

# PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA: ALGUMAS REFLEXÕES

SERGIO FERRAZ

*Ementa: I: Considerações Básicas. 1. Situando juridicamente o tema. O princípio da igualdade. 2. Alguns reflexos do princípio, no processo. II: A Idéia Vertical: Igualdade. 3. Breve evolução histórica. III: A Igualdade Processual. 4. A igualdade e seus titulares: pessoa natural e pessoa jurídica. IV: Os Privilégios e as Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública. 5. Privilégios e prerrogativas processuais: distinção conceitual. 6. Alguns pontos controvertidos. 7. O conceito jurídico de igualdade. V: Algumas Hipóteses Específicas. 8. O artigo 188 do CPC e sua inconstitucionalidade; doutrina, jurisprudência (e sua crítica). 9. A intimação pessoal dos Procuradores Públicos Judiciais. 10. O duplo grau obrigatório de jurisdição. 11. A revelia do artigo 320, II, do CPC; doutrina, jurisprudência (e sua crítica). VI. Conclusão. 12. Considerações finais.*

## I. Considerações básicas

1. O tema aqui anunciado é lindeiro, ou seja, ele transita entre o Direito Constitucional e o Direito Processual. A rigor, tem todos os seus fundamentos lançados no Direito Constitucional; as irradiações processuais, que dele emanam, constituem simples derivação de uma série de postulações principiológicas que o nosso texto fundamental propõe, e a partir do qual várias soluções do Direito Positivo necessariamente teriam também de seguir.

É o princípio da igualdade que está em jogo, e como ele se reflete no processo. A concepção do que seja o princípio da igualdade, de qual seja, enfim, o seu conteúdo jurídico é que haverá de permitir um enfoque científico preciso, pertinentemente ao problema dos chamados privilégios da Fazenda Pública.

Toda disciplina do processo reflete o regime constitucional. O regime constitucional mais aberto terá, como conseqüência, uma estipulação processual mais aberta. Um regime constitucional autoritário seguramente engendrará um sistema processual também autocrático. E nem poderia ser de outra maneira, por isso que o processo, numa primeira abordagem, surge habitualmente como um instrumento garantidor da realização da justiça ou, quando menos, da realização das garantias constitucionais. Mas, como instrumento de justiça que é, ele está absolutamente conectado a duas considerações de índole constitucional fundamentais.

A primeira é a de que se trata de um instrumento jurídico público de tutela. E essa tutela pública será maior, mais ampla e mais profunda nos regimes mais abertos, e será menos eloqüente nos regimes mais fechados.

Em segundo lugar, porque todos os direitos, já no patamar da infraconstitucionalidade, na verdade vão buscar a sua informação filosófica naquele capítulo extraordinário das garantias e liberdades individuais, sorte que quanto mais amplas sejam essas garantias, quanto mais ampla seja a ênfase que se lhes dá, mais ampla também será, necessariamente, a instrumentalização desse remédio denominado processo.

O processo, surge, portanto, como reflexo necessário da índole da própria Constituição e guarda uma pertinência imediatamente conectada com ela, sem que se possa, na verdade, com isso só, afirmar-se que por esse caminho se promove efetivamente o ideal de justiça.

Também as cartas constitucionais, às vezes, na sua estética pura, são grandes textos de liberdade, e na sua vivência pragmática frustram todas essas aspirações.

Da mesma maneira que essa patologia se apresenta no texto constitucional, ela se vai traduzir, senão no texto, na vivência do processo. A estrutura e a dinâmica do próprio processo sofrerão os mesmos embates e impactos que a vivência do texto constitucional apresenta.

Se assim é, se realmente a Constituição informa a índole do próprio processo, tema como esse, que estamos a colocar, o princípio da igualdade, e sua realização em face dos problemas dos privilégios da Fazenda Pública, está diretamente conectado com uma preocupação fundamental, que é a de dar um preenchimento científico à expressão jurídica desse princípio filosófico da igualdade. O que é a igualdade, em termos de Direito?

2. O Código de Processo Civil reflete entre várias outras preocupações, que defluem da principiologia lançada no artigo 5º da Constituição, algumas que poderíamos considerar fundamentais e que definem realmente a índole do processo.

