

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA**

**A INSTRUMENTALIDADE
E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA**

Annete Cristina de Andrade Gaio

Cascavel, maio de 2002.

ANNETE CRISTINA DE ANDRADE GAIO

**A INSTRUMENTALIDADE
E AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA**

**Monografia apresentada ao Curso de Pós-
Graduação em Processo Civil, Faculdade
de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

CASCVEL

2002

SUMÁRIO

RESUMO.....	3
CAPÍTULO I	
1.1. Breve Histórico da Evolução do Processo.....	4
1.2. Visão Fática e Normativa.....	5
CAPÍTULO II	
2.1. A Segurança e a Efetividade Jurídicas.....	6
2.2. O Princípio da Verossimilhança.....	8
2.3. A Reforma no Ordenamento Processual.....	12
2.4. A Nova Postura do Juiz.....	13
CAPÍTULO III	
3.1. Conceito de Fazenda Pública.....	16
3.2. Indagação quanto ao Vocábulo.....	16
3.3. Tratamentos Diferenciados à Fazenda Pública.....	17
3.4. O Princípio da Isonomia.....	19
CAPÍTULO IV	
4.1 Conclusão.....	24
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	29

RESUMO

Frente às novas exigências processuais trazidas pelas recentes modificações ao Código de Processo Civil, buscando dar celeridade e eficiência aos procedimentos, evidenciou-se o surgimento de um novo princípio decorrente do *due process of law*, traduzido por efetividade do processo. Procura-se, através de novas atitudes inculpidas na lei, aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, desempenhando-se, da melhor forma possível, a função própria do processo, o seu fim específico, qual seja, a solução do litígio. O Juiz, de mero espectador, passa a ter um comprometimento axiológico com as instituições processuais, soltando-se das amarras que lhe impediam, por exemplo, de participar da instrução, sendo-lhe permitido agora criar modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes. Essa nova realidade dentro do panorama processual brasileiro faz confronto com as antigas e sempre observadas prerrogativas processuais que a lei confere à Fazenda Pública. Há um elenco de prerrogativas ou privilégios como prazos maiores para contestar e recorrer, reexame necessário de decisões proferidas em seu desfavor, impossibilidade de execução forçada, etc. Num primeiro momento, vislumbram-se exigências impostas que se chocam exatamente com o moderno direcionamento à efetividade do processo. As prerrogativas ou privilégios processuais à Fazenda Pública representariam um atraso à prestação da tutela jurisdicional. Saliente-se, *prima facie*, que os problemas jurídicos não se equacionam, de fato, senão com o exame do direito positivo, consideradas ao caso as cogitações históricas, políticas e ideológicas que refogem ao campo de atuação específica dos juristas. Ainda, a efetividade do processo se apresenta como aspecto mais árduo e controvertido deste trabalho, não apenas pela multiplicidade de enfoques a que se presta, mas também pela dificuldade de sua localização na praxe jurídica. O confronto trará novas dimensões que permitirão substituir uma racionalidade formal por uma material. A pesquisa, uma vez concluída, poderá contribuir, na medida de sua qualidade e extensão, à facilidade de compreensão do problema proposto, à fluidez das reflexões dos operadores do direito, cientistas jurídicos e acadêmicos, o que, por si só, seria excelsa recompensa.

CAPÍTULO I

1.1. BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO PROCESSO

Teve início no século XIX o fim do sincretismo jurídico que até então vigorava, assim entendido como uma confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal. Na evolução histórica do direito processual, nesta fase primitiva de confusão, o processo era considerado tão somente como meio de exercício de direitos e vigorou até o surgimento das idéias de Wach e Bülow.

Sendo questionado o tradicional conceito civilista de ação, verificou-se que a *actio* romana se apresentava como instituto de direito processual e não material, dirigida ao juiz e não à parte adversária e, ainda, tinha por objeto a prestação jurisdicional e não o bem discutido. Dessa forma, chegou-se à autonomia da ação e dos demais institutos processuais, quando, evoluída a consciência da autonomia da ação, firmou-se também a idéia da autonomia do direito processual e seus institutos. Houve, nesta fase autonomista, grandes construções científicas do processo como a natureza jurídica da ação e a natureza jurídica do processo, os pressupostos processuais e as condições da ação.

Atualmente vivenciamos um terceiro momento metodológico da ciência processual, caracterizada por uma fase instrumentalista, destacando-se por apresentar um caráter crítico e potencialmente reformista. Denota-se agora, em contraposição à fase anterior, uma especial preocupação com os resultados do processo.

O mestre CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO se faz exemplo perfeito desta nova fase processualística entre os doutrinadores, percebendo e apontando em seus ensinamentos, como no texto abaixo transcrito, os novos rumos a serem traçados dentro do sistema processual pátrio:

"É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função

da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução".¹

Profundas e significativas modificações foram introduzidas no processo nesta fase instrumental, redundando em prestígio à ciência processual em razão da conscientização do momento histórico vivido em que o serviço, ao cidadão, se faz primordial através da efetiva prestação da tutela jurisdicional.

2.2. VISÃO FÁTICA E NORMATIVA DA HISTÓRIA DO PROCESSO

Não apenas os doutrinadores foram afetados por este caráter instrumentalista do processo, como também o legislador. Provavelmente, este sob influência daqueles, porém o fato é que modificações na legislação podem ser observadas como, por exemplo, na criação dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e nas recentes alterações introduzidas no Código de Processo Civil.

Historicamente o Estado, ao se tornar suficientemente forte e monopolizar a jurisdição, substituindo-se à vontade dos particulares, percorreu longo caminho até que a intervenção estatal derrubasse o que IHERING denominava força propulsiva do direito de propriedade. Desse fato decorreu que, proibida a autotutela, ou seja, a realização do direito pelas próprias mãos, criou-se, para o Estado, a obrigação, e não apenas o ônus, de tutelar qualquer espécie de situação trazida ao seu conhecimento.

O processo, desde o início, foi o mecanismo apresentado pelo Estado para propiciar ao cidadão a tutela de suas pretensões, devendo mostrar-se "instrumento eficaz para acesso à ordem jurídica justa", conforme ensina CÂNDIDO DINAMARCO². Entretanto, da forma como idealizado no segundo momento do processo civil acima apontado, o processo impunha às partes tempo demais entre o início e o fim de sua realização, lembrando a máxima e RUI BARBOSA conhecida por todos: justiça tardia corresponde à verdadeira denegação de justiça.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

A excessiva duração de um processo constituía uma das principais causas de crise na justiça. Buscava-se ênfase na segurança jurídica em detrimento da efetividade. Tal conduta favorecia, em muito, o réu. Assim, face à conscientização desta celeuma, busca-se, neste terceiro momento, o processo efetivo, o real significado substancial das garantias e princípios constitucionais e, como elucida CÂNDIDO DINAMARCO, "Falar da *efetividade do processo*, ou da sua instrumentalidade em sentido positivo, é falar da sua aptidão, mediante a observância racional desses princípios e garantias, a pacificar segundo critérios de justiça".³

CAPÍTULO II

2.1. A SEGURANÇA E A EFETIVIDADE JURÍDICA

Pode-se afirmar que o direito gira em torno de dois postulados, que são, em princípio, antagônicos. A segurança jurídica e a efetividade jurídica, vale dizer, tanto quanto possível deve-se juntar as exigências da certeza, com as exigências da justiça. Tal busca sempre caminhou lado a lado com o desenvolvimento das ciências.

Ocorria, na prática, uma tensão entre a segurança jurídica e a tempestividade da prestação jurisdicional, que, frente ao texto constitucional, apresentavam-se harmônicos, mas, no dia a dia, apresentavam nítida afronta aos direitos fundamentais, conforme apontou Zavascki⁴, demonstrando a impossibilidade da interpretação do texto constitucional de modo absoluto.

Existia um processo excessivamente formalista, negligenciando a celeridade em razão da segurança que se justificava como necessária à cognição definitiva do direito. Isso gerava uma inquietação em todos os seguimentos da sociedade. O fato do tempo do processo ser encarado de forma secundária, na maioria esmagadora das vezes beneficiando o réu que não tem razão em detrimento da angústia do autor, demonstrava que o processo estava em crise.

² DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 15, nº 54, abr./mar.,1997.

Alguns processualistas já chamavam atenção para o problema. LUIZ GUILHERME MARINONI⁵, anteriormente às alterações legislativas processuais, entendia que a "defesa é direito nos limites em que é exercida de forma razoável ou nos limites em que não retarda, indevidamente, a realização do direito do autor".

CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA, em comunicação apresentada perante o II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, em Porto Alegre, alertava:

"A distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época. Não é suficiente que a Constituição apregoe a república Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), ou assegure a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*). Tampouco satisfaz a simples garantia, no plano do verbo, do acesso ao Poder Judiciário para a apreciação de qualquer "lesão ou ameaça ao direito" (art. 5º, XXXV). Tudo isso será ilusório se o usuário da Justiça não puder obter a satisfação de sua pretensão com um custo razoável, proporcional às suas posses e ao objeto do litígio, e em tempo adequado para que a demora não transforme a justiça em injustiça".⁶

Em outra oportunidade, perante o Simpósio sobre a Efetividade do Processo de 1993 em Porto Alegre, BARBOSA MOREIRA expunha a problemática enfocando outros pontos acerca do mesmo problema:

"Muitas, ou várias, das mais recentes reformas legislativas, levadas a cabo em países europeus, por exemplo, na Alemanha, na Áustria, na Espanha, na Itália, têm tido como principal fonte de inspiração o propósito de atenuar a dramaticidade da situação que se pode observar nesta matéria. O problema é, sem dúvida, da maior importância. Já se tem dito e repetido que justiça retardada é, no fundo, justiça denegada.

Mas eu gostaria de pedir aqui o emprego de certo temperamento, porque, por vezes, se nota uma pretensão a hipertrofiar esse dado, a dedicar esse tópico uma atenção quase que exclusiva, em detrimento de outros aspectos que não têm, penso eu, menor relevância. Queremos sim uma justiça rápida; mas não é só isso que queremos: queremos uma justiça melhor.

Então, ao lado da problemática atinente à duração dos processos, é preciso não esquecer outros tipos de questões que se põem à nossa consideração e à nossa reflexão. Antes de mais nada, a própria qualidade da prestação jurisdicional cognitiva. E também, acrescentaria eu, o problema de fazer funcionar a máquina judiciária em proveito do maior número possível de pessoas, sem discriminações de tratamento. Ouso, portanto, juntar à problemática da duração essas duas outras. Uma, de índole objetiva: como tomar melhor a qualidade da prestação jurisdicional cognitiva? E outra, de natureza subjetiva: como assegurar o funcionamento da máquina em benefício do maior número possível de pessoas, repito, sem discriminação de tratamento?".⁷

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo cautelar. Revista de Processo, n. 76, out./dez., 1994.

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. Revista de Processo, n. 74, abr./jun., 1994.

J.J. GOMES CANOTILHO, leitura obrigatória para todos que pretendam estudar o Direito como ciência, aludia, ao tratar dos direitos fundamentais, da proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada:

"A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva "resposta" plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis do processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas "matérias ou questões de facto", não se devendo configurar como um "tribunal de revista" limitado à apreciação das "questões" e "vícios de direito". Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em tempo útil ("adequação temporal", "justiça temporalmente adequada"), obter uma sentença executória com força de caso julgado - "a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça". Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma proteção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente "justiça acelerada". A "aceleração" da protecção jurídica que se traduza em diminuição e garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instância) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta. Noutros casos, a existência de processos céleres, expeditos e eficazes - de especial importância no âmbito do direito penal mas extensiva a outros domínios (cfr. art. 20º.º/5, aditado pela LC 1/97) -, é condição indispensável de uma protecção jurídica adequada (ex: prazos em casos de Habeas Corpus, apreciação de prisão preventiva dentro do prazo de 48 horas, suspensão da eficácia de actos administrativos, procedimentos cautelares)".⁸

OVÍDIO BAPTISTA⁹, ainda na época de elaboração do Código de Processo Civil de 1974 apontava para os problemas da ordinariedade e com o surgimento de novas vozes trazendo à discussão o problema da efetividade e adequação do sistema processual até então vigente, emendava afirmando que "a consciência da crise é já o prenúncio de que o espírito humano prepara-se para superá-la, na medida em que rompe com o imobilismo provocado pela ilusão dogmática".

2.2. O PRINCÍPIO DA VEROSSIMILHANÇA

Restava claro, portanto, a necessidade de se racionalizar o tempo do processo de maneira igualitária entre as partes, permitindo-se o equilíbrio da relação processual em torno do princípio da isonomia, uma vez que o direito a um

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia moderna e processo civil, Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98/113. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

provimento jurisdicional tempestivo e adequado nada mais é que o exercício do direito de cidadania.

No intuito de minimizar este celeuma, lançou-se mão do princípio da verossimilhança como requisito da efetividade do direito e do processo, oferecendo novo tratamento ao *due process of law*. Mas não se pode esquecer que a própria palavra processo "afasta a idéia de instantaneidade da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar sua própria legitimidade", como alude OVÍDIO BAPTISTA¹⁰ para, em seguida, tratar de forma magistral acerca do princípio da verossimilhança, partindo da afirmação de James Goldschmidt de que as partes que figuram na relação processual podem contar senão com expectativas a respeito de seus pretensos direitos.

Assim assevera o mestre gaúcho:

"Se a separação entre verdade e aparência é um fenômeno natural em todas as ciências, especialmente nas ciências sociais, não é menos verdade que nossa civilização urbana de massa haja tomado ainda mais profunda a distância entre a verdade e as simples aparências.

Tal e tão profunda tornou-se a complexidade da vida moderna e a inevitável desorientação quanto a valores a que ficam submetidos os indivíduos que um eminente sociólogo e filósofo do direito contemporâneo não vacilou em afirmar que a função primordial do processo é reduzir a complexidade das possíveis soluções comportamentais e orientar na escolha de alternativas legítimas (NIKLAS LUHMANN, Legitimação pelo procedimento).¹¹

Prossegue o ilustre professor por entender que o princípio da boa fé objetiva transmudou-se para a tutela jurídica da aparência, que vem tomando espaço no mundo moderno protegendo aqueles que se relacionam, por exemplo, com o herdeiro aparente ou credor aparente.

Nesse raciocínio, OVÍDIO BAPTISTA DA SILVA afirma que:

"O princípio da verossimilhança domina literalmente a ação judicial. É com base nele que o juiz profere a decisão de recebimento da petição, dando curso à ação civil, assim como, igualmente baseado em critério de simples verossimilhança, emite todas as decisões interlocutórias e, eventualmente – nos casos em que nosso direito permite –, profere sentenças liminares, provendo provisoriamente sobre o *meritum causae*, como nos interditos proibitórios.

É este princípio, e a necessidade absoluta que a civilização moderna tornou imperiosa, de tratamento cada vez mais intenso e freqüente dos litígios com base na

¹⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I

¹¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I

aparência e na plausibilidade do direito obtidas com provas sumárias (prima facie), de que as liminares são apenas os exemplos mais notórios, o grande responsável pela decadência, sempre mais acentuada, do procedimento ordinário, com sua pretenciosa aspiração a alcançar a verdade definitiva dos fatos da causa."¹²

E, por fim, o processualista faz a sua crítica atacando, como é de costume, a ordinariade do sistema processual brasileiro:

"O que surpreende, em tudo isso, é que o reinado que e poderia imaginar absoluto, da ordinariade – se tivéssemos os olhos voltados apenas para o Código de Processo Civil -, desaparece sempre que o legislador, através de leis especiais, mantidas fora do Código, pretende privilegiar determinados interesses, seja do próprio Estado, seja das demais manifestações de poder informal que gravitam em torno dele. Para tais formas especiais de tutela desaparece, como que por encanto, a laboriosa construção teórica que sustenta a separação radical entre conhecimento e execução, destinados a serem tratados em processos separados".¹³

O mestre BARBOSA MOREIRA, por seu turno, advertiu:

"O processo avizinha-se do optimum na proporção em que tende a fazer coincidir a situação concreta com a situação abstrata prevista na regra jurídica material; e afasta-se progressiva e perigosamente desse ideal na medida em que o resultado na verdade obtido difere daquele que se obteria caso os preceitos legais fossem observados de modo espontâneo e perfeito pelos membros da comunidade".¹⁴

Trazer para o processo o princípio da verossimilhança sempre assustou grande parte dos processualistas pátrios por trazer à discussão a questão da verdade no campo processual, como salienta DARCI GUIMARÃES RIBEIRO:

"O princípio da verossimilhança esbarra no problema da verdade, da certeza absoluta ao longo dos tempos, a ponto de o próprio Aristóteles dizer que as causas judiciárias eram defendidas pelos sofistas, pois esses estavam aptos a defender com a retórica o que estivesse em jogo, para qualquer das partes, pois a verdade é contingente e sobre ela não há unanimidade. O próprio Gadamer diz: "La scienza moderna, che há ripreso questa parola d'ordinare, segue così il principio del dubbio cartesiano, in base al quale non si può prendere per certo nulla di cui si possa in qualche modo dubitare" (p. 318), e continua mais adiante o brilhante filósofo, "La precipitazione nel giudicare è l'origine vera degli errori in cui incorriamo quando usiamo della nostra ragione" (p. 325) (in *Verità e metodo*, 1983, Ed. Studi Bompiani). Demonstra o brilhante filósofo a aversão que a ciência moderna inclusive a processual, tem por todas as formas de juízos fundadas na aparência, na verossimilhança. É fruto, como bem se notou, da herança cartesiana, com sua conhecida desconfiança contra toda e qualquer espécie de prejuízo, pois, segundo Descartes no seu primeiro preceito, dentre os quatros, que é "evitar cuidadosamente a precipitação a e prevenção", e, por precipitação deve se

¹² SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I.

¹³ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I.

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. Revista do Processo, ano 19, nº 74, abr./jun., 1994.

entender, segundo o próprio autor, " julgar antes de se ter chegado à evidência" (in Os Pensadores, 1987, discurso do Método, v. 1/37).

O problema da verdade, da certeza absoluta repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provejam a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332, do CPC, e, segundo Moacyr A. Santos, a prova consiste em " A exigência da verdade, quanto à existência, ou inexistência, dos fatos" (in Primeiras Linhas..., Saraiva, 1990, p. 327), ou seja, salvo situações especiais, o juiz não poderá assegurar o direito das partes, através de uma liminar, sem antes formar uma certeza absoluta sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes".¹⁵

Lançando mão dos inafastáveis ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que também, com muita propriedade, tratou da questão certeza, probabilidade e risco em direito processual, tem-se:

"No processo de conhecimento, o exagero em que a doutrina costuma incidir na crença de que verdadeiramente os julgados se apóiem sempre na certeza. Essa é uma ilusão que permanece, meio por inércia dos que passam pelo assunto sem deter-se e apesar de expressivos alertas já levantados por vozes muito autorizadas.

...

Em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera probabilidade, variando somente o grau da probabilidade exigida e, inversamente os limite toleráveis dos riscos. E isso transparece, no processo de conhecimento, especialmente (embora não apenas) no tocante às questões de fato. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, em que na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar".¹⁶

A distinção que se fazia principalmente nos cursos de graduação entre verdade material e verdade formal, aquela aplicada ao processo penal e esta aplicada ao processo civil, tem sido gradativamente afastada pela doutrina. MARINONI e ARENHART são exemplos:

"Atualmente, a distinção entre verdade formal e substancial perdeu o seu brilho. A doutrina moderna do direito processual vem sistematicamente rechaçando esta diferenciação, corretamente considerando que os interesses objeto da relação jurídica processual penal não têm particularidade nenhuma que autorize a inferência de que se deve aplicar a estes método de reconstrução dos fatos diverso daquele adotado

¹⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do "due process of law", Revista do Processo, n. 75, ano 19, jul./set., 1994.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

pelo processo civil. Realmente, se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, não se pode esquecer que o processo civil labora também com interesses fundamentais da pessoa humana - como a família e a própria capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais - pelo que totalmente despropositada a distinção da cognição entre as áreas".¹⁷

O certo é que o legislador, ao inserir o princípio da verossimilhança na reforma processual de 1994, rompeu com o conceito do real até então trabalhado, exigindo dos operadores do direito um novo atuar, porque, nas palavras de MARINONI E ARENHART, "o direito processual não está habilitado à busca da verdade substancial, e, a partir de então, deve-se reformular toda a doutrina processual, para ajustá-la à avalanche de mudanças que esta nova postura acarreta".¹⁸

2.3. A REFORMA NO ORDENAMENTO PROCESSUAL

À margem dessa discussão, o fato é que este espírito imbuíu o legislador quando, em 1994, introduziu o princípio da verossimilhança no Código de Processo Civil, representando o ponto central de toda a reforma processual. Isto porque rompeu-se com o conceito de realidade que predominava até aquele momento na legislação, reconhecendo-se que o tradicional conceito de verdade não atendia aos anseios dos administrados.

Surge, então, a tutela antecipada e a ação monitória calcadas no princípio da verossimilhança, obrigando os operadores jurídicos repensarem no fato de que a instrução processual produz uma verdade sujeita à infalibilidade humana e aos métodos por vezes deficientes do próprio processo.

¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 5.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 5.

2.4. A NOVA POSTURA DO JUIZ

O magistrado agora se encontra diante de um novo processo, impondo que esteja consciente do fato de que a verdade alcançada no processo é relativa e o seu alcance pode se dar não apenas no processo de conhecimento.

A figura inerte e impotente do juiz, tão importante para o sucesso do liberalismo capitalista, que restringia-se à aplicação lógica de simplesmente dizer o direito, sendo-lhe impossível intervir na relação de litígio, há de ser esquecida. Isso porque o mito da neutralidade dos juízes, calcado na ausência de vontade inconsciente, bem como pela teorização do conceito de ação, como aponta OVÍDIO BAPTISTA¹⁹, serviram para escamotear a tendência que vinha se formando para a universalização do procedimento ordinário, com completa cognição e discussão irrestrita acerca do objeto litigioso.

Com efeito. O distanciamento do processo em relação ao direito material ocasionou a falta de efetividade daquele sob influência da teoria unitária do ordenamento jurídico. Equivocadamente entendia-se que somente a sentença declaratória de mérito com cognição plena e exauriente poria fim ao litígio e os juízos de cognição sumária teriam apenas natureza excepcional e provisória. Tal equívoco restou evidenciado com a inadequação e insuficiência do processo para responder às exigências da sociedade de massa surgida com o estrondoso progresso recente que encurtou as distâncias e modernizou as comunicações, culminado com a instantaneidade das relações entre os homens, o que veio a provocar transformações sócio-culturais sem registros na história da civilização humana. Frente a isso, impôs-se um processo mais célere, que pudesse compor os novos litígios que não podiam aguardar a morosidade do procedimento apresentado, o ordinário.

As alterações havidas no Código de Processo Civil outorgaram ao magistrado poderes até então inexistentes. O sistema privalístico foi substituído por um sistema publicista. O juiz deixa de ser simples fiscalizador para atuar, detendo em suas mãos os rumos do processo, tendo o respaldo legal para empregar todos

¹⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I.

os meios que se façam necessários à prestação adequada da tutela jurisdicional. Exalta-se o princípio do ofício, permitindo-se que o magistrado faça plenamente uso das atribuições previstas no ordenamento processual, acelerando os atos processuais, indo de encontro, onde estiver, da verdade que se faça necessária para prestar a tutela pleiteada. Dessa forma age com credibilidade e segurança frente aos cidadãos que aguardam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

LUIZ GUILHERME MARIONONI comenta:

"A participação efetiva do juiz no processo não fere o princípio do contraditório. Ao contrário, o princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido pela postura ativa do julgado. Não basta oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal".²⁰

Os juízes desse novo tempo devem abandonar a ilusão de que a segurança jurídica ou, em outras palavras, a busca da verdade somente pode ser alcançada através de uma cognição plena. Hoje depara-se com as relações da sociedade exigindo que se priorize as tutelas de urgência de provimento, afastando-se da conduta retrógrada do procedimento ordinário em que a verossimilhança representa um risco inaceitável e imensurável. Deve-se compreender e aceitar, o operador do direito, que o "instrumento com ele labora não poderá jamais oferecer uma solução absolutamente ideal e imune a qualquer inconveniente", nas vanguardistas palavras de OVÍDIO BAPTISTA.²¹

Os provimentos jurisdicionais fundados em juízos de verossimilhança e em tutelas de urgência, elegendo a efetividade dos direitos do cidadão, evidenciados pela rapidez, representam inovações científicas no campo do processo civil, contrapondo-se à inadequação e lentidão superados no procedimento padrão. Observamos agora a adequação da natureza do direito pleiteado e dos meios necessários à sua efetivação prevalecendo o caráter positivo da instrumentalização processual, qual seja, aptidão de compor o litígio, oferecendo tudo e da forma como o vencedor tenha de receber, por ser seu direito.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. XXIV, 1993.

²¹ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Processo Civil, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. I. 2000.

Como esclarece CALMON DE PASSOS²², esse novo processo passará pela superação necessariamente do mito da neutralidade do juiz, do mito da separação dos poderes e conceber-se-á o processo como instrumento político que possui fundamental importância na vida do cidadão a fim de promover a realização dos interesses coletivos, bem como dos transindividuais.

As alterações do Código de Processo Civil outorgaram ao magistrado poderes até então inexistentes.

EGAS MONIZ DE ARAGÃO, quando comenta as recentes modificações introduzidas no Código de Processo Civil, entendendo que estas afetam de vários modos a atividade jurisdicional, bem como repercutem sobre os litigantes, adverte aos magistrados:

"Aparentemente, "prova inequívoca" e "verossimilhança" são conceitos incompatíveis. Se se aceita mera verossimilhança não é possível pretender que a prova seja inequívoca. Para compreender o enigma tem-se de admitir que constitui especial recomendação aos magistrados da avaliarem com rigor a verossimilhança. Não devem eles ceder a argumentos frágeis, à simples plausibilidade. Devem exigir mais, devem verificar se há forte probabilidade de o autor ter razão. Não se trata, obviamente, de pretender prova cabal, como se a instrução probatória estivesse concluída, mas, isto sim, de ser bastante possível de ao final da instrução probatória confirmar-se o que alega o autor da ação. Como dispõe a lei francesa, incumbe verificar se diante do que afirma o autor o réu fica em situação tal que sua defesa nada pode opor-lhe de realmente sério".²³

Contudo, é certo que a apuração da verdade não é a finalidade primordial do processo, mas a aplicação da lei ao caso concreto. Por outro lado, para que o acesso dos cidadãos à justiça ocorra da maneira mais completa possível, deve-se ter em mente a efetividade do processo, o qual, no entender de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO consiste na "almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes liberdades".²⁴

²² PASSOS, J.J. Democracia, Participação e Processo. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

²³ ARAGÃO, Egas Moniz de. Alterações no código de processo civil: tutela antecipada e perícia. Revista de Processo, Porto Alegre. n. 83, ano 21, jul./set., 1996.

CAPÍTULO III

3.1. CONCEITO DE FAZENDA PÚBLICA

Frente a esse novo paradigma, onde a prestação da tutela jurisdicional se dá através de um efetivo processo, cumpre indagar se as prerrogativas - para alguns - ou privilégios - para outros - inerentes à Fazenda Pública representam ou não um empecilho a essa efetividade.

A Fazenda Pública, de acordo com a conceituação de HELY LOPES MEIRELLES, recebe esta denominação nos casos em que a Administração, através de qualquer uma de suas entidades estatais, autarquias, fundações públicas ou órgãos com capacidade processual, ingressa em juízo, isso porque "seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda".²⁵

E, nesse diapasão, impõe-se elucidar o significado do termo fazenda pública. O doutrinador NELSON NERY JÚNIOR satisfatoriamente esclarece:

"Vários são os sentidos em que é empregado o vocábulo Fazenda Pública. Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a administração direta e entidades autárquicas, porque é seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda. Em oportuna síntese já se afirmou que o termo fazenda pública pode ser compreendido em três acepções: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição ou organismo administrativo que rege os dinheiros públicos; c) como parâmetro que os dinheiros públicos constituem. Embora tecnicamente a locução fazenda pública devesse indicar apenas e tão-somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a administração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida".²⁶

3.2. INDAGAÇÃO QUANTO AO VOCÁBULO

Retornando ao questionamento anterior sobre o vocábulo empregado, se prerrogativa ou privilégio, tem-se, para AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA, que o termo prerrogativa vem do latim *praerogativa*, *in verbis*:

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles Lopes. Direito administrativo brasileiro, 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

"[Do lat. praerogativa (subentende-se tribo ou centúria), 'a tribo ou centúria que tinha o privilégio de votar em primeiro lugar'. S.f. 1. "Concessão ou vantagem com que se distingue uma pessoa ou uma corporação; privilégio, regalia: as prerrogativas do Presidente da República; as prerrogativas do corpo diplomático. Faculdade ou vantagem de que desfrutam os seres de um determinado grupo ou espécie; apanágio, privilégio. Na idade média o saber era prerrogativa dos monges".²⁷

E privilégio, para o mestre acima referido, tem também sua origem no latim:

"[Do lat. privilegiu.]S.m. 1. Vantagem que se concede a alguém com exclusão de outrem e contra o direito comum. 2. Permissão especial. 3. Prerrogativa, imunidade 4. Dom, condão. [Cf. privilégio, do v. privilegiar.]"²⁸

Vislumbra-se na doutrina que os termos ora são utilizados indistintamente, ora denomina-se prerrogativa ou privilégio. É curioso notar que aqueles que entendem a Fazenda Pública como merecedora dessas prerrogativas ou privilégios, geralmente aludem ao termo prerrogativa e aqueles que entendem ao contrário, ou seja, que a Fazenda Pública não seria merecedora de tais prerrogativas ou privilégios, utilizam o termo privilégio.

Ao final deste estudo, com fulcro nas definições do professor AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, concluir-se-á pela expressão mais acertada. Por hora cumpre examinar no que consistiriam estes prerrogativas ou privilégios.

3.3. TRATAMENTOS DIFERENCIADOS À FAZENDA PÚBLICA

Podemos apontar um elenco exemplificativo de normas que atribuem prerrogativas ou privilégios processuais em favor da Fazenda Pública.

Prima facie, há o prazo em dobro para recorrer em quádruplo para contestar, conforme se verifica do disposto no art. 188 do CPC.

O § 4º do art. 20 deste mesmo *codex* fixa parâmetros diferentes para fixação de honorários de advogado, por apreciação eqüitativa, quando for vencida a Fazenda Pública.

²⁶ NERY JR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

²⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

²⁸ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Em seu art. 27 o Código de Processo Civil, bem como a Lei 6.830/80, em seu art. 39, dispensam o adiantamento ou prévio pagamento das despesas de atos processuais a requerimento da Fazenda Pública.

As sentenças proferidas contra a União, estados e municípios sujeitam-se obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, de acordo com o disposto no art. 475, incisos II e III do Código de Processo Civil.

O art. 25 da Lei 6.830/80 determina que a intimação do representante da Fazenda Pública deverá ser sempre pessoal.

Para fins de promover ação rescisória há vedação legal à Fazenda Pública ao depósito de 5% do valor da causa.

Ao contrário dos particulares, à Fazenda Pública é permitido requerer produção de provas independentemente de tê-lo feito ou não na inicial. Previsão esta constante do § 3º do art.6º da lei 6.830/80.

Dispensa-se à Fazenda Pública o preparo para interposição dos recursos, conforme depreende-se do contido no art. 511 do CPC.

O art. 15 da Lei 6.830/80 permite à Fazenda Pública a substituição de bens penhorados independentemente de qualquer ordem de enumeração.

Os créditos contra a Fazenda Pública não podem ser objeto de execução forçada em razão da inalienabilidade e impenhorabilidade que afetam os bens públicos, disposição esta prevista no art. 100 da *Lex Magna*, o qual prevê que os créditos contra a Fazenda Pública serão pagos mediante a apresentação de precatórios e à conta de verbas próprias, pleiteando-se na forma estatuída no art. 730 do Código de Processo Civil.

Dispõe do art. 1º. do Decreto 20.910/32 que as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito de ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual originaram, ou seja, aplica-se a prescrição quinquenal para exigir-se qualquer crédito em face da Fazenda Pública.

3.4. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Muito já se debateu acerca dessas normas diferenciadas em favor da Fazenda Pública. Tais regras eram confrontadas com o princípio insculpido no art. 5º. da Constituição Federal, qual seja, o princípio da isonomia que se desenvolveu historicamente a partir do conceito de justiça. Os filósofos antigos acreditavam que a justiça repousava numa igualdade, tanto assim que para Aristóteles a justiça seria uma igualdade e a injustiça uma desigualdade. Tomás de Aquino, por sua vez, dizia que a essência da justiça era a igualdade.

Consagrou-se positivamente pela primeira vez a igualdade dos homens, como é do saber de todos, em 1776 no *Virginia Bill of Rights*, retomando-se em 1780 na Constituição de Massachussets e aperfeiçoando-se em 1789 na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, bem como na Constituição Francesa de 1791.

Mas essa igualdade não é absoluta. Se matematicamente igualdade representa relação entre duas quantidades equivalente, juridicamente não ocorre desta forma. Voltando ao gênio RUI BARBOSA tem-se que o conteúdo do princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

É clássica a seguinte citação do "Águia de Haia":

"A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."²⁹

O mestre GERALDO ATALIBA quando comenta acerca *da equal protection of the laws* aduz o seguinte:

"... as aparentes desigualações, contraditórias nas leis, não de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover a igualdade jurídica, onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas etc., ensejem configurar-se desigualdade, de tal modo que a imparcialidade da lei ou do estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades".³⁰

²⁹ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços* : Escritos e Discursos Seletos. Rio de Janeiro: E. José Aguilar, 1960.

³⁰ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo : RT, 1985.

Com efeito. Impor-se um tratamento jurídico igualitário ou paritário, ao contrário de corrigir os casos de discriminação, viria por consolidá-los.

Com muita propriedade, JOSÉ AFONSO DA SILVA adentrando no conceito da isonomia, acrescenta:

"Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí porque o legislador, sob "o impulso das forças criadoras do direito" como nota George Sarotte - "teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico".³¹

Vislumbra-se, pois, que ao ordenamento jurídico, a fim de observar o princípio da isonomia, impõe que sejam disciplinadas as desigualdades. O que se deve coibir é a arbitrariedade, a diferenciação independentemente de valores objetivos constitucionalmente relevantes. Assim, o legislador pode e deve fazer discriminações que atendam situações desiguais.

Tal entendimento, ou seja, a relevância do princípio da igualdade, é recepcionado pelo nosso Código de Processo Civil expressamente através do contido no art. 125, I que determina ficar a cargo do juiz dirigir o processo, assegurando às partes igualdade de tratamento, como apontam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

"A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5º., caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões. Assim, o art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil proclama que compete ao juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento"; e o art. 9º. determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora-certa.

...
Absoluta igualdade jurídica não pode, contudo, eliminar a desigualdade econômica; por isso, do primitivo conceito de igualdade, formal e negativa (a lei não deve estabelecer qualquer diferença entre os indivíduos), clamou-se pela passagem à igualdade substancial. E hoje, na conceituação positiva da isonomia (iguais oportunidades para todos, a serem propiciadas pelo Estado), realça-se o conceito

³¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed. São Paulo: RT, 1989.

realista, que pugna pela igualdade proporcional, a qual significa, em síntese, tratamento igual aos substancialmente iguais.

A aparente quebra do princípio da isonomia dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

...

No processo civil encontram-se prerrogativas, como as concedidas à Fazenda Pública e ao Ministério Público, instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e a organização do Estado.³²

E tratando da questão do princípio constitucional da isonomia aplicado ao processo, os mestres acima referidos prosseguem mencionando exatamente o que afeta à Fazenda Pública:

"Por isso, a Fazenda e o Ministério Público gozam da dilação de prazos prevista no art. 188 do Código de Processo Civil: as partes não litigam em igualdade de condições e o benefício do prazo se justifica, na medida necessária ao estabelecimento da verdadeira isonomia. A Fazenda, em virtude da complexidade dos serviços estatais e da necessidade de formalidades burocráticas; o Ministério Público, por causa do desaparelhamento e distância das fontes de informação e de provas. Outras prerrogativas, que se justificam pela idoneidade financeira e pelo interesse público, são a procrastinação do pagamento das despesas processuais (dispensa de preparo) e a concessão da medida cautelar independentemente de justificação prévia e de caução (CPC, arts. 27, 511 e 816, inc. I)".³³

Não se pode, dessa forma, entender por arbitrárias as desigualdades processuais a favor da Fazenda Pública, cujo tratamento diferenciado não conduz em favorecimento arbitrário, eis que não vai além dos limites estabelecidos pelo conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Quando o Código de processo Civil concede à Fazenda Pública vantagens em relação ao particular está promovendo uma igualdade efetiva em face dos interesses públicos e coletivos em jogo porque havendo confronto entre os interesses públicos e os privados estes cedem àqueles. A Fazenda Pública em juízo está a representar a coletividade que a criou. Portanto, reside no interesse público o fundamento determinante da legitimidade do fator discriminatório a seu favor.

Encontramos em doutrinas dos mestres administrativistas, como em DI PIETRO, o estudo do princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública apresentado como enfoque moderno e não resquício da arbitrariedade

³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo, 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

medieval, como muitos imaginam, eis que surgiu em reação contra o individualismo jurídico, quando o "Estado teve que abandonar sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada". Momento em que o "direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem estar coletivo".³⁴

Infere-se aí, então, as prerrogativas ou privilégios processuais de concessão de prazo dilatado, dispensa de adiantamento de despesas processuais e todas as demais vantagens anteriormente elencadas.

Entre elas, observa-se que a garantia processual diferenciada mais discutida, atacada ou defendida, vem a ser o duplo grau de jurisdição obrigatório nas sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

PONTES DE MIRANDA explicava tal instituto justificando que "A existência do duplo grau de jurisdição derivou de se entender que se precisa evitar, por motivo objetivo (art. 475, I) ou subjetivo (art. 475, II e III), que só um juiz ou corpo julgador profira a sentença".³⁵

NELSON NERY JÚNIOR, ao tratar dos princípios processuais constitucionais, assevera que :

"A remessa necessária não é inconstitucional. Condição de eficácia da sentença, é manifestação do efeito translativo no processo civil: transfere-se o conhecimento integral da causa ao tribunal superior, com a finalidade de estabelecer-se controle sobre a correção da sentença de primeiro grau. Daí por que, mesmo sem recursos das partes, pode haver modificação parcial ou total da sentença, mesmo em detrimento da fazenda pública. Fosse a remessa necessária decorrência do efeito devolutivo em favor da fazenda, aí sim não poderia haver piora de sua situação processual. Por esta razão é incorreto o fundamento do verbete n. 45 da súmula do STJ, que diz não poder haver piora da situação da fazenda pública no julgamento da remessa necessária.

Da forma como tem sido interpretado o instituto da remessa obrigatória do CPC, art. 475 pelos nossos tribunais, notadamente pelo STJ, sua inconstitucionalidade é flagrante porque ofende o dogma constitucional da isonomia. Mais correta se nos afigura a jurisprudência do TRF-3, que entende possível, por exemplo, a majoração dos honorários dos advogados em remessa necessária e que a translação é

³³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo, 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

³⁴ DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo, 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

³⁵ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 3. ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

amplíssima, comportando verdadeiro reexame da sentença e não apenas proteção aos interesses e direitos da Fazenda".³⁶

É no capítulo destinado a "Formas não recursais de impugnação à sentença e acórdãos", já aludindo que o reexame necessário não possui natureza jurídica de recurso, que OVÍDIO BAPTISTA aponta esta questão, asseverando que "Basta observar que o pretense recorrente é o próprio prolator da sentença que, como tal, jamais poderia ser considerado sucumbente nem poderia imaginar que o juiz, ao submeter sua sentença ao crivo da instância superior, tivesse interesse em vê-la reformada, como todo recorrente deve ter".³⁷

Prevalece, com certa folga, a corrente doutrinária que aceita o reexame necessário por entender sê-lo justificável do ponto de vista jurídico em razão da desigualdade existente entre as fazendas, órgãos públicos que defendem interesses públicos, e os particulares.

Entretanto, o assunto em questão traz muitas divergências. Frente aos novos comandos processuais, há operadores do direito que laboram por extirpar do sistema processual brasileiro a figura do reexame necessário. É o caso, por exemplo, do magistrado e professor do Rio Grande do Norte, FRANCISO BARROS DIAS que em vários estudos, como o abaixo apontado, considera o reexame necessário verdadeira anomalia ser eliminado do sistema processual:

"No direito brasileiro, a primeira notícia que se tem da "apelação ex officio", parece haver surgido com a lei de 4.10.1831, art. 90, que determinava ao juiz a remessa necessária ao tribunal superior de sua sentença proferida contra a Fazenda Nacional. O CPC de 1939 manteve o instituto no art. 822. O atual, alterando a localização topográfica, tirou o instituto do capítulo dos recursos e não repetiu o errado nome de "apelação ex officio", e fiel à tradição do direito luso-brasileiro, confirmou a necessidade da remessa ao tribunal superior nos casos que enumera (art. 475).

Como se vê, trata-se de instituto criado em priscas eras, o qual na guarda similar nos ordenamentos jurídicos alienígenas e servia para dar guarida a um processo inquisitorial. Somente sob esse ângulo, já se pode constatar que a sua senilidade aliada a sua origem autoritária e unilateral do provento processo das inquisições, seriam suficientes para extirpá-lo, por completo, de nosso ordenamento jurídico, o qual exige, nos dias atuais, um processo onde a bilateralidade da audiência é o seu ponto maior, e a celeridade e eficácia são exigências que a sociedade reclama da justiça.

O instituto deve ter servido muito bem a um período autoritário onde não existia a igualdade das partes. Hoje, não se compadece o instituto com os princípios da democracia, liberdade, celeridade, economia processual e o não privilégio das partes.

³⁶ NERY JR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de processo civil, 5. ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

...
Além dos vícios aqui apontados, quanto a sua origem, a remessa oficial obrigatória afronta princípios técnico-jurídicos como o da efetividade, da celeridade, da economia processual, da igualdade das partes, da instrumentalidade, do juízo natural, porém devemos destacar, por ser de grande utilidade prática, o fato de ser um instituto que transforma o julgamento de primeiro grau, numa atividade absolutamente inútil e desprezível.

...
Apenas constatamos, sem maiores complicações, que a permanência do duplo grau de jurisdição obrigatório em nosso ordenamento jurídico é uma excrescência, cuja extirpação se impõe como medida imediata a ser adotada³⁸.

Assim, não apenas no tocante ao reexame necessário, como também em relação a todas as demais vantagens legais apontadas, cumpre questionar se representam um obstáculo à tão almejada efetividade do processo.

CAPÍTULO IV

4.1. CONCLUSÃO

É certo que atribuindo-se prazo mais dilatado à Fazenda Pública e conferindo efeitos às sentenças proferidas contra ela somente após confirmadas em segundo grau de jurisdição - citando-se apenas os dois casos de maiores discussões -, traz-se acréscimo temporal ao processo.

Contudo, a questão crucial a ser indagada consiste no seguinte dilema: se o tempo a ser ganho consiste na meta absoluta a ser alcançada. Se assim o for, certas prerrogativas ou privilégios deveriam ser eliminados também, por exemplo, para o Ministério Público beneficiário, juntamente com a Fazenda Pública, dos prazos dilatados previstos no art. 188 do Código de Processo Civil. Da mesma forma o art. 191 do mesmo *Codex* deveria ser eliminado, entre tantos outros.

Está-se, para alguns, numa cruzada tão acirrada pela efetividade do processo que só se alude a um de seus aspectos: o tempo do processo. A efetividade resumir-se-ia então apenas no tempo gasto para a entrega da prestação jurisdicional. Enxerga-se arbitrariedade onde há tão somente o reconhecimento legal por parte do legislador da necessidade de proteção a interesses diferenciados. Os mestres ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI e CÂNDIDO DINAMARCO salientam

³⁸ DIAS, Francisco Barros. Duplo grau de jurisdição obrigatório, uma aberração em nosso ordenamento jurídico. <http://www.teiajuridica.com/af/djgexc.html>, em 19.05.2002.

como legítima também a tradicional postura de alertar para o fato de que a instrumentalidade do processo "não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guinado à condição de fonte geradora de direitos".³⁹

O próprio CÂNDIDO DINAMARCO adverte para a existência de um lado negativo da instrumentalidade:

"O lado negativo do princípio da instrumentalidade corresponde ao refluxo da escalada processualística que sucedeu às grandes descobertas dos processualistas na segunda metade do século passado -, escalada que no Brasil chegou a um nível de quase euforia com a vigência do Código de Processo Civil. Trata-se, assim, da instrumentalidade realçada e invocada como fator de contenção de exageros e distorções.

A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a essas posturas inadequadas, com o esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, inclusive, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual. Mais do que isso, gera a falsa impressão de que os sucessos do processo criem direitos para as partes, de modo que as atenções então se desviam da real situação de direito material existente entre elas, para o modo como se comportam processualmente e o destino que em virtude disso lhe é reservado.

...
Felizmente, a doutrina jamais chegou aos exageros temidos. O que se lhe critica é a postura eminentemente técnica que guardou durante muitas décadas, o que por omissão negou ao processo essa visão exterior que hoje se postula.⁴⁰

As recentes alterações ocorridas no art. 475 do Código de Processo Civil promovidas pela Lei 10.352/01 demonstram o interesse do legislador em dar a efetividade que processo implora, eis que excluiu da remessa necessária a sentença que anula casamento. É certo, pois não sendo mais o casamento indissolúvel com a vigência da Lei do Divórcio, nada mais justificava a remessa necessária das sentenças que decretam a nulidade do casamento.

Assim, se o legislador analisou a norma em questão, por certo houve por bem manter a remessa necessária das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública estipulando apenas quanto ao valor de alçada. E não só, taxativamente incluiu agora as fundações públicas dentre as pessoas jurídicas de direito público cujas sentenças proferidas contra si exigem a remessa necessária.

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

Examinado-se mais amiúde os motivos que levaram o legislador a excluir do reexame necessário as sentenças que anulam o casamento e manter a exigência deste nas sentenças proferidas em face da Fazenda Pública, verifica-se que tal se deu em razão de alteração no mundo dos fatos, pois, como já se aludiu, o casamento, perante nosso ordenamento jurídico, não é mais indissolúvel, sendo desnecessária a garantia anteriormente prevista. Por outro lado, o que fundamenta o duplo grau obrigatório nas sentenças contra a Fazenda Pública não foi alterado, ou seja, o interesse público exigindo garantias permanece.

Renomados doutrinadores, entre eles, NELSON NERY JUNIOR tratam do assunto:

"Mas quanto à paridade das partes no processo, deve-se buscá-la no seu sentido efetivo, de fato, escopo maior do direito processual civil, e não somente igualdade jurídica, formal. Esta última seria facilmente alcançável com a adoção de regras legais estáticas.

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, é a substância do princípio da isonomia. A desigualdade dos beneficiários da norma do art. 188, CPC em relação ao litigante comum estaria no interesse maior que a Fazenda Pública e o Ministério Público representam no processo. Os direitos defendidos pela Fazenda são direitos públicos, vale dizer, de toda coletividade, sendo, portanto, metaindividuais. O mesmo se pode dizer do Ministério Público, que defende no processo os interesses públicos, sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF; arts. 81 e 82, CPC).

Assim, quem litiga com a Fazenda Pública ou com o Ministério Público não está enfrentando um outro particular, mas sim o próprio povo, razão bastante para o legislador beneficiar aquelas duas entidades com prazos especiais, atendendo ao princípio da igualdade real das partes no processo".⁴¹

Esse ensinamento, à luz do princípio da igualdade, não pode ser esquecido.

Ainda que se almeje e se façam urgentes medidas processuais para dar celeridade ao processo na prestação da tutela jurisdicional, o interesse público há de ser preservado. O fato de um instituto ter origem medieval não justifica sua extinção.

Se hoje se vive em um estado de direito democrático, futuramente poderá se estar frente a uma ditadura, como já houve por acontecer e o interesse público há de ser garantido em confronto com o interesse particular.

Não apenas o interesse público a ser defendido legitima as prerrogativas ou privilégios da Fazenda Pública como ainda a própria estrutura gigantesca de uma administração pública federal, estadual ou mesmo municipal. O documento que o advogado no caso privado facilmente tem acesso, pois seu cliente o mantém em sua

gaveta, para o advogado público são necessários vários protocolos de encaminhamentos até a sua final localização. Enquanto o advogado privado possui alguns processos pendentes de contestação ou recurso, o advogado público possui em sua mesa dezenas a exigirem sua atenção. Enquanto para defender seu direito particular o cidadão simplesmente se dirige a qualquer escritório de advocacia de sua confiança, para a defesa dos interesses públicos exige-se constitucionalmente do Poder Público advogados que tenham se submetido a um concurso público de provas e títulos, o qual, como é sabido, necessita de tempo para a sua realização.

O mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em que pese não concordar, por exemplo, com algumas das prerrogativas ou privilégios concedidas à Fazenda Pública pela Lei 6.830/80, reconhece que:

"Em matéria processual, conforme o melhor entendimento dos doutos, privilégios e prerrogativas a determinados litigantes só se toleram como exceções, quando os exigir indiscutível interesse público ou social, com, por exemplo, se dá na ampliação de prezo para defesa da Fazenda Pública, diante da notória dificuldade com que o advogado tem de lutar para obter no aparelhamento burocrático os elementos necessários à defesa do Poder Público.⁴²

Em outra oportunidade, NELSON NERY JUNIOR analisou o aspecto acima exposto e salientou:

"É por demais conhecida a dificuldade enfrentada pelas representantes da Fazenda Pública e do Ministério Público, para o bom desempenho de suas funções processuais. Há dificuldade na coleta de material para elaborar-se uma contestação ou um recurso, bem como colabora para agravar ainda mais essa dificuldade, a carga de serviços a que estão afetos. Em face disto, o legislador concedeu a eles uma prerrogativa processual, levando em conta a função relevante por eles desempenhada na atividade processual. Não é, como parece a alguns, um privilégio.⁴³

Partindo-se da citação acima, bem como da definição anteriormente apontada dos vocábulos prerrogativa e privilégio, pode-se afirmar que a Fazenda Pública detém prerrogativas processuais e não privilégios. Isso porque as vantagens

⁴¹ NERY JR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴² THEODOR JR, Humberto. Lei de execução fiscal : comentário e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

⁴³ NERY JR, Nelson. O benefício da dilatação do prazo para o ministério público do direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Porto Alegre. nº 30, abr./jun., 1986.

elencadas decorrem do próprio princípio da isonomia, face ao direito tutelado e, de acordo com AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, privilégio, como já se expôs, consiste na vantagem que se dá a alguém com exclusão de outrem. Transportando-se essa conceituação para o mundo jurídico temos que as vantagens legais concedidas à Fazenda Pública não excluem nem diminuem o direito do particular. Apenas, quando este está a litigar em face da Fazenda Pública, devem ser observadas as garantias que lhe são concedidas em face do interesse público tutelado.

Saliente-se, ademais, que as prerrogativas existem e devem ser observadas em razão do ente público e não como simples garantia ao exercício da advocacia pública. Em que pese aparentemente confundirem-se esses dois aspectos, as prerrogativas são da Fazenda Pública no intuito de fazer valer a defesa adequada e necessária contra as inúmeras investidas diárias dos particulares, algumas vezes de duvidosa honestidade.

Essas garantias vêm confirmar o princípio da isonomia como igualdade ideal para realizar o princípio da justiça, em que se busca o equilíbrio social e a igualdade real e substancial.

Extirpar do ordenamento jurídico as prerrogativas processuais da Fazenda Pública em nome da instrumentalidade, a fim de propiciar maior efetividade ao processo, seria afrontar o próprio princípio da isonomia e dar vazão ao lado negativo da instrumentalidade, conforme asseverou CÂNDIDO DINAMARCO linhas acima. Isso porque nesse novo tempo, nesta nova visão de processo que se alcançou, *não se trata de "desprocessualizar" a ordem jurídica, mas sim "operacionalizar" o processo, sem antepô-lo à justiça.*⁴⁴

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Egas Moniz de. Alterações no código de processo civil: tutela antecipada e perícia. Revista de Processo, Porto Alegre. n. 83, ano 21, jul./set., 1996.

ATALIBA, Geraldo. República e constituição, São Paulo : RT, 1985.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços : Escritos e Discursos Seletos. Rio de Janeiro: E. José Aguilar, 1960.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição, 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo, 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DIAS, Francisco Barros. Duplo grau de jurisdição obrigatório, uma aberração em nosso ordenamento jurídico. <http://www.teiajuridica.com/af/djgexc.html>, em 19.05.2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. XXIV, 1993.

_____. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. Vol. 5.

_____. Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. Revista de Processo. n. 74, abr./jun., 1994.

NERY JR, Nelson. O benefício da dilatação do prazo para o ministério público do direito processual civil brasileiro. Revista de Processo. Porto Alegre. nº 30, abr./jun., 1986.

_____. Princípios do processo civil na constituição federal. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Efetividade e processo cautelar. Revista de Processo, n. 76, out./dez., 1994.

PASSOS, J.J. Democracia, Participação e Processo. Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A instrumentalidade do processo e o princípio da verossimilhança como decorrência do "due process of law", Revista do Processo, n. 75, ano 19, jul./set., 1994.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, 5. ed. São Paulo: RT, 1989.

SILVA, Ovídio Baptista da. Democracia moderna e processo civil, Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 98/113. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

_____. Curso de Processo Civil, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Vol. I.

THEODORO JR, Humberto. Lei de execução fiscal: comentário e jurisprudência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, ano 15, nº 54, abr./mar., 1997.