

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: A REALIDADE BRASILEIRA. ASPECTOS JURÍDICOS*

*Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva***

(Professor do PPGSD/UFF)



Reunião do GPEJ - Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição para apreciação de Projeto de Lei. Acervo do GPEJ

RESUMO:

É tradição do direito brasileiro prever, nos processos judiciais, vantagens em favor da Administração Pública, sob o fundamento de que a supremacia do interesse público prevalece em certos casos sobre o princípio da igualdade das partes litigantes. De fato, o Estado, como parte processual, não deve ser tutelado como seu cidadão comum, porque a isonomia que se propaga com o princípio do Estado de Direito deve ser limitada pelas regras essenciais ao funcionamento e à própria existência do Estado. Não obstante, tais vantagens, na verdade prerrogativas, devem ser estritamente necessárias à compensação de desigualdades, sob pena de configurarem odiosos privilégios

ABSTRACT:

It is tradition of Brazilian law to foresee, in the lawsuits, advantages in favor to the Public Administration, under the foundation that the public interest supremacy prevails in a number of cases about the equality principle of the litigant parts. In fact, the state, as processual part, must not be tutored as its common citizen, because the isonomy that is propagated with the rule of law principle must be limited by the essential rules to the operation and to the existence of the state itself. Nevertheless, such advantages, actually prerogatives, must be strictly necessary to the inequalities compensation, under the risk of becoming hateful privileges.

INTRODUÇÃO

O tema “prerrogativas processuais da Administração Pública” está relacionado diretamente com a linha de pesquisa “execução contra a Fazenda Pública”, em desenvolvimento na Universidade Federal Fluminense, por meio do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), do qual fazem parte os professores doutores Hermann-Josef Blanke, da Universität Erfurt, e Karl-Peter Sommermann, da Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer. Trata-se hoje de assunto da maior importância para o direito constitucional e direito processual brasileiro.

Está em tramitação no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional sobre a Reforma do Judiciário, que inclui a execução de sentença contra a Administração Pública¹, principal ponto de estrangulamento da tutela judicial, que em certos casos consiste em imoral ofensa ao princípio do Estado de Direito. Além disso, Comissão constituída pela Universidade Federal Fluminense, Instituto Brasileiro de Direito Processual e Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, com apoio do Ministério da Justiça, tendo como membros os professores Leonardo Greco, Teori Zavascki, Petrônio Calmon Filho, além de mim, está sendo responsável pelo encaminhamento de minuta de anteprojeto de lei de execução fiscal e execução contra a fazenda pública, normas excepcionais justamente devido às prerrogativas, dentre um pacote de propostas legislativas infraconstitucionais, destinado à efetividade da jurisdição².

Na aula ministrada no curso para juizes federais brasileiros³, ocorrido em novembro de 2000, em Brasília, o prof. Sommermann concluiu sua aula sobre a “execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão” afirmando que “deve existir um regime jurídico que tenha em vista, de um lado, a pretensão do cidadão à tutela de seus direitos, e de outro a manutenção da capacidade de funcionamento da Administração Pública”⁴.

No I Seminário de Direito Processual Administrativo da UFF⁵, realizado em agosto de 2003, o prof. Hermann-Josef Blanke, em sua exposição sobre o tema “Prerrogativas processuais da Administração Pública no Direito Alemão”, assinalou que a tutela judicial, que pressupõe lesão a direito subjetivo, deve ser capaz de reparar com efetividade o dano e, para isso, é indispensável que no processo haja igualdade de armas entre os litigantes. Na opinião do publicista da Universität Erfurt, a relação de subordinação nos Tribunais entre Estado e cidadão somente deve proteger o patrimônio público stricto sensu, como os bens afetos a serviço essencial à

coletividade, no caso da execução forçada.

Blanke, sempre contrário a qualquer espécie de prerrogativa no plano processual em favor da Administração Pública, cético com relação aos fundamentos apresentados em favor das prerrogativas meramente processuais do direito brasileiro, arremata ao questionar como proceder diante das situações em que o Estado for parte mais forte: “Há outras situações no Brasil em que o Estado é a figura dominante. Não se trata de um vício contra ou a favor de uma empresa globalizada ou algo assim. E neste momento, qual seria a argumentação com respeito ao cidadão normal? Como é a justificação das prerrogativas nestes casos, que também existem neste país? Estou absolutamente seguro, sem ter estudado empiricamente a situação no Brasil”. Naquela oportunidade, registrei que “no Brasil, a única prerrogativa que parece ser verdadeiramente necessária para preservar o interesse público é a proibição de execução forçada em face de bens indispensáveis à existência do Estado e, indiretamente, a proibição de medidas de urgência, como liminares ou cautelares, que possam permitir a execução forçada e atingir bens necessários à existência do Estado. Isto porque todas as demais prerrogativas existentes no Brasil, que são muitas, não têm fundamento no interesse público ou na supremacia do interesse público, e sim fundamento meramente processual, no interesse econômico do Estado”.

PRERROGATIVAS PROCESSUAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

As principais prerrogativas processuais da Administração Pública que podem ser encontradas no direito brasileiro são enumeradas da seguinte maneira: prazo processual em dobro, intimação pessoal e não pela imprensa oficial, recursos privativos (duplo grau de jurisdição obrigatório e recursos específicos como suspensão de liminar), inexistência de consequência quanto à revelia, proibição de transação, restrição à concessão de liminares e medidas de urgência em face da Administração Pública, e proibição de execução forçada de sentença de dinheiro em face da Administração Pública.

Com relação ao prazo diferenciado, dispõe o art. 188, do Código de Processo Civil⁶: “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”⁷. A intimação pessoal é assegurada à Fazenda Pública pelo art. 38 da Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993: “as intimações e notificações são feitas nas pessoas do Advogado da União ou do Procurador da Fazenda Nacional que officie nos respectivos autos”, ao passo que

todos os demais entes privados são intimados pela imprensa oficial. O duplo grau de jurisdição, modalidade de recurso obrigatório em favor da Administração Pública, dispõe o Código de Processo Civil que “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença ... proferida contra a União...”.

As prerrogativas de prazo diferenciado, de intimação pessoal e de recursos próprios, visam atender uma deficiência administrativa, *interna corporis*, da Administração Pública enquanto parte processual. Falta de advogados próprios, qualificados, infra-estrutura material etc. tem servido de justificativa ao longo dos anos para que tal prerrogativa persista. Além disso, há um certo grau de desconfiança no judiciário de 1ª instância, muito embora inconfessável, por parte do executivo e legislativo, única razão concreta para persistir o “duplo grau de jurisdição”, que consiste na obrigatoriedade de remessa da sentença ao órgão judicial *ad quem*, independentemente de recurso da Administração Pública, o qual confirmará ou não a decisão *a quo*. Essas prerrogativas, fundamentadas exclusivamente na desigualdade processual, ocasionada pela deficiência administrativa do ente público litigante, parte da falsa premissa de que o Estado é a parte mais fraca da relação processual. A falta de recursos financeiros, no atual contexto brasileiro, é opção política das mais infelizes, demonstrando descaso com o princípio da tutela judicial. Se no início do século, podia ser justificável em alguns Estados tal postura, como muito bem lembrou o prof. Blanke na reunião de agosto de 2003. Entretanto, no Brasil, creio que tal situação não necessita mais subsistir, sob pena de evidente atentado ao Estado de Direito e ao princípio da igualdade.

No direito processual público brasileiro, embora sem previsão legislativa explícita⁸, foi construída jurisprudência segundo a qual a Administração Pública revel, que citada não apresenta defesa, não está sujeita ao efeito da presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor. Esse entendimento parte de premissa de que sendo o direito público indisponível, não sujeito à transação judicial, da inércia da Administração Pública não pode ser extraída uma renúncia tácita. A idéia é relacionar a inexistência de efeito da revelia e a proibição de transação judicial a fundamento substancial, não processual, mas sim de direito material. Trata-se mais uma vez de falsa premissa. Os bens públicos são de fato inalienáveis, porém tal inalienabilidade é impeditiva de transação privada, no interesse privado dissociado do interesse público, o que impõe autorização legislativa prévia para que haja qualquer alienação. Na relação processual, a transação deixa de ser ato essencialmente privado, ou com objetivos privados, pois intermediada pelo

Estado-jurisdição, visa à realização do direito à tutela judicial. Se for permitido à Administração Pública não se sujeitar à pena de revelia, significa dizer que a ela está sendo conferido o direito de contestar não em prazo em dobro, mas a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que lhe propicia uma vantagem desigual, que subverte toda sistemática processual, até mesmo com ofensa ao princípio do contraditório.

No tocante à proibição de liminares ou medidas de urgência em face do poder público, a principal legislação sobre a matéria, a Lei 8.437, de 30 de junho de 1992⁹, está disposta nos seguintes termos: “Art. 1º. Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. ... Parágrafo terceiro. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

A Constituição Federal, art. 100, na prática impede que as sentenças de dinheiro tenham execução forçada contra a Administração Pública: “... os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, 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”.

A proibição de liminares e medidas de urgência está intimamente relacionada com a proibição de execução forçada em face da Administração Pública. Não adianta admitir a medida de urgência em face da Administração Pública se a execução dessa mesma medida de urgência encontra restrições. Aliás, essas restrições normalmente apresentadas às medidas de urgência são sempre em função da dificuldade de execução¹⁰. No Brasil, a execução de sentenças contra a Administração Pública está sujeita a um procedimento diferenciado quando a obrigação é de dar dinheiro. No plano constitucional, há impedimento para a execução forçada, de dar dinheiro, contra a Administração Pública¹¹. Exceto para créditos de pequeno valor, a execução fica sujeita a um regime denominado precatório, em que na prática a entidade devedora somente paga na hipótese de legislação orçamentária previr recursos para tanto¹².

No III Seminário de Direito Processual Administrativo, sobre o anteprojeto de lei de execução contra a Fazenda Pública, consignei no relatório final que “A execução contra a Fazenda Pública sempre foi considerada no direito brasileiro ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública, sendo o regime constitucional do precatório, dada a sua

intrínseca natureza voluntária, instituto capaz de romper com o princípio do Estado de Direito, se aplicado abstratamente e em descompasso com o princípio da proporcionalidade. A efetividade da jurisdição como meio de realização de direitos em face da Administração Pública, atrelada à noção de direito fundamental, só pode ser limitada em prol de um valor supremo e excepcional, como o da dignidade da pessoa humana, nas relações processuais entre entes privados e como o da continuidade do serviço público essencial à coletividade, nas relações envolvendo entes públicos¹³.

CONCLUSÃO

É tradição do direito brasileiro prever, nos processos judiciais, vantagens em favor da Administração Pública, sob o fundamento de que a supremacia do interesse público prevalece em certos casos sobre o princípio da igualdade das partes litigantes. De fato, o Estado, como parte processual, não deve ser tutelado como seu cidadão comum, porque a isonomia que se propaga com o princípio do Estado de Direito deve ser limitada pelas regras essenciais ao funcionamento e à própria existência do Estado¹⁴. Não obstante, tais vantagens, na verdade prerrogativas, devem ser estritamente necessárias à compensação de desigualdades, sob pena de configurarem odiosos privilégios¹⁵. Considero as normas processuais que consagram as prerrogativas da Administração Pública em três grandes grupos. No primeiro, as normas possuem fundamentos e são coerentes com a supremacia do interesse público; no segundo grupo, as prerrogativas previstas não são capazes de evidenciar sua utilidade e essencialidade ao funcionamento e existência do Estado, o que leva facilmente à sua inconstitucionalidade; e, no terceiro grupo, as normas que possuem fundamentos coerentes com a supremacia do interesse público, muito embora tais fundamentos não mais existam ou nem mesmo existido, o que, sem adentrar no juízo político do legislador, reclamam, de *lege lata*, decisão judicial que encontre um ponto de equilíbrio, de acordo com a particularidade do caso concreto¹⁶, e, de *lege ferenda*, análise sócio-jurídica destinada à sua revogação ou modificação.

As prerrogativas meramente processuais, as de prazo em dobro, intimação pessoal ou de recursos próprios e específicos, são prerrogativas calcadas em fundamentos formais, processuais, injustificáveis na atual evolução do Estado brasileiro. As prerrogativas substanciais, relativas à inexistência de efeitos da revelia ou proibição de transação, estão calcadas em falsa premissa, a de que a regra da indisponibilidade do bem público é direcionada também ao juiz, no exercício da sua

jurisdição. A venda ou transação judicial é ato essencialmente público, no interesse público e não privado, no interesse da função jurisdicional. As prerrogativas de origem substancial, voltadas para a execução de sentenças contra a fazenda pública, serão indispensáveis apenas para preservar da expropriação forçada os bens afetados a serviço público essencial à sociedade.

BIBLIOGRAFIA

ABERASTURY, Pedro. **El presupuesto público em la ejecución de sentencias contra el Estado**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). Execução contra a Fazenda Pública, 2003, pp. 415-432.

_____. **Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado Nacional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

_____. **Execução judicial de sentenças contra o Estado**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). Execução contra a Fazenda Pública, 2003, pp. 41-82.

BLANKE, Hermann-Josef. **O dinheiro como bem público penhorável no direito alemão**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). Execução contra a Fazenda Pública, 2003, pp. 433-446.

BUENO, Cássio Scarpinella. **O Poder Público em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Regina Helena. **As prerrogativas e o interesse da Justiça**. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. Direito Processual Público. A Fazenda Pública em Juízo. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **Igualdade processual e os benefícios da Fazenda Pública**. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 13/15, São Paulo, dez. 1978/dez. 1979, pp. 421-435.

GRECO, Leonardo. **Execução de liminar em sede de mandado de segurança**. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). Execução contra a Fazenda Pública, 2003, pp. 197-230.

_____. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2. p. 658.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: 1975.

GUERRA FILHO, Willis. **Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública**. In: Revista de Processo, 82, abr./jun. 1996, pp. 70-91.

MELO FILHO, Álvaro. **O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública**. In: Revista de Informação Legislativa, 123, jul./set. 1994, pp. 113-127.

SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 1., 2003, Niterói. **Prerrogativas processuais da administração pública no Direito Alemão**. Organização de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Digitado. Realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 27 ago. 2003.

SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 3., 2003, Niterói. **Anteprojeto de lei execução contra a Fazenda Pública.** Organização de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Digitado. Realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 10 out. 2003.

SEMINÁRIO DE PESQUISA E EXTENSÃO DE DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO, 5., 2003, Niterói. **Execução de pequeno valor contra a Fazenda Pública.** Organização de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Digitado. Realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, em 22 out. 2003.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.). **Execução contra a Fazenda Pública.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

_____. **Precatórios e requisições de pequeno valor - RPV.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. v. 1 (46 p.). ISBN 8585572736. Disponível também em: < http://www.cjf.gov.br/manuais/man_procedimentos.asp >. Acesso em: 14 out. 2003.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **Execução contra a Fazenda Pública.** São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Execução contra a Fazenda Pública: razões políticas do descumprimento às ordens judiciais.** Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Documentação, 2002. 130 p. ISBN 8585557264. Disponível também em: < <http://www.cjf.gov.br/revista/Serie%20Pesquisas8.pdf> >. Acesso em: 14 out. 2003.

_____. **La reforma del Poder Judicial brasileño.** 2003. Trabalho apresentado à Sociedade Científica Argentina. Digitado.

SOMMERMANN, Karl-Peter. **A execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no direito alemão.** Tradução de LUÍS GRECO. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Org.), **Execução contra a Fazenda Pública**, 2003, pp. 105-120.

NOTAS

* Trabalho apresentado no I Seminário de Direito Processual Internacional – A tutela judicial na perspectiva comparada (Rechtsschutz em Internationalen Vergleich), da Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, organizado em parceria com a Universidade Federal Fluminense, em Erfurt-Alemanha, quando da realização da III Missão Científica do GPEJ-UFF, em maio de 2004, com apoio da CAPES-DFG e FAPERJ.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Juiz Federal na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Mestre e Doutor em Direito, Coordenador do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ-CNPq), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Sócio Correspondente da Sociedad Científica Argentina.

1 Reforma do Poder Judiciário, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, Buenos Aires, 2004.

2 O projeto de lei sobre execução contra a fazenda pública foi elaborado em reunião realizada em outubro de 2003, na Faculdade de Direito da UFF, que contou ainda com a presença do Min. Athos Carneiro, prof. Wilson Madeira Filho. O projeto de lei de execução fiscal foi realizado em reuniões ocorridas no mês de maio de 2004, em Brasília-

DF, na sede do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

3 I Curso de Extensão Execução contra a Fazenda Pública, organizado pela Universidade Federal Fluminense, em parceria com o Conselho da Justiça Federal, em Brasília, no período de 20 a 24 de novembro de 2000.

4 Karl-Peter Sommermann, A execução forçada por quantia certa contra a Fazenda Pública no Direito Alemão, tradução de Luís Greco, in Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (Org.), **Execução contra a Fazenda Pública**, Série Cadernos do CEJ, 23, Brasília, 2003, p. 117.

5 Seminário organizado pelo Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), quando de sua II Missão Científica, ocorrida no Rio de Janeiro e em Niterói, no mês de agosto de 2003.

6 Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

7 O Supremo Tribunal Federal já decidiu ser constitucional o prazo diferenciado do art. 188 do Código de Processo Civil (STF-Pleno, RE 194.925-2-MG-SDcl-ED, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.3.99, um voto vencido).

8 O preceito do Código de Processo Civil invocado é o art. 320, II, *in verbis*: “A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo anterior (se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor): ... se o litígio versar sobre direitos indisponíveis”.

9 Além da Lei 8.437 prevêm restrições à concessão de liminares ou tutelas de urgência: Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, restringindo liminares em sede de mandado de segurança; Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, aplicando as restrições da Lei 8.437 às tutelas antecipadas prevista no Código de Processo Civil (art. 273), em face do Poder Público.

10 Na Ação Direta de Constitucionalidade 4, proposta pelo Presidente da República em função da Lei 9494, que proibia antecipação de tutela (medidas de urgência) contra a Administração Pública, o STF acolheu a tese de que algumas liminares (medidas de urgência) estavam sendo deferidas e executadas sem observância ao regime tradicional e constitucional do precatório judicial.

11 Não obstante, lembra o prof. Leonardo Greco que “conforme já decidiu o Tribunal Constitucional Alemão, o princípio do Estado de Direito exige respeito ao preceito da mais completa proteção jurídica possível, o que significa que o Judiciário deve fazer tudo aquilo que a Administração se recusa a fazer, desde que se apresente como necessário para o pleno gozo dos direitos dos particulares” (Execução de liminar em sede de mandado de segurança, 2003).

12 A Emenda Constitucional 30, de setembro de 2000, dispensa do regime do precatórios os créditos inferiores a 40 salários mínimos, o que representa 5.000 dólares americanos aproximadamente.

13 Realizado na Faculdade de Direito, no dia 10 de outubro de 2003, sob coordenação do Grupo de Pesquisa Efetividade da Jurisdição (GPEJ), com a participação dos professores Leonardo Greco, Ministro Teori Zavascki, Ministro Athos Carneiro, Dr. Petrólio Calmon Filho, Wilson Madeira Filho, Ricardo Perlingeiro, além de mestrandos da UFF. Na obra “ejecución de sentencias contra el Estado” (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001), Pedro Aberastury relaciona o direito da tutela efetiva ao direito de execução de sentenças contra a Administração Pública”.

14 Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, **Execução contra a Fazenda Pública**, São Paulo, 1999, p. 18.

15 A profa. Ada Pellegrini Grinover (Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil, São Paulo, 1975, p. 30), aplicando o princípio da proporcionalidade, afirma que “a prerrogativa não deve superar o estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio”.