclusivas (*final enforcing power*).

Impõe-se registrar, conforme constata Juvêncio Vasconcelos Viana, que o sistema americano prevê à *exhaustion of administrative remedies*, ou seja, a provocação prévia da via administrativa, com os trâmites e soluções que lhes são possíveis.¹⁸⁴

Destacam-se entre esses Tribunais Administrativos, a *Court of Claims*, a *Court of Custom Appeals* e a *Court of Record*, e, dentre aquelas Comissões, a *Interstate Commerce Commission*, a *Federal Trade Commission*, a *Tariff Commission* e a *Public Service Commission*.¹⁸⁵

No entanto, ressalve-se que esses Tribunais Administrativos e Comissões, não têm o poder de proferirem decisões definitivas e conclusivas para a Justiça Comum, cabendo ao Poder Judiciário torná-las efetivas por ato conhecido como *enforced*, isso quando resistidas, oportunidade em que se permite a reapreciação da matéria de fato e de direito contemplada administrativamente.¹⁸⁶

A doutrina dos precedentes originados da jurisprudência formada por essas decisões administrativas (*decisional law*, distinta do *case law* – precedente

181 Juvêncio Vasconcelos Viana, Idem., p. 85-86.

182 Idem

183 Idem. p. 55

184 Idem p. 88-89.

185 Hely Lopes Meirelles, In **Direito administrativo brasileiro**, 27. ed., rev., ampl. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.55.

186 Essa prática administrativa norte-americana levou Ernst Freund a afirmar que a existência desse duplo freio (do processo judicial e das Comissões Administrativas) visa a enfrentar e neutralizar os abusos do poder burocrático ou, pelo menos, reduzir o procedimento da Administração à condição de simples inquérito preliminar. (In **Historical survey in the growth of american administrative law**, 1924, p. 9 e ss., e **Administrative power**, 1928, p.170) apud Hely Lopes Meirelles, Idem, p. 55.

Judiciário) embasadas nas leis federais e estaduais (*statute law*),¹⁸⁷ portam efeito vinculante para questões futuras similares, exceto se os novos litígios possuírem fatos que possam alterar o entendimento ou se forem modificadas por outra decisão.

Cumpra-se ressaltar que o processo, naquele país, observa o princípio do contraditório, e não o inquisitorial.

Assinale-se que esses órgãos administrativos com funções quase-judiciais exsurgem como um contraponto ao sistema de unicidade de jurisdição, vez que, ainda que excepcionalmente, algumas vezes, profiram decisões sobre matéria técnica com força similar à do *final enforcing power*, tratando-se, na opinião de Garrido Falla “*de uma autêntica concentração de poderes, posto que ditam regulamentos, aplicam-se-nos e, finalmente, perseguem por si mesmos e julgam os seus infratores*”.¹⁸⁸

Apesar dessas decisões estarem sujeitas à revisão perante o Poder Judiciário, é fato que, em determinadas situações, esse poder de revisão é reduzido por obstáculos concernentes à regra do sistema de jurisdição una ou do *judicial control*.

A ausência de uma ordem jurisdicional administrativa no Brasil faz com que a lógica do controle jurisdicional da Administração Pública muitas vezes se inverta, levando a uma interpretação mais rígida do princípio da separação dos poderes, como é o caso, por exemplo, da impossibilidade do exame do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, sob pena de que a interferência deste na atividade da administração pública seja entendida como violação do princípio da separação de poderes.¹⁸⁹

Já no sistema dualista francês, o fato de que os julgamentos dos litígios administrativos são realizados pelos contenciosos administrativos através de uma jurisdição especializada, independente e imparcial, sujeita às mesmas regras observadas pelo juiz judiciário, não há que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes, servindo, então, como garantia dos administrados na medida em que são rigidamente observados os princípios, tais como o devido processo

187 Juvêncio Viana de Vasconcelos, *Idem*, p. 88.

188 Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970, p. 126.

189 MORAES. Germana de Oliveira, *Controle jurisdicional da administração pública*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 59-61.

legal, a imparcialidade do juiz administrativo e a autonomia da ordem jurisdicional administrativa, totalmente desvinculados do executivo.

No entanto, impõe-se considerar dois pontos que se insurgem contra esse sistema de jurisdição administrativa, que só se justifica ainda por razões históricas, como ressaltam Hely Lopes Meirelles¹⁹⁰ e Jean Rivero,¹⁹¹ ou por interesses corporativistas da Administração Pública: primeiro, considerando-se que a jurisdição administrativa é exercida pelos próprios membros da Administração Pública que não gozam da isenção necessária para o exercício da atividade judicante nem possuem as garantias do Judiciário, acaba por expô-los à possibilidade de retaliações. O segundo ponto reside no fato de que os recorrentes problemas de conflito de competência e a possibilidade de orientações axiológicas distintas na aplicação da lei terminam por gerar uma insegurança indesejável no mundo jurídico.

Muitos autores entendem que é de recorrência comum as dificuldades do controle jurisdicional da Administração Pública, de modo que só a sua presença na relação, seja no sistema uno ou dual, enseja que lhe seja outorgada um tratamento diferenciado, como adverte Leonardo José Carneiro da Cunha em sede de direito comparado:

Aliás, diversos ordenamentos europeus, tidos como de 'primeiro mundo', e que, secularmente, põem em destaque a obediência aos princípios republicanos, do devido processo legal e da isonomia, chegam a subtrair à Justiça Comum, via de regra, as causas em que seja parte a Administração Pública, para confiá-las a outro conjunto de órgãos, que na integram necessariamente o mecanismo judicial e podem fazer parte do próprio aparelho administrativo. Típico exemplo dessa situação é o 'contencioso administrativo' francês, cujos órgãos são ligados à Administração Pública, não se situando no âmbito da Justiça Comum, sendo seu órgão de cúpula o Conseil d'État, e não o Cour de Cassation. Tal diferenciação decorre exatamente da presença da Fazenda Pública no processo, na condição de parte.

Situação semelhante ocorre no Direito italiano, onde existe igualmente separação entre a Justiça ordinária e a chamada 'Justiça administrativa'. De igual modo, na Espanha há estrutura especial para o exercício da jurisdição, quando presente na causa a Fazenda Pública. Na Alemanha, há 3 (três) sistemas distintos do comum, para o processo e julgamento de causas que envolvam a Fazenda Pública: a) a *Verwaltungsgerichtsbarkeit* (jurisdição administrativa), b) a *Finanzgerichtsbarkeit* (jurisdição financeira) e c) a *Sozialgerichtsbarkeit* (justiça social), cada uma sendo regida por legislação própria.¹⁹²

¹⁹⁰ Idem, p. 53.

¹⁹¹ In *Direito Administrativo*, tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p. 157.

¹⁹² In *A fazenda pública em juízo*, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 35.

Ao se analisar de forma comparada os sistemas monista e dualista, sobressaem-se do sistema inglês uma tendência filosófica mais lógico-pragmática em relação ao contencioso administrativo do sistema dual.

Isso se evidencia em face de que o sistema francês não concebe os princípios da isonomia e da separação de poderes.

Em relação ao princípio da isonomia ou igualdade, no Direito Administrativo francês é concedida aos funcionários uma série de prerrogativas que não se estendem aos particulares, colocando-os, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em situação de desigualdade no que concerne à sua responsabilidade perante os Tribunais, enquanto que na Inglaterra, os funcionários e os simples cidadãos submetem-se ao mesmo direito comum e respondem perante os tribunais ordinários.¹⁹³

O outro princípio do direito francês, que diverge do inglês, é o da separação de poderes que, na França, impede a apreciação, pelos juízes da jurisdição comum, dos atos praticados pela Administração Pública, enquanto que, nos Estados Unidos e Inglaterra, a separação de poderes está fundada em critérios funcionais a impedir a Administração de exercer função jurisdicional como a que exerce o Conselho de Estado francês, limitando-a as funções administrativas.¹⁹⁴

Pela concepção dos princípios constitucionais brasileiros parece impróprio a existência de uma instância julgadora além do Judiciário, inconcebível na Teoria da Tripartição de Poderes criada por Montesquieu, insurgindo-se, inclusive, ao princípio do Estado de Direito, ponto maior da democracia que reconhece, através de um Judiciário independente e autônomo, o ideal de igualdade entre o particular e a Administração Pública, sem privilégios de uma justiça especial.¹⁹⁵

O modelo hoje adotado pelo Brasil evidencia, conforme a doutrina sempre atual

¹⁹³ Dicey, afirma que o princípio do *rule of law* (império da lei) significa a) supremacia do direito comum, a impedir o reconhecimento de privilégios, prerrogativas e poderes discricionários às autoridades administrativas e governamentais; b) unidade da lei e da jurisdição para todos, sejam funcionários ou particulares; c) existência de um direito comum constituído pelo conjunto dos direitos individuais tal como aplicados e interpretados pelos tribunais" apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 17. ed., atual., São Paulo: Editora Atlas, 2004 p. 34-35.

¹⁹⁴ Idem, p. 38-40

¹⁹⁵ Hely Lopes Meirelles, Idem, p. 56-57.

de Hely Lopes Meirelles⁹⁶ uma semelhança com o modelo norte americano, cujas decisões proferidas no âmbito da jurisdição administrativa não possuem caráter conclusivo frente ao Poder Judiciário, podendo ser revistas sempre através da revisão judicial, cujos meios processuais admitidos pelo Direito Comum são os mesmos para particulares e Fazendas Públicas, sendo esse o sentido, conforme conclui o saudoso Professor, da jurisdição única adotada no Brasil, apesar, ousa-se aqui acrescentar, das prerrogativas processuais concedidas ao ente público brasileiro em juízo.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA FUNDAMENTAL E AS PRERROGATIVAS DA FAZENDA PÚBLICA

Sempre fez parte da práxis forense a existência de processos infundáveis cujo objeto acaba por se perder no tempo e com ele o interesse e a efetivação do direito tutelado.

Essa demora na entrega da tutela jurisdicional é algo tão peculiar do sistema jurisdicional brasileiro e enraizada ao *costume* judicial que, apesar de gerar desconforto e desilusão aos jurisdicionados, nunca moveu reações contrárias contra tamanha afronta a um direito inerente, próprio de quem procura o judiciário: a efetividade do processo.

Felizmente, a atual perspectiva constitucional dos princípios processuais tem exigido e inculcado um comportamento mais arrojado nas relações processuais, visando atender o que antes parecia uma utopia, e proporcionar aos litigantes uma justiça mais célere e, conseqüentemente, mais justa, de modo que o direito à tempestividade da tutela jurisdicional é hoje constitucionalmente protegido.

Assim, é imprescindível se conceber a idéia de tutela jurisdicional de uma forma mais consentânea com os valores hodiernos, especialmente em face da outorga dos direitos oriundos da Constituição Brasileira de 1988, que lhes concedeu ampla proteção, tudo passível de ser concretizado através da via judicial.

Para tanto, é necessário que se possa oferecer uma prestação justa e

196 Idem.

adequada da tutela jurisdicional, importando aí, a garantia, desde o acesso às vias judiciais através de uma razoável duração do processo, preceitos primordiais para se atingir a efetividade do direito perseguido.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, afirma que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Assim, o direito ao acesso à proteção judicial passou de mero direito formal do indivíduo de propor e contestar uma ação, ao direito de acesso efetivo à justiça enquanto direito social básico.¹⁹⁷

Entende-se que essa norma, ao garantir o direito de acesso à justiça, não se limita apenas a garantir que todos têm direito de ir a juízo, mas também, e principalmente, significa que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva (adequada e tempestiva).

A necessidade de uma jurisdição efetiva e plena é um assunto que sempre esteve presente no mundo jurídico, no entanto, hoje em dia, em razão da sua elevação ao patamar constitucional determina ainda uma garantia "de resultado", ressaltando o nexó teleológico fundamental entre "o agir em juízo" e a "tutela" do direito afirmado.

É oportuno recordar a célebre oração de Rui Barbosa: "*Justiça tardia não é Justiça, é injustiça manifesta*".¹⁹⁸

Assim, nessa nova conjunção sócio-constitucional mostra-se inadequado continuar a pensar as relações entre o direito material e o processo em termos de ação de direito material, conceito suplantado em face da atual contextualização dos direitos fundamentais e a constitucionalização que se seguiu.

É importante a conscientização de que hoje a norma processual deve levar em conta a realização da tutela prometida pelo direito material, criando procedimentos e técnicas processuais capazes de promover o direito à tutela judicial efetiva reconhecido como um direito fundamental que recai sobre o Estado.

Falar em efetividade da Justiça significa imediata correlação aos direitos de

¹⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, Trad. e Rev. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris Editor, 2002, p. 9-13

¹⁹⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Russel, 2004, p. 47.

acesso à Justiça e uma razoável duração do processo, como direitos sociais básicos, consagrados também como direitos fundamentais pela Constituição.

Por razões óbvias, a doutrina brasileira vem firmando cada vez mais o posicionamento de que o processo não mais se molda a uma pretensão de caráter individual, mas funciona hoje como uma via de atender às pretensões da coletividade, voltada para o oferecimento da tutela jurisdicional de seus anseios, de tal modo que no Direito Processual Moderno, o juiz deixou de ser um mero espectador do litígio entre partes para ser um agente do Estado com funções de promover a justiça e a verdade jurídica.¹⁹⁹

Ao ser adotado pela Constituição a teoria de que a decisão judicial deve ser construída de forma vinculada à estrutura procedimental regida pelo processo constitucionalizado, pode-se dizer que o processo deixa de ser um processo instrumental e passa a ser um processo fundamental, tal qual o direito fundamental que o informa.²⁰⁰

Entretanto, para se obter de fato e de direito a efetividade da tutela perseguida pressupõe-se a satisfação plena do resultado obtido com a solução da lide judicial.

Com efeito, de nada adiantará para a real efetividade da tutela judicial a garantia de meios de acesso à Justiça, de um processo célere através de um tempo razoável, se não existirem mecanismos hábeis a garantir a realização do resultado. Seria o mesmo que, como diz o ditado popular, “*nadar, nadar... para morrer na praia*”.

À vista dessa nova concepção do direito processual, o legislador brasileiro tem se preocupado em instituir normas que dignifiquem o Estado Democrático de Direito, impedindo os abusos e desvios antes ocorridos e inerentes a era de um Estado totalitário, concedendo aos cidadãos sua confiança na administração da justiça, a exemplo da Espanha²⁰¹ e Portugal,²⁰² cujo direito à tutela judicial efetiva está

199 DELGADO, José Augusto, A tutela do processo na Constituição Federal de 1988, **Revista Forense**, vol. 305, 1989, p. 51/61

200 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 69.

201 O artigo 24, n.º 1, da Constituição Espanhola de 1978 preconiza que: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

202 O artigo 20, n.ºs 1 e 5 da Constituição da República Portuguesa de 1976, preconiza que: n.º 1 “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, e n.º 5. “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

garantido constitucionalmente, evidenciando o caráter fundamental de acesso à jurisdição pelos seus cidadãos e à obtenção satisfatória de suas pretensões mediante um processo justo e com as devidas garantias.

Ante essa conclusão, é oportuno mencionar o pensamento de Jesus González Pérez,²⁰³ pelo qual o direito à efetividade da tutela jurisdicional não é algo inato em cada Estado. A organização do poder público de modo a garantir a justiça é aplicada em todo Estado por princípios superiores que o direito positivo não pode ignorar. Para o autor, o direito à justiça independe de figurar nas declarações de direitos humanos, convênios, constituições e leis de cada Estado. E conclui a idéia no sentido de que, à semelhança de outros direitos humanos, o direito à justiça é um direito que os seres humanos têm pelo fato de serem homens.

No entanto, em que pese a boa vontade do legislador aliados à preocupação e o empenho dos operadores do direito, muitos são ainda os empecilhos à obtenção da aclamada efetividade da tutela jurisdicional. Seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material.

Um dos fatores que dificulta o atingimento da efetividade do processo como meta constitucional é o aumento desproporcional das demandas judiciais ante a limitação estrutural, técnica e até mesmo de pessoal do poder jurisdicional.

Viu-se nos últimos tempos o surgimento das ações para defesa de interesses coletivos,²⁰⁴ voltadas a tutelar direitos metaindividuais, difusos e individuais homogêneos, que a despeito de caracterizarem um avanço do ponto de vista político-social, trouxeram uma maior complexidade das relações de direito material, pois além de compreenderem um maior número de pessoas, provocam um aumento qualitativo nas discussões postas em Juízo.

Desta forma, e falando-se apenas perfunctoriamente acerca das mazelas de ordem material, impõe-se acordar que é utópico atender-se às exigências do jurisdicionado do século XXI em face de uma estrutura judiciária, cujas mudanças à vista dessa nova demanda, não se fizeram ainda suficientes para construir o novo

203 In *El derecho a la tutela jurisdicional*, 3. ed., Madrid: Civitas, 2001. p. 25

204 Note-se a Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65); ocorrida em 1977, e, em seguida, mediante lei específica sobre a denominada Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347, de 24.07.1985); logo depois, em 1988, elevando-se a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e, finalmente, em 1990, com a adoção do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09. 1990), a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, os chamados interesses individuais homogêneos, para fins de reparação dos prejuízos individualmente sofridos.

Judiciário, compatível com a evolução da sociedade e da conscientização do cidadão brasileiro acerca de seus direitos.

Por outro lado, formalmente, são muitos os institutos processuais que emperram a plena efetividade da tutela jurisdicional.

Infelizmente, é essa a realidade conferida e objeto de crítica da população em face da prestação jurisdicional que lhe é oferecida.²⁰⁵

O acesso real do cidadão à jurisdição decorre na verdade da realização de três itens que pressupõem uma Justiça adequada, que conforme ensina Mauro Cappelletti,²⁰⁶ esses podem ser resumidos em três tópicos que refletem as finalidades a serem perseguidas pelos operadores do direito no aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, quais sejam, a assistência judiciária ao economicamente incapaz de arcar com os custos do processo, a representação adequada de direitos coletivos e a reforma das normas procedimentais, adequando-as aos direitos a serem tutelados de modo a torná-los exeqüíveis, ou seja, concretizados no mundo fático.

Por óbvio, que além de reconhecidos, os direitos devem ser efetivados, e para tal, executados.

Existe assim a necessidade de fazer valer as novas linhas exigidas pelos princípios constitucionais no processo judicial, cuja normatização procedimental em face das tutelas de urgência, recursos e execução, podem ser o caminho mais eficaz para a finalidade pretendida.

Diante desse cenário, o sincretismo processual²⁰⁷ surge como alento no Direito Processual Civil, enquanto sinônimo de processo sem barreiras, à luz da celeridade.

205 À propósito, ao analisar a experiência de gestão implementada na 10ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, de competência cível, durante três anos (2005/2006/2007), através do artigo intitulado “A reforma gerencial do poder judiciário (Um caso concreto: inovações na 10ª Vara da seção judiciária federal do estado do Ceará, no triênio 2005/2006/2007)”, Alcides Saldanha Lima também reconheceu que “O descontentamento da Sociedade com o Poder Judiciário, no geral, e com a extensa duração do processo, no particular, não é recente, tampouco restrito ao Brasil. Trata-se de sentimento antigo e amplamente disseminado, embora tenha se acentuado no País na última década,...” Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/publicacoes/documentos/paperDrAlcidesSaldanha.pdf> Acesso em 16/11/2009.

206 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e Rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

207 José Eduardo Carreira Alvim, define que o sincretismo processual traduz uma tendência do direito processual, de combinar fórmulas e procedimentos, de modo a possibilitar a obtenção de mais de uma tutela jurisdicional, *simpliciter et de plano* (de forma simples e de imediato), no bojo de um mesmo processo, com o que, além de evitar a proliferação de processos, simplifica (e humaniza) a prestação jurisdicional”. (In **Alterações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004, p.40-41).

Ao lado da necessidade premente de concretização das tutelas jurisdicionais, onde a celeridade processual é exigência própria para se alcançar a efetividade do direito, é imprescindível que todo o procedimento possa garantir também, a segurança jurídica da relação processual.

Não há dúvida de que cada vez mais o processo e o direito material se aproximam a fim de atender a funcionalidade, efetividade e aprimoramento da função jurisdicional.

O processo então assume o caráter de instrumento através de um processo justo e eficaz cujo escopo é a satisfatividade da pretensão de direito material tendo em vista a pacificação social através da efetividade da tutela jurídica.

3.1 Efetividade e Segurança Jurídica

Entre os direitos e garantias individuais elencados pela Constituição da República, a *segurança* está expressamente mencionada na redação do *caput* do seu artigo 5º, ao lado de direitos fundamentais do porte do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade,²⁰⁸ direitos estes que, sem os quais, não se pode sequer cogitar a existência dos demais.

O privilégio de sua localização no texto constitucional eleva ainda a questão da *segurança* ao status de cláusula pétreia arrolada no parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição.²⁰⁹

Apesar de o texto constitucional falar tão-somente em *segurança* dos brasileiros e estrangeiros residentes no País, essa deve ser vista além do aspecto da segurança física, ou seja, compreende também a segurança jurídica, com

208 “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, nos termos seguintes: [...]”

209 “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]”

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.”

destaque, conforme mencionado no voto do Ministro Lewandowsky²¹⁰ na questão da fidelidade partidária, em sede de Mandado de Segurança nº 26.603-1, do Distrito Federal, para a segurança político-institucional, vez que, ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável do Estado de Direito.

Nessa conjuntura, a segurança jurídica constitui-se não só em condição fundamental da pessoa humana, mas, ao mesmo tempo, em princípio fundamental da ordem jurídica estatal, incluindo-se aí a ordem jurídica internacional, haja vista as diversas manifestações deste princípio nos diversos documentos supranacionais.²¹¹

E não poderia ser de outra forma porque, considerando-se o contexto axiológico da Constituição, a *segurança* ali prevista deve resguardar o indivíduo como um todo.

Para Jorge Reinaldo Vanossi *segurança jurídica é o “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”*.²¹²

Essa necessidade inerente ao homem enquanto um ser social, e cujas ações são limitadas pelo Estado, requer-lhe seja garantido um mínimo de segurança, que nas palavras de J. J. Gomes Canotilho²¹³ implica em segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, daí se considerar como elementos constitutivos do Estado de Direito os princípios da segurança

210 “Em primeiro lugar cumpre assentar que no ápice da hierarquia axiológica de todas as constituições figuram alguns princípios, explícitos ou implícitos, identificados pelo festejado jurista alemão Otto Bachoff como preceitos de caráter pré-estatal, supralegal ou pré-positivo, que servem de paradigmas às demais normas constitucionais, que não podem afrontá-los sob pena de nulidade. Dentre tais princípios sobressai o valor “segurança”, que alicerça a gênese da própria sociedade. Com efeito, pelo menos desde meados do século XVII, a partir da edição do Leviatã de Thomas Hobbes, incorporou-se à Teoria Política a idéia de que, sem segurança, não pode existir vida social organizada, passando a constituir um dos pilares sobre os quais se assenta o pacto fundante do Estado, inclusive para legitimar o exercício da autoridade. Em nosso texto constitucional, esse valor encontra abrigo em locus privilegiado. De fato, dentre as cláusulas pétreas listadas no artigo 60, § 4º, da Carta Magna sobressai a especial proteção que o constituinte originário conferiu aos direitos e garantias individuais, em cujo cerne encontram-se o direito à vida e à segurança, expressamente mencionados no caput do art. 5º, sem os quais sequer se pode cogitar do exercício dos demais. E por segurança, à evidência, deve-se compreender não apenas a segurança física do cidadão, mas também a segurança jurídica, com destaque para a segurança político-institucional. Ainda que a segurança jurídica não encontre menção expressa na Constituição Federal, trata-se de um valor indissociável da concepção de Estado de Direito, “já que do contrário” - como adverte Ingo Wolfgang Sarlet - “também o ‘governo de leis’ (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniqüidades” (...). A segurança jurídica, pois, insere-se no rol de direitos e garantias individuais, que integram o núcleo imodificável do Texto Magno, dela podendo deduzir-se o subprincípio da proteção na confiança nas leis, o qual, segundo Canotilho, consubstancia-se “na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesiva da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”. Para o constitucionalista português, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança significam que “o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas” (Disponível em <http://www.stf.gov.br/aequivo/cms/noticiaNoticiaSTF/anexo/ms26603> >Acesso em 30/10/2009).

211 SARLET, Ingo Wolfgang, Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, p.296, IN: **Constituição e democracia**: estudos em homenagem ao prof. J.J.Canotilho. BONAVIDES. Paulo, MARQUES DE LIMA; Francisco Gersón, BEDÊ; Faya Silveira(org.), São Paulo:Malheiros, 2006.

212 VANOSSO, Jorge Reinaldo A., **El estado de derecho en el constitucionalismo social**, Buenos Aires: Universitária, 1982, p. 30.

213 In **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

jurídica e da confiança do cidadão.

Pode-se dizer então que a *segurança jurídica* se constitui como uma parcela dos anseios humanos no sentido de adaptar o futuro de forma previsível, concedendo ao indivíduo um sentimento de tranquilidade e paz que alicerça a formação da própria sociedade dentro do Estado de Direito, inclusive, para legitimar o exercício da autoridade.

À primeira vista, parecem opostas as idéias de efetividade do processo e a de segurança jurídica, muito embora ambas se insiram no atual escopo do direito processual. Enquanto por um lado se busca no processo judicial uma decisão em um tempo razoável (muitos o dizem célere), por outro, e, ao mesmo tempo, se visa a segurança jurídica na defesa do direito dos litigantes.

Daí a aparente incompatibilidade da celeridade processual, própria para se obter a efetividade da tutela judicial, com a observância do devido processo legal, posto que a rapidez do procedimento pode (porém, não necessariamente) implicar no atropelamento da ampla defesa e contraditório.

Se de um lado, a morosidade processual representa a perda no tempo do direito pretendido, de outro, a pressa processual pode resultar na inobservância do devido processo legal, ferindo de morte a segurança jurídica das relações processuais.

De outro ângulo, impõe-se reconhecer que a efetividade está intrinsecamente ligada à segurança jurídica, já que a não efetividade da tutela judicial implica necessariamente em ofensa dessa segurança.

Assim é certo que dentro dos novos contornos que o direito processual vem assumindo enquanto um poderoso instrumento ético voltado a servir à sociedade e ao Estado²¹⁴, é imprescindível harmonizar a efetividade com a segurança jurídica.

Cândido Dinamarco²¹⁵ afirma que a efetividade do processo ajusta-se à segurança jurídica, enquanto fator de planificação da paz social, atendendo-se, dessa forma, ao escopo principal do processo.

A questão remete ao fato de que cabe ao Judiciário julgar os casos que lhe são apresentados, conferindo-se ampla liberdade interpretativa aos juízes que devem

214 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do processo em face da fazenda pública*, São Paulo: Dialética, 2003. p. 17

215 Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. Ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 237.

fazê-la, entretanto, dentro de exigências legais limitativas, respeitando-se o texto constitucional ao qual estão fundamentalmente ligados, visando garantir assim a estabilidade, certeza e segurança jurídica aos jurisdicionados.

No campo específico do direito processual, conforme visto em capítulo anterior neste trabalho, o *princípio do devido processo legal* exsurge com a função heróica de salvaguardar a indispensabilidade de todas as garantias e exigências inerentes ao processo, de modo que ninguém poderá sofrer as conseqüências de atos sem a realização dos pressupostos legais para tal.

Estendido ao plano do direito constitucional impôs-se ao *devido processo legal* uma versão do princípio no campo do direito material atuando como um crivo para o controle da razoabilidade das leis e dos atos administrativos sob a forma do *substantive due process*, ou seja, emergiu dentro desse novo conceito a necessidade de que uma decisão seja substancialmente devida.

A exemplo do *devido processo legal* enquanto princípio base sobre o qual todos os outros se sustentam, o *princípio do devido processo legal substantivo* é também aplicável a todos os tipos de processo e limita o exercício do poder apesar de autorizar o julgador a questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões do Estado, o que deve ser feito em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.²¹⁶

À vista desses limites que freiam a interpretação constitucional impõe-se a objetividade das decisões judiciais que devem respeito às normas legais, tudo em prol de conferir segurança jurídica às decisões incidentes sobre os direitos do cidadão, dando a este a certeza de poder confiar seja no próprio ordenamento positivo seja no Poder que o aplica.

Assim, não se pode pensar na celeridade processual como obrigatória rapidez do processo, posto que essa, na verdade, ao ser prevista através do princípio da *razoável duração do processo*²¹⁷ é o direito a uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado, revestido, obviamente, da segurança jurídica.

Com efeito, o direito à razoável duração do processo, não é o mesmo que

216 DIDIER Jr.. Fredie, **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. V 1, 9. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPODIVM, 2008.p.34. Nesse sentido, colhe-se também o ensinamento de Paulo Henrique dos Santos Lucon. **Devido processo legal substantivo**. Disponível: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>Acesso em 29/10/2009

217 vide inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal/1988

direito ao processo rápido.

Origina-se do princípio do *devido processo legal substancial*, sendo desenvolvido sob a ótica do valor igualdade, pelo qual se busca uma classificação materialmente igualitária do ônus processual advindo da ponderação entre efetividade e segurança à vista do princípio da proporcionalidade.

Conclui-se por todo esse raciocínio que não se pode distanciar a verdadeira *efetividade da tutela judicial da segurança jurídica*, sob pena de se obter tão-somente uma pseudo-efetividade, totalmente ilusória, que em pouco tempo levaria ao caos sócio-jurídico, talvez numa proporção maior do que se restasse como certa e pacificada a inefetividade do processo brasileiro, já que ao jurisdicionado, se assim fosse de fato reconhecido, caberia se conformar com o “direito ao nada”.

Enfim, conferir efetividade do processo sem segurança jurídica seria conceder ao cidadão o “ouro dos tolos” dentro do sistema processual-constitucional brasileiro.

3.2 Efetividade da Tutela Judicial *versus* Prerrogativas da Fazenda Pública

Como não poderia deixar de ser na presente dissertação, o tema remete à questão das prerrogativas da Fazenda Pública quanto aos seus efeitos em face da efetividade da tutela judicial.

Daí a indagação comum na seara jurídica acerca da possibilidade do processo atingir todo o seu potencial de efetividade quando a Fazenda Pública se encontra em um dos pólos da ação, sem que, apesar das prerrogativas processuais que lhe são concedidas, ofenda os princípios constitucionais do processo, seja desde o acesso a tutela judicial, garantindo-se a isonomia, a razoável duração do processo, até a efetividade da tutela jurisdicional através da execução do resultado.

Não se pode furtar de reconhecer que os diversos dispositivos existentes na legislação processual civil em vigor conferem um tratamento diferenciado à Fazenda Pública em relação ao particular dentro da relação processual, o que acaba por criar verdadeiros óbices à efetividade da prestação jurisdicional.

Desta forma, o fato é que nas causas em que o Poder Público é parte, evidencia-se a olhos nus a impossibilidade de se obter em tempo célere a satisfação

do bem tutelado.

Por outro lado, pode-se ainda perceber que a precariedade da efetividade do processo em face da Fazenda Pública serve como um verdadeiro freio ao acesso à justiça pelo particular, que se vê desmotivado a buscar a tutela de um direito, sabendo de antemão o quão difícil será chegar ao “veredicto final”.

Entretanto, recapitulando a razão da criação das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública, sabe-se que essas se originaram em prol de resguardar o interesse público ante a hipossuficiência do Estado em face do particular.

Porém, passados mais de trinta anos desde a criação dos primeiros dispositivos legais concessores de diferenciação processual da Fazenda Pública, continuam não só mantendo, mas criando esses institutos de *discrimen*, apesar da nova visão constitucional em relação ao processo e obrigatória autossuficiência (e eficiência) da Administração Pública.

Importa reconhecer que essas prerrogativas funcionam na maioria das vezes como “muletas” em face da suposta deficiência da Administração Pública, a qual não pode mais continuar sustentando eternamente a manutenção de suas diversas prerrogativas, seja no âmbito administrativo, seja processual, sob o pálio de sua “hipossuficiência” em relação ao particular, isso porque, ao se erigir a *eficiência administrativa* ao status de princípio constitucional, o legislador constituinte pretendeu a formação de uma Administração mais ágil e desburocratizada, conferindo direitos aos usuários dos diversos serviços prestados, inclusive, por seus delegados, estabelecendo obrigações efetivas aos prestadores.²¹⁸

Resta então reconhecer que o binômio *segurança jurídica e efetividade da tutela judicial* acabam sofrendo as conseqüências de um Estado que se vale de elementos protecionistas em detrimento de seus cidadãos e, pior, em nome desses mesmos cidadãos.

Pode-se depreender disso, quão larga e amplamente deve ser analisada a questão da segurança jurídica e efetividade do processo quando o litígio envolve o ente público.

218 CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de direito administrativo*, 17. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 23.

Não se deve afastar a idéia de que num Estado Democrático de Direito, é imprescindível não permitir a insegurança jurídica nas relações, mesmo que, e, principalmente, essas relações se dêem com o próprio Estado.

Isso porque a nova face constitucional do processo não admite continuar existindo amplas desigualdades em favor do Poder Público através da concessão de prerrogativas trazidas ao sistema de forma casuística e desarrazoada que acabam se tornando algo contrário à tutela judicial efetiva,²¹⁹ e contrárias aos valores inseridos na Constituição de 1988.

No âmbito jurisdicional, quando uma das partes no litígio envolve a Fazenda Pública, o complexo de garantias entendido como o conjunto de providências instrumentais diferenciadas em favor daquela, são suficientes para gerar o sentimento de utopia da efetividade da tutela judicial.

E na prática, no dia-a-dia das varas fazendárias, pose-se constatar facilmente que as lides têm uma existência longa, que, na maioria das vezes, sobrevivem ao próprio interessado, muito embora falte um levantamento estatístico oficial sobre a resposta do cidadão ante essas causas.

Obviamente não se pode atribuir essa responsabilidade tão-somente à existência das prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Existem mazelas no âmbito do Poder Judiciário que contribuem sensivelmente com a dificuldade do litígio, sejam de ordem sistêmica, estrutural, de gestão dos recursos públicos, seja de ordem moral.

Assim, a morosidade do processo é um mal que aflige todo o Judiciário, de modo que, se esses problemas não dizem respeito somente às Varas da Fazenda Pública, pode-se concluir que a causa de se evidenciar uma maior demora na resolução dos conflitos fazendários comparativamente às demais varas judiciais, é a existência das suas prerrogativas processuais.

Muitos doutrinadores defendem a manutenção dessas prerrogativas para o fim de se resguardar o *interesse público* através da isonomia material, necessária para se equilibrar a relação jurídica ente o ente público e o particular no processo.

219 VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 316

Porém, não se pode esquecer que, quando uma “prerrogativa processual” assume o caráter de um “privilégio processual”, a vítima converte-se no próprio *interesse público*, ou seja, é o interesse de todos que está sendo afrontado.

Mesmo que se pudesse reconhecer a necessidade de algumas das prerrogativas processuais como forma de a Fazenda desenvolver um “ritmo possível” à sua atividade em juízo,²²⁰ impõe-se ponderar a real precisão de cada um desses benefícios, avaliando a proporcionalidade e razoabilidade entre o real alcance dos interesses que visam resguardar.

A crescente desnecessidade da manutenção das prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública reside na própria ordem constitucional em sede do *princípio da eficiência administrativa*, abordado no Capítulo III deste trabalho, pelo qual, a Administração deve se pautar pela concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativos,²²¹ exigindo-se dessa uma atitude positiva para esse fim.

Manter os benefícios processuais sem se observar e avaliar a sua verdadeira necessidade fática e jurídica, nem tampouco adotar alternativas práticas que viabilizem a sua não necessidade, é dotar o princípio da eficiência de um caráter retórico, sem qualquer efeito prático.

Nestes termos, evidencia-se uma verdadeira “contra-reforma” do processo civil, ou seja, colocadas de tal forma, as prerrogativas processuais da Fazenda Pública acabam se tornando algo genuinamente inverso às tão desejadas agilização e efetividade da prestação jurisdicional,²²² surgindo, a partir daí, a responsabilidade do Estado-Juiz de reprimir os excessos praticados pelo Estado-parte, quando este, valendo-se de seu tratamento diferenciado, abusa dessas prerrogativas.²²³

A expectativa do cidadão como consumidor da tutela jurisdicional e, do Estado como prestador desta, ficam feridos de morte ante a existência indiscriminada de prerrogativas processuais em favor do ente público, muitas das quais, conforme

220 Idem, p. 40.

221 FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000, p. 168.

222 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, Idem, p. 27

223 Idem, p. 34

entende Cássio Scarpinella Bueno, sequer se justificam mais,²²⁴ de modo que, acabam por evidenciar, na verdade, um conflito de valores, já que retiram do Estado, a sua razão de ser, ao argumento singelo da autoproteção, impedindo, ao final que esse cumpra sua função.²²⁵

O aspecto irônico dessa situação evidencia-se no extremo paradoxo em face da intensidade com que o Poder Público se ampara em regras processuais diferenciadas daquelas dispostas aos particulares no momento em que busca afastar-se do modelo público, adotando um modelo privatístico,²²⁶ como se denota das denominadas Reformas Administrativa e Previdenciária, onde se pode tomar de exemplo o fato do regime de emprego privado adotado pela União, conferir a ela, quando em litígio, prazo em dobro para recorrer, remessa obrigatória, precatório, entre outros benefícios.

Não se pode esquecer enfim que é através de uma tutela jurisdicional efetiva que se consegue consolidar a força normativa da Constituição, protegendo-se os direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana.

4 ANÁLISE CRÍTICA DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

Eis que o trabalho finalmente converge para o âmago da questão: a análise das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública quando parte no processo judicial em face dos direitos fundamentais.

Cumpra-se aqui discriminá-las, adotando uma visão crítica, analisando na medida do possível as disparidades existentes em um mesmo processo quando um dos litigantes é a Fazenda Pública e, num exercício dialético, questionar-se a admissibilidade ou tolerância no Estado Democrático de Direito de tantas desigualdades, principalmente, como se disse, sob a perspectiva dos Direitos

224 In *O poder público em juízo*, 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008, p. 320.

225 QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati de, *Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000, p. 95 e 99

226 “É antiga a idéia política do Estado brasileiro operar com a mesma eficiência das empresas privadas, idéia essa que ainda sobrevive em pleno século XXI, buscando-se na regulação do modo de produção em busca da eficiência, que, no caso do setor público, assume o objetivo de colocar à disposição da sociedade o melhor serviço, baseada em fórmulas privatísticas. Nesse patamar de objetivos, ex vi do contrato de gestão na Administração Direta, mantido com o setor privado para formação de parcerias, que fixa os compromissos e as obrigações das partes – Poder Público e Organização Social, atua como veículo que legitima a transferência da gestão pública para a iniciativa privada, mediante a estipulação de um programa de trabalho e a fixação de metas e critérios objetivos de avaliação previamente definidos. Tudo em nome da eficiência do modelo privado de gestão”. (DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*. 17. ed., atual., São Paulo: Atlas, 2004, p. 290-293)

Fundamentais positivados, de forma explícita e implícita, na Constituição Federal de 1988.

Não há como esquecer que a despeito de ser regido por uma Carta Constitucional de Primeiro Mundo, o Estado Brasileiro ainda enfrenta problemas atinentes a um país em desenvolvimento,²²⁷ tal e qual se situa no cenário mundial, com graves problemas de ordem estrutural na Administração Pública refletidos na seara judicial quando sua presença é exigida em um dos pólos do processo.

Dessa situação ainda caótica decorre o abarrotamento do Judiciário através de uma grande quantidade de ações, o que acaba ferindo, entre outros fatores, a exigência constitucional da efetividade processual, já que não há como evitar essa interferência na duração razoável do processo, inserta no artigo 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal.

A busca pela efetividade acaba contrastando com o interesse público, sob o qual se respalda a concessão das inúmeras prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública como o meio encontrado de superar as deficiências estruturais da Administração.

O fato é que a existência de prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública em juízo aliada à própria falta de estrutura administrativa do Judiciário afetam os Direitos Fundamentais do Processo que por sua vez, confrontam linearmente o respeito à dignidade humana numa sociedade eivada de problemas sociais, carente de direitos básico como a educação, saúde, saneamento, segurança pública, enfim, de direitos sociais explícitos na Constituição.

Assim, impõe-se uma solução para a demora na prestação jurisdicional e dar ao jurisdicionado o que de direito é seu.

Este capítulo do trabalho pretende fazer um estudo das principais prerrogativas processuais da Fazenda Pública, observando se, de fato, dificultam a efetividade da

227 Um país em desenvolvimento possui um padrão de vida relativamente baixo, uma base industrial em desenvolvimento e um [índice de desenvolvimento humano](#) variando de médio a elevado. Normalmente esta denominação é utilizada para referenciar países com grau de desenvolvimento intermediário, situados abaixo do nível dos países desenvolvidos, mas em estágio superior se comparados com os [países menos desenvolvidos](#) do mundo. Este termo tende a substituir termos anteriores; como a designação [Terceiro Mundo](#), utilizada durante o período da [Guerra Fria](#) para referenciar os países não desenvolvidos de economia [capitalista](#). Outra nomenclatura utilizada é país emergente, denominação dada aos [países](#), outrora considerados no [Terceiro Mundo](#), que se industrializaram e continuam a se desenvolver, como a [África do Sul](#), a [Argentina](#), o [Chile](#), o [México](#), a [Turquia](#) e o grupo conhecido como [BRIC \(Brasil, Rússia, Índia e China\)](#). Em 2003 foi criado o [G20](#) que uniu os 20 maiores países emergentes do mundo, afim de fortalecer a economia dos mesmos e fazer frente ao [G8](#), o grupo dos oito [países mais desenvolvidos](#) do mundo. (disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pa%C3%ADs_em_desenvolvimento> Acesso em 24/08/2009)

tutela judicial, bem como ainda se, são na verdade, nefastas não só ao jurisdicionado, mas a toda sociedade, hábeis a atingir, no final, o próprio interesse público.

4.1 Os Prazos Dilatados

Os artigos 188²²⁸ e 277, parte final, ambos do Código de Processo Civil concedem de forma expressa à Fazenda Pública o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer,²²⁹ respectivamente, encerrando a disposição ali contida uma norma de caráter excepcional, interpretada literalmente, ou seja, não alcança os demais atos processuais.²³⁰

O alcance do dispositivo em relação às autarquias e fundações públicas foi fixado pelo legislador ordinário com a edição da Lei nº 9.469/97, que em seu art. 10 disciplina: “aplica-se às autarquias e fundações públicas o disposto nos artigos 188 e 475, caput, e no seu inciso II, do Código de Processo Civil”.

Essas entidades gozam de igualdade de privilégios, o que certamente motivou tal disciplina legal, que só veio depois de reiterados julgados no sentido de estender às autarquias e às fundações públicas a prerrogativa da dilação do prazo processual,²³¹ o que não ocorre, entretanto, com as sociedades de economia mista e as empresas públicas, conforme entendimento pacificado.²³²

Em face do direito comparado existem também na legislação estrangeira normas semelhantes à do art. 188 do Código de Processo Civil Brasileiro. É o caso de Portugal, cujo Código de Processo Civil em seu art. 486, 3.º, concede ao Ministério Público, dilação de prazo para contestar até o máximo de seis meses,

228 Juvêncio Vasconcelos Viana lembra, que “A regra da dilatação dos prazos de resposta e recurso também se dirige ao Ministério Público. Quanto a esse, não obstante a literalidade do art. 188, CPC, que fala em parte, tem-se entendido que a prerrogativa alcança as situações em que este atua como fiscal da lei” In **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p.27.

229 Vide também STJ Súmula nº 116 - 27/10/1994 - DJ 07.11.1994 - A Fazenda Pública e o Ministério Público têm prazo em dobro para interpor agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça.

230 CUNHA. Leonardo José Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**. 7. ed., São Paulo: Dialética. 2009, p.40

231 Conforme a doutrina de Vicente Greco Filho “o fundamento extralegal do benefício está na especial proteção que a lei dá, em várias passagens, à Fazenda Pública, em virtude dos interesses que defende e das dificuldades burocráticas de atuação” In **Direito processual civil brasileiro**, v.2, 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.. p. 25.

232 José dos Santos Carvalho Filho deixa claro o objetivo da instituição das sociedades de economia mista e empresas públicas ensinando que são criadas com o objetivo precípuo de permitir ao Estado a exploração de atividades de caráter econômico, sendo “verdadeiros instrumentos de atuação do Estado no papel de empresário” (In **Manual de direito administrativo**, 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p.431.)

devendo o órgão demonstrar a necessidade na obtenção do benefício, enquanto que na Argentina, o art. 338, segunda parte, do seu Código de Processo Civil, concede à Fazenda Pública o prazo em quádruplo para a contestação salientando, contudo, que o benefício somente é dado para a Fazenda Nacional.²³³

A prerrogativa da dilatação do prazo é tradicional do direito processual brasileiro, tendo sido combatido, por vezes, pela doutrina, onde muitos juristas defendem que o artigo 188 do CPC, vigente desde 1973, não mais está em consonância com os tempos atuais e colide com regras e princípios maiores.

Entretanto, em que pese a opinião de parte dos operadores do direito que defendem a exclusão desse benefício em prol da violação ao princípio da isonomia, resta consolidado pela jurisprudência e doutrina majoritária o entendimento da necessidade da manutenção dessa prerrogativa, sob cuja ótica, assegura, na verdade, a isonomia material.

Nesse sentido, entendem que a vasta demanda de ações judiciais contra os entes públicos e a complexidade da atuação dos órgãos públicos, tornaria praticamente inviável a resposta tempestiva da Fazenda Pública no prazo comum concedido ao particular, de modo que a juntada de provas para formulação de sua defesa pelos procuradores fazendários é conseqüentemente morosa e deficiente dentro de um sistema ainda reconhecidamente burocrático.²³⁴

A doutrina majoritária entende imprescindível a existência de prazo dilatado para a Fazenda Pública em razão da ineficiência da máquina estatal em fornecer aos advogados públicos, tempestivamente, os subsídios necessários à boa defesa judicial dos entes públicos, conforme afirma Pedro Batista Martins:

Não é como a muitos se afigura, um privilégio antidemocrático, a ampliação do prazo em favor dos advogados da União e dos Estados. As fontes de informações a que têm de recorrer os respectivos procuradores são, em regra, repartições ou departamentos administrativos sujeitos à observância de certas formalidades regulamentares, que retardam a preparação da defesa dos interesses daquelas entidades jurídicas. Reduzir os prazos, em

²³³ NERY JÚNIOR, Nelson. O benefício de dilatação do prazo para o ministério público no direito processual civil. *Revista de Processo*, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun.1983, p. 109-156. No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda pública em juízo*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 113.

²³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de processo civil*. Tomo III 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 147. No mesmo sentido: NERY JÚNIOR, Nelson. O benefício de dilatação do prazo para o ministério público no direito processual civil. *Revista de Processo*, n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun, 1983, p. 109-156,

tais casos, seria impossibilitar a defesa dos interesses coletivos, representados pela União e pelos Estados.²³⁵

Outros juristas, como Egas Dirceu Moniz de Aragão, até entendem necessária a prerrogativa, ainda que a considerem um verdadeiro privilégio:

Embora constitua regalia, que o anteprojeto tencionava abolir, em verdade a Administração Pública depende de um complicado e emperrado mecanismo burocrático, que não funciona com a rapidez necessária a possibilitar a seis advogados contestarem no prazo normal de 15 dias. A coleta de documentos e demais informações, necessárias à defesa do Estado, consome tempo e exige paciência.²³⁶

Como visto, a maior parte do entendimento doutrinário se volta para a necessidade da manutenção de prazo dilatado para a Fazenda Pública ante a falta de eficiência do aparelho estatal a fim de equilibrar a relação processual dessa para com o particular, apesar da exigência constitucional adotada pelo inciso LXXVIII acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 cuja premissa maior é a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.²³⁷

Entretanto, cumpre-se observar que não obstante se evidenciar majoritário o entendimento em torno da coexistência do princípio da igualdade e da prerrogativa processual de concessão de prazo dilatado para a Fazenda Pública,²³⁸ impõe-se analisar a questão também sob o prisma do princípio da efetividade processual.

A duração razoável do processo, inserta no artigo 5º, LXXXVIII, da Constituição Federal é pressuposto à efetivação da tutela judicial. Em conseqüência, importa questionar se a ampliação do prazo processual concedido à Fazenda Pública exerce

²³⁵ MARTINS, Pedro Batista, **Comentários ao CPC**, vol.1, Rio de Janeiro: Forense, 1940, p.128.

²³⁶ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**, V. II, 10a. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005. p. 121.

²³⁷ CARVALHO FILHO. José dos Santos, **Manual de direito administrativo**, 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007, p. 23-25.

²³⁸ Informativo n. 143 - STF, À vista do princípio da razoabilidade, o Tribunal, por maioria, entendeu que a norma inscrita no art. 188 do Código de Processo Civil, na redação anterior à MP 1.798-2/99, é compatível com a CF/88 (CPC, art. 188: "Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."). Com esse fundamento, o Tribunal, por maioria, rejeitou preliminar de intempestividade do recurso extraordinário interposto pela União Federal, vencido o Min. Marco Aurélio, que a acolhia, declarando, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da referida norma por ofensa aos princípios da isonomia e do devido processo legal. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, em virtude da existência de dissídio entre as Turmas, por maioria, conheceu dos embargos de divergência e os recebeu, reiterando a decisão proferida no julgamento do RE 187.436-RS (DJU de 31.10.97), no qual prevaleceu o entendimento no sentido da constitucionalidade das majorações de alíquotas da contribuição para o FINSOCIAL devida pelas empresas dedicadas exclusivamente à prestação de serviço (arts. 7º da Lei 7.787/89, 1º da Lei 7.894/89 e 1º da Lei 8.147/90). Vencido o Min. Marco Aurélio, que deles não conhecia e, quanto ao mérito, os rejeitava. RE (EDv-EDcl) RE 194.925-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 24.3.99.

realmente um inevitável retardo no andamento do processo.

Francisco Glauber Pessoa Alves entende ser a dilação de prazo causa ensejadora da morosidade da prestação jurisdicional, assim dispondo: *“Além disso, por seu turno, acaba por atentar contra os valores absorvidos pelo ordenamento (o acesso à justiça no tempo mais rápido)”*.²³⁹

Dentro dessas premissas, a análise da manutenção da dilatação dos prazos enquanto prerrogativa da Fazenda Pública enseja uma ponderação dos valores envolvidos haja vista a questão do interesse público que envolve a matéria.

A eventual eliminação do benefício da dilação dos prazos processuais para a Fazenda Pública apesar de ensejar aparente agilidade à prestação jurisdicional, no que diz respeito à duração razoável do processo, pode ocasionar sérios problemas aos procedimentos, tornando-os, talvez, bastante mais complicados em razão da impossibilidade de defesa plena do ente público, decorrente, principalmente, pela ausência de todos os documentos necessários ao deslinde da causa por morosidade dos entes estatais, conseqüência direta da conhecida burocracia destes.

Na conjectura atual do sistema da Administração Pública, falar-se em eliminação da prerrogativa ora discutida pode ensejar evidente prejuízo ao interesse público.

No entanto, a manutenção dessa prerrogativa a fim de se resguardar a isonomia na relação processual só se faz necessária ante o não atendimento da Administração da exigência constitucional de um aparelho estatal eficiente. Uma coisa leva à outra, se tornando um círculo vicioso onde a prerrogativa se torna um paliativo à ineficiência do Estado que se acomoda à situação, tendo como maior prejudicado o jurisdicionado e em âmbito maior, o próprio interesse público.

Numa análise dos prós e contras da exclusão ou manutenção da prerrogativa da dilação dos prazos concedidos à Fazenda Pública em juízo, dentro do sistema atual, pode-se observar que expurgá-la do sistema no atual contexto estrutural da Administração, promoverá verdadeiro risco à segurança jurídica (não que a celeridade seja inversamente proporcional à segurança jurídica – fala-se aqui

239 ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 66.

levando em conta a presente conjectura estrutural da Administração brasileira), e, conseqüentemente, a um processo e solução justos.

Não se pode esquecer a dificuldade dos procuradores em confeccionar suas defesas (cujo número de cargos são insuficientes para atender a demanda real), e toda a burocracia por eles enfrentada ante a necessidade de coleta de provas, documentos e informações junto a outros órgãos da Administração, levando-se em consideração a enormidade dos negócios do Estado.

Assim, numa análise pura dentro do que prevê a Constituição, o disposto no art. 188, do Código de Processo Civil, fere princípios constitucionais do processo, que, à primeira vista prejudica o particular no litígio contra o ente público, principalmente se, se comparar a modernização da estrutura administrativa atual à existente no século passado, onde se evidencia que o Estado modificou bastante sua estrutura funcional, pelo que, diante dos avanços observados, não pode ser considerado um ser totalmente deficiente, seja sob os aspectos técnicos, seja sob os aspectos humanos.

4.2 Desnecessidade de Adiantamento das Despesas Processuais

Ao intitular a seção III "Das despesas e multas", o Código de Processo Civil, em seus artigos 19 até o 35, parece deixar claro que 'multas' não são 'despesas processuais', mas penalidades por ilícitos praticados no processo.

Todavia, conforme entendem Pontes de Miranda²⁴⁰ e Amaral dos Santos,²⁴¹ toda sanção de natureza pecuniária não deixa de constituir uma despesa.

Na verdade, 'despesas processuais' é uma expressão genérica, e dela só se pode dizer, também em termos genéricos, que são gastos incorridos pelas partes no processo,²⁴² reembolsáveis ou não, pagos pelas partes para a propositura e

²⁴⁰ "As despesas compreendem as custas, os honorários dos advogados, as multas às partes...".(Comentários ao código de processo civil, Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 248).

²⁴¹ "despesas processuais compreendem todos os gastos que se fazem com e para o processo, desde a petição inicial até a sua extinção. São despesas inerentes ao processo, correspondentes aos atos do processo e devidas ao Estado, aos sujeitos da relação processual, tanto principais como secundários, auxiliares do juízo e a outras pessoas que colaboram no desenvolvimento daquela relação". (Primeiras linhas de direito processual civil. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 300).

²⁴² LARA, Valdir de Resende. Natureza jurídica das despesas processuais. *Revista de Processo*, n. 46. Rio de Janeiro: Forense., p. 215.

andamento do processo, tais como as custas judiciais e os emolumentos dos serventuários (cobradas de acordo com o respectivo Regimento do Tribunal), honorários referentes à confecção de perícias, avaliações e traduções, o pagamento de diligência dos oficiais de justiça, o pagamento de condução e das diárias das testemunhas, dentre outros no regular andamento do feito.

Como norma geral, o artigo 19, *caput*, do Código de Processo Civil, dispõe que:

Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até a sentença final; bem ainda, na execução, até plena satisfação do direito declarado pela sentença.

Por sua vez, o artigo 27 do Código de Processo Civil estabelece algumas exceções sobre o supracitado artigo 19, ao dispor que “*As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido*”.

Leonardo José Carneiro da Cunha²⁴³ lembra que não se trata propriamente de uma isenção das despesas processuais, mas tão-somente de seu não adiantamento quando o requerente for a Fazenda Pública ou o Ministério Público, que serão pagas ao final, se vencida.

Ademais, resta assentado o entendimento de que a isenção de que goza a Fazenda Pública compreende somente custas, emolumentos e contribuições, não se estendendo às despesas das diligências externas que requerer a bem de seus interesses, de modo que ordenada a perícia pelo Juiz, de ofício, a autora, ainda que a Fazenda, não se pode esquivar do depósito prévio do salário do perito, *ex vi* da Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça.²⁴⁴

Esta exigência, apesar de parecer o contrário, na verdade, não pode ser vista de forma como ofensiva a regra estabelecida pelo art. 27 do Código de Processo Civil, nem tampouco em relação a norma que isenta a Fazenda Pública das custas, já que essa isenção diz respeito apenas ao pagamento das custas, emolumentos e

243 CUNHA. Leonardo José Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., São Paulo: Dialética. 2009, p. 121.

244 Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º. 232. Execução Fiscal – Fazenda Pública – Honorários de Perito – Depósito Prévio – Exigibilidade – Súmula. A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

contribuições previdenciárias, não se estendendo às despesas das diligências externas que requeira a Fazenda a bem de seus interesses ou determinadas de ofício pelo Juiz.

Há que se considerar ainda que, na maior parte das vezes, em face da União, dos Estados e do Distrito Federal, com exceção da Fazenda Municipal, o credor das custas processuais que seriam devidas e cobradas no início da demanda, é a própria Fazenda Pública, de modo que, conforme lembra Juvêncio Vasconcelos Viana, não é *“razoável a imposição do ônus de recolhimento das custas para si mesma”*,²⁴⁵ caso se faça uma análise da Administração Pública como um todo.

Vários doutrinadores, como os citados acima, defendem em prol da necessidade dessa prerrogativa, questões de ordem prática haja vista a burocracia da máquina administrativa para a liberação da verba necessária ao pagamento das despesas processuais, o que proporcionaria o prejuízo do direito de acesso ao Judiciário, que deve ser assegurado ao ente público, de modo que ao dispensar o adiantamento de custas, mormente nas ações de caráter coletivo, a *mens legis* está na verdade, facilitando a tutela jurídica dos interesses transindividuais.

4.3 Dispensa de Preparo nos Recursos

Trata-se da isenção de efetuar o pagamento das despesas processuais quando legalmente exigíveis correspondentes ao recurso interposto, conforme disposto pelo parágrafo primeiro do Artigo 511 da Lei Processual Civil,²⁴⁶ pressuposto imprescindível do particular como condição para recorrer sob pena de deserção, e, conseqüente inadmissibilidade do recurso.

Além de a Fazenda Pública estar dispensada de preparo para interpor recursos no processo civil, evidencia-se da norma inserta no art. 1º-A da Lei 9.494, de 10.09.97, com a redação dada pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001, que *“estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais”*, sendo inegável que tal dispensa se aplica aos recursos previstos no âmbito do processo

²⁴⁵ VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do processo em face da fazenda pública*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 28.

²⁴⁶ In verbis: Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. ([Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#)) § 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. ([Parágrafo único renumerado pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998](#))

civil, até porque o dispositivo está encartado em lei que trata primordialmente de processo civil.

Assim, a dispensa prevista no art. 1º-A, da Lei 9.494, de 1997, direciona-se também (ou justamente) para o depósito previsto no parágrafo único do artigo 538 e Parágrafo 2º do artigo 557, ambos do Código de Processo Civil.

Muitas são as divergências doutrinárias acerca da existência dessa prerrogativa.

Considerando-se que o preparo é pressuposto de admissibilidade do recurso interposto e o seu não recolhimento implica na deserção do apelo, ônus suportado tão somente pelo ente privado, boa parte da doutrina aponta como injusto o tratamento dispensado à Fazenda Pública em detrimento do particular, à vista, inclusive, de que não se trata de um adiamento, mas de uma *isenção* propriamente dita.

Há quem o diga, no entanto, ser a benesse em questão imprescindível à ampla defesa do ente estatal em prol do interesse público sob o amparo da isonomia material.

Mas é relevante que se diga que sob uma visão lógica e de prática comum esse benefício acaba por fomentar a condenável prática da interposição de recursos meramente procrastinatórios pelo ente público. O recurso pelo recurso.

A facilidade para a interposição de recursos em face da inexigibilidade do preparo acaba por animar os procuradores fazendários a estenderem suas causas até as últimas instâncias, independentemente do bom direito perseguido pelo particular.

Pode-se notar então, que a prerrogativa em tela, de fato, constitui-se como uma afronta ao princípio da isonomia, tornando a dispensa do preparo um verdadeiro “privilégio” da Fazenda Pública, dificultando a efetividade da tutela judicial.

4.4 Remessa Obrigatória

Cumpra-se aqui analisar algumas das inúmeras controvérsias e implicações geradas no mundo jurídico em face desse instituto de natureza jurídica tão peculiar.

Tradicional do direito brasileiro e sem correlativo no direito comparado, de tal forma que apontado por J. M. Othon Sidou como “uma figura exótica na processualística, no tempo e no espaço”,²⁴⁷ o duplo grau obrigatório era conhecido anteriormente como “apelação *ex officio*” em razão de sua interposição obrigatória pelo juiz, evidenciando aspectos intrigantes dessa nomenclatura, seja por se entender essa remessa dos autos ao tribunal como um verdadeiro “recurso”, devolvendo-se à matéria do processo a uma segunda apreciação, seja por esse “recurso” ser interposto pelo próprio juiz prolator da sentença como se insatisfeito estivesse de sua própria decisão ao final da instrução,²⁴⁸ além de impor-lhe competência exclusiva das partes interessadas no feito.

O atual Código de Processo Civil, vigente desde 1973, manteve o instituto, mas retirou-lhe o aspecto recursal, dispondo-o no capítulo referente à sentença e coisa julgada, e, impondo às decisões proferidas contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, o seu reexame pelo tribunal respectivo como condição de eficácia da sentença, conforme reconhecido e admitido pela Súmula 423 do STF, segundo a qual, “*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege*.”²⁴⁹

A remessa obrigatória foi criada sob o argumento da incidência do interesse público que reveste a matéria discutida no processo em razão da preocupação de impedir a execução provisória contra a Fazenda Pública enquanto uma decisão desfavorável não tiver sido afirmada e reafirmada pelo Judiciário, como indubitável forma de garantia desse interesse maior.²⁵⁰

Ressalte-se que as decisões proferidas contra a Fazenda Pública e submetidas

247 J.M.Othon Sidou, **Processo civil comparado-histórico e contemporâneo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 302; Nesse mesmo sentido depreende-se da doutrina de Odilon de Andrade, **Comentários ao código de processo civil**, Vol.IX, Rio de Janeiro: Forense, 1946, p.162; e Paulo Henrique dos Santos Lucon, **Eficácia das decisões e execução provisória**, São Paulo: RT, 2000, p. 263.

248 Idem, p. 128.

249 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**. 7. ed., São Paulo: Dialética. 2009, p.193-198.

250 CIANCI, Mirna. **O reexame necessário na atual reforma processual (Lei nº 10.352/01)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2913>>. Acesso em: 25 maio 2009.

ao reexame necessário, compreendem apenas as de julgamento de mérito. Não há duplo grau obrigatório, portanto, nos casos em que o processo se extingue por meio de sentença terminativa, ainda que vencida, em tal hipótese, a Fazenda Pública.²⁵¹

Embora decorra do princípio constitucional do devido processo legal, o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra previsto como garantia absoluta,²⁵² razão pela qual existem casos que não se submetem a um novo julgamento.

A primeira idéia que se tem acerca da natureza jurídica da remessa obrigatória é remanescente do antigo Código de Processo Civil de 1939, apontando-a como uma espécie recursal, o que rende muita discussão por parte da doutrina, já que há ainda quem defenda tratar-se a remessa obrigatória de uma espécie de recurso.

Apesar das reformas implementadas à legislação processual civil, inspiradas no princípio da celeridade da prestação jurisdicional, no que toca ao instituto da remessa necessária, o legislador preferiu manter a sujeição de algumas sentenças ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

O artigo 475, seus incisos e parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil,²⁵³ bem como outros textos normativos especiais, sujeita ao duplo grau de jurisdição toda decisão primeira que onera a Fazenda Pública, alcançando ainda as autarquias e fundações públicas, impedindo, assim, se processem os efeitos da decisão submetida ao reexame.

Assim, recorrendo ou não das sentenças adversas aos órgãos públicos que os patrocinam, os processos ascendem ao Tribunal.

251 Humberto Theodoro Júnior, Inovações da Lei 10.352, de 26.12.2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre (20): 126-140, nov-dez/2002

252 Marinoni e Arenhart, afirmam que o princípio do duplo grau de jurisdição não está consagrado constitucionalmente, não estando o legislador infraconstitucional obrigado a [...] estabelecer, para toda e qualquer causa, uma dupla revisão em relação ao mérito, principalmente porque a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, garante a todos o direito à tutela jurisdicional tempestiva, direito este que não pode deixar de ser levado em consideração quando se pensa em "garantir" a segurança da parte através da instituição da "dupla revisão". (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: A tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2ª ed. rev., atualizada e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.528).

253 In verbis: Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). [\(Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

§ 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. [\(Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001\)](#)

Por força da Lei nº 10.352/2001, que alterou o disposto no art. 475, do Código de Processo Civil, o reexame necessário não mais alcança as causas em que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60(sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.²⁵⁴

É importante observar que a condenação ou o direito controvertido seja de valor certo, isto é, quando não haja dúvida concernente ao objeto e ao alcance da sentença. No âmbito das sentenças condenatórias é o que se convencionou chamar de liquidez.

Frise-se ainda que a regra aplica-se também às ações declaratórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*, além das que encerram uma condenação vez que o dispositivo é abrangente e trata não só da condenação, mas do direito controvertido.

Da mesma forma, não será aplicado quando a decisão estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, ou em súmula deste Tribunal ou do Tribunal Superior competente.²⁵⁵

Ressalte-se por oportuno que apesar dessa disposição reduzir a incidência do reexame necessário, permite o manejo do recurso voluntário, autorizando a Fazenda Pública vencida reapresentar ao Tribunal matéria que já está sumulada ou que já foi apreciada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

A propositura de recurso voluntário para questão sumulada acaba por prejudicar a idéia de se afastar a remessa necessária em face de matéria sumulada como meio de efetividade do processo. Melhor seria que se o juiz decidisse de forma livre e consciente, e, sem vinculação, porém, de acordo com a súmula, a sentença impedisse o recurso cujo único objetivo seria o de procrastinar o feito, já que, a questão seria, nessa hipótese, matéria já decidida nos Tribunais.

254 In verbis: Art. 475

[...]

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. ([Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001](#))

255 In verbis: Art. 475

[...]

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. ([Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001](#))

A despeito das exceções mencionadas, a regra do reexame necessário em duplo grau de jurisdição ou, simplesmente, duplo grau obrigatório, trata-se de uma reavaliação jurisdicional das causas decididas em face da Fazenda Pública quando a decisão proferida pelo Magistrado de Primeiro Grau lhe for contrária.

Voltando a questão acerca da discussão sobre a natureza jurídica de recurso processual dada à remessa obrigatória, importa frisar que esse sempre foi motivo de celeuma entre os juristas.

Nesse sentido se baseia a discordância acerca da aplicação do artigo 557 do Código de Processo Civil²⁵⁶ à remessa obrigatória, posto que esse dispositivo legal prevê a possibilidade de o Relator não conhecer qualquer recurso manifestadamente inadmissível ou improcedente, recurso prejudicado ou decisão contrária à Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, a doutrina e jurisprudência admitem que nos casos de reexame necessário pode o relator prover antecipadamente como se fosse o recurso referido no artigo 557, *caput* do Código de Processo Civil.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no artigo 557 da lei processual civil permite ainda que o Relator negue seguimento ao reexame necessário quando se verifica a manifesta razoabilidade da decisão reexaminanda.

Assim, é fato que a jurisprudência vem se posicionando pelo cabimento da aplicação do mencionado artigo 557 do Código de Processo Civil no reexame necessário como se observa da Súmula 253 do Superior Tribunal de Justiça: "*O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário*", muito embora essa decisão monocrática desafie o "agravinho" e nova carga de trabalho se projeta contra o 2º Grau.

Apesar do alcance prático entre a remessa obrigatória e os recursos, falta

²⁵⁶ Dispõe o art. 557 do Código de Processo Civil, mercê da redação que lhe foi dada inicialmente pela Lei no 9.139, de 30 de novembro de 1995, e depois pela Lei no 9.756, de 17 de dezembro de 1998: "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. § 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. § 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. § 2o Quando manifestadamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor".

àquela os requisitos inerentes aos recursos,²⁵⁷ que são os meios próprios de defesa adotados pelo sistema jurídico brasileiro.

Ressalte-se que em face dos recursos incidem princípios específicos, como o do duplo grau de jurisdição, que garante a possibilidade de revisão da decisão por outro órgão jurisdicional; o princípio da unicidade ou da singularidade, ou seja, para cada pronunciamento jurisdicional a previsão é uma única espécie recursal; o princípio da taxatividade, garantindo que toda espécie recursal deve estar prevista em lei; o princípio da fungibilidade, que permite, no caso de dúvida objetiva, o conhecimento de um recurso por outro; o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, pelo qual não é permitido agravar a situação do recorrente; o princípio da voluntariedade, que exige a iniciativa da parte.

No ensejo, vale dizer que o reexame necessário das decisões contrárias à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como às suas autarquias e fundações que não explorem atividade econômica, devolve à instância superior o conhecimento tão-somente das questões ventiladas na sentença de primeiro grau contrárias àquelas entidades, devendo ser observada a proibição de agravamento da condenação imposta, ou seja, aplicando-se à questão o princípio da *reformatio in pejus* contra a Fazenda Pública, justamente em função do interesse público.

Cumpra-se lembrar, que o princípio não se aplica quando, juntamente com a remessa necessária, seja interposto recurso pela parte contrária, devolvendo assim, toda a matéria ao exame do tribunal, podendo-se, nesse caso ser alterada a sentença contra a Fazenda.²⁵⁸

Definitivamente, o duplo grau obrigatório não se relaciona com os recursos previstos na legislação processual, ou seja, não é recurso, por lhe faltar tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos.²⁵⁹

Na verdade, trata-se de condição de eficácia da sentença, pois, a decisão do juízo de 1º grau só produzirá seus efeitos depois do reexame por um tribunal

257 NERY JÚNIOR, NELSON. *Código de processo civil comentado*, 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 813.

258 VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Efetividade do processo em face da fazenda pública*. São Paulo: Dialética, 2003, p.147.

259 NERY JÚNIOR, NELSON. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60.

hierarquicamente superior.

Em não sendo recurso a aludida figura processual, não existirão, conseqüentemente, as razões do inconformismo que limitam o âmbito de julgamento do tribunal à matéria impugnada, ocorrendo o reexame completo da sentença, por força de disposição legal, sem o qual não se forma a coisa julgada.

O tribunal deve cumprir o requisito de reanálise das matérias julgadas em grau inferior de jurisdição, sem que fiquem estas delimitadas por ato da parte vencida, de levar à revisão do juízo superior o que pretende ter reformado. Na ausência de provocação da parte interessada, e de respectivos fundamentos de rejuízo, impõe-se que o tribunal reveja todas as matérias que foram apreciadas pelo órgão sentenciante de forma ampla e plena.

Para João Carlos Souto a questão parece muito clara:

O reexame necessário não enseja maiores controvérsias. Enquanto o tribunal *ad quem* não se manifestar sobre a sentença ela não produzirá efeitos, de sorte que a remessa obrigatória implica suspender a eficácia da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau (efeito suspensivo) e devolver ao tribunal o conhecimento de toda a matéria já decidida - efeito devolutivo.²⁶⁰

Trata-se da devolutividade ampla apenas para beneficiar os entes públicos, não para prejudicá-los, calcados no princípio da proibição de *reformatio in pejus* que veda a reforma da sentença para agravar a situação do sucumbente, entendimento corrente de uma grande parte da doutrina apesar de uns poucos doutrinadores defenderem a possibilidade de agravar a situação da Fazenda Pública em reexame necessário, ao fundamento de que esta é manifestação do princípio inquisitório, de modo que a piora não caracterizaria propriamente a *reformatio in pejus*.²⁶¹

Essa é a linha de pensamento de Nelson Nery Junior:

Não há falar-se em *reformatio in pejus* no reexame obrigatório. A proibição da reforma para pior é consequência direta do princípio dispositivo, aplicável

260 SOUTO, João Carlos. *A união federal em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 233.

261 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, *Idem*, p. 147-148.

aos recursos: se o recorrido dispôs de seu direito de impugnar a sentença, não pode receber benefício do tribunal em detrimento do recorrente. Isso não acontece na remessa necessária, que não é recurso nem é informada pelo princípio dispositivo, mas pelo inquisitório, onde ressalta a incidência do interesse público do reexame integral da sentença. É o que se denomina de efeito translativo a que se sujeitam as questões de ordem pública e a remessa necessária (Nery, Recursos, 408 ss). O agravamento da situação da Fazenda Pública pelo tribunal não é reforma para pior, mas consequência natural do reexame integral da sentença, sendo, portanto, possível. No mesmo sentido: TRF-3.^a, JSTJ 35/468. Contra: STJ 45.²⁶²

Contrariando esse posicionamento, Barbosa Moreira entende que não é possível piorar a situação da Fazenda Pública com a sujeição da sentença a reexame necessário, visto que tudo o que se aplica aos recursos, por analogia, também são aplicados ao reexame necessário.²⁶³

Nesta seara, entretanto, a discussão mereceu uma pá de cal pelo Superior Tribunal de Justiça que consagrou o entendimento da incidência da vedação da *reformatio in pejus* em sua jurisprudência ao editar a Súmula nº 45: “*No reexame necessário, é defeso, ao tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública*”.

Mesmo dentro do novo contexto legal amenizado em face das reformas trazidas pela Lei nº 10.352/2001, o reexame necessário ainda revela-se, em muitos casos, incompatível com o padrão discursivo do processo moderno ressaltado numa visão democrática da jurisdição, gerando o questionamento quanto à sua constitucionalidade em torno da existência de isonomia na remessa necessária.

Questiona-se acerca da existência de tratamento igualitário para as partes se o duplo grau de jurisdição é obrigatório somente nas lides em que são vencidas as Fazendas Públicas, promovendo nesta hipótese um caráter de concessão de um privilégio ao Estado.

A jurisprudência dominante vem negando tal inconstitucionalidade dizendo ser justo o instituto em razão do bem jurídico disputado – o interesse público que reveste as causas que envolvem a Fazenda Pública.

262 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*, 4. ed. rev. e ampl., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 929.

263 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 427.

Dentro dessa perspectiva, a remessa obrigatória pode acabar se transformando numa solução arcaica à segurança das decisões, opondo-se com a atual perspectiva de dotar o processo de plena efetividade, isto é, de constatável realização no campo fático, realizado em um razoável espaço de tempo.

Para parte da doutrina especializada, o reexame necessário em favor da Fazenda Pública é um verdadeiro privilégio, inconstitucional, e afrontoso à isonomia processual por se tratar de regra que beneficia uma das partes apenas pela sua qualidade pessoal, e não em razão da relevância da matéria, como previsto no inciso I do art. 475 do Código de Processo Civil.

Para Bandeira de Mello, há ofensa ao princípio da igualdade, dentre outros motivos, quando: "*A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados*".²⁶⁴

Para essa corrente doutrinária que se insurge contra o instituto em questão, este constitui-se num indiscutível "privilégio" da Fazenda Pública que fere não só a isonomia das partes, mas tantos outros direitos fundamentais processuais como o princípio da celeridade processual em face do caráter procrastinatório que assume e, conseqüentemente, o da efetividade da tutela judicial.

De outro lado, argumenta-se ainda que a remessa obrigatória ofende também o princípio do juiz natural à medida que impõe a validação da sentença do juiz da causa de primeiro grau ao tribunal.

Considerando que a doutrina aceita com tranqüilidade que o juiz natural esteja apoiado nos princípios da legalidade e igualdade, cabível citar aqui a lição de Sérgio Gilberto Porto:

É exatamente na igualdade jurisdicional que encontramos a mais pura essência do juízo natural, ou seja, se é certo que ninguém pode ser subtraído de seu Juiz constitucional, também é certo que ninguém poderá obter qualquer privilégio ou escolher o juízo que lhe aprouver, sob pena de tal atitude padecer de vício de inconstitucionalidade por violação exatamente do juízo natural.²⁶⁵

264 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

265 PORTO. Sérgio Gilberto, Litisconsórcio: noções e recusabilidade da formação por violação do juízo natural. *Revista da Associação de*

Desta forma, a remessa obrigatória faz do juízo *a quo* um degrau dentro do sistema jurisdicional, cuja decisão não terá nenhuma força vinculante até o obrigatório pronunciamento final do tribunal.

De outro lado, parece mais desarrazoada ainda essa prerrogativa em face da possibilidade da antecipação de tutela nos processos cujas decisões de mérito estão sujeitas ao reexame necessário.

Nesse caso, na contramão de direção, se autoriza a antecipação da tutela, o que está devidamente regulamentada pela Lei nº 9.494/97, cujos efeitos se sujeitam unicamente aos recursos voluntários de praxe, não sendo impedida pela sujeição à remessa obrigatória ao segundo grau de jurisdição.

Não se pode esquecer ainda que a Fazenda Pública já possui a prerrogativa legal do prazo contado em dobro (art. 188, CPC) para apelar voluntariamente da decisão que não lhe aprover, a fim de ter o reexame da decisão, desta feita, apenas naquilo que for objeto do recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*), de modo que a remessa obrigatória funciona como uma prerrogativa processual pleonástica do Estado.

Por último, se discute ainda que a remessa obrigatória, além de infligir um maior custo processual, contribui para uma maior demora na solução definitiva do litígio, estendendo o lapso de tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e o pronunciamento final do Tribunal.

Cândido Rangel Dinamarco assim manifesta o seu inconformismo:

A par da marca do Estado autoritário em que foi gerada, essa linha peca pelo confronto com a garantia constitucional da isonomia, ao erigir o Estado em uma superparte (a) com maiores oportunidades de vitória que seus adversários na causa e (b) com maiores oportunidades nos processos em geral, do que outros entes igualmente ligados ao interesse público, posto que não estatais (pequenas fundações, sociedades beneficentes, Santas Casas de Misericórdia etc.). Infelizmente, um prestigioso tribunal já sumulou a tese de que "o art. 475, inc. II do Código de Processo Civil foi

recepcionado pela vigente Constituição Federal (Súmula 10 TRF-3ª Reg.).²⁶⁶

E mais adiante, conclui seu pensamento, contextualizando sua indignação:

O mais desolador é que a doutrina pouco se interessa pelo tema, sendo poucos os que se manifestam de modo crítico contra essa estranhíssima peculiaridade do direito processual civil brasileiro, desconhecida em ordenamentos europeus de primeira linha. Os tribunais concorrem para a exacerbação dessa postura politicamente ilegítima, ao estabelecer teses como a da impossibilidade da *reformatio in pejus* a dano dos entes estatais (Súmula 45 STJ) – vedando, portanto, uma decisão mais desfavorável à Fazenda Pública em segundo grau do que em primeiro, mediante aplicação à remessa oficial de um princípio inerente aos recursos (quando tal remessa recurso não é).²⁶⁷

Os doutrinadores que se posicionam contrários à manutenção da remessa obrigatória aludem que esse benefício legal se insurge contra os princípios constitucionais democráticos correntes sob o argumento de que o Código de Processo Civil atual, instituído pela Lei 5.869, de 11.1.73, vigorando a partir 1.1.74, não pode sobrepor-se à Constituição Federal de 1988, violando, ou mesmo suprimindo, o direito das partes litigarem em juízo com paridade de armas, evidenciando-se aí afronta aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e isonomia.

4.5 O Precatório Judicial

Nesse item importa abordar vários aspectos relevantes sobre o instituto jurídico do precatório, sobretudo sob o enfoque constitucional e seus efeitos em face dos direitos fundamentais, analisando-se, ao final, o real caráter dessa prerrogativa estatal dentro do sistema jurídico nacional.

Conceitua-se o precatório judicial como o instrumento processual criado para regular os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em razão das condenações

²⁶⁶ In *A reforma da reforma*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003 p. 127.

²⁶⁷ *Idem*, p. 304.

judiciais mediante a requisição feita pelo Presidente do Tribunal cuja decisão exequenda contra a Fazenda Pública restou proferida pelo juízo da execução.

Historicamente, o precatório judicial só conquistou o status constitucional dentro do sistema jurídico brasileiro através da Carta Política de 1934, restando até então restrito ao âmbito infraconstitucional.²⁶⁸

Entretanto, a Constituição de 1934 se limitou a disciplinar apenas as dívidas da União, deixando os Estados e Municípios livres para regulamentar o modo para efetivação do pagamento de suas dívidas oriundas das decisões judiciais.

A Constituição de 1937 concedeu tratamento idêntico ao precatório, apresentando unicamente como novidade a imprescindibilidade de inserir no orçamento a quantia suficiente para satisfação dos credores da Fazenda Nacional, cujos créditos fossem originários de condenações judiciais.²⁶⁹

Posteriormente, a Constituição de 1946 estendeu o alcance do precatório judicial às Fazendas estaduais, municipais e às autarquias, porém, só com a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, evidenciou-se um verdadeiro avanço na sistemática do precatório em face às Constituições antecedentes, uma vez que se criou a obrigatoriedade da inserção no orçamento de verba para pagamento dos precatórios exibidos até primeiro de julho do ano da elaboração da proposta orçamentária, cujo descumprimento imputaria em crime de responsabilidade.²⁷⁰

O instituto restou mantido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, ainda hoje é tido como uma forma de tornar possível e garantir a impessoalidade, a efetividade e a moralidade no cumprimento das obrigações oriundas de sentenças judiciais condenatórias contra a Fazenda Pública, ou seja, um meio necessário ao cumprimento das decisões judiciais que condenem a Fazenda Pública cujo título é vinculado a essas decisões.

Assim, é que o pagamento das condenações judiciais mediante precatório

268 DELGADO, José Augusto. **Precatório judicial e evolução histórica**: advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em [HTTP://www.cjf.jus.br./revista/seriecadermos/vol.23/artigo05.pdf](http://www.cjf.jus.br./revista/seriecadermos/vol.23/artigo05.pdf)>. Acesso em: 27 maio. 2009.

269 TARDIN, Maria das Graças Verly. **O Precatório judicial**: um obstáculo à efetividade do processo. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/MariaGraças.pdf>>. Acesso em: 18 março. 2009.

270 Idem

restou inserido na legislação brasileira com status heróico, ou seja, o meio de moralizar o pagamento através de uma ordem cronológica e evitar o tratamento privilegiado a alguns credores do Estado.²⁷¹

O instituto constitui-se como uma forma de pagamento na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, disciplinada pelos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil,²⁷² cuja previsão constitucional está inserida no artigo 100 da Constituição da República de 1988.

É interessante se observar que a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública é considerada pela legislação a única com procedimento especial em sede de execução²⁷³ em relação aos particulares, posto que o precatório pressupõe tal espécie de execução.

Em razão da garantia constitucional de impenhorabilidade dos bens públicos, e, conseqüente impossibilidade legal de arrematação, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não tem propriamente a natureza de execução forçada, tratando-se de “execução imprópria”,²⁷⁴ posto que a sentença transitada em julgado que condena a Fazenda Pública em uma obrigação de pagar quantia certa não goza da executoriedade imediata nos moldes preconizados para as execuções civis comuns.

Aliando-se a esse entendimento Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva afirma que:

A execução contra a Fazenda nos moldes previstos pela Constituição brasileira não é verdadeira execução, pois não há invasão do patrimônio do Estado pelo Judiciário. O Estado paga voluntariamente, com o que se tem a ‘execução contra a Fazenda’ como um procedimento administrativo, não-jurisdicional.²⁷⁵

Seguindo essa orientação, deve-se reconhecer que, na verdade, não há um

271 VIANA, Juvêncio Vasconcelos, **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003. p. 31-32

272 SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública**, 2. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 1998, p. 101/102.

273 A execução é a atividade com a qual os órgãos judiciais visam colocarem prática, coativamente, o resultado prático que teria sido alcançado com o adimplemento da obrigação jurídica, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, **Manual de direito processual civil**. Tocantins: Intelectus, 2003, v. 1, p. 176.

274 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 22 ed. São Paulo: Leud, 2004, p. 413.

275 SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 77-78.

procedimento de execução, mas sim de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, cujo uso da expressão “execução” deve ser considerado apenas como praxe da nomenclatura forense.

O pagamento resultante dessa execução contra a Fazenda Pública, consequência da imunidade do patrimônio público em face da impenhorabilidade intrínseca de seus bens, justifica-se pela continuidade do serviço público, encontrando-se disciplinado pelo artigo 100 da Constituição de 1988 e seus parágrafos,²⁷⁶ que cuida do sistema de precatório judicial.

²⁷⁶ In verbis: Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009](#)).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou

Apesar dessa prerrogativa própria da Administração Pública em relação aos seus bens, de finalidade essencialmente protetiva, evidencia-se do parágrafo 2º do artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) a possibilidade jurídica de ser determinado o seqüestro de verbas em relação à Fazenda Pública, quando desatendida a requisição do juiz à autoridade citada para a causa ou o credor tiver sido preterido no seu direito de precedência, o que acaba funcionando como uma verdadeira sanção,

tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009\).](#)

O novo parágrafo 6º acrescentado ao artigo 100, da Constituição pela Emenda nº. 62/2009 passou a dispor também acerca da possibilidade do seqüestro das quantias nas contas públicas até o valor não liberado ou, alternativamente, a compensação automática de tributos com precatórios, no caso do ente público não liberar os recursos previstos para o regime especial para pagamento de crédito de precatórios que sujeita os Estados, Distrito Federal e Municípios.

O sistema de precatório vem sofrendo várias modificações nos últimos anos como se pode verificar das alterações da Constituição de 1988, pelas Emendas nºs. 20/1998, 30/2000 e 37/2002, da vigência da Lei nº 10.099 de 19/12/00 e da Lei nº 10.259, de 12.06.01.

Apesar da manutenção do instituto, a Constituição de 1988 inovou em relação ao precatório dos créditos de natureza alimentícia e de pequeno valor, aos quais foi concedido um tratamento privilegiado, retirando-os da sistemática de pagamento via precatório.

Outra novidade foi a inserção da ordem cronológica de apresentação para os pagamentos e a atualização monetária dos valores até o dia primeiro de julho do exercício anterior ao pagamento.

A última, e, provavelmente, a mais grave alteração constitucional promovida no regime de precatório foi através da recente Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que acrescentou ainda o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Essas recentes modificações vêm gerando polêmica em vários segmentos jurídicos nacionais.

A discussão é objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal, onde se questiona que a Emenda além de afrontar regras procedimentais do devido processo legal, viola o próprio Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, separação de poderes, os princípios da igualdade e segurança jurídica, a proteção ao direito de propriedade, o ato jurídico perfeito e coisa julgada, e a razoável duração do processo.

No ensejo, é pertinente evocar algumas das inovações trazidas no bojo da

referida Emenda, entre as quais se evidencia através do parágrafo 15º acrescentado ao artigo 100 da Constituição, o benefício do pagamento de crédito de precatórios através de um regime especial concedido aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios, disciplinado por lei complementar, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida, forma e prazo de liquidação.

Por sua vez, o *caput* do artigo 97 acrescido ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) dispõe que até a edição da lei complementar, os Estados, Distrito Federal e aos Municípios em mora na quitação de precatórios vencidos por ocasião da promulgação da Emenda em comento ficaram automaticamente incluídos no regime especial de pagamento de precatórios, inclusive em relação aos precatórios emitidos na vigência desse período dito de *regime especial*.

À guisa de crítica, pode-se dizer que dependendo da opção feita pelo ente estatal devedor (pagamento em 15 anos ou depósito de 1/12 por mês de percentual da receita líquida), conforme autorizam os parágrafos primeiro e segundo, do anunciado artigo 97, a moratória não terá prazo final, estendendo-se indefinida e intencionalmente conforme a vontade dos governantes.

A forma da atualização monetária dos valores dos requisitórios expedidos é outra das alterações que merece atenção haja vista que também vem sendo guerreada sob a crítica de se revestir numa patente afronta aos princípios e garantias fundamentais posto que a correção monetária para o pagamento de precatórios realizada com base no índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e os juros para a compensação da mora calculados com base no índice incidente sobre a caderneta de poupança, disposta pelo parágrafo 12º do artigo 100 instituído pela referida Emenda, não refletem a real inflação do País.

Assim, a quantia devida ao credor pelo ente público terá sofrido uma indevida desvalorização em consequência direta dessa forma de atualização monetária, fulminando de morte o direito posto na sentença judicial em evidente afronta à coisa julgada que fixou pelo Poder Judiciário o valor real a ser pago em sede de precatório.

Vale ressaltar ainda o disposto no parágrafo 9º do artigo 100 dado pela EC/2009 pelo qual a Fazenda Pública está autorizada a abater do valor do precatório expedido, os débitos tributários, inscritos ou não na dívida ativa que o devedor possuir com a respectiva entidade.

Trata-se no caso de um subterfúgio legal, porém coercitivo, para o pagamento de tributos através da compensação obrigatória, evidenciando-se numa verdadeira execução sumária, quiçá, num confisco, prejudicando, inclusive, que o contribuinte em débito receba integralmente os precatórios a que tem direito.

Por outro lado, se evidencia lugar comum o patente descumprimento pela Administração Pública das requisições de pagamento dos valores decorrentes de decisões condenatórias judiciais, fato esse agravado ante a escusa do Judiciário em aplicar contra o ente público as poucas medidas sancionatórias legais, como a intervenção federativa.

Essa situação vem se tornando cada vez mais comum, principalmente após haver o Supremo Tribunal Federal afirmado que esse fato não implica em descumprimento da ordem judicial a ensejar intervenção federal no Estado membro, ou intervenção estadual no Município,²⁷⁷ a não ser em face de ato doloso da Fazenda devedora e que não configure mero atraso do pagamento por falta de verba na execução da sentença judicial.

Ressalte-se ainda a constante aplicação aos casos concretos da *teoria da reserva do possível*,²⁷⁸ que deveria ser invocada excepcional e criteriosamente pela Administração, e não ser usada como desculpa para descumprir a todo suprimento

²⁷⁷ Compreendeu o Supremo Tribunal Federal que o primado da realidade se sobreporia à consequência prevista no texto constitucional para a vulneração de princípio constitucional sensível, ao assentar que a solução dos casos demandaria do intérprete a visualização de uma relação de precedência condicionada como meio de solução do conflito entre princípios constitucionais conflitantes no caso concreto. Valendo-se das lições de Robert Alexy, gizou a Excelsa Corte que a inviabilidade econômica-financeira da unidade da Federação, renitente ao não cumprir ordem judicial, não ensejaria a drástica medida da intervenção, porquanto esta só se justificaria nas hipóteses de descumprimento intencional, deliberado, do Estado. É elucidativa a ementa do julgado proferido quando da apreciação da IF 2.915/SP: EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido. (STF, IF 2.915/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, J. 03.02.2003, DJ 28.11.2003). De fato, a jurisprudência firmada pelo STF é no sentido de que a intervenção limita-se “à hipótese de atuação dolosa e deliberada do ente devedor de não efetuar o pagamento, não bastando a simples demora de pagamento na execução da ordem judiciária, por falta de numerário” (IF nº 4426/SP – Rel. Min. Presidente Maurício Correa, DJ de 11-12-2003, p. 6); no mesmo sentido as seguintes decisões do Pleno: IF 492/SP, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, por maioria de votos, DJ de 01-08-2003, p. 00111; IF 2772/SP, Rel. Min. Marco Aurélio e IF 2926/SP, Rel. Min. Marco Aurélio)

²⁷⁸ Ana Carolina Lopes Olsen, dispôs que a Reserva do Possível “[...] é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.” In **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212.

fundamental pelo qual o cidadão pleiteia ao Judiciário, que serve, inclusive, de fundamento para se negar a intervenção federativa, conforme vem decidindo o Supremo Tribunal Federal.²⁷⁹

Em sua defesa, o Estado respalda a dificuldade de pagar o crédito procedente de decisões judiciais em face da preponderância do interesse público sobre o privado.

No entanto, tem-se que esse princípio não exclui direitos do particular,²⁸⁰ devendo se discutir aqui, pelo menos, a importância do acatamento das decisões judiciais pelos entes públicos, cuja recusa não se coaduna sequer com a figura do precatório.

A decisão transitada em julgado em face do processo demandado contra a Fazenda Pública, e, portanto, já revestido de outras inúmeras prerrogativas legais, além, obviamente de todas as garantias emanadas do devido processo legal, impõe o seu cumprimento e imediata satisfação, de modo que o retardo conseqüente da burocracia inerente ao precatório judicial, cujo pagamento se arrasta por décadas, constitui verdadeiro obstáculo à efetividade do processo.²⁸¹

De outro lado, boa parte dos juristas questiona ainda a pertinência do precatório judicial ante o princípio da isonomia, partindo-se da idéia de que as

279 EMENTA: INTERVENÇÃO FEDERAL. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. 4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia. Necessidade de garantir eficácia a outras normas constitucionais, como, por exemplo, a continuidade de prestação de serviços públicos. 5. A intervenção, como medida extrema, deve atender à máxima da proporcionalidade. 6. Adoção da chamada relação de precedência condicionada entre princípios constitucionais concorrentes. 7. Pedido de intervenção indeferido IF 2915 / SP - SÃO PAULO INTERVENÇÃO FEDERAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES Julgamento: 03/02/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 28-11-2003 PP-00011 -EMENT VOL-02134-01PP-001522 disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=IF.SCLA.+E+2915.NUME.&base=baseAcordaos> Acesso em 29.08.2009

280 HUMBERTO BERGMANN ÁVILA questiona a respeito da existência de fundamento constitucional de validade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, entendendo que toda a Constituição volta-se à proteção precípua dos interesses dos indivíduos (Repensado o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise:** estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 99/127). Na mesma esteira de raciocínio, GUSTAVO BINENBOJM, conclui que "A Lei Maior é orientada sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, do que deflui a necessidade de estabelecer-se proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais da coletividade promovidos pelo Estado. Em uma de suas dimensões – talvez a mais importante -, o princípio da dignidade da pessoa humana, proclamado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil pelo art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, significa que a pessoa humana é o fim, sendo o Estado não mais que um instrumento para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais." Adiante, complementa que "a proteção, embora parcial, de um interesse privado constitucionalmente consagrado pode representar, da mesma forma, a realização de um interesse público. Ao contrário do que se costuma apregoar, a satisfação de um pode representar, igualmente, a promoção de outro".(In **Uma teoria de direito administrativo**, Editora Renovar, 2006, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, p. 96)

281 A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio poder público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da República. A desobediência a ordem ou a decisão judicial pode gerar, em nosso sistema jurídico, gravíssimas conseqüências, quer no plano penal, quer no âmbito político-administrativo (possibilidade de impeachment), quer, ainda, na esfera institucional (decretabilidade de intervenção federal nos Estados-membros ou em Municípios situados em Território Federal, ou de intervenção estadual nos Municípios)." (IF 590-QO, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-9-98, DJ de 9-10-98)

prerrogativas que concedem vantagens ao Estado são excepcionais, não podendo ser interpretados em sentido extensivo,²⁸² posto que, embora o interesse público possua uma tutela especial, encontra limites nos princípios da isonomia material e proporcionalidade.²⁸³

4.6 Vedações às Medidas Liminares, Cautelares ou Antecipatórias

As tutelas de urgência, de caráter assecuratório, foram criadas no afã de se preservar o direito afirmado, neutralizando os efeitos lesivos do tempo a esse direito.

É certo que esses institutos de urgência pressupõem o conhecimento sumário, regem-se pela instrumentalidade, são incertos e constituídos com base num juízo de probabilidade, o qual se configura mínimo na tutela cautelar e máximo na tutela antecipada posto que esta adianta os efeitos da tutela definitiva, satisfativa ou não.

De grande importância para a efetividade do direito, impõe-se sintetizar as devidas distinções dos termos Liminares, Medidas Cautelares e Antecipação de Tutela, apesar de institutos derivados do mesmo gênero, qual seja, tutela jurisdicional de urgência, em suas naturezas jurídicas, especialmente em razão da finalidade a que se destinam.

Com efeito, delas evidenciam-se vários e relevantes pontos em comum, além de obrigarem o requerente à comprovação de requisitos e pressupostos similares, hábeis a exigir a tutela de urgência excepcional. Porém, cada terminologia utilizada suscita importantes efeitos quanto sua concessão.

Medida Liminar é o adjetivo empregado na linguagem processual em face de uma providência judicial adotada no início do feito, *inaudita altera pars*, ou seja, sem a oitiva da parte contrária.

Tanto a medida cautelar como a tutela antecipada podem ser concedidas liminarmente, de modo que, nem sempre o emprego do termo “liminar” quer referir-

282 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 232.

283 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.188..

se a uma medida acautelatória, mas se trata do momento em que a concede, ou seja, no início da lide.

O processo cautelar é caracterizado por sua sumariedade, não admitindo, entretanto, medidas de cunho satisfativo inerentes aos processos de cognição ou execução. É um instrumento de garantia dos demais processos, os quais, esses sim, visam a tutela definitiva do direito material.

A atividade cautelar justifica-se pela demora na atuação e satisfação do direito por meio do processo de conhecimento e execução até o cumprimento da sentença, garantindo assim, ao final, a efetividade da tutela definitiva.

Apresenta-se desta forma, como remédio destinado apenas a assegurar ou garantir a pretensão, o eficaz desenvolvimento e útil resultado do fim derradeiro da jurisdição, realizável pela cognição ou execução, não atingindo, entretanto, o direito material pleiteado.

Neste viés, tem-se o ponto mais importante para distinguir a tutela cautelar da tutela antecipada, posto que a primeira assegura a pretensão judicial da parte sem alcançar o direito material, enquanto que esta última, conforme se verá adiante, realiza a pretensão.

Antecipar a tutela é conceder ao autor, em momento anterior à decisão de mérito, a própria tutela pretendida em sua ação, desde que obedecidos os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, caracterizados pela prova inequívoca do direito que conduza à verossimilhança, este de caráter indispensável, e o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, ou o abuso do direito de defesa ou mesmo o manifesto propósito protelatório do réu.

Ressalte-se, entretanto, que a tutela antecipada é ainda assim, uma decisão provisória, e, como tal, sumária e precária, pressupondo-se sua reversibilidade a qualquer tempo, de forma eficaz.

De outro lado, tem-se que na tutela cautelar, a urgência, traduzida pelo perigo na demora, é um dos requisitos principais,²⁸⁴ enquanto que na tutela antecipada nem

284 MOREIRA. José Carlos Barbosa, *O novo processo civil brasileiro*, 25. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 307

sempre existe a exigência da urgência.²⁸⁵

Observe-se ainda que para haver a concessão de liminar em âmbito cautelar, basta tão-somente a constatação da mera razoabilidade do direito pleiteado, conjugado com o dano irreparável ou de difícil reparação, o *fumus boni iuris* somado ao *periculum in mora* (art. 798, CPC).²⁸⁶

Para apreciação de liminar em sede de antecipação de tutela exige-se a importância do fundamento como motivo para tal, que seria concedida somente ao final de toda instrução, porém, que se verifique ser ineficaz a concessão posterior da medida.

Como se vê, a antecipação de tutela é, em muito, superior à mera razoabilidade da alegação, como ocorreria nas cautelares.²⁸⁷

Note-se então que liminar no procedimento cautelar visa unicamente assegurar a utilidade do pronunciamento a ser feito *a posteriori* em ação principal, não se antecipando a prestação jurisdicional perseguida pela parte buscada na lide principal de modo que essa liminar em sede de cautelar não pode ter cunho satisfativo, mas deve tão-somente proteger um suposto direito.

Vale ressaltar ainda, por oportuno, que a Lei nº 10.444/2002 acrescentou ao mencionado art. 273, o parágrafo 7º, fazendo surgir o chamado Princípio da Fungibilidade, nos seguintes termos:

§ 7º - Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Desta forma, diante dessa nova determinação legal, o juiz poderá, sem ordenar

²⁸⁵ DIDIER JR. Fredie; BRAGA; Paula Sarno, OLIVEIRA; Rafael; **Curso de direito processual civil**, Vol. 2, 2ª. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Podivm, 2008, p. 636.

²⁸⁶ Neste sentido TARGS: Medida Cautelar. Requisito Legal. Liminar Finalidade. Distinção – Agravo de instrumento. Ação cautelar de arresto. A ação cautelar protege situação de perigo e tem como requisitos o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris". Já, a medida liminar protege situação de urgência. Sem a prova da urgência, não há porque se conceder a liminar pleiteada. Agravo desprovido. (TARS – AGI 193.166.063 – 5ª CCiv. – Rel. Juiz Silvestre Jasson Ayres Torres – J. 28.10.1993)

²⁸⁷ O nosso ordenamento jurídico acolhe, por regra constitucional, o respeito ao devido processo legal. Com exceção a esse princípio, em determinadas situações, a Lei Processual admite a concessão de liminares *inaudita altera pars*. Expressamente, o instituto criado pelo art. 273 do CPC, não menciona a possibilidade de concessão de liminar, antes da citação. Em se cuidando da antecipação da tutela, somente no art. 461 é que se vislumbra a possibilidade. A antecipação da tutela, antes da citação, será viável somente em casos que, por sua especialidade, exijam do julgador uma tal providência" (Ac. Un. da 1ª Câm. do TJMT de 12.8.1996, no Ag. 6.380, Rel. Des. Barros Filho).

a emenda da exordial, converter a ação de ofício e, conforme for, expedir a tutela de urgência, levando-se em consideração o preceito constitucional do acesso à ordem jurídica justa, evitando o inconveniente do equívoco da parte requerente de se requerer uma medida pela outra, o que acabaria por acarretar a postergação da tutela pleiteada e conseqüente prejuízos para a desejada efetividade do processo.

Entretanto, ensina Marinoni,²⁸⁸ a aplicação do princípio da fungibilidade nesses casos, é medida excepcional, justificando-se tão-somente quando for razoável e fundada a dúvida em relação à correta identificação da tutela urgente.

Por sua vez, a concessão de medidas liminares, cautelares e tutelas antecipadas contra o Poder Público há muito vem sofrendo constantes censuras legislativas sejam pelo respaldo na política de se reduzir gastos e evitar prejuízos, seja pelo fato de não se coadunar com as prerrogativas inerentes ao processo quando a Fazenda Pública é parte.

Por outro, lembre-se que o ordenamento jurídico brasileiro é dotado de várias normas criadas no sentido de proteger a Fazenda Pública por causa do bem da vida em litígio.

Dentro desse contexto é que surgiram várias restrições à incidência de provimentos de urgência contra o ente público inseridas de forma casuística pelo governo no ordenamento jurídico.

As primeiras restrições legislativas contrárias a concessão de liminares em face da Fazenda Pública surgiram em sede de mandado de segurança, então regido pela Lei n° 1.533, de 31.12.1951, instituto jurídico constitucional de proteção ao direito líquido e certo do interessado contra ato do Poder Público.

Inclusive, a lei que rege atualmente o mandado de segurança, a Lei n° 12.016, de 07.08.2009 que substituiu a Lei n° 1.533, de 31.12.1951, manteve restrições nesse sentido, ao dispor em seu artigo 7°, §2°, a vedação da concessão de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou

288 MARINONI. Luiz Guilherme, *Antecipação da tutela*, 10ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 132.

pagamento de qualquer natureza.

Essas restrições inseridas na nova lei do mandado de segurança estenderam-se explicitamente aos pleitos de antecipação da tutela, conforme dispõe o seu artigo 7º, § 5º, verbis:

§ 5º As vedações relacionadas com a concessão de liminares previstas neste artigo se estendem à tutela antecipada a que se referem os [arts. 273](#) e 461 da Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Desse modo, essas vedações elencadas pontualmente na vigente lei do mandado de segurança estendidas à tutela antecipada vieram reforçar o entendimento jurisprudencial já vigente,²⁸⁹ ou seja, remetem à idéia da possibilidade da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública em casos legais outros, já que esse dispositivo apenas restringe a aplicação do instituto, sem, entretanto, vedá-lo.²⁹⁰

As Leis nº 8.437/92 e Lei nº 9.494/97 vedam, seja por força de ação cautelar seja por força de tutela antecipada, respectivamente, a liberação de recursos, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem aos servidores da União, dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações. O artigo 2º da MP 1798-1 salienta claramente que, nestes casos, somente será executada a medida após o seu trânsito em julgado.

Sob esses aspectos legais, ao tempo em que existem tão-somente algumas restrições legais à concessão de liminares, cautelares e tutelas antecipadas contra a

289 No sentido de que o artigo 1º da Lei nº 9.494/97, ao taxar as situações que vedam a concessão da tutela antecipada acabou por reforçar o entendimento contrário, permitindo a eficácia da medida antecipatória em desfavor do ente público quando a hipótese em discussão não está prevista no aludido dispositivo legal.

290 CASSIO SCARPINELLA BUENO afirma que "ao estender ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu este ato do Executivo, para todos os fins, o cabimento deste novo instituto contra a Fazenda Pública, superando, com tal iniciativa, todos aqueles óbices legais referidos na doutrina quando da edição da Lei 8952/94 (...). Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, por alguma razão relacionada à sua própria natureza ou em função do sistema processual e, certamente, não haveria preocupação em disciplinar ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público" - Tutela antecipada e ações contra o poder público: reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.), **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 79.

Fazenda Pública, sem qualquer proibição expressa nesse sentido, conclui-se pela possibilidade de serem deferidas contra o ente público.

Por outro lado, uma vertente doutrinária evidencia a incompatibilidade da aplicação dos institutos mencionados com algumas das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, defendendo que esse antagonismo não autoriza sua concessão.

Entre esses obstáculos, se discute a questão da remessa necessária e a sistemática do precatório, posto que, ao impor a decisão *a quo* ao 2º grau de jurisdição, impediria a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública já que essa tutela antecipa os efeitos da sentença, e perderia sua razão de ser em face da remessa obrigatória.

Argumenta ainda essa linha doutrinária que as ordens de pagamento devem submeter-se, forçosamente, à disciplina dos precatórios, sob pena de lograr o sistema de execução da Fazenda Pública de modo que questionável se a parte autora deveria obter, de logo, em sede de tutela antecipada, o valor respectivo.²⁹¹

Conforme estudado no item 4.4 deste Capítulo IV, a *remessa necessária* é o instituto processual previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil que impõe o reexame de ofício da sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e respectiva autarquias e fundações públicas, cumprindo-se assim o duplo grau obrigatório de jurisdição caso em que a sentença não produz seus legais efeitos, enquanto não vier a ser reexaminada pelo tribunal *ad quem*.

Na verdade, a questionável compatibilidade entre a antecipação de tutela e as sentenças sujeitas ao reexame necessário deve ser analisada através de uma interpretação sistemática do Código de Processo Civil.

Essa questão já vem sendo afastada em sede de jurisprudência, que vem entendendo não ser sustentável o argumento de que a concessão da medida antecipatória da tutela não se coaduna com a prerrogativa da remessa necessária uma vez que a lei processual civil somente exige o reexame quando se tratar de sentença definitiva de mérito, e não em decisão interlocutória, como é o caso da

291 CUNHA. Leonardo José Carneiro da, *A fazenda pública em juízo*, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 245-246.

concessão de tutela antecipada.²⁹²

Deve-se esclarecer ainda que no caso da antecipação de tutela ser concedida em sede de sentença de mérito, o efeito da remessa necessária sobre a tutela antecipada deve se espelhar nos termos do atual inciso VII do art. 520, pelo qual a sentença que confirmar a antecipação dos efeitos da tutela comportará apelação apenas no efeito apenas devolutivo, devendo comportá-lo também quando essa

292 Neste sentido é a jurisprudência do STJ: "Recurso especial - alínea "a" - Administrativo - Ação de cobrança contra a União - Repasse insuficiente de verbas ao hospital para o custeio do atendimento prestado aos beneficiários do serviço único de saúde (SUS) - Antecipação de tutela deferida - Agravo de instrumento não provido por considerar o tribunal de origem presentes os requisitos para concessão da medida - Ausência de violação ao art. 535 do CPC - Alegada ofensa ao artigo 273 do CPC - Necessidade de reexame do conjunto probatório - Ausência de prequestionamento do artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Não há qualquer eiva a ser sanada no acórdão. O artigo 475 do CPC não constitui óbice à medida antecipatória, pois é cediço o entendimento de que a exigência do duplo grau de jurisdição obrigatório, prevista no artigo 475 do Código Buzaid, somente se aplica às sentenças de mérito. "As sentenças de extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC 267), bem como todas as decisões provisórias, não definitivas, como é o caso das liminares e das tutelas antecipadas, não são atingidas pela remessa necessária. Assim, liminares concedidas em mandado de segurança, ação popular, ação civil pública etc., bem como tutelas antecipadas concedidas contra o poder público, devem ser executadas independentemente de reexame necessário. Apenas as sentenças de mérito, desde que subsumíveis às hipóteses do CPC 475, é que somente produzem efeitos depois de reexaminadas pelo tribunal" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, in "Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor", Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 780, nota n. 3 ao artigo 475 do CPC). No tocante à alegada ofensa ao artigo 273 do CPC, melhor sorte não assiste à irresignação, uma vez que concluiu a Corte de origem, na espécie, estarem presentes os requisitos exigidos à concessão da antecipação de tutela, razão pela qual afirmou que "o objetivo fundamental da antecipação de tutela é a de tornar útil o bem da vida perseguido, inócua e despropositada sua retenção até ulterior decisão monocrática, o mesmo se o diga quanto ao pedido de devolução dos valores depositados a título de CPMF que foram bloqueados e levantados em favor da parte autora". No caso dos autos, a plausibilidade do direito invocado, qual seja, a demonstração de que os valores pagos ao hospital pelos serviços prestados ao SUS são insuficientes para ressarcir as despesas básicas dos pacientes atendidos, e de que a União tem se negado a repassar os recursos devidos, não é passível de verificação no âmbito deste Sodalício, assim como a verificação da existência do periculum in mora. Tal análise ensejaria o reexame de todo o conjunto probatório, o que é inviável em recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula n. 7 desta egrégia Corte Superior. Ausência de prequestionamento quanto ao artigo 1º da Lei n. 9.494/97. Se entendesse a recorrente existir alguma omissão no julgado, deveria ter suscitado o exame dessa questão nas razões dos embargos declaratórios, o que, in casu, não ocorreu. Incidência da Súmula n. 211 do STJ. Ainda que assim não fosse, entende este relator ser admissível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. "É bom frisar, foi firmado o princípio da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, exceto as exceções restritivas. Sobre essas limitações, o Pretório Excelso dirá a última palavra" (cf. "Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública", in Revista dos Tribunais, n. 768, outubro de 1999, p. 44). O cabimento da tutela antecipada no caso dos autos se reforça pela superveniência de sentença de mérito proferida na ação de cobrança proposta contra a União favorável à pretensão do autor. Recurso especial não conhecido".(STJ, REsp 424863/RS, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. 5.8.2003, DJ 15.9.2003, p.293,v.u.)

antecipação é concedida na própria sentença.²⁹³

A propósito, mais uma vez, ensina Marinoni:

(...) o direito à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional é constitucionalmente garantido. O direito de acesso à Justiça, albergado no art. 5º, XXXV, da CF, não quer dizer apenas que todos têm direito a recorrer ao Poder Judiciário, mas também quer significar que todos têm direito à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. (...) se o legislador infraconstitucional está obrigado, em nome do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, a prever tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma efetiva e tempestiva tutela jurisdicional, ele não pode decidir, em contradição com o próprio princípio da efetividade, que o cidadão somente tem direito à tutela efetiva e tempestiva contra o particular. (...) 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.²⁹⁴

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública,²⁹⁵ afastando completamente a posição doutrinária que não admite a tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Assim, inúmeras decisões judiciais estão sendo proferidas no sentido de antecipar a tutela ou conceder liminar contra o Poder Público,²⁹⁶ até porque, existem dentro do sistema jurídico nacional, normas outras, princípios e valores constitucionais superiores às normas restritivas de concessão de liminares contra o Poder Público.

Juvêncio Vasconcelos Viana,²⁹⁷ afirma que a aplicação literal e indiscriminada da vedação às tutelas de urgência jurisdicionais não permite que o juiz use dos instrumentos imprescindíveis ao apropriado exercício do seu poder, eis que, em determinadas situações, somente com essas se completa a prestação jurisdicional e

293 ALVIM José Eduardo Carreira (Suspensão da execução da sentença, n. 16.5, **Direito na doutrina**, Livro III. Curitiba: Juruá, 2002, p. 179-181) afirma que a tutela antecipada concedida na sentença se traduz numa técnica hábil de retirar do recurso de duplo efeito o seu efeito suspensivo, possibilitando, desta forma, a execução provisória da sentença. Nesse sentido, é também os ensinamentos de CALMON DE PASSOS, até porque conforme lembra o autor, a reforma posta pelo art. 520 do CPC, pela Lei nº 10.353/01, determinando que a apelação da sentença que "confirmar a antecipação dos efeitos da tutela", seja recebida só no efeito devolutivo pelo fato de haverem confirmado a tutela, não há razão para não sê-lo no mesmo efeito quando a tutela tenha sido concedida na própria sentença. (In **Inovações no código de processo civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 29-30)

294 MARINONI. Luiz Guilherme, **Antecipação da tutela**, 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 261.

295 STF, Pleno, ADC 4, rel. Min. Sidney Sanches, m.v., j., 10.9.1997

296 Fazenda Pública. Cabimento. É admissível a tutela antecipada contra a Fazenda Pública (STF, Pleno, ADC 4, rel. Min. Sidney Sanches, m.v., j., 10.9.1997)

297 VIANA. Juvêncio Vasconcelos, **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p. 228.

permite-se o efetivo acesso à Justiça, ao tempo que viola o direito fundamental à viabilidade da obtenção da efetiva tutela do direito material.

Hélio do Valle Pereira lembra ainda que a questão deve ser analisada de uma forma bem mais ampla, sob pena de se prestigiar o totalitarismo e o absolutismo estatal em detrimento do Estado Democrático de Direito, já que ao restringir as tutelas de urgência contra o Poder Público através da aplicação indiscriminada sem a necessária e fundada existência do interesse público, se estará privilegiando em determinados casos uma injustiça capaz de menosprezar todo o Estado de Direito e violar a própria Constituição Federal.²⁹⁸

4.7 Suspensão de Liminares e das Sentenças contra o Poder Público

A suspensão de liminares e execução de decisão judicial proferidas contra o poder público é um instrumento processual que atende único e exclusivamente os interesses da Fazenda, para que esta possa pleitear, junto ao Presidente do Tribunal competente para conhecer do respectivo recurso, a concessão de uma contra-cautela destinada a sobrestar a execução de liminar, de tutela antecipada, de sentença ou de acórdão proferidos em determinadas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes.

Assim, como para os casos de liminar em mandado de segurança foi previsto o pedido de suspensão da liminar,²⁹⁹ também se adotou nas cautelares (artigo 4º, § 1º da Lei 8.437/1992) e tutelas antecipadas (artigo 1º da Lei nº 9.494/97) procedimento similar.

Tem-se aí, então, sob o argumento do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado,³⁰⁰ mais um remédio processual colocado a favor da Administração entre os inúmeros já existentes, porém, que, na maioria das vezes se prestam como meio de retardar a execução das decisões judiciais proferidas contra

²⁹⁸ PEREIRA. Hélio do Valle, **Manual da fazenda pública em juízo**, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 185.

²⁹⁹ *Ex vi* do art. 4º da Lei nº 4.348/64, previsão mantida pelo artigo 15 da nova Lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009, embora tenha esta revogado a mencionada lei.

³⁰⁰ VIANA. Juvêncio Vasconcelos, **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p. 236.

o Poder Público e, conseqüentemente, acabam prejudicando a efetividade da tutela judicial.

Defendem a criação do instituto como uma forma de impedir, enquanto não definitiva a decisão, que o interesse público primário possa ser seriamente lesionado, não se fazendo nessa seara o controle de mérito da ação proposta, mas tão-somente a ocorrência ou não dos pressupostos do manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.³⁰¹

O pedido de suspensão não tem por fim reformar ou anular a decisão guerreada, pois não devolve a matéria oposta à reapreciação judicial, não está taxado em lei enquanto recursos, nem tampouco, lhe é próprio a devolutividade característica dos recursos, consistindo em um incidente processual, destinado, apenas, a retirar da decisão sua executoriedade.³⁰²

Tal questão é facilmente observada em razão de que a lei é expressa em prever que o uso do pedido de suspensão é autônomo e independente ao eventual recurso cabível (Lei 8.437/92, art. 4º, § 6º) e mesmo diante do acolhimento do pedido de suspensão da decisão, o seu conteúdo permanecerá intacto, porém ineficaz.

Na verdade, esse instituto visa tão somente a suspensão da eficácia de liminar ou de sentença contrária ao Poder Público, sob o argumento de que o cumprimento imediato da decisão importará grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, conforme dito acima.

A Lei nº 8.437/92 dispõe que da sentença da suspensão da decisão liminar ou final caberá agravo de instrumento³⁰³ ou apelação, respectivamente, que constituem os recursos próprios para a impugnação das razões de fato e de direito que motivaram a prolação daquelas decisões, concluindo-se assim a ausência da natureza recursal do referido incidente de pedido de suspensão de liminar.

A suspensão do provimento judicial de urgência, ainda que a liminar tenha sido

301 VIANA. Juvêncio Vasconcelos, Idem. p. 237

302 CUNHA. Leonardo José Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**, São Paulo: Dialética, 2009, p. 507.

303 VIANA. Juvêncio Vasconcelos, Idem, p.243-244.

deferida com a observância de seus requisitos legais, gera questionamentos em torno da constitucionalidade dos pedidos de suspensão de liminar e execução de decisões judiciais.

Alguns autores entendem que esse incidente processual afronta direitos fundamentais, como também coloca a Fazenda Pública em posição diferenciada de forma preferencial, provocando colisão entre princípios constitucionais do jaez do direito de ação, isonomia, contraditório e ampla defesa em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

A ausência do contraditório, princípio consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal, evidenciado nas suspensões de liminares, de tutelas antecipadas, de sentenças e de acórdãos, já que, na maioria das vezes, o Presidente do Tribunal competente para conhecer do pedido suspensivo defere-o sem intimar previamente a parte adversa, é normalmente a tese mais questionada pelos defensores da inconstitucionalidade desse instituto, destacando-se aqui Cássio Scarpinella Bueno que entende que apesar da oitiva prévia da parte adversa ser disposta como faculdade conferida ao presidente do respectivo tribunal, trata-se na verdade de um verdadeiro “deverá”.³⁰⁴

Os que defendem a constitucionalidade das suspensões rebatem que, assim como ocorre na concessão de liminares *inaudita altera pars*, o contraditório aqui é apenas adiado, e tal se dá para que não haja risco de dano irreparável ou de difícil reparação ao bem jurídico tutelado, é o que se denomina de *periculum in mora inverso*, posto que, muitas vezes, a decisão cuja eficácia se pretende suspender, encontra-se também fundamentada no perigo da demora do provimento judicial a ser proferido na ação para a parte autora (liminares proferidas em mandado de segurança, *habeas-data*, ação cautelar, ação civil pública, ação popular, e tutelas antecipadas), ocorrendo, pois, no âmbito das suspensões, a inversão do *periculum in mora* em prol do interesse público primário.³⁰⁵

Outra matéria aventada como inconstitucional em relação à suspensão de liminares e sentenças contra o poder público é a ofensa ao direito de ação, vez que

304 BUENO. Cássio Scarpinella, **O poder público em juízo**, 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73. Prevê a atual redação do art. 4º, 2º, da Lei nº 8.437/92: “§ 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas.

305 Nesse sentido cf. Leonardo José Carneiro da Cunha, **A fazenda pública em juízo**, São Paulo: Dialética, 2009, p.510-511

esse deve ser exercido regularmente sem abusos ou espírito de rivalidade, em perfeita harmonia com a ordem jurídica.³⁰⁶

Apesar da “aparente” relevância do instrumento de pedido de suspensão de segurança no ordenamento jurídico brasileiro em razão de sua agilidade e eficácia para afastar graves danos à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, valores maiores num Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, da CF), não se pode olvidar que os cidadãos também não têm menores prerrogativas.

Se analisado sob a ótica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado que visa resguardar os interesses difusos, o pedido de suspensão do provimento judicial de urgência pode ser visto como constitucional, no entanto, é essencial a observância de prudência em sua utilização, com a verificação rígida de seus requisitos, respeito ao contraditório, dentro dos limites da razoabilidade que evitem colocar em risco às garantias constitucionais até então já adquiridas.³⁰⁷

4.8 Restrições à Execução Provisória

O artigo 475-O acrescentado pela Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005 ao Código de Processo Civil,³⁰⁸ prevê a possibilidade da execução provisória de

³⁰⁶ LOPES. João Batista, **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101.

³⁰⁷ VIANA. Juvêncio Vasconcelos, *Idem*, p. 246.

³⁰⁸ In verbis: Arrt. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, no que couber, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exeqüente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

II – fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

III – o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

§ 1º No caso do inciso II do caput deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

§ 2º A caução a que se refere o inciso III do caput deste artigo poderá ser dispensada: [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

I – quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exeqüente demonstrar situação de necessidade; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

II – nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (art. 544), salvo quando da dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

§ 3º Ao requerer a execução provisória, o exeqüente instruirá a petição com cópias autenticadas das seguintes peças do processo, podendo o advogado valer-se do disposto na parte final do art. 544, § 1º: [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

I – sentença ou acórdão exeqüendo; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

II – certidão de interposição do recurso não dotado de efeito suspensivo; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

III – procurações outorgadas pelas partes; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

IV – decisão de habilitação, se for o caso; [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

V – facultativamente, outras peças processuais que o exeqüente considere necessárias. [\(Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005\)](#)

decisão judicial impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo

É no processo de execução que o Estado-Juiz, através da prestação jurisdicional, providencia a realização da sanção, seja entregando ao credor o bem devido, seja reparando-lhe o prejuízo decorrente da impossibilidade de realizar a prestação *in natura*.

A execução pode ser classificada em definitiva e provisória, sendo que na execução definitiva se busca a realização de uma sentença judicial transitada em julgada, enquanto que a execução provisória ocorre em face de uma decisão judicial impugnada mediante recurso sem efeito suspensivo, ou seja, uma vez que os efeitos da decisão não estão suspensos, pode ser dado início ao processo executivo.

Nesse caso, a execução ocorre com base em título que é provisório, o qual, ainda pode ser alterado ou mesmo deixar de existir, caso o recurso seja provido.

A procedência do recurso interposto contra decisão objeto de execução provisória tem como consequência direta o desaparecimento do título e, obviamente, a execução não poderá prosseguir e terá de ser desfeita.

A execução provisória disciplinada pelo artigo 475-O do Código de Processo Civil apresenta características próprias em relação à definitiva. Nela, o credor assume o risco e o ônus de ressarcir os danos sofridos pelo devedor, caso, posteriormente, o título executivo provisório seja reformado ou cassado, razão pela qual, o código prevê a prestação de caução em hipóteses que, no curso da execução provisória, surja o risco de grave dano ao executado.

Excetuam-se dessa regra os créditos de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, no valor de até 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, que se encontrar em estado de necessidade, e quando o título executivo judicial "provisório" for objeto apenas de agravo de instrumento perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal excetuados os casos em que a dispensa possa manifestamente resultar risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação

Observe-se que a execução provisória não se destina a ser substituída pela execução definitiva. Trata-se, na verdade, de uma execução imediata, de adiantamento da execução ou de antecipação da eficácia executiva. Provisório é o

título em que se funda a execução.

Cumpra-se aqui analisar a procedência e a índole da prerrogativa de restrições à execução provisória por quantia certa contra a Fazenda Pública, no que concerne às sentenças condenatórias, desde que, obviamente, ausente recurso que impeça a efetivação do julgado.

Na verdade, não há qualquer dispositivo legal que admita a execução provisória contra a Fazenda Pública, porém, nenhum proíbe expressamente esse instituto contra a pessoa jurídica de direito público, que se constitui como uma exceção à regra, não podendo assim, ser aplicada extensivamente, conforme conclui Hélio do Valle Pereira ao dizer que “*a legislação brasileira não proíbe a execução provisória contra a Fazenda Pública como um princípio absoluto; o que existem são regras específicas que, também para casos delimitados, assim obstam*”.³⁰⁹

De início, cumpre-se observar que ao retirar a Fazenda Pública do sistema criado para os demais devedores solventes na lei processual civil, inserindo-a nos dispositivos legais contidos na Seção III do Código de Processo Civil que trata da Execução contra a Fazenda Pública, o legislador supostamente demonstrou a intenção de não aplicação da *execução provisória* contra a Fazenda Pública, disponibilizando inúmeras prerrogativas à Fazenda Pública para esse fim.

Conforme visto no item 4.6 deste trabalho, essas limitações tiveram início em face das Leis nº 4.348/64, 8.437/92 e 9.494/97, notadamente em sede de restrições para a concessão de liminares e tutela antecipada, e, posteriormente, proibindo a *execução provisória da sentença condenatória* contra a Fazenda Pública, ou seja, condicionando a execução da sentença ao seu trânsito em julgado através do § 1º-A acrescentado ao artigo 100 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 30/2000,³¹⁰ cuja condição restou mantida em sede da alteração dada dispositivo pela EC 62/2009.³¹¹

309 In **Manual da fazenda pública em juízo**, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.468

310 In verbis: Art. 100 [...] §1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado. ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000](#))

311 [EC/2009 - Art. 100](#). Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a

Um forte entendimento doutrinário e jurisprudencial vem se firmando no sentido de que embora reconhecidas as limitações impostas em face da norma constitucional que sujeita o pagamento das execuções por quantia certa ao sistema de precatórios, podem ser realizados atos da execução provisória de sentença cujo recurso seja recebido apenas com efeito devolutivo até a fase dos embargos, ficando suspensa daí em diante até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos ou forem rejeitados.

Assim sendo, na ausência de efeito suspensivo da sentença, nada inibe o credor de dar início ao procedimento de execução, otimizando a execução até o trânsito em julgado da sentença do processo de conhecimento para só então se expedir o precatório.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que:

Desde que não haja a expedição do precatório, ou, ao menos, desde que para esta expedição seja exigida caução idônea, na forma do que prescreve o art. 475-O, III, do CPC, nada obsta a admissão da execução de decisão provisória contra a Fazenda Pública.³¹²

Leonardo José Carneiro da Cunha aponta como a única, porém, importante utilidade da execução provisória contra a Fazenda Pública, a possibilidade dessa funcionar como meio de agilizar o processamento da execução que fica entretanto condicionado à expedição do precatório ao *prévio trânsito em julgado* da sentença proferida no processo de conhecimento.³¹³

Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça encampam a idéia de que a exigência do trânsito em julgado da sentença é contrária à execução provisória para pagamento de quantia decorrente de decisão contra a Fazenda Pública que ainda pode vir a ser reformada por meio de recurso, não sendo

designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

312 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, vol. 3, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

313 In **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., São Paulo: Dialética. 2009. p.327.

razoável que esse pagamento possa prejudicar os credores titulares de precatórios oriundos de sentenças transitadas em julgado.

Entretanto, pode-se colher julgados em que a execução provisória tenha sido admitida.³¹⁴

Porém, a regra é a imposição do trânsito em julgado para se iniciar a execução, não mais existindo a modalidade provisória de execução de obrigação pecuniária contra entes de direito público o que se verifica como uma ofensa à isonomia processual em total descompasso na evolução processualista brasileira, de modo que, até mesmo, a exclusão do efeito suspensivo dos embargos do devedor civil parece não ter atingido os entes fazendários, contribuindo as restrições à execução provisória por quantia certa contra a Fazenda Pública como mais uma de suas prerrogativas que obstam o ideal de efetividade do processo.

4.9 Dispensa de fazer o Depósito da Multa de 5% sobre o Valor da Causa nas Ações Rescisórias

A ação rescisória não se trata de um recurso, mas de uma nova ação cujo objetivo é o de atacar a coisa julgada material, originada de uma decisão transitada

314 In verbis: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA A INADMISSÃO DE RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DEFINITIVA. EMBARGOS À EXECUÇÃO PARCIAIS OPOSTOS PELA FAZENDA PÚBLICA. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO RELATIVAMENTE À PARTE INCONTROVERSA DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que, nos termos do art. 739, § 2º do CPC, é possível a expedição de precatório da parte incontroversa da dívida, em execução contra a Fazenda Pública, sem que isso implique ofensa à sistemática constitucional dos precatórios. 2. Iniciado o processo executivo com base em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial, a oposição de embargos parciais, a despeito de suspender a execução, não transforma a execução definitiva em provisória, prosseguindo-se relativamente à parte incontroversa da dívida, com a expedição de precatório, ou por execução direta, para os pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor (EResp. 719.685/RS, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 21/8/2006). 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 924602, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 04.08.2008, Decisão: 19/06/2008). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE GRATIFICAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA CONTRA FAZENDA PÚBLICA. ART. 2º-B DA LEI N.º 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. I- O c. Superior Tribunal de Justiça, no desempenho da sua missão constitucional de interpretação da legislação federal, deu uma exegese restritiva ao art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97, no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo. II -A decisão judicial provisória que determina apenas direito à percepção de gratificação pelo servidor - sem o pagamento imediato dos valores pretéritos - não se enquadra entre as situações previstas na referida lei. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 964427, Ministro FELIX FISCHER, DJe 23.06.2008, Decisão: 30/05/2008). PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HIPÓTESE DE CABIMENTO. ART. 2º-B DA LEI N.º 9.494/97. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento. 2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que, excluídos os casos estatuídos no art. 2º-B da Lei n.º 9.494/97, é cabível a execução provisória contra a Fazenda Pública. A propósito: REsp n.º 890631/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 18/09/07; REsp n.º 775618/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06/08/07; AgRg no REsp n.º 658518/RS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJ de 05/02/07; AgRg no Ag n.º 802016/PE, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, DJ de 05/02/07; Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 09/11/06; EREsp n.º 638620/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/10/06; AgRg nos EREsp n.º 757565/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Corte Especial, DJ de 01/08/06; AgRg no REsp n.º 507974/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 19/06/06; AgRg no REsp n.º 416956/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26/06/06; REsp n.º 702264/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19/12/05; REsp n.º 695681/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29/08/05, AgRg no Ag n.º 396626/SP, deste Relator, DJ de 18/02/02, entre tantos outros na mesma linha. 3. Agravo regimental não-provido. (AgRg nos EDcl no Ag 884191, Ministro JOSÉ DELGADO, DJe 24.04.2008, Decisão: 25/03/2008). <http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=titulo:EDcl%20Ag%20884191&s=jurisprudencia> Acesso em 02.09.2009

em julgada, cuja eficácia é imutável e indiscutível.

A ação rescisória tem natureza jurídica de ação autônoma de impugnação (constitutiva negativa ou desconstitutiva), cujo ajuizamento provoca a instauração de um novo processo, com nova relação jurídica processual, por meio do qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado em outro processo, com o eventual novo julgamento da matéria julgada, servindo ao desfazimento da coisa julgada material, quer por motivos de invalidade, quer por motivos de injustiça.³¹⁵

Tal e qual qualquer ação, a rescisória deve ser intentada através de uma petição inicial, atendendo os requisitos previstos no artigo 282 do Código de Processo Civil, pressupondo ainda, obviamente, a existência de uma sentença de mérito transitada em julgado e a invocação de algum dos motivos de rescindibilidade dos julgados taxativamente elencados no artigo 485 do mesmo diploma processual.³¹⁶

Além desses requisitos, o artigo 488 do diploma processual civil brasileiro³¹⁷ prevê que o autor deve fazer constar do pedido de rescisão formulado em sede de ação rescisória, a cumulação, se for o caso, de novo julgamento do processo judicial e o depósito da importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Tratando-se de um remédio jurídico excepcional, porém de ampla possibilidade de admissibilidade e fácil utilização, a adoção de regras processuais no sentido de restringir o uso da ação rescisória visa evitar eventuais descomedimentos.

315 DIDIER JR. Fredie, CUNHA; Leonardo José Carneiro da, **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**, Vol. 3, 5. ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2008, p. 341

316 In verbis: Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1o Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2o É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

317 In verbis: Art. 488 CPC -A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no II à União, ao Estado, ao Município e ao Ministério Público.

Deste modo, a exigência do depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa a título de multa, devido caso a ação seja por unanimidade de votos declarada inadmissível ou improcedente, além do reduzido prazo decadencial limitado em dois anos, servem de desestímulo para aqueles que pretendem fazer uso dessa ação como um meio de procrastinação do feito de onde já tenha restado reconhecido o direito reclamado pela parte contrária em outra ação.

Em caso de procedência da ação rescisória, ou não sendo unânime o julgamento contrário à pretensão do autor, o depósito ser-lhe-á restituído.

Apesar da ação rescisória se tratar de um remédio jurídico excepcional, cuja matéria já foi objeto de decisão em outro processo, e, na maioria das vezes, apreciadas em várias instâncias recursais até atingir o seu trânsito em julgado, à Fazenda Pública é garantida mais uma vez, todas as prerrogativas previstas na lei processual civil.

Acrescendo o rol dos benefícios processuais postos à mercê da Fazenda Pública, o parágrafo único do artigo 488 acima mencionado, diz ser inaplicável a regra do depósito da importância equivalente ao percentual de 5% (cinco por cento) calculado sobre o valor da causa quando a rescisória for proposta pela União, Estado, Município e ao Ministério Público.

Através da Súmula 175 do Superior Tribunal de Justiça³¹⁸ essa liberalidade do depósito do percentual de 5% (cinco por cento) calculado sobre o valor da causa nas ações rescisórias restou estendido ao INSS.

Posteriormente, a Lei Federal nº 9.028/1995 foi um pouco mais além, acrescentando pela Medida Provisória 2.180-35/2001 o artigo 24-A, a isenção das custas, emolumentos e demais taxas judiciárias, bem como do depósito prévio e multa em ação rescisória à União, suas autarquias e fundações.

Para Hélio do Valle Pereira esse favor legal não foi estendido às mesmas entidades dos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, observando ainda, por oportuno, que apesar do Distrito Federal não haver sido mencionado pelo parágrafo único do artigo 488, deve se considerar ali incluído.³¹⁹

³¹⁸ In verbis: "Descabe o depósito prévio nas ações rescisórias propostas pelo INSS".

³¹⁹ In *Manual da fazenda pública em juízo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.639-640

Porém, sob outra ótica, o Superior Tribunal de Justiça vem conferindo esse benefício a todas as pessoas jurídicas de direito público, aplicando-lhes, analogicamente a Súmula 175, conforme concorda Leonardo José Carneiro da Cunha:

Desse modo, a Fazenda Pública, em qualquer nível e sem distinção nenhuma, está liberada do depósito previsto no art. 488, II, do CPC para o ajuizamento de ação rescisória. Significa que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas beneficiam-se da regra, de sorte que tais entes *não* estão sujeitos à exigência do aludido depósito.³²⁰

A despeito das demais prerrogativas que beneficiam o ente público enquanto parte no processo judicial, e que continuam lhe sendo conferidas em sede de ação rescisória, a isenção desse depósito em favor da Fazenda Pública, que, ao contrário, é requisito legal para o particular sob pena, inclusive, de indeferimento da inicial (CPC, art. 490,II), gera mais uma discussão na doutrina processualística acerca da constitucionalidade e legitimidade das prerrogativas legais que lhe são aferidas.

Sem dúvidas, o depósito descrito no inciso II, do art. 488, do CPC, possui o escopo de impedir o ajuizamento de ações injustificadas, reservando-se essa via processual às hipóteses adequadas ao espírito teleológico do art. 485, do CPC.

Partindo-se da premissa legal ensejadora da referida prerrogativa, defende-se que *“se mesmo as despesas judiciais, em processo em que a Fazenda Pública é parte, são pagas somente a final pelo litigante vencido, não se justifica que, na rescisória se lhe exigisse tal ônus inicial”*.³²¹

Ocorre, que se por um lado, essa isenção concedida à Fazenda Pública pode ser vista como uma regra razoável em face da presumível solvência do poder público, além da dificuldade de previsão orçamentária quanto ao deslocamento de tais recursos, por outro, pode servir de estímulo à propositura de ações rescisórias à título procrastinatório, até porque, ao final, em sede de ação rescisória, a Fazenda

320 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 151-152. Nesse sentido, cf. Alexandre Freitas Câmara, **Lições de direito processual civil**, 16. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 168-169 e Cássio Scarpinella Bueno, **O poder público em juízo**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 254.

321 Bernardi, Ovídio. **O município e o novo código de processo civil**, São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, p. 136.

vencida não se submete à multa caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente, ou seja, além da prerrogativa de não efetivação do depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa na propositura da ação rescisória, a Fazenda Pública está dispensada da própria multa em que esse valor seria convergido em face da inadmissibilidade ou improcedência do pedido.

Juvêncio Vasconcelos Viana aponta como uma solução equilibrada para a questão, a dispensabilidade do depósito pela Fazenda, porém, no caso de inadmissibilidade ou improcedência do pedido, essa deveria incorrer na regra geral de pagar à parte ré a multa de 5% (cinco por cento).³²²

4.10 Prescrição

Apesar do direito material e do direito processual serem ciências autônomas, são, simultaneamente, interdependentes. Exemplo disso é o que se pode ver em face da prescrição, instituto ligado ao direito material, não processual, porém refletindo-se, obviamente, no direito processual, sem deixar, entretanto, de assumir sua verdadeira natureza jurídica.

Violado o direito, nasce para o seu titular a pretensão de exercê-lo, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206 do Código Civil, conforme enuncia o art. 189 do mesmo diploma legal, de modo que, embora o estudo profundo sobre a prescrição deva ser feito sob a luz do direito material, não há como afastar desse estudo seus reflexos perante o direito processual, razão pela qual evidente sua importância no contexto do presente trabalho.³²³

³²² In Efetividade do processo em face da fazenda pública, São Paulo: Dialética, 2003, p. 29

³²³ In verbis: Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

Art. 206. Prescreve

§ 1º Em um ano:

I - a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos;

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

III - a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e

A prescrição está diretamente relacionada ao tempo, sendo considerada pela legislação civil como fator extintivo da pretensão do exercício do direito do autor ou mesmo impeditivo do reconhecimento judicial acerca de determinada pretensão.

Ao limitar um prazo fatal para o exercício de se recorrer às vias judiciais na busca de um direito, o instituto da prescrição defende a segurança jurídica das relações, posto que, fosse eterna a possibilidade de propor as ações judiciais, haveria um sério comprometimento da estabilidade dessas relações, atingindo a ordem jurídica estabelecida no sistema legal, cuja pedra angular é a proteção a um bem coletivo de ordem superior, em face do individual.

É o interesse público prevalecendo sobre o particular, principalmente quando o suposto titular do bem lesado se mostra inerte e sem interesse em ver restaurada a situação jurídica vantajosa que lhe concede a norma legal.

Assim, se o sujeito pode exercer a pretensão contra outrem, e não o faz no prazo fixado na lei, sua inação vai caracterizar-se como inércia antijurídica, gerando, em conseqüência, o surgimento da prescrição que passa a produzir um *status* de consolidação em favor do autor do ato, da situação jurídica que seria resolvida caso o titular do direito não quedasse inerte.

A prescrição, sendo instituto ligado ao fator tempo, não pode prescindir do *momento* em que se inicia a pretensão da pessoa contra a situação jurídica

honorários;

IV - a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembléia que aprovar o laudo;

V - a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade.

§ 2o Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem.

§ 3o Em três anos:

I - a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos;

II - a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias;

III - a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela;

IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

V - a pretensão de reparação civil;

VI - a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição;

VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo:

a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima;

b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;

c) para os liquidantes, da primeira assembléia semestral posterior à violação;

VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial;

IX - a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório.

§ 4o Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

§ 5o Em cinco anos:

I - a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular;

II - a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato;

III - a pretensão do vencedor para haver do vencido o que despendeu em juízo.

originada pelo autor do ato. Assim a regra geral, como averba Caio Mário da Silva Pereira, é que *"se a prescrição fulmina a relação jurídica pelo decurso do tempo aliado à inatividade do sujeito, tem começo no momento em que podendo ele exercê-lo, deixa de o fazer"*.³²⁴

No que diz respeito à questão da prescrição envolvendo direitos positivos ou negativos da Fazenda Pública, vale ressaltar que a prescrição que prejudica a Fazenda segue o padrão imposto pelo direito privado, ressalvados alguns casos pontuais.³²⁵

A prescrição que beneficia a Fazenda Pública tem suas regras destinadas às ações de natureza pessoais, conforme dispõem o Decreto nº 20.910 de 6 de janeiro de 1932 e Decreto-lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942. Por sua vez, a Medida Provisória n.º 2.180-35/01, modificando a Lei 9.494/97, acrescentou-lhe o art. 1º-C, especificando a prescrição quinquenal para o caso de responsabilidade civil extracontratual do Estado.

Diz o art. 1º do Decreto nº 20.910/32 que:

As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Deste modo, a parte não pode deixar em aberto no tempo o interesse de agir para a constituição ou reconhecimento de um direito, por prazo superior ao que determina o Decreto nº 20.210/32, no caso, cinco anos.

Importa se distinguir a prescrição do fundo de direito daquela de trato sucessivo, ambas previstas pelo Decreto nº 20.210/32 supramencionado.

O detentor de um direito adquire da data do ato ou fato o direito de buscar

³²⁴ In *Instituições de direito civil*, vol. I, São Paulo: Editora Forense, 1992, pág. 483.

³²⁵ Celso Antonio Bandeira de Mello aponta os casos dispostos no art. 54 da Lei nº 9.784/99, regulam o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, fixando prazo decadencial para fins de anulação dos atos administrativos que operem efeitos favoráveis aos destinatários do mesmo, bem como no art. 1º da Lei nº 9.873/99, que estabelece o prazo prescricional para o exercício da ação punitiva decorrente do poder de polícia imanente à Administração Federal, e, por fim, o disposto na Lei nº 8.112/90, acerca dos variados prazos para aplicação de sanção disciplinar. (In *Curso de direito administrativo*, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 928-932).

guardada judicial na hipótese de omissão do Poder Público em lhe conceder o direito, porém, estará irremediavelmente alcançado pelos efeitos da prescrição do fundo de direito se não fizer no prazo de cinco anos a contar da vigência desse ato ou fato.

Por outro lado, fosse essa ação direcionada para reimplantação do direito porque, no passado, já havia sido deferido e, posteriormente subtraído, o direito de agir se apresentaria por ocasião de cada pagamento mensal, posto que o salário do mês se ressentiria da parte faltante, de modo que, nesse caso, a prescrição seria quinquenal e só atingiria as parcelas não reclamadas nos últimos cinco anos, deixando incólume o direito. É a prescrição vista nas prestações de trato sucessivo de conformidade com o art. 3º. do Decreto nº. 20.910/1932 e Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça.³²⁶

O fato é que, enquanto contra as demais pessoas existem prazos prescricionais bem mais longos, conforme previsto pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 205 e 206, chegando a 10 (dez) anos, quando se trata da Fazenda Pública, o prazo é de apenas 5 (cinco) anos, o que constitui uma diferença relevante em benefício desta.

É essa diferença que atinge em cheio o princípio da igualdade, já que, o particular deve ser célere em propor uma ação contra a Fazenda Pública, sob pena de ver prescrito o seu direito de ação que asseguraria a apreciação da matéria pelo Poder Judiciário.

Não se pode olvidar que a redução do prazo prescricional em favor do ente público acaba afetando ainda, via reflexa, o direito de acesso ao judiciário.

A questão impõe aludir ao fato de que a prescrição fazendária sob a perspectiva do tratamento de prerrogativa processual que lhe é concedida através de regras infraconstitucionais, acaba se fazendo maior que os princípios constitucionais do processo, base inicial do Direito e regra legal por excelência, sendo que, em verdade, o princípio é a mais importante das regras legais, quando mais se reconhecido como fundamental.

326 CUNHA. Leonardo José Carneiro da, A fazenda pública em juízo, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p.73-74.

4.11 Honorários Advocatícios fixados de forma Equitativa em favor da Fazenda Pública Sucumbente

Os honorários de sucumbência são aqueles arbitrados quando a causa é julgada e são devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora, conforme prescreve a Lei n.º 8.906/94 em seu artigo 23, pelo qual, “*Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado [...]*”.

O Código de Processo Civil rege as regras de sucumbência a serem impostas à parte vencida na sentença conforme se depreende de seus artigos 20 e seguintes.

A lei processual vigente prescreve em seu artigo 20, §3º que o juiz estabelecerá os honorários advocatícios entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, segundo os requisitos dispostos nos itens “a”, “b” e “c” do mesmo dispositivo legal, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo decorrido até o término da ação.

Excepcionalmente, o juiz poderá estabelecer nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários advocatícios segundo sua apreciação equitativa, *ex vi* do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, devendo ser observados os critérios constantes nas alíneas “a”, “b”, e “c” do § 3º do aludido dispositivo legal.³²⁷

Assim, incluída na modalidade de exceção à regra quanto à estipulação de honorários advocatícios, a Fazenda Pública é beneficiada com parâmetros

³²⁷ In verbis: “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 8.9.1976)

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;
b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.”

diferenciados para a fixação dos honorários de advogado nas causas em que for vencida.

Esse tratamento diferenciado é visto pela doutrina brasileira como um privilégio violador do princípio da isonomia, pois, se os litigantes tiveram despesas com a contratação de advogados devem ser ressarcidos de forma igualitária sob pena de se estar tratando desigualmente litigantes que se encontram em pé de igualdade relativamente ao pagamento dos honorários de seus advogados, o que não ocorreria, caso o litígio não envolvesse o ente público.³²⁸

Em que pese o entendimento doutrinário, os tribunais paulistas rechaçam a pecha de inconstitucionalidade apontada à questão sob o argumento de ser justificável o privilégio porque a Fazenda não é um ente concreto, mas a própria comunidade, ou porque inexistente vinculação aos limites de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) ali previstos para a fixação de honorários de sucumbência.³²⁹

Isso implica na possibilidade de haver condenação na verba honorária abaixo do mínimo legal que é de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, de forma que poderão ser adotados como base de cálculo para o arbitramento dos honorários de advogado o valor da causa, o valor da condenação ou, mesmo, ser fixado valor fixo.

Esses critérios podem acarretar, em alguns julgamentos, a fixação de honorários sucumbenciais em valores irrisórios, meramente a títulos formais, incompatíveis com o exercício da advocacia, situação que tem sido objeto de repúdio até pelos tribunais.³³⁰

Essa circunstância exsurge ante a possibilidade de fixação dos honorários

328 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*, 6. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 56

329 Idem

330 TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INATIVOS. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA EM QUANTIA IRRISÓRIA. MAJORAÇÃO. 1. Não se conhece de recurso especial cujo fundamento é a violação aos artigos 458 e 535 do CPC, nas hipóteses em que o Tribunal local apreciou a questão federal da maneira como posta nos autos, de forma clara, objetiva e fundamentada, não havendo vício que justifique a anulação do acórdão recorrido. 2. Em sede de recurso especial, não é possível rever o valor da condenação em honorários advocatícios fixado por equidade pelas instâncias ordinárias (art. 20, § 4º, do CPC), porquanto tal mister pressupõe a análise das circunstâncias fáticas previstas nas alíneas do § 3º do art. 20 do CPC (o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço), o que é inviável ante o óbice da Súmula 7/STJ. Excepcionalmente, a jurisprudência desta Corte admite o apelo nobre nos casos em que o valor é flagrantemente irrisório ou exagerado. 3. Honorários majorados, porquanto, na hipótese, a quantia fixada pelo Tribunal de origem se mostra insuficiente para a remuneração do advogado. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ. R Esp nº 1.091.070 - PR (2008/0210388-5). Rel. Min. Benedito Gonçalves) Origem: http://www.abdir.com.br/jurisprudencia/jurisp_abdir_1_7_09_2.pdf Acesso em 29/09/2009

consoante apreciação eqüitativa do juiz.

A equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade, não se afastando porém do conteúdo do próprio Direito, pois, enquanto o Direito regula a sociedade com normas gerais do justo e equitativo, a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa.³³¹

Assim, considerando que além do abrandamento de uma norma em um caso concreto, a equidade é um sentimento que brota do âmago do julgado, seu conceito filosófico, dá margem a várias concepções³³², de modo que essa adaptação acaba por conduzir o juiz à estipulação meramente perfunctória do valor dos honorários advocatícios, abaixo do razoável, sem levar em consideração os requisitos dos itens “a”, “b” e “c” da parte final do §3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, quais sejam, o grau de zelo profissional, do lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

A solução pelas regras de equidade impõe a observância da harmonia, da justiça, o que se coaduna com o tratamento igualitário das partes e dos profissionais que as representam, e que atuam, embora em lados opostos, em um mesmo processo, de modo igual, concedendo o mesmo que seria concedido à outra.

Assim, a literalidade das disposições legais que concedem tratamento privilegiado à Fazenda Pública em relação à condenação de honorários advocatícios pode conduzir à iniquidade, até porque, a equidade não autoriza o desrespeito às regras e aos princípios da isonomia que além de se tratarem de direitos e garantias individuais proclamados pela Constituição,³³³ estão também previstos no Código de Processo Civil.³³⁴

Portanto, a definição de honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública com base na interpretação literal do §4º do artigo 20 do Código de Processo Civil,

331 VENOSA.. Sílvio de Salvo, **Direito civil**: parte geral, 3.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 51.

332 *Idem*, p.52

333 In verbis: CF/88:” 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, nos termos seguintes: [...]”.

334 In verbis: CPC: “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;[...]”

em face da apreciação equitativa que é determinada ao juiz, cuja finalidade é a de não onerar em demasia o erário,³³⁵ evidencia-se em patente violação ao princípio da isonomia ao se conceder ao patrono do vencedor da causa, honorários distintos que se concederia fosse vitoriosa a Fazenda Pública.

4.12 Juízo Privativo

De acordo com o artigo 109, inciso I, da Constituição Brasileira,³³⁶ é concedido à Fazenda Pública na esfera federal um juízo privativo cuja competência é da Justiça Federal, da qual se excluem as fundações de direito privado e as sociedades de economia mista, cujas causas são de competência da justiça comum.

Nessa sistemática, os Estados-membros fixam nas suas respectivas Capitais, de conformidade com a Lei de Organização Judiciária de cada um, salvo nas ações reais e nos mandados de segurança, onde o foro é o da situação da coisa ou o da sede da autoridade coatora, um juízo privativo para processar e julgar as causas de interesse da Fazenda Pública Estadual.

No Estado do Ceará, por exemplo, a competência é fixada pelo Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará na Lei nº 12.342, de 28 de julho de 1994, *in verbis*:

Art. 109 - Aos Juízes de Direito das Varas da Fazenda Pública compete, por distribuição:

I - processar e julgar com jurisdição em todo o território do Estado:

a) as causas em que o Estado do Ceará, o Município de Fortaleza, e os seus respectivos órgãos autárquicos, forem interessados, como autores, réus, assistentes ou oponentes, excetuadas falências, concordatas, acidentes de trabalho e execuções fiscais, bem como as definidas nas letras

³³⁵ Leonardo José Carneiro da Cunha reconhece a intenção do legislador de se proteger o interesse patrimonial da Fazenda Pública (In **A fazenda pública em juízo**, Idem, p. 129-130). E, assim sendo, Helio do Valle Pereira acrescenta, em boa doutrina, que ao se proteger com essa prerrogativa o interesse meramente secundário (simples vantagem patrimonial) não o interesse primário – o único que justifica tratamento diferenciado, existe no caso, inconstitucionalidade da norma (In **Manual da fazenda pública em juízo**, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 171-172)

³³⁶ In verbis: "As causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autoras, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho".

"e" e "f", do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal;

b) os mandados de segurança contra atos das autoridades estaduais, municipais, autárquicas ou pessoas naturais ou jurídicas que exerçam funções delegadas do Poder Público, no que se entender com essas funções, ressalvada a competência originária do Tribunal de Justiça e de seus órgãos em relação à categoria da autoridade apontada como coatora, bem como a competência dos Juízes de Direito das Comarcas do Interior onde a autoridade impetrada tiver sua sede.

c) as medidas cautelares nos feitos de sua competência;

II - dar cumprimento às precatórias em que haja interesse de qualquer Estado ou Município, suas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações por eles criadas, salvo se elas tiverem de ser cumpridas em comarcas do interior do Estado;

§ 1º - Os atos e diligências dos Juízes das Varas da Fazenda Pública poderão ser praticados em qualquer comarca do interior do Estado pelos juízes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular;

§ 2º - Nos casos definidos nas letras a e c deste artigo, caso se cuide de ação fundada em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa.

Os Municípios, que gozam dos mesmos privilégios da Fazenda Pública Estadual, litigam na Comarca da sede, com ou sem exclusividade de juízo ou vara, de acordo com a organização judiciária do Estado-membro.

É importante frisar que a criação de uma vara especializada não implica na fixação de foro privilegiado, nem altera a competência territorial dispostas na lei processual.

Pela competência, se determina o foro e o juízo, onde serão julgadas e processadas as ações judiciais.

O foro é a base territorial sobre a qual cada órgão judiciário exerce sua jurisdição, enquanto que o juízo não é medida de território como o foro, mas um órgão jurisdicional, sendo o primeiro regulado pelo Código de Processo Civil e o segundo, pelas leis de organização judiciária.³³⁷

Deste modo, a criação de um *juízo privativo*, ou *vara especializada* da Justiça

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; **Teoria geral do processo**, 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 238-239.

local, não se constitui em *foro privilegiado*, e, conseqüentemente, não o torna competente para processar e julgar causas fora dos limites de sua circunscrição territorial (onde exerce sua função), sendo esta determinada em lei, não podendo, entretanto, a Lei de Organização Judiciária atrair essas causas para o foro da Capital.³³⁸

A criação de juízos privativos, no âmbito da justiça comum e em primeiro grau de jurisdição, vem de encontro à necessidade de atender a demanda em comarcas de grande movimento forense, em face das vantagens de uma maior especialização dos juízos.³³⁹

Inclusive, é entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça que o Estado membro não tem *foro privilegiado*, e sim *juízo privativo*, quando a ação é ajuizada na Capital.³⁴⁰

Conforme leciona Juvêncio Vasconcelos Viana,³⁴¹ as questões de interesse dos Estados e dos Municípios, nas Capitais, são resolvidas pelas Varas da Fazenda Pública. Contudo, nos demais municípios, seguem-se a regra geral. Se não houver vara especializada, a competência será de uma vara comum.

Reforçando o entendimento unânime da doutrina nesse sentido, Athos Gusmão Carneiro pontua que:

Os Estados federados, bem como suas autarquias ou empresas públicas, não gozam de vantagem de *foro privativo*, mas os Códigos de Organização Judiciária estaduais podem, *obedecidas as normas de competência territorial*, criar “juízos privativos” para os feitos da Fazenda Pública.³⁴²

Essa prerrogativa processual de um juízo privativo para a Fazenda Pública, longe, como se disse, de se constituir num odioso foro privilegiado, que na

338 In verbis: “Estados e Municípios não tem foro privilegiado, mas tão-somente juízo privativo ou Vara Especializada. Dessa forma, fixa-se a competência pela regra geral - lugar do ato ou fato - indo a demanda para o juízo privativo desde que existente no foro competente.” RT 622/75

339 CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**, 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 260

340 In verbis: STJ Súmula nº 206 - 01/04/1998 - DJ 16.04.1998 Vara Privativa Instituída por Lei Estadual - Competência Territorial - “A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo”.

341 In **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p. 30-31. Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência; “Os estados-membros não gozam de foro privilegiado, mas apenas de foro privativo (vara especializada), podendo ser demandados no foro onde ocorreram os fatos que deram origem à lide, mesmo que esse não seja o da comarca da Capital” (STJ REsp 167.308, 2ª Turma Rel. Min. Peçanha Martins, AC. de 16-6-2000, DJU, 1º ago. 2000, p. 227)

342 CARNEIRO, Athos Gusmão. Idem p. 149.

expressão de Juvêncio Vasconcelos Viana, seria algo derogatório das normas de competência territoriais previstas no CPC,³⁴³ ostenta, na verdade, a importância e a necessidade de se preservar o interesse público, viabilizado pela divisão de competência das varas, o que facilita o trabalho do magistrado e justificada diante do grande volume de processos movidos contra a Fazenda Pública.

4.13 A Intervenção Anômala da Fazenda Pública através da Assistência Especial

A assistência é uma forma de intervenção não obrigatória que ocorre com o ingresso do terceiro na pendência de uma relação processual já existente, cujas regras estão disciplinadas nos artigos 50 a 55 do Código de Processo Civil, e, muito embora tratada em capítulo distinto no Código de Processo Civil, a doutrina insere-a nas modalidades de intervenção de terceiros.

Há no direito processual vigente, vários institutos que autorizam a intervenção de uma terceira pessoa no processo, criando situações que, em alguns casos, o processo pode ser formado por outros sujeitos que não estejam no pólo ativo ou passivo, porém, ingressam na lide por possuírem interesse em sua solução ante a possibilidade com que a decisão judicial possa atingir sua esfera jurídica.

Tem-se, então, no interesse jurídico, o requisito legal e imprescindível para a admissão de um terceiro interessado no processo.

Inovando nessa sistemática, a Lei n.º 9.469, de 10 de julho de 1997, em seu artigo 5º, parágrafo único,³⁴⁴ instituiu uma forma de intervenção atípica dentro do instituto da intervenção de terceiros, cujo único requisito, a despeito da necessidade de demonstração de interesse jurídico para a admissão de terceiro interessado no processo, é o simples interesse econômico ou reflexo, direto ou indireto, da pessoa jurídica de direito público, conseqüente da decisão proferida na ação em curso.

³⁴³ Viana, Juvêncio Vasconcelos. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**, São Paulo: Dialética, 2003, p.30.

³⁴⁴ In verbis: Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.

Criou-se com esta norma, uma prerrogativa da Fazenda Pública através de uma nova forma de intervenção de terceiros, independente da presença do interesse jurídico, a qual se satisfaz com a simples potencialidade de a decisão gerar, eventualmente, efeitos reflexos, mesmo que indiretos, de natureza econômica, contra o ente público, baseando-se assim, na verdade, num interesse econômico, e não jurídico.³⁴⁵

O disposto no artigo 5º da Lei Federal n.º 9.469/97 legitimou a União a intervir amplamente em qualquer litígio, considerando-se apenas a qualidade das partes, afastando o requisito do interesse jurídico para a intervenção de terceiros, permitindo, em conseqüência, uma intervenção *ex officio* à mercê da simples opção da Fazenda Pública, retirando da *assistência* as características clássicas dos institutos de intervenção de terceiros.³⁴⁶

Por sua vez, o parágrafo único do referido dispositivo legal escancarou a desnecessidade de interesse jurídico, legitimando qualquer pessoa jurídica de direito público (os Estados e Municípios, além da União e pessoas públicas federais) a intervirem em qualquer causa, desde que demonstrado as conseqüências econômicas, ainda que reflexas, da decisão judicial.³⁴⁷

A despeito das características esdrúxulas do novo instituto, incluído no rol das inúmeras prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública, impõe-se reconhecer que essa intervenção afeta diretamente questões processuais desde a modificação de competência para processamento e julgamento do processo, quando então este assumirá o procedimento imposto aos feitos fazendários, muito embora, conforme afirma Leonardo José Carneiro da Cunha, uma vasta orientação doutrinária prefere identificá-la como um dos casos de *amicus curiae*.³⁴⁸

A princípio, a intervenção anômala, como vem sendo denominada pela doutrina,³⁴⁹ não atinge questões de modificação de competência em razão da pessoa, já que ao figurar como interveniente, a Fazenda Pública apenas esclarece

³⁴⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 164

³⁴⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**, Vol. 1, Salvador: Editora JusPODIVM., 2008, p. 372-374

³⁴⁷ Idem. p. 375-376

³⁴⁸ In **A fazenda pública em juízo**, 7. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p. 164.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2001, n. 6.10, PP. 201-204.

questões e junta documentos ou memoriais reputados úteis para a solução da lide, até porque, a modificação da competência em face da intervenção anômala teria o condão de conferir a uma lei federal o poder de alterar a competência fixada pela Constituição.³⁵⁰

Por outro lado, ao conferir às pessoas jurídicas de direito público a possibilidade de interpor recurso,³⁵¹ o alhures mencionado parágrafo único do artigo 5º da Lei nº 9.469/1997, concede-lhe a condição de *parte*,³⁵² e como tal, ao passar a suportar a coisa julgada material,³⁵³ a Fazenda Pública submete-se, em consequência, ao chamado duplo grau de jurisdição obrigatório, devendo as decisões proferidas em tais processos serem confirmadas pelo tribunal de segundo grau para que tenham validade. Em tais hipóteses, independentemente de interposição do recurso voluntário, devem os autos subir ao tribunal de segundo grau, para o reexame necessário.

Dentro do mesmo contexto, a Fazenda Pública, ao assumir a condição de parte em virtude da interposição do recurso, poderá ajuizar ação rescisória tendente a desconstituir, total ou parcialmente, a sentença de mérito transitada em julgado.³⁵⁴

Outra questão pertinente é a possibilidade do pedido de suspensão de liminar ou tutela antecipada, na forma disposta pelo mesmo dispositivo legal supra mencionado a ser interposto pela pessoa jurídica de direito público, afetando sobremaneira a pretensão dantes ajuizada pela parte.

350 CUNHA, Leonardo José Carneiro da, *Idem*, p. 172.

351 A indigitada lei confere uma ampliação do rol de legitimados para recorrer além daqueles previstos pelo artigo 499 do Código de Processo Civil, permitindo que a pessoa jurídica de direito público recorra de qualquer decisão que lhe cause um prejuízo econômico, ainda que indireto (Leonardo José Carneiro da Cunha, *Idem*, p. 171)

352 Leonardo José Carneiro da Cunha (*Idem*, p. 170-171) conclui que, o que se afigura insólito nessa regra é que a condição de parte surge com a interposição do recurso, ocorrendo, porém, que, para se interpor recurso, se faz necessário que o sujeito detenha a posição de parte, de terceiro interveniente ou se apresente como Ministério Público, na condição de fiscal da lei (CPC, artigo. 499)

353 *Idem*, p.177-178

354 Ressalte-se que, em situação distinta, quando a pessoa jurídica de direito público não tendo sido parte durante o processo originário, não poderá ajuizar ação rescisória, pois na demanda originária não adquiriu a condição de parte, não preenchendo, deste modo, as exigências do CPC, em seu art. 487, inciso I, que determina apenas ser possível propor ação rescisória "quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular". Isto porque não é considerada como terceiro juridicamente interessado, visto que só possui interesse econômico. O STJ já se manifestou nesse sentido proferindo o seguinte acórdão: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INCIDÊNCIA DO ART. 487, I, DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ART. 5º, DA LEI Nº 9.469/97 E DO ART. 22, §§ 1º E 2º, DA LEI Nº 9.098/95. 1. Em atenção à expressa dicção do art. 487, 14 I, do CPC, não tem a União legitimidade para propor ação rescisória de sentença proferida em processo onde não figurou como parte, ainda que tenha a condenação sido proferida contra uma de suas autarquias (DNOCS), estes que, por terem personalidade própria, não se confundem com a pessoa jurídica originária, ficando, nesse contexto, afastada a incidência do art. 5º, da Lei nº 9.469/97 e do art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.098/95. Precedentes desta Corte. 2. Recurso especial não conhecido; Contrariamente, entretanto, em outra decisão, manifestou-se em favor do Estado do Rio de Janeiro para propor ação rescisória na qualidade de interveniente. Vejamos o acórdão: RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. INTERVENÇÃO. ADMISSÍVEL. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. TERMO INICIAL. PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 495 DO CPC. Em face do disposto no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.469/97, admissível à intervenção do Estado do Rio de Janeiro como assistente no feito, independentemente da demonstração de interesse jurídico. Nos termos do art. 495 do CPC, a ação rescisória deve ser proposta no prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda. *In casu*, o *dies a quo* do direito de propor a rescisória é o *dies ad quem* do prazo do recurso que, abstratamente e em tese, poderia ser interposto contra o aresto rescindendo, ainda que não tenha sido exercitado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (Leonardo José Carneiro da Cunha, *Idem*, p. 178-179)

Tal posicionamento tem respaldo no argumento de que havendo a legitimidade para interpor o recurso, haverá também a possibilidade de utilização dos meios indispensáveis para assegurar o resultado útil do processo, razão de ser das medidas cautelares e das contracautelas.³⁵⁵

A doutrina não pôde, nem ficou imune a um instituto estranho a toda sistemática processual nacional, criado para resguardar a Fazenda Pública de qualquer prejuízo econômico ou reflexo, direto ou indireto que julgue possível, derivado da decisão proferida na ação em curso.

Daí, as inúmeras divergências surgidas no tocante à constitucionalidade e aplicabilidade do novo instituto, cujo gênero próprio, impõe o reconhecimento de que o ingresso da Fazenda Pública como parte na relação processual acarreta vários óbices procedimentais, vertendo os limites do sistema processual até então vigente, e, por último, ferindo a Constituição da República em prejuízo dos princípios da isonomia e efetividade do processo.

Obviamente, todas essas particularidades fazem dessa prerrogativa processual da fazenda Pública algo realmente teratológico. A falta de técnica com que o instituto foi concebido e a inusitada regência que se lhe emprestou geraram uma figura insólita, de difícil trato pelo direito processual. Não são poucos, com efeito, que sustentam a inconstitucionalidade da intervenção anômala, quando menos pela forma absolutamente estranha com que tratou o tema da competência diante da intervenção (violando nisso, a regra expressa do artigo 109, I, da CF).³⁵⁶

Continuando esse entendimento Marinoni e Arenhart afirmam que:

De todo modo, insta deixar registrado, com tristeza, que o direito processual (e seus princípios vetores) não pode ser violado de maneira tão grosseira e rasa, com institutos como este, feitos sem a menor preocupação com a técnica processual ou as conseqüências que podem causar aos processos, apenas para que possam ser atendidos casos determinados e circunstâncias específicas. É importante sublinhar, apesar de óbvio, que os princípios e garantias processuais objetivam estabelecer um processo democrático, capaz de conferir aos cidadãos uma justiça imparcial. Ora, o art. 5º da Lei 9.469/97, exatamente por desconsiderar os princípios processuais, atenta contra o direito que todo cidadão possui de ir ao Poder

³⁵⁵ Idem p. 176

³⁵⁶ MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento, 2a. ed., São Paulo:RT, 2003, p.221

Judiciário em busca de uma solução imparcial, justa e estável para o seu conflito de interesses.³⁵⁷

É nesse contexto que Hélio do Valle Pereira também aponta como inconstitucional o dispositivo legal em questão.³⁵⁸

Desta forma, o que se pode concluir da possibilidade da pessoa de direito público, embora não sendo parte no processo, assumir a condição de parte apenas pelo fato de recorrer, e, repita-se, sem haver nenhum interesse jurídico envolvido, é que essa intervenção anômala assume verdadeiro caráter de privilégio jurídico-processual ante o evidente interesse patrimonial envolvido sob a pálida feição que lhe é dada a título de prerrogativa para resguardar interesses da coletividade.

5 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PROCESSUAL DIFERENCIADO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

É sabido que na ciência do direito, nem tudo que é legal é necessariamente legítimo, e vice-versa. Porém, para se atender os fundamentos da ética e da justiça, impõe-se a conjugação desses dois fatores.

357 Idem, p.222

358 In *Manual da fazenda pública em juízo*, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 633

A concessão legal de um tratamento processual diferenciado à Fazenda Pública em juízo suscita assim, questionamentos acerca de sua legitimidade, pois em que pese a presença do interesse público nas causas em que o ente público é parte, o Estado moderno é possuidor de uma estrutura organizacional potente e complexa, inúmeras vezes maior do que os recursos do particular em geral.

Dai a importância de inserir no presente estudo um capítulo próprio sobre o assunto, pois a legitimidade não pode ser entendida segundo apenas “a letra da lei”, precisa-se consolidar frente aos anseios prioritários da sociedade, que no caso, estão voltados à efetividade da tutela judicial no litígio que envolve o Estado e o particular.

5.1 Legalidade e Legitimidade no Estado Democrático de Direito

Os termos “legal” e “legítimo” comumente usados no Direito e na Ciência Política não significam efetivamente a mesma coisa muito embora estejam longe de serem considerados uma antinomia.

Na verdade, se analisados dentro do contexto jurídico, são categorias que se complementam desde que observados os valores normatizados constitucionalmente, preservando-se assim as instituições jurídico-políticas em favor de toda a coletividade. Caso contrário, os privilégios concedidos a alguns extirpam o sentido de igualdade contido no texto constitucional, tornando “legalidade” e “legitimidade” categorias antinômicas.

Por isso é que D’Entrèves lembra que *“legalidade e legitimidade cessam de identificar-se no momento em que se admite que uma ordem pode ser legal mas injusta”*.³⁵⁹

Ao dispor que *“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, em seu artigo 5º, inciso II, a Constituição Federal elegeu o princípio da legalidade enquanto uma garantia para os administrados, pois, qualquer ato da Administração Pública somente terá validade se respaldado em lei, em sua

³⁵⁹ In P. Bastid et al. L'idée de légitimité, p. 38 apud SILVA. José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, 31 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 424.

acepção ampla. Enfim, representa um limite para a atuação do Estado, visando à proteção do administrado em relação ao abuso de poder, impondo uma relação de subordinação perante a lei, ou seja, a Administração Pública só pode fazer o que a lei expressamente autorizar ou determinar.

Distintamente, no campo do Direito Privado, tendo em vista os interesses envolvidos, as partes poderão fazer tudo o que a lei não proíbe.

Paulo Bonavides ensina que *“A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido”*.³⁶⁰

Por sua vez, a legitimidade nos remete à questão de justiça, própria do ser humano, enquanto que a legalidade se configura nas regras impostas através das leis, ajustável a cada país.

Assim, pode-se dizer que o que é legítimo aqui é legítimo em qualquer lugar do mundo, ao tempo que o que é legal aqui pode não ser legal em outro lugar.

Debaixo desse prisma, Paulo Bonavides diz que a legitimidade questiona acerca da justificação e dos valores do poder legal, podendo-se conceituá-la como sendo a legalidade acrescida de sua valoração, onde entram as crenças de determinada época, que presidem à manifestação do consentimento e da obediência.³⁶¹

A Constituição Brasileira define a legalidade como a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), exigindo do princípio da legalidade um mínimo de legitimidade, ao dispor que as regras e decisões sejam conforme certos valores, necessários à existência de “uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I),³⁶² para que, enquanto expressão da soberania popular, possa servir de garantia aos indivíduos contra leis injustas ou até mesmo, arbitrárias.

Norberto Bobbio diz o seguinte:

360 In *Ciência política*, 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.113-114.

361 Idem, p.114

362 José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 31 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 424.

Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo; quando se invoca a legalidade de um poder, indaga-se se ele é justamente exercido, isto é, segundo as leis estabelecidas. O poder legítimo é justo; um poder legal é um poder cujo exercício é justo, se legítimo.³⁶³

Assim, apesar do princípio da legalidade estabelecer na sociedade a ordem através de regras impostas, o Direito, no verdadeiro Estado de Direito, precisa ser, antes de tudo, legítimo, e, para tanto, mister se faz ir além das regras positivas.

Nesse contexto, a legitimidade pressupõe a legalidade, corolário de um efetivo Estado Democrático de Direito.

No diapasão de Friedrich Muller, um verdadeiro Estado Democrático de Direito, “que possa ser chamado legítimo, só pode coexistir com um pensamento constitucional normativo (e de modo algum com um pensamento constitucional nominalista ou simbólico)”.³⁶⁴

Num Estado Democrático de Direito, a legalidade baseia-se no princípio da legitimidade, conforme afirma Antonio Carlos Wolkmer:

Numa cultura jurídica pluralista, democrática e participativa a legitimidade não se funda na legalidade positiva, mas resulta da consensualidade das práticas sociais instituintes e das necessidades reconhecidas como “reais”, “justas” e “éticas”.³⁶⁵

As tensões estabelecidas no discurso acerca da legitimidade e legalidade do direito denotam a insuficiência dos seus conceitos individuais quando não articulados entre si.

Por derradeiro, é possível dizer que a visão formalista da norma legal não é mais suficiente no âmbito do Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a soberania popular, determinando assim que o Direito é hoje muito

³⁶³ Cf. Norberto Bobbio, “Sur le principe de légitimité” apud José Afonso da Silva, *Idem.*, p. 425

³⁶⁴ MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**. Belo Horizonte, 1999. p. 26.

³⁶⁵ In Uma nova conceituação crítica de legitimidade, **Revista dos Tribunais**: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 05, 1994, p. 31.

mais que a simples norma positivada, devendo, para cumprir seu papel de organização social, que visa à manutenção do bem comum, ser considerado justo por seus destinatários.

5.2 A Questionável Legitimidade das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública em face dos Direitos Fundamentais

Enquanto legais, posto que inclusas no ordenamento processual vigente, e por isso mesmo lhes sendo pertinente a nomenclatura que as designa como prerrogativas processuais da Fazenda Pública, essas se impõem perante o jurisdicionado privado sob o pálio de que o interesse público prevalece sobre aquele, e para se preservá-lo, a existência de um tratamento processual diferenciado em favor do ente público se justifica em face do princípio da isonomia material.

No entanto, boa parte da doutrina processualística vem entendendo que, embora essa tese possa explicar a origem da existência das prerrogativas processuais fazendárias, não se legitima mais, nos dias de hoje, sua manutenção no sistema jurídico.

A discussão que se tem visto na seara jurídica acerca da legitimidade, ou não, do tratamento processual diferenciado concedido ao Poder Público em juízo é bastante pertinente: a começar pela possível ofensa a direitos fundamentais processuais, prejudicial à efetividade da tutela judicial, até a sua real necessidade no moderno contexto estrutural que hoje existe na Administração Pública.

Não se pode negar a prevalência do interesse público sobre o interesse privado no âmbito da Administração, bem como a complexidade das atividades desenvolvidas pelo Poder Público, geradora da burocracia da máquina administrativa que é comumente apontada como a causadora da dificuldade de defesa judicial do ente estatal de maneira justa em relação à outra parte.

Daí a explicação doutrinária para se conceder legalmente um tratamento processual diferenciado em favor da Fazenda Pública. Como a Fazenda Pública é

diferente pelos motivos acima mencionados, ela deve receber tratamento distinto da outra parte a fim de se atingir a igualdade material e alcançar a isonomia preconizada pelo ordenamento jurídico.

No entanto, impõe-se analisar se, além de explicar, essa fundamentação também justifica a existência e a manutenção das prerrogativas processuais da Fazenda Pública sem que se ofenda o conteúdo axiológico da Constituição no Estado Democrático de Direito.

Ressalve-se *a priori*, que não se trata de obter um entendimento absoluto, mas um válido e necessário questionamento no sentido de concluir se os interesses defendidos pela Constituição Federal autorizam as diferenciações processuais em favor da Fazenda Pública em face dos fatores de discriminação erigidos.

Se de um lado é certo que se tem como incontestado o postulado maior posto na Carta Magna, que não admite distinção de qualquer natureza perante a lei, por outro, também é certo que a isso se aplica a questão da isonomia material que, conforme já estudado no presente trabalho, garante a igualdade real nas relações jurídicas.

Exsurge daí a necessidade de se fazer uma análise da realidade material da Administração passível de justificar as prerrogativas processuais existentes, já que nas palavras de José Augusto Delgado, não existe mais a possibilidade do cidadão abdicar de sua garantia fundamental em face de um alegado interesse público, que se conflita com dogmas constitucionais. A igualdade é ilimitada, absoluta, sem permissão de tratamento desigual.³⁶⁶

Somente através de um processo jurisdicional equitativo, caracterizado não só pela garantia de acesso aos tribunais, mas principalmente no direito à solução jurídica das lides em um prazo razoável e com garantias de imparcialidade, independência, ampla defesa e contraditório,³⁶⁷ pode-se falar em efetividade da tutela jurídica, ressaltando-se que, ao contrário, se está ferindo, da mesma forma, o próprio *interesse público*.

³⁶⁶ DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 73-74.

³⁶⁷ CANOTILHO. J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed., Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 433.

Mas como se obter essa igualdade real quando a Fazenda Pública figura em um dos pólos da ação?

A despeito do interesse público merecer uma tutela especial, a concessão do tratamento jurídico processual diferenciado dado à Fazenda Pública encontra limites nos princípios constitucionais.

Verifica-se então, cada vez mais, a necessidade de se analisar a proporcionalidade de cada uma das prerrogativas hoje existentes em face da realidade da Administração Pública a fim de se manter tão-somente aquelas imprescindíveis ao equilíbrio da relação processual. Simples assim.

Tem-se claro a essa altura do trabalho que a eleição de qualquer fator de diferenciação de tratamento deve possuir pertinência de fundo teleológico sob pena de se estabelecer distinções com caráter de privilégios ou ônus desmedidos, em total afronta ao princípio constitucional da isonomia.³⁶⁸

Desse modo, o tratamento diferenciado a fim de se obter a igualdade das partes no processo deve ter por base a realidade material da Fazenda Pública, examinados sob o princípio da proporcionalidade e razoabilidade a fim de se aferir a existência de possível ofensa à igualdade constitucional, evitando-se desta forma a afronta intolerável a direitos fundamentais dos cidadãos quando comparecerem em juízo, direitos esses condensados na fórmula do “devido processo legal” (*Duo Process of Law*).³⁶⁹

Chega-se então à conclusão lógica de que a legitimidade das prerrogativas processuais da Fazenda Pública está diretamente relacionada com a necessidade de sua existência para preservar a isonomia das partes no processo.

A questão centra-se na verdade em saber se o alegado desequilíbrio processual é realmente efetivo.

Regina Helena Costa³⁷⁰ entende que certas prerrogativas da Fazenda Pública se configuram como verdadeiros privilégios, distanciadas de sua realidade fática e

368 BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003. p.193

369 GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 5.ed. São Paulo: SCR. Editora. 2007.p.209

370 COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça, In: SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.), **Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.

atual.

Com efeito, o Estado Totalitário concentrou durante quase 50 anos todo o poder político e controlou o conjunto da sociedade através de uma Administração Pública burocrática, porém reconhecidamente patrimonialista ou coronelista, que dava lugar ao clientelismo e ao fisiologismo, através de uma estratégia oportunista do regime militar, que, ao invés de se preocupar com a formação de administradores públicos de alto nível selecionados através de concursos públicos, preferia contratar os escalões superiores da administração através das empresas estatais.³⁷¹

Naquelas condições, permeava na Administração a inclusão das prerrogativas processuais como meio necessário para se equilibrar a relação jurídica “Fazenda Pública *versus* particular”.

Porém, nos últimos anos ocorreu no Brasil um movimento no sentido de elevar a eficiência da estrutura de fiscalização através de incrementos em infra-estrutura, pessoal e, mesmo, mudança de paradigmas, redundando no crescimento da arrecadação tributária,³⁷² e conseqüente avanço tecnológico que vem melhorando toda a estrutura estatal, com a formação de quadros de procuradores altamente capacitados, oriundos de uma escolha concorrida, seletiva e justa através do concurso público.

Nestes termos, a realidade material da Administração Pública brasileira do *welfare state* em muito difere daquela existente nos tempos do Estado Totalitário.

Não obstante a necessidade de se restringir a utilização do conceito de interesse público, propiciando critérios para o controle da atuação administrativa, Lucia Valle Figueiredo aduz que: “*o conceito de interesse público, como conceito pragmático que é, terá conotações diversas, dependendo da época, da situação sócioeconômica, das metas a atingir etc*”.³⁷³

Infelizmente, é notória a dificuldade que ainda existe em se reconhecer e aceitar que o ente público não se situa mais, na maioria das vezes, como a parte

371 PEREIRA. Bresser, **Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil**. Disponível em <<http://bresserpereira.org.br/papers/1997/92refadm.pdf>>. Acesso em 16/10/2008.

372 FONTE NETO. Jayme Wanderley da, BEZERRA; David Ricardo Colaço, DIAS; Fernando de Mendonça, **Um ensaio teórico sobre o crescimento da arrecadação tributária federal no Brasil: aumento dos tributos ou da fiscalização?** Disponível em <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2005/dwn/enanpad2005-apsb-1046.pdf>> Acesso em 16/10/2008

373 In **Curso de direito administrativo**, 8. ed. São Paulo, Malheiros: 2006, p. 67.

mais frágil da relação processual, de modo que a concessão de uma prerrogativa processual desnecessária em face de uma nova realidade da Administração acaba por vitimar o particular, ou à sociedade como um todo.

O Estado Brasileiro caminha a passos largos em direção a uma Administração Pública por excelência. Como exemplo, pode-se citar a eficiente cobrança e fiscalização de tributos que cada vez mais exacerba a arrecadação fiscal, de modo que não se deve mais conceber a Administração Pública como um ente fraco.

Deste modo seria até injusto não se conceder crédito à Administração Pública em relação àquelas situações que hoje prescindem das prerrogativas processuais.

Desse modo, muitas das diferenciações processuais concedidas ao ente público em juízo não condizem mais com a realidade substancial da Administração Pública nesse novo milênio, acabando por revestirem-se de invalidade jurídica.

As prerrogativas processuais da Fazenda Pública, enquanto instrumentos de equilíbrio da relação processual como condição de isonomia entre as partes, devem ser convenientes e legítimas à luz do princípio da razoabilidade, exigindo-se prudência e bom senso.

Em síntese, deve-se aferir a razoabilidade das prerrogativas conferidas à Fazenda Pública com vistas a identificar se estão, ou não, violando o princípio da isonomia, já que, como se argumentou anteriormente, o princípio da isonomia deve ser analisado sob o aspecto material da situação, ou seja, de maneira real, o que determina ser válida essa análise sob o prisma da razoabilidade, eis que em se tratando de diferenciação entre partes há que se constatar se, de fato, as situações apontadas como diferentes, são razoáveis.³⁷⁴

Parece correto que não se pode mais (nem deve) presumir-se a absoluta condição de hipossuficiência da Fazenda Pública como justificativa lógica e legítima para algumas das discriminações processuais da Fazenda Pública.

Na verdade, impõe-se presumir a desnecessidade dessas discriminações em prol dos princípios constitucionais, tais como o princípio da eficiência, celeridade

³⁷⁴ Moraes, José Roberto. Prerrogativas processuais da fazenda pública. In: SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cássio Scarpinella. (coord.), *Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67/68

processual e notadamente, o da efetividade da tutela judicial, tornando a necessidade dos benefícios processuais, uma exceção à regra.

5.3 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no controle da preservação da Hegemonia e Proteção dos Direitos Fundamentais Processuais em face das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

A Constituição tem caráter garantista cuja função básica é prever e proteger os direitos individuais, inclusive, contra o abuso do poder estatal, cuja finalidade derradeira é o ser humano, através do bem-estar do indivíduo.

Para tanto, esses direitos estão previstos e garantidos em seu artigo 5º e limitadas às atribuições estatais sob pena de ilicitude de qualquer conduta de agente público que ultrapasse as fronteiras nela estabelecidas.

Os bens que merecem ser juridicamente protegidos devem estar, portanto, definidos na Constituição, conforme se vê do extenso rol do anunciado artigo 5º, tais como, a vida, a liberdade, a, propriedade, igualdade, privacidade, imagem, integridade física, entre outros.

Diante de valores essencialmente relevantes ao ser humano, a aplicação absoluta de um desses direitos pode levar à ofensa de outro.

Por outro lado, sabe-se como certo que a Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariem. Como de fato não contém. No caso dos direitos fundamentais, sabe-se que não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta.

Sob essa perspectiva surge a problemática de se verem confrontados direitos fundamentais, o que representa grandes problemas na prática e leva o intérprete a operações bem mais complexas que a simples subsunção utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras, obrigando-o a se valer de mecanismos jurídicos que possam tornar possível o exercício de direitos fundamentais de forma compatível.

A colisão de direitos fundamentais assemelha-se, e, portanto, encontra-se inserida na colisão de princípios, que ao contrário da colisão das regras cuja solução há de ser encontrada no plano da validade, impõe-se a solução no plano do valor, de modo que não há a supressão de um princípio em favor de outro, mas ao contrário, procede-se à ponderação dos princípios em conflito, para que seja assegurada a menor constrição possível.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem-se levar em conta as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, sopesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. O conflito se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Guilherme Peña de Moraes leciona acerca da existência de dois tipos de colisão de direitos fundamentais *lato sensu*, quais sejam: a colisão de direitos fundamentais *stricto sensu* e a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais.³⁷⁵

Assim, nesse contexto ensina que a primeira é manifestada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental, idêntico ou diverso, por parte de outro titular; a segunda é exteriorizada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente.³⁷⁶

Exsurge dessas situações a necessidade de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado lhes impõe bem como, considerando que no Estado Democrático de Direito pressupõe-se a convivência de valores antagônicos, solucionar os conflitos de direitos fundamentais.

Constatado que os princípios constitucionais se encontram em constante estado de potencial colisão uns com os outros, verifica-se a necessidade do emprego do conjunto de princípios de interpretação especificamente constitucional, que tem como finalidade última a efetivação dos direitos fundamentais.

³⁷⁵ MORAES, Guilherme Pena de. **Direitos fundamentais: conflitos & soluções**, Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.p. 60

³⁷⁶ Idem, p. 60-61.

O ato de interpretação constitucional para compatibilizar dispositivos que podem ser antagônicos em determinados casos é decorrência do *princípio da unidade da Constituição* que assegura a “interpretação dinâmica” da Constituição de 1988 como um todo.³⁷⁷

Por esse princípio, Konrad Hesse³⁷⁸ afirma que a Constituição só pode ser entendida e interpretada em sua unidade, tendo em vista que todas as suas normas estão em mútua interação e dependência, não significando com isso que esteja livre de tensões e contradições, pelo que o direito constitucional está voltado para orientar e supedanear o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem conduzir à solução do problema concreto.

O princípio da unidade da Constituição é consagrado nas decisões do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha que já teve a oportunidade de manifestar-se acerca da diretriz em exame, ao afirmar que:

Uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentidos com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna.³⁷⁹

A título de exemplo, pode-se observar o direito de propriedade, eminentemente individual, a fim de compatibilizá-lo com o interesse público, em face do qual a Constituição exige que seja obedecida sua função social. Com efeito, um direito não pode servir para destruir o outro, mas ser compatibilizado com ele. Assim, a desapropriação pode ser realizada em vista do interesse coletivo ou da utilidade pública, porém, sempre com o pagamento de prévia e justa indenização (não se fala aqui das exceções legais como nos casos de imóveis rurais utilizados para a plantação de psicotrópicos, que são confiscados).

Nesse contexto, deve-se reconhecer que os princípios constitucionais em conflito não devem afastar o núcleo essencial de nenhum dos princípios envolvidos,

377 GRAU, A. *ordem econômica na constituição de 1988*: interpretação e crítica, 2 ed. São Paulo : RT, 1991. p. 322.

378 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 17.

379 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts, n°. 1, p. 14 apud Guilherme Peña de Moraes, *Direitos fundamentais*: conflitos & soluções, Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000, 67.

no qual estão inseridos os valores da Constituição ao nível da dignidade humana, servindo essa garantia do conteúdo essencial de mecanismo complementar dos princípios da ponderação dos bens e da proporcionalidade.³⁸⁰

5.3.1 Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade

Evidenciam-se atualmente no cenário dos mais variados sistemas jurídicos, os *princípios da proporcionalidade e razoabilidade* enquanto regulador dos conflitos entre os demais princípios e garantias fundamentais.

É importante destacar que esses princípios não estão positivados expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, o que, no entanto, não lhe retira a eficácia e aplicabilidade perante todos os ramos da Ciência Jurídica, inclusive, atendo-se ao ponto nodal do presente trabalho, no campo do Direito Processual Civil.

Ao dizer que “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”, Paulo Bonavides entende que a Constituição tratou de forma implícita sobre o princípio da proporcionalidade:

(...) é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder do cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional. [...] O Princípio da Proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º, do artigo 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.³⁸¹

380 HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson, 2003, p.168-198.

381 In *Curso de direito constitucional*, 21. ed..São Paulo: Malheiros, 2007. p. 436

Ora transvertido em princípio geral do direito, consagrado por princípio ou máxima constitucional, o princípio da proporcionalidade, conforme leciona o ilustre Professor Paulo Bonavides é um forte instrumento de consolidação do Estado da Constitucionalidade, em cujo âmbito se encontra atado ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica em substituição ao princípio da legalidade.³⁸²

Trazido do direito alemão e incorporado ao direito brasileiro, mas não de forma expressa e sim, como norma esparsa dentro do texto constitucional, o “princípio dos princípios”, na forma como o Professor Willis Guerra³⁸³ se refere ao princípio da proporcionalidade, concede ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, de modo que vem sendo largamente utilizado pela jurisprudência e doutrina pátrias.

O Professor Paulo Bonavides³⁸⁴ ensina ainda que o princípio da proporcionalidade pode ser mais bem compreendido pela análise dos três níveis de seu conteúdo, que a doutrina chama “princípios parciais” ou “subprincípios”.

Desses, o primeiro é o subprincípio da adequação pelo qual a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis.

O segundo subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade pelo qual ao escolher a norma a ser aplicada é preciso considerar, sempre, a mais benéfica ao destinatário, podendo ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave, ou menos danoso a direitos fundamentais.

Finalmente, tem-se o terceiro subprincípio da proporcionalidade, que consiste na proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*, em face do qual ensina o Professor Willis Santiago Guerra Filho:

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível” Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo

382 BONAVIDES, Paulo. Idem, p. 398-399

383 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 5. ed. ,São Paulo: RSC Editora. 2007.p. 79.

384 BONAVIDES, Paulo. Idem, p. 396-397

essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos, o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra superam aquelas desvantagens.³⁸⁵

Dadas essas premissas, importa prosseguir no feito em relação ao *princípio da razoabilidade*, que, a despeito de sua semelhança com o princípio da proporcionalidade, possui conteúdo distinto.

Porém, a sutileza com que se diferenciam contribui para a constante confusão doutrinária entre os conceitos, de modo que muitos estudiosos preferem usá-los como sinônimos.

Além de uma fundamentação própria, os referidos princípios possuem elementos caracterizadores que definem sua aplicabilidade.

Enquanto que a razoabilidade trata da legitimidade da escolha dos fins em nome dos quais agirá o Estado,³⁸⁶ a proporcionalidade averigua se os meios são necessários, adequados e proporcionais aos fins já escolhidos.³⁸⁷

É oportuno ressaltar que a razoabilidade e proporcionalidade como pressupostos necessários na busca pela melhor solução possível, não são agraciadas somente a nível constitucional, tanto que muitos ramos do direito se socorrem desses princípios, como se vê da [Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999](#), que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual inseriu em seu artigo segundo³⁸⁸ os princípios da razoabilidade e proporcionalidade enquanto diretrizes dos atos e processos da Administração.

Através da razoabilidade busca-se limitar a discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário, de modo que a ação do aplicador do direito, ou, do agente administrativo, tem que

385 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Idem, p. 88-89.

386 Mello. Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**, 17ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99.

387 ALEXY. Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5a. edição alemã de 2006, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116-117.

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

encontrar uma justificativa racional, passível de ser enquadrada no conjunto de regras e princípios que formam o alicerce axiológico da Constituição, em face do que, é imprescindível a sua derivação da cláusula do *devido processo legal*.

Já a proporcionalidade vai além, ou seja, visa preservar os direitos fundamentais ante a adequação, necessidade à finalidade e ao objetivo do ato, além de verificar, no confronto entre os bens, direito ou interesse protegidos e atingidos pela atuação estatal, qual deve prevalecer no caso concreto.³⁸⁹

Uma forte corrente doutrinária defende ainda que, da garantia do devido processo legal substantivo, surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tratando-os como manifestação de um mesmo fenômeno.³⁹⁰

Acompanhando esse sentido, Fredie Didier Jr.,³⁹¹ Suzana de Barros Toledo³⁹² e Celso Bandeira de Mello,³⁹³ entendem que os princípios em questão viabilizam a observância do devido processo legal substantivo, permitindo o funcionamento do Estado Democrático de Direito e preservando os Direitos e Garantias Fundamentais.

Carlos Augusto de Assis afirma que o devido processo legal em sua acepção material corresponde ao princípio da proporcionalidade difundido na Europa Continental, concluindo em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que:

Essa semelhança entre proporcionalidade e devido processo legal substancial é, a nosso ver, muito interessante para a nossa análise, por vários motivos: a) como adiantado acima, ajuda a esclarecer o conteúdo do devido processo legal substancial, que, abstratamente considerado, é vago e impreciso; b) ajuda a desfazer a idéia equivocada de que a acepção substancial do *due process of law* não seria aplicável em países do sistema romano germânico, com menor liberdade para o julgamento do que os do tipo *judge makes law...*; c) reforça a idéia de equilíbrio que permeia todo o processo civil, como no clássico dilema entre celeridade e segurança.³⁹⁴

389 GUERRA FILHO. Willis Santiago, Idem, p. 78-79.

390 MESQUITA. Gil Ferreira de, **O devido processo legal em seu sentido material**: breves considerações. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_170/R170-14.pdf.>Acesso em 10/12/2009.

391 Idem, .p. 34.

392 Idem, .p. 96

393 Idem, p.101-102

394 In **Antecipação de tutela**, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63-65.

Diante desse quadro, o princípio da proporcionalidade ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuja aplicação visa a solução de conflitos. Convém fazer aqui um breve apontamento acerca do princípio da proporcionalidade para conceituá-lo e analisar sua aplicação no âmbito dos direitos fundamentais processuais ressaltando-lhe a importância no contexto jurídico haja vista estar sendo frequentemente citado pelos Tribunais, o que, felizmente, cria uma jurisprudência nacional sobre o tema.

Esta função é ressaltada por Paulo Bonavides que afirma:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.³⁹⁵

O pensamento de Willis Santiago Guerra Filho representa o entendimento da doutrina nacional a respeito:

No Brasil, o princípio da proporcionalidade ainda não mereceu o acesso devido ao Direito Constitucional, ou mesmo ao Direito Administrativo, seguindo a tradição latina e a orientação positivista que se vem de referir [...] O momento atual, porém se mostra extremamente propício à sua recepção, com a entrada em vigor da nova Constituição, para vir ao encontro dos reclamos da sociedade brasileira [...] A ausência de uma referência explícita ao princípio da nova Carta não representa nenhum obstáculo ao reconhecimento da sua existência positiva, pois ao qualificá-lo como “norma fundamental”, nos termos da Teoria Pura kelseneana, se lhe atribui o caráter ubíquo de norma a um só tempo “posta” (positivada) e “pressuposta” (na concepção instauradora da base constitucional sobre a qual repousa o ordenamento jurídico como um todo).³⁹⁶

Para Suzana de Toledo Barros,³⁹⁷ o controle de razoabilidade das leis mediante

³⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 21. ed.. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p.425

³⁹⁶ Idem, p. 106.

³⁹⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 45.

um parâmetro técnico dado pelo princípio da proporcionalidade significou uma verdadeira mudança que repercutiu junto aos países europeus que adotam controle jurisdicional de constitucionalidade, como Portugal, Espanha, Itália e Áustria, propagando-se mais recentemente no Brasil, em face da forte influência dos constitucionalistas portugueses na doutrina e jurisprudência nacionais.

Portanto, enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais integradas no poder de discricionariedade do Poder Público mantenham uma relação de pertinência entre a oportunidade e conveniência, de um lado e a finalidade de outro,³⁹⁸ o princípio da proporcionalidade determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos.³⁹⁹

5.3.2 A Possibilidade de Controlar e Proteger a Hegemonia dos Direitos Fundamentais Processuais em face das Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública

Revela-se necessário reconhecer que a concessão de prerrogativas ao Poder Público em juízo gera o conflito de interesses entre direitos fundamentais processuais, e, entre esses com princípios administrativos do teor da supremacia do interesse público contra o privado e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.

Em vista das considerações delineadas no item anterior, pode-se reconhecer nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade a possibilidade de confrontar as prerrogativas processuais que hoje existem em favor da Fazenda Pública (ou que ainda venham a existir) ante os direitos fundamentais do processo.

³⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

³⁹⁹ Aqui merece ser registrado o entendimento esposado por Willis Santiago Guerra Filho ante as perspectivas do emprego do princípio da proporcionalidade: "A 'procedimentalização' (Prozeduralisierung) do Direito, se mostra como resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender as exigências sociais garantindo a participação e liberdade dos indivíduos, pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade". In: **Processo constitucional e direitos fundamentais**, 5. ed., São Paulo: RSC Editora, 2007., p.111-112

Através desses princípios podem-se avaliar as circunstâncias e condições de cada prerrogativa processual, de modo que só permaneçam no sistema aquelas estritamente necessárias para se manter a isonomia material da relação processual entre a Fazenda Pública e o particular, sopesando-se a necessária preservação do interesse público sem a afronta ou dizimação dos princípios ou valores que norteiam o ordenamento constitucional.

Igualmente, sendo direito público subjetivo,⁴⁰⁰ o direito de acesso a uma ordem jurídica justa através de um processo adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais, há que se admitir que esse pretenda resguardar interesses individuais quando os mesmos coincidem com o interesse público.

Deste modo, impõe-se reconhecer que o cidadão pode fazer funcionar a máquina estatal em seu interesse sem colidir com o bem comum, mas, pelo contrário, faz, e deve fazer parte dele, já que o reconhecimento de pretensões aos indivíduos pela lei serve para fortalecer a proteção de sua liberdade e não transformá-los em direitos privados.⁴⁰¹

Inexistindo uma hierarquia de direitos fundamentais no Texto Constitucional, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como o meio hábil ao correto sopesamento desses valores, a fim de encontrar a melhor solução para cada situação de conflito.

A importância do princípio em pauta vem sendo progressivamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria que cada vez mais se tem valido deles como mecanismo indispensável à solução de controvérsias envolvendo as normas de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, em face da garantia constitucional do acesso ao Judiciário até a efetividade da tutela judicial, deve o legislador encontrar soluções legais que possam harmonizar a necessidade de uma rápida prestação judicial, assegurando o devido processo legal em face do contraditório e ampla defesa, dentro dos parâmetros da proporcionalidade.

⁴⁰⁰ DIDIER Jr. Fredie, **Curso de direito processual civil: teoria geral do conhecimento e processo de conhecimento**, 9ª. ed., Salvador: Editora PODIVM, 2008, p. 28-29.

⁴⁰¹ ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 243.

A sociedade pode se deparar com inúmeras situações que criam a necessidade de resolver conflitos de difícil solução, para os quais não se pode olvidar a proteção e resguardo de valores do grau da dignidade e da vida humana, que têm no processo judicial o instrumento como a única forma de garantir com efetividade os dispositivos constitucionais dentro do Estado de Direito.

Em conseqüência, os conflitos que envolvem direitos fundamentais do processo e prerrogativas processuais da Fazenda Pública há que ser analisada segundo parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade a fim de zelar pela defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a heterogeneidade de direitos e garantias previstos na Constituição, com *status* de princípios constitucionais, impede serem todos agasalhados de modo absoluto, se limitando reciprocamente.

Daí, mesmo que exista lei ordinária, onde os órgãos legislativos em princípio gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham,⁴⁰² é importante que para evitar abuso de poder legiferante, haver observância dos fins aos meios, isto é conformidade da norma com os princípios constitucionais erigidos com o objetivo de disciplinar a finalidade, que não pode ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, consoante taxativa imposição da Lei Maior.

Por conta de problemas desse naipe é que a doutrina e a jurisprudência passaram a construir a base teórica para aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na ordem jurídica brasileira, para dirimir as questões mais complexas do direito.

O assunto remete à lição de Canotilho quanto à disposição de submeter o princípio da igualdade aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em face do qual, dever-se-á abordar as seguintes questões: a legitimidade da necessidade do tratamento desigualitário, a adequação e necessidade deste tratamento para a prossecução do fim e a proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos.⁴⁰³

402 TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**, Vol. 1, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. p. 187.

403 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p.1297-1298

Nesse ponto, em face do princípio isonômico, impõe-se ainda o exame da correção de uma regra ante existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele.⁴⁰⁴

É necessário que se questione se existe justificativa racional para que, por exemplo, a Fazenda Pública tenha prazo dilatado em quádruplo para contestar. A discriminação não pode ser concedida de forma graciosa, deve haver uma adequação racional entre o tratamento diferenciado e a razão diferencial que justifica sua existência.

Nesse cenário, e somente nele, inexistente incompatibilidade da supremacia do interesse público sobre o privado com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor, ou seja, desde que a inserção de prerrogativas ao ente público no sistema processual se dê de forma razoável, enfim, estritamente necessária à preservação da isonomia processual.

Se desnecessárias, ou que funcionem com verdadeiro empecilho à efetividade da tutela jurídica, cumpre-se serem analisadas em face do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o que deve estar compreendido na demonstração concreta de risco à salvaguarda dos direitos fundamentais do processo.

Com efeito, o instituto que autoriza a concessão de prerrogativas processuais ao ente público é instrumento que se mostra cabível somente em situações excepcionais, quando devidamente demonstrada a sua necessidade, a sua imprescindibilidade e a adequação do meio empregado, observadas, é claro, as peculiaridades e finalidades de cada instituto.

Sua aplicação se sujeita, pois, a um juízo de proporcionalidade, para que não ocorra odiosa desigualdade processual, notadamente quando demonstrada a inefetividade da tutela judicial diante de um direito verossímil.

A respeito do princípio da proporcionalidade, é digno de nota e reverência o voto vencedor proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5/SP, nos seguintes termos,

404 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 10.

verbis:

O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebidos de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.⁴⁰⁵

Pode-se subtrair daí, ser necessária e cabível, a ponderação do interesse público que justifica a inclusão no sistema de prerrogativas processuais da Fazenda Pública como garantia da isonomia material, principalmente quando esse interesse público se explica ante a hipossuficiência do Estado que não mais se justifica ante o princípio da eficiência.

Desta forma, há que se fazer uma pesagem em face dos princípios processuais constitucionais (ou melhor, direitos fundamentais processuais) envolvidos, de forma que, se realmente exigida a manutenção no sistema de determinada prerrogativa processual em favor da Fazenda Pública, exsurge o equilíbrio desse instituto instrumental de preservação do interesse público dentro do sistema de regras e princípios constitucionais, e com as estrutura processualística brasileira.

É inexorável concluir-se não poder pechar de ilegal ou inconstitucional a existência de prerrogativas processuais em favor do ente público desde que inseridas no ordenamento jurídico nacional em consonância com os Princípios

Constitucionais, mormente com os instrumentos disponibilizados pelo processo constitucional.

CONCLUSÃO

A partir de um olhar e vivência pragmáticos no âmbito da Justiça Fazendária, pretendeu-se com esse trabalho uma análise teleológica das prerrogativas processuais conferidas pela legislação infra-constitucional ao Poder Público em juízo, notadamente em relação à pertinência lógica e à legitimidade do tratamento diferenciado conferido à Fazenda Pública diante dos direitos fundamentais processuais.

Embora se tratando de matéria que há muito tempo venha sendo questionada na seara jurídica, a controvérsia que ainda rodeia o tema anima maiores elucubrações.

O reconhecimento dos direitos humanos espelhados nos inúmeros documentos de “declarações de direitos” fez surgir uma maior concepção coletiva em relação às ações e relações, exigindo-se, numa visão ampla e geral, a atuação positiva do Estado para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.

Acompanhando essa transformação, exige-se hoje do direito ao acesso à justiça uma amplitude muito maior, elevando-o a uma necessária efetividade do acesso à proteção judicial, imprescindíveis à tutela dos novos direitos substantivos concedidos aos indivíduos.

Isso pela razão óbvia de que não se pode falar em direitos se não existem mecanismos hábeis para sua efetiva reivindicação e realização no que tange a efetividade da atividade estatal, sobretudo no que se refere ao reconhecimento de que o acesso à justiça e a tutela dos direitos fundamentais são tarefas de todo o Estado.

Nesses moldes, evidencia-se uma relação de reciprocidade entre cidadão e Estado. Àquele cabe o direito de justiça na esfera dos direitos humanos. A este, o dever de prestar a máxima proteção e efetividade desse direito.

Dentro desse contexto, ao Estado restou a obrigação de prestar de forma eficaz e ágil a tutela jurisdicional perseguida pelo jurisdicionado, o que, conseqüentemente, tornou cogente o funcionamento de um sistema jurídico todo voltado para assegurar as garantias processuais do cidadão, abrindo-se uma nova perspectiva no sistema jurídico na forma de se aplicar o Direito.

A então atuação do jurista à estreita letra da lei já não condiz mais com as novas metas exigidas no atual perfil da sociedade, impondo-se ao aplicador do Direito um desempenho cujo alcance vá além do direito positivo, vinculado, primordialmente, às finalidades pretendidas pela norma jurídica, especialmente, a de natureza constitucional.

À atuação do juiz tornou-se inerente a necessidade de investigar a constitucionalidade da lei e os valores que essa encerra, pois não se admite mais, no Direito hodierno, a aplicação automática e sem qualquer assepsia da lei.

Para tornar eficientes e atuantes as garantias processuais dispostas pela Constituição Federal, todas elevadas à categoria de direito fundamental, há que se buscar uma forma capaz de permitir alcançar a eficiência da plenitude de tais garantias, extraindo-se do texto constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica comportar, o que só é possível com a obediência aos princípios explícitos

e implícitos que comandam o ordenamento constitucional.

A consagração constitucional das garantias processuais, notadamente em face do devido processo legal, exsurge como salvaguarda dos direitos fundamentais, revelando-se como a mais ampla garantia constitucional da observância por parte do poder público desses direitos, sendo um pilar do próprio Estado de Direito e a essência do Estado Democrático de Direito, não podendo se pensar o direito processual como um direito meramente instrumental.

Nesse sentido, impõe-se ponderar que para uma aplicação justa do direito, a atividade jurisdicional deve ir além do procedimento legal contido nas normas instrumentais, ou seja, deve ainda extrair os valores das normas constitucionais de cunho material, como as garantias processuais decorrentes do direito fundamental ao devido processo legal.

Por esse motivo, o direito fundamental ao devido processo legal passou a adquirir um valor ainda maior em um Estado Democrático de Direito a partir da idéia de um Direito mais social que emana de todos os seus ramos, de tal modo, que hábil a garantir, em muitas situações, a efetividade de outros direitos fundamentais inerentes à dignidade humana e a solidariedade social.

Isso leva ao fenômeno da transformação social pelo Direito, que tem no processo a ferramenta necessária para a concretização desses direitos com a obtenção da tutela jurisdicional “efetivamente” efetiva.

Entretanto, apesar de existirem princípios constitucionais que se amoldam perfeitamente aos ditames internacionais dos direitos universais, amparados por uma gama de direitos públicos e individuais subjetivos, a realidade do processo brasileiro, observada nos corredores forenses, ainda está muito aquém do que pretendem os valores ínsitos na Constituição.

A situação se agrava quando o ente público é parte da relação processual, pois as prerrogativas processuais que lhes são concedidas atravancam o processo judicial, tornando-o mais lerdo que aquele que envolve tão-somente as relações privadas.

Exemplo disso é que até bem pouco tempo as demandas de interesse das

Fazendas Públicas Fazendárias restaram excluídas da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, então criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, cujo objetivo maior era o de concretizar direitos fundamentais do processo desde o acesso à justiça até a efetividade da prestação jurisdicional, em face dos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, que orientam o processo, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação.

Assim, costumava-se justificar a impossibilidade de inclusão das demandas envolvendo os entes fazendários em face dos Juizados Especiais ante a incompatibilidade das prerrogativas que lhe são inerentes com os princípios basilares dos juizados.

É certo que o procedimento sumaríssimo estabelecido pela Lei nº 9.099/95, em face do qual se busca a concentração dos atos de defesa, instrução e julgamento, a possibilidade de transação, a proibição do reexame necessário e a execução do título judicial independente de precatório (nos casos que não ultrapassem o valor máximo legal da causa) se presume totalmente antagônico às atuais prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Entretanto, ao ser criada a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, evidenciou-se uma inovação no sistema processual brasileiro ao ser atribuído um tratamento comum à Administração em juízo (no caso, a federal) com a supressão das suas tradicionais prerrogativas, o que se fez necessário a fim de viabilizar sua integração nos moldes do procedimento dado às “pequenas causas”.

O interessante e óbvio é que, apesar do afastamento das benesses processuais fazendárias, inexistiu prejuízo ao interesse público.

Acompanhando essa modernização, a recente Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública Estaduais, do Distrito Federal e Municípios (administrações direta e indireta), que, finalmente posta no direito positivo, a novidade legislativa, apesar de tardia, significa um avanço no sentido de se buscar mais efetividade do sistema processual nas causas em que o ente público seja parte, e, para tanto, afastando-se várias das prerrogativas

processuais concedidas aos mesmos e incompatíveis com o procedimento dos Juizados Especiais.

Depreende-se daí uma prova cabal de que as prerrogativas processuais concedidas ainda hoje ao ente público no sistema processual da Justiça Comum devem ser vistas como simples “privilégios”, sem qualquer respaldo constitucional, e, muito menos, social.

Deste modo, essas prerrogativas processuais dadas ao ente público se evidenciam como verdadeiros benefícios e atualmente desvirtuados do propósito pelo qual vieram ao mundo jurídico. Afinal, não se está mais no século XX, tempo em que foram criadas.

Assim, no contexto da ponderação de valores, as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda Pública não se justificam mais como meios a resguardar o interesse público, se prestando hoje, unicamente, a dar um tratamento privilegiado à Fazenda Pública em juízo, em evidente prejuízo a direitos fundamentais do processo.

É o caso da remessa obrigatória que se constitui como malferidora não só da isonomia exigível entre as partes, como também de outros direitos fundamentais processuais como o princípio da razoável duração do processo em face do caráter procrastinatório que assume, e, conseqüentemente, o da efetividade da tutela judicial, além, da ofensa visível que atribui ao princípio do juiz natural à medida que impõe a validação da sentença do juiz da causa de primeiro grau ao tribunal.

Se analisada ante às expectativas conferidas ao processo civil pela Constituição de 1988, a remessa obrigatória se constitui em um ônus pesoso a que se sujeita a parte que litiga contra a Fazenda Pública após haver obtido um pronunciamento favorável no Juízo de 1º Grau, valendo recordar o sofrimento anterior evidenciado em face do transcurso de um processo longo dotado de outras inúmeras prerrogativas desde o ajuizamento da ação.

Assim, não se configura razoável esse tipo de benefício em favor da Fazenda Pública diante dos novos contornos principiológicos que delineiam o processo para se atingir a excelência no respeito ao direito dos cidadãos.

Não muito distante desse entendimento pode-se evidenciar a questão do precatório para o pagamento das condenações judiciais, ressaltando-se de início que o instituto dissocia-se do regime democrático, não sendo encontrado em outros países, muito menos naqueles que se proclamam uma democracia, na qual, todos, inclusive a Administração Pública, devem se submeter ao ordenamento jurídico.

Por outro lado, apesar do pagamento das condenações judiciais via precatório restar assentado sob o princípio da moralidade, é comum o retardamento desses pagamentos pelos órgãos públicos, se configurando numa verdadeira cultura do descumprimento dos precatórios judiciais.

Deve-se crer que em face de uma decisão transitada em julgada pode-se, ao menos presumir, sob pena de descrédito do Judiciário, a existência do bom direito do cidadão-credor do Estado, que se viu lesado de alguma forma pelo ente estatal.

Nesses termos, o precatório judicial deve ser visto como uma discriminação gratuita, não isonômica do processo, revelando a desigualdade de tratamento desproporcional à realidade econômica da Fazenda Pública, cujo interesse público já restou averiguado, e, resguardado, no decorrer do processo judicial.

Saliente-se, ainda, por oportuno, que esse instituto pode ensejar a adoção de medidas políticas notadamente inconstitucionais, mas de efeitos imediatos e benéficos aos governantes que estejam no Poder, ante a possibilidade de repassar aos governos seguintes a “conta” dessas medidas cujo direito à reparação, o cidadão só obterá judicialmente, anos depois, após longo processo judicial em razão dos privilégios concedidos à Fazenda Pública, tomando aqui como exemplo prático, o caso do Plano Econômico Bresser, lançado em [16 de junho](#) de [1987](#) através dos Decretos-Lei 2335/87, 2336/87 e 2337/87, pelo então [Ministro da Fazenda Luiz Carlos Bresser Pereira](#).

Não há como o cidadão brasileiro continuar aceitando, que, ao tempo em que tem negado o pagamento de um crédito legítimo seu sob o argumento da carência de recursos orçamentários disponíveis, o poder público afronte a sociedade com casos explícitos de corrupção, uso indevido do dinheiro público, desvio de verbas públicas, entre outros.

Assim, apesar da previsão constitucional dada à Fazenda Pública de pagar as condenações judiciais mediante a prerrogativa institucionalizada como precatório, há que se reconhecer que o pagamento dos créditos oriundos de decisões judiciais através desse sistema importa em violação a princípios constitucionais.

O Estado não deve funcionar como um ser supremo, acima do bem e do mal, mas em consonância com princípios constitucionais e morais, valores básicos de respeito aos cidadãos, pagando-lhes o que lhes é de direito, da mesma forma que exige dos cidadãos os débitos que lhe são devidos.

Nesse contexto, verifica-se a dissonância do precatório judicial com os interesses protegidos pela Constituição Federal. Um desses direitos é a tempestividade do processo, que foi incluído no rol dos direitos fundamentais, através do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição, e, que tem como consequência direta a efetividade da tutela jurisdicional, disposto no inciso XXXV do mesmo dispositivo constitucional.

É sob esse aspecto que se configura despropositada a idéia de que o Poder Público possa se armar de prerrogativas que sirvam de escudo às suas manobras políticas e prejudique o cidadão que detém no Judiciário a única salvação para reparar um direito seu ofendido pelo Estado, gerando insegurança jurídica à sociedade quando se trata da execução de uma sentença judicial proferida contra o Poder Público.

Por seu turno, as vedações às medidas liminares, cautelares ou antecipatórias pecam contra a constitucionalidade da concessão das tutelas de urgência contra o Poder Público.

O deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública impõe uma análise em sede de direitos fundamentais do processo, à luz do princípio constitucional da isonomia, do útil e eficiente acesso à Justiça, e, em última observação, ao poder geral de cautela do juiz, a quem cabe a análise no caso concreto da existência dos requisitos ensejadores da medida (*fumus boni iuris e periculum in mora*) a fim de manter viável o direito subjetivo da parte, em socorro da necessidade e busca de um processo efetivo.

Sob esse ângulo, as leis que cerceiam a concessão de liminares contra o poder público afrontam o Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionais de livre acesso à jurisdição, privando da observância do princípio da igualdade os cidadãos que movimentem sua pretensão de tutela cautelar ou antecipada contra a Fazenda Pública.

Melhor sorte não socorre a prerrogativa fazendária de suspensão de liminares concedidas contra o poder público, evidenciando-se também como mera benesse processual da Fazenda Pública, haja vista que afasta o poder geral de cautela do magistrado, ao qual cabe, em face do princípio da proporcionalidade, analisar o caso concreto e verificar a presença dos requisitos ensejadores da medida liminar porfiada. É importante reconhecer que essa questão enseja, inclusive, um prejuízo ao acesso à tutela jurisdicional, podendo, até, ser objeto de um possível controle difuso de constitucionalidade.

Na verdade, a suspensão de liminares concedidas contra o poder público, em tese, parece desnecessária, já que cumpre ao juiz *a quo* promover uma análise dos requisitos de concessão das medidas de urgência além da relevância do interesse público envolvido e suas conseqüências jurídicas, sem se falar, obviamente, da possibilidade do recurso próprio a ser interposto pelo ente fazendário.

Apesar de seu caráter de medida extrema e excepcional, cuja natureza de medida cautelar pressupõe a observância de requisitos legais para o seu cabimento, esses não são, infelizmente, observados no dia-a-dia forense, de modo que a prerrogativa da suspensão de execução de liminar contra a Fazenda Pública, ao invés de vir unicamente em socorro do interesse público, acaba por assumir, na prática, a feição de um indesejado privilégio, com caráter recursal e procrastinatório, prejudicial à efetividade do processo.

O mesmo ocorre em relação à dispensa de fazer o depósito da multa de cinco por cento sobre o valor da causa nas ações rescisórias, que apesar de aparentemente velar pelo interesse público, essa isenção se constitui num verdadeiro salvo conduto para que os entes públicos ignorem a ética e proponham ações rescisórias com o intuito único de delongar a já demorada e burocrática execução do título judicial conferido à parte.

Assim, reconhecendo-se que a multa instituída pelos artigos 488 e 494 do Código de Processo Civil, não possui caráter indenizatório, mas apenas repressivo ao abuso no exercício do direito de ação, a inserção dessa penalidade proporcionaria maior segurança jurídica ao jurisdicionado comum, até porque, por mais que se acredite na potencialidade da Fazenda Pública em não propor lides temerárias, as decisões tomadas pelos entes públicos são, na maioria das vezes, de cunho político, ultrapassando os limites da justiça e do direito.

Essa prerrogativa acaba proporcionando um desnível relevante entre as partes litigantes, numa injustificável afronta ao princípio da isonomia, sem razão coerente para a realização do fim jurídico pretendido, sobretudo, quando, ao final, caso reste reconhecido o caráter aventureiro da ação proposta pela Fazenda, o juiz não possui nenhum meio legal que possa se utilizar como sanção em face da conduta amoral.

Numa visão semelhante, a dispensa de preparo nos recursos, as restrições à execução provisória, a prescrição com prazo benéfico e diferenciado dado à Fazenda Pública, honorários advocatícios fixados de forma equitativa em favor da Fazenda Pública sucumbente e a intervenção anômala da Fazenda Pública através da assistência especial, são benefícios processuais que se verificam totalmente desarrazoados dentro do sistema constitucional processual vigente.

É sob esse enfoque que não se pode concordar que o trato diferenciado da Fazenda Pública no processo venha prejudicar (ou mesmo aniquilar) a efetividade do processo, que, enquanto instrumento de realização do direito material, é cogente à tutela dos direitos fundamentais.

Impõe-se admitir que a lentidão ocorre também nas demais relações processuais. É um problema crônico do sistema processual brasileiro. Porém, é pacífico e notório que nas causas judiciais em que o Poder Público seja parte, a morosidade é consideravelmente maior. Maior a ponto de ferir princípios processuais do processo. Maior a ponto de gerar um sentimento de punição ao cidadão que se atreve a litigar com o ente público.

Cumpra-se refletir, que, se por um lado, o Estado vem adotando um modelo financeiro e econômico a exemplo do setor privado sob o argumento de (pelo menos, supostamente) melhorar o funcionamento e resultado da máquina

administrativa, por outro, na contramão de direção, revela-se incoerente querer se valer de regras processuais diferenciadas, que vêm em sua defesa com maior intensidade.

Na maioria das vezes, a procrastinação do feito acaba com o resultado útil do processo apesar do bom e sabido direito defendido pelo particular (e reconhecido pela própria Administração, porém, sempre rechaçado pela mesma), como se, ao invés de resguardar tão-somente o interesse público, a Fazenda Pública visasse o seu próprio interesse, enquanto Instituição.

Ao ultrapassar essas fronteiras da ética, o Estado deixa de agir em função do interesse público, embora o faça em seu nome, e, ao atuar de forma contrária à razão, furtando-se de buscar o bem comum, foge da moralidade que deve revestir os seus atos.

Os fatores de *discrímen* (dificuldade de defesa judicial da Fazenda Pública) não devem, nem podem, servir de desculpa para contrariar situações devidamente consagradas nas garantias constitucionais de razoável duração do processo e efetividade processual.

Cumprir à Administração promover os meios necessários para atingir a excelência exigida em face do princípio da eficiência inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 19/98, pelo qual restou o Estado obrigado à boa qualidade do serviço prestado, sem, contudo, abstrair-se do princípio da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

Assim, ao se analisar a isonomia material da Fazenda Pública em face do particular, há que se considerar o novo princípio constitucional da eficiência administrativa, não podendo mais se sustentar a justificativa paradoxal das prerrogativas processuais como meio necessário para suprir a hipossuficiência da Fazenda Pública.

Observe-se que a manutenção dessas prerrogativas pode acabar por prejudicar ou retardar o desenvolvimento organizacional da estrutura administrativa em razão de não estimular maior investimento e empenho profissional a fim de

atender os mandamentos constitucionais processuais e administrativos, desmotivando o Administrador Público a superar limites para atingir objetivos maiores.

Em conseqüência, ao conceder à Fazenda Pública privilégios a título infundado de prerrogativas processuais, o legislador acaba por conferir ao Estado maiores oportunidades de vitória na causa que seus adversários, além de conferir a esse processo, a sua característica mais popular: a morosidade.

A tendência é que a Fazenda Pública perca, num futuro, mesmo não tão próximo, essas prerrogativas processuais em razão não só da exigência constitucional do processo sob a perspectiva dos direitos fundamentais, mas da própria sociedade brasileira na era da globalização que se desenvolve num ritmo frenético em busca de direitos reconhecidos e respeitados em países de primeiro mundo.

Para tanto, se fará essencial uma total reformulação jurídica e política em todas as esferas do governo, seja de ordem administrativa, judicial, ou até mesmo de uma conscientização do legislativo por ocasião da elaboração de leis que afrontem direitos constitucionalmente previstos de forma casuística, e, conseqüentemente, hábeis a gerar milhares de processos judiciais. Será imprescindível a existência de um Estado que tenha no cidadão sua fonte de inspiração, não só de direito, mas de fato.

Boa parte da doutrina sempre defendeu como ponto de partida para a concessão das prerrogativas processuais fazendárias a proteção do interesse público das lides que envolvem os entes públicos e a supremacia desses interesses em detrimento dos privados.

Em contrapartida, o ponto de resistência da questão reside no fato do tratamento processual da Fazenda Pública em juízo não se amoldar às novas concepções dos princípios processuais elevados à categoria dos direitos fundamentais cuja premissa maior é a efetividade da prestação jurisdicional.

A partir dessa linha de raciocínio, evidencia-se a necessidade de se analisar, simultaneamente, os *pontos de resistência* e de partida, enquanto instrumento e

efeito em relação à efetividade jurisdicional da tutela jurídica.

Sob esse aspecto, é pertinente defender que se assenta no princípio da isonomia substancial a possibilidade de se quebrar a resistência tanto daqueles que entendem pela concessão absoluta das prerrogativas da Fazenda Pública, como da vertente jurídica que se opõe contra as mesmas.

É, pois, assim, se, efetivamente atingida a verdadeira igualdade substancial entre a Fazenda Pública e o particular, que se poderá obter uma trégua entre posições doutrinárias demasiadamente antagônicas.

Deste modo, fazendo-se o cotejo entre os direitos fundamentais processuais e a proteção do interesse público, a aplicação dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade em face da conjuntura substancial da Administração Pública, exsurge enquanto estratégia que pode ser considerada o máximo do ideal na conjuntura do Brasil atual, validando, se caso for, a necessidade de manutenção de cada uma das prerrogativas concedidas à Fazenda Pública.

Com efeito, através do sopesamento de valores pode-se atingir a ponderação necessária capaz de torná-los viáveis, encontrando um meio-termo entre eles e eliminando pelo menos aquelas prerrogativas vampirescas que ensejam o desvio dos princípios que regem o processo.

A concretização dessa idéia pode ser a arrancada para que o Estado cumpra sua função constitucional de assegurar a efetividade da tutela judicial nas causas em que os entes públicos são partes. Se isto não ocorre, o processo de mudança legal não se inicia.

Enfim, não restam dúvidas que as prerrogativas processuais em favor da Fazenda Pública não se coadunam com os direitos fundamentais do processo, e, aos poucos deverão ser excluídas do sistema por total impertinência constitucional, já que a demora que acarretam para uma solução definitiva da lide acaba por prejudicar o fim principal da atividade jurisdicional do Estado que é a promoção da paz social.

Assim, não é razoável conceder um tratamento privilegiado em favor do ente estatal em prejuízo de valores maiores conforme dispõe a própria Constituição ao

prever a independência dos Poderes da República, necessária à promoção de um Judiciário livre, comprometido tão-somente com os interesses da Justiça e a preservação de um Estado Democrático de Direito.

A segurança dos direitos fundamentais não se trata, pois, de um favor concedido pelo Estado, muito pelo contrário, cabe-lhe garanti-los através da otimização dos preceitos democráticos e do valor da condição humana consubstanciado na dignidade, os quais devem ser concretizados através da segurança jurídica que as Constituições contemporâneas propõem quando baseadas nos princípios da isonomia, celeridade e efetividade do processo.

Conclui-se, que, ao confrontar e prejudicar princípios processuais constitucionais, as prerrogativas processuais concedidas em favor da Fazenda Pública terminam por atingir diretamente o escopo da função do processo qual seja, o de resguardar o direito fundamental da dignidade da pessoa humana, suporte axiológico de todo o sistema jurídico brasileiro, que, como tal, deve permear e assegurar os direitos estabelecidos no Texto Magno, como a vida, saúde, integridade física, honra, liberdade física e psicológica, nome, imagem, intimidade, propriedade, enfim, direitos esses em que se assentam o maior e verdadeiro interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003,

ALVIM, José Eduardo Carreira. Suspensão da execução da sentença, n. 16.5, **Direito na Doutrina**, Livro III. Curitiba: Juruá, 2002.

_____. **Alterações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2004.

ALVIM NETO, José Manoel Arruda. O estado-de-direito e a função jurisdicional. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Bauru**, n. 1, p. 199-243, jan/jul 1996. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20647>> Acesso em 13/10/2009.

ARAGÃO. Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao código de processo civil**. V.II, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARISTÓTELES. **A política**, Trad. de Torrieri Guimarães, São Paulo, Martin Claret, 2002.

ASSIS, Carlos Augusto de. **Antecipação de tutela**, São Paulo: Malheiros, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann, Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo de**

conhecimento, Volume I, 5. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Russel, 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle constitucional das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERNARDI, Ovídio. **O município e o novo código de processo civil**, São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

BINENBOJM. Gustavo, **Uma teoria de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do estado**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. LIMA; Francisco Gersón Marques de. BEDÊ; Faya Silveira, **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J.Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e CUNILL GRAU, Nuria, **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BUENO. Cassio Scarpinella, Tutela antecipada e ações contra o poder público: reflexão quanto ao seu cabimento como consequência da necessidade de efetividade do processo. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.), **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **O poder público em juízo**. 4. ed., São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9. ed., São Paulo: Clássica Editora, s.d..

CÂMARA. Alexandre Freitas, **Lições de direito processual civil**. 16. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. e Rev. Ellen Gracie

Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 15. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de direito administrativo**. 17. ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado**, vol. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A razoabilidade e a proporcionalidade na interpretação judicial das normas tributárias. In: TORRES, Ricardo Lobo (organizador). **Temas de interpretação do direito tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CIANCI, Mirna. **O reexame necessário na atual reforma processual (Lei nº 10.352/01)**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2913>>. Acesso em: 25 maio 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, O princípio da igualdade processual, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 19, São Paulo: Centro de Estudos–PGE, 1982.

_____. GRINOVER; Ada Pellegrini, DINAMARCO; Cândido Rangel Dinamarco, **Teoria geral do processo**. 17. ed., São Paulo: Editora Malheiros. 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia a costituzione dell'azione ed il processo civile**. Padova: Cedam, 1970.

COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1. São Paulo: Malheiros, 1993.

COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da justiça. In SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO; Cássio Scarpinella. (coord.), **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CUNHA, José Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 7. ed., São Paulo: Dialética. 2009.

DANTAS, Ivo. Direito comparado como ciência. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 134, n. 134, abril/junho, 1977.

DELGADO, José Augusto. Princípios processuais constitucionais. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)**, Porto Alegre, v. 39, ano XIV, 1987.

_____. A tutela do processo na constituição federal de 1988. **Revista Forense**, Vol.

305, 1989.

_____. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. Execução contra a Fazenda Pública. In: Ciclo de conferências para juizes federais, 1, 1992, Brasília. **Série Cadernos do CEJ. Brasília: Conselho da Justiça Federal – Centro de Estudos Judiciários**, v 5, 1994.

_____. **Precatório judicial e evolução histórica**: advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. Disponível em [HTTP://www.cjf.jus.br./revista/seriecadernos/vol.23/artigo05.pdf](http://www.cjf.jus.br./revista/seriecadernos/vol.23/artigo05.pdf)>. Acesso em: 27 maio. 2009.

DEL VECCHIO, Giorgio. **História da filosofia do direito**, tradução e notas de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1, 9. ed., rev. atual. ampl., Salvador: Editora Jus Podivm , 2008.

_____. BRAGA; Paula Sarno, OLIVEIRA; Rafael, **Curso de direito processual civil**. Vol. 2, 2. ed., Salvador: Editora Podivm, 2008.

_____. CUNHA; Leonardo José Carneiro da, **Curso de direito processual civil**: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3, 5. ed., Salvador: Edições JusPODIVM, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. CINTRA; Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER; Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. vol. I. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A reforma da reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FALLA, Fernando Garrido. **Tratado de derecho administrativo**, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo, Malheiros: 2006.

FONTE NETO. Jayme Wanderley da, BEZERRA; David Ricardo Colaço, DIAS; Fernando de Mendonça, **Um ensaio teórico sobre o crescimento da arrecadação tributária federal no Brasil: aumento dos tributos ou da fiscalização?** . Disponível em <<http://www.anpad.org.br/enanpad/2005/dwn/enanpad2005-apsb-1046.pdf>> Acesso em 16/10/2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à lei de pequenas causas**. São Paulo: Livraria e Editora de Direito, 1995.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**, v. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 13. ed., v.2, São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o código de processo civil**, São Paulo: José Bushatsky, 1975.

_____. **O processo constitucional em marcha: contraditório e ampla defesa em cem Julgados do tribunal de alçada criminal de São Paulo**, São Paulo: Ediotra Max Limonad, 1985.

_____. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia*. **Revista de Processo**, n. 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

GUERRA FILHO. Willis Santiago, **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed., São Paulo: SCR Editora, 2007.

GUTTERRIDGE, Harold Cook. **El derecho comparado: introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho**. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954.

HÄBERLE. Peter, **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed., Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

JUSTEN FILHO. Marçal, **Curso de direito administrativo**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 26, 1999.

LARA, Valdir de Resende. Natureza jurídica das despesas processuais. **Revista de Processo**, n. 46, ano 12, abril/junho, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. V. 1, Tocantins: Intellectus, 2003.

LIMA, Alcides Saldanha. **A reforma gerencial do poder judiciário: um caso concreto: inovações na 10ª Vara da seção judiciária federal do estado do Ceará, no triênio 2005/2006/2007**). Disponível em: <http://www.jfce.gov.br/internet/esmafe/publicacoes/documentos/paperDrAlcidesSaldanha.pdf>>Acesso em 16/11/2009.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Fundamentos constitucionais do processo: sob a perspectiva da eficácia dos direitos e garantias fundamentais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2002.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

LOPES. Ana Maria D'Avila, A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira. (Coord.) **Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Canotilho**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido processo legal substancial**. Disponível: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6>Acesso em 29/10/2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**, Vol. 1, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Antecipação da tutela**. 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed., São Paulo:RT, 2003.

_____. **Curso de processo civil**, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. V. III, 1ª ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouveia. **Direito processual constitucional**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (*affirmative action*) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.

_____. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2003.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_170/R170-14.pdf.>Acesso em 10/12/2009.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para seu exame. **Revista Forense**, Vol. 361, Rio de Janeiro, 2001.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1947.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo III, 4. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomos III e IV. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAES. Alexandre de, **Direito constitucional**, 21. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direitos fundamentais: conflitos & soluções**. Niterói, Rio de Janeiro: Frater et Labor, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. **Curso de direito administrativo**. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 23. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAES, José Roberto. Prerrogativas processuais da fazenda pública. In SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cássio Scarpinella, (org.), **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, 1999.

NASSUNO, Marianne. O controle social nas organizações sociais no Brasil, In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. CUNILL GRAU; Nuria (Org.), **O público não-estatal na reforma do estado: coletânea**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

NERY JÚNIOR, Nelson. O benefício da dilatação do prazo para o Ministério Público no direito processual civil, **Revista do Processo** n. 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, ab/jun 1983.

_____. Princípios do processo civil na constituição federal. **Coleção de Estudo de Direito Processual Enrico Liebman. V. 21**, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Código de processo civil comentado**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 4. ed., rev. e ampl., São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed., rev. atual. e ampl..São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 212.

PACHECO, José da Silva. **Evolução do processo civil brasileiro**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PASSOS. J. J. Calmon de. **Inovações no código de processo civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PAZ, Enrique Martínez. **Introducción al derecho civil comparado**. Buenos Aires: Abelado-Perrot, 1960.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. I, São Paulo: Editora Forense, 1992.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 3. ed., São Paulo: Renovar. 2008.

PEREIRA, Bresser. **Uma reforma gerencial da administração pública no Brasil**. Disponível em <<http://bresserpereira.org.br/papers/1997/92refadm.pdf>> Acesso em 16/10/2008.

PÉREZ, Jesús González. **El derecho a la tutela jurisdiccional**. 3. ed., Madrid: Civitas, 2001.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 5. ed., Madri: Tecnos, 1995.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PORTO, Sérgio Gilberto. Litisconsórcio: noções e recusabilidade da formação por violação do juízo natural. **Revista da Associação de Juizes do Rio Grande do Sul - Ajuris**, n. 60, Ano XXI – mar. 1994.

QUEIROZ. Raphael Augusto Sofiati de, **Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade das normas**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 20. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**, tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares, Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Horácio Vanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Pensadores: Rousseau**. Do contrato social. Ensaio sobre a origem das línguas. São Paulo: Nova Cultural, 1997

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SANTOS. Moacyr Amaral, **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1, 23 ed., são Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**, Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 6. ed., Porto Alegre: Ed.Livraria do Advogado, 2008.

SICHES, Luís Recaséns. **Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX**. México: Porrúa, 1963.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Ovídio A. BAPTISTA DA. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Volume I, 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO, João Carlos. **A união federal em juízo**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**, Vol. 1, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.

TARDIN, Maria das Graças Verly. **O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo**
<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista10/Discente/MariaGraças.pdf>>Acesso em: 18 março. 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2002.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **As garantias do cidadão na justiça**, São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 22. ed. São Paulo: Leud, 2004.

_____. **As novas reformas do código de processo civil**, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Inovações da Lei 10.352, de 26.12.2001, em matéria de recursos cíveis e duplo grau de jurisdição. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre (20): 126-140, nov-dez/2002.

_____. **O mandado de segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009**, 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TOURAINÉ, Alain. **Igualdade e diversidade**: o sujeito democrático. São Paulo: EDUSC, 1997.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A., **El estado de derecho en el constitucionalismo social**, Buenos Aires: Universitária, 1982.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3.ed., São Paulo: Editora Atlas, 2003

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

_____. **Efetividade do processo em face da fazenda pública**. São Paulo: Dialética, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o devido processo legal. **Revista de Processo** 63, ano 16, jul-set/91.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WAISBERG, Tatiana. **Controle jurisdicional da administração pública no direito francês**: a jurisdição administrativa à luz do sistema administrativo brasileiro. Disponível em <http://jusvi.com/artigos/27458/3>>Acesso em 23/06/2009.

WOLKMER, Antônio Carlos, Uma nova conceituação crítica de legitimidade, **Revista dos Tribunais**: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 05, 1994.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)