Quando pensamos em termos de igualdade como um valor fundamental e, portanto, uma obrigação dirigida ao legislador e ao aplicador da lei; quando se pensa na igualdade não apenas como um cometimento para o legislador, conforme por muito tempo se pensou, mas como um dever que se impõe não apenas àquele que elabora a lei, mas àquele que vá aplicar, ou àquele que vá de qualquer maneira dar concreção à norma; observaremos, então, que, para a sua transcrição no processo, há necessidade do estabelecimento de certas regras do jogo, que garantam a eficácia e a efetividade desse princípio de igualdade.

Algumas delas poderiam ser sumariamente já aqui lembradas. Assim, ao consagrar a idéia do juiz natural, o que se está a rigor estabelecendo é uma pauta de realização do princípio da igualdade: saber-se que só será julgado por aquele que pode ser magistrado, em termos colocados indiscriminadamente, dentro de balizamentos que não significam elitização ou discriminação inaceitável, perante órgão judicial no qual haverá oportunidade para que as partes tercem suas armas com igualdade.

Assim também se dá, ao se ter em consideração que, a uma alegação de alguém, abre-se a oportunidade da contra-alegação, princípio do contraditório; ao se saber que os atos processuais são de regra timbrados por uma preocupação de transparência, princípios da publicidade; ao se ter certeza de que os atos processuais devem ser realizados dentro de um prazo, que torne eficaz a preocupação da realização de justiça, princípio da celeridade. E mais: só permitir que um determinado agente público, com competência pretraçada, dirima a hipótese litigiosa, e só possa fazê-lo validamente se fundamenta o seu juízo. E admitir afinal que esse pronunciamento não seja único, ensejando a possibilidade de reexame, desde que este reexame seja provocado fundamentadamente. Eis algumas pautas básicas, em que se realiza o princípio da igualdade.

Na verdade, é preciso ainda uma vez refluir para o princípio da igualdade. E o que é o princípio da igualdade? É a partir da idéia do que seja juridicamente o conteúdo do princípio da igualdade que poderíamos, realmente, ter uma significação precisa da efetiva expressão, dos chamados privilégios processuais da Fazenda Pública.

## **II. A idéia vetorial: igualdade**

3. A teor de generalização, o princípio da igualdade jurídica só se encontra fundamentalmente lançado a partir da Revolução Francesa e da norte-americana.

Na verdade, a Declaração de Direitos do Homem e a Constituição americana instituem com nitidez, e com todas as letras, a idéia de igualdade. Não que a igualdade só tenha surgido como preocupação nessa ocasião; evidentemente, já sobre o assentamento da idéia da igualdade se estruturava, ao menos na estética jurídica, todo o arcabouço estatal da Antigüidade grega, por exemplo.

Mas tal como entendemos hoje, com a amplitude e a dimensão, com a profundidade que hoje damos à idéia de igualdade, ele é uma criação historicamente detectada, por primeira vez, nas leis que surgem a partir dos movimentos sediosos apontados.

Historicamente isso se dá porque vinha o mundo de uma experiência de concentração de poder, de absolutização de mando, de tal maneira eloqüente, que, a um certo momento, havia nítida cisão entre os indivíduos. Alguns mandavam e a grande maioria obedecia, e alguns mandavam por só direito de nascimento ou religião. E outros obedeciam simplesmente porque a eles nada se lhes reconhecia.

Sabemos que a opressão verificada na França, na época do absolutismo e que, de alguma sorte, foi transposta para a época colonial dos Estados Unidos até o momento de sua independência, tornou-se a um certo momento tão opressiva, que, por motivações de natureza sociológica, econômica, psicológica, histórica, enfim, cultural, necessariamente se acusaria a explosão, que determinaria o aparecimento de uma nova etapa histórica; a qual, exatamente por influxo de determinados fatores agudos, haveria de caracterizar-se, ao menos no seu início, pela afirmação de princípios absolutamente antinômicos àqueles que até então vinham sendo observados.

Se o absolutismo impunha uma estrutura concentracionária de poder e de forças, todo movimento filosófico, estatal, sociológico, econômico, político, cultural, etc., que surgisse, como reação a essa estrutura até então observada, haveria de enfatizar, ao menos de letra de forma, uma pregação de um liberalismo absoluto, talvez até inconseqüente como cedo se propôs, como cedo se demonstrou; mas o liberalismo, com toda a sua corte de subfenômenos, haveria de ser a tônica marcante daquela primeira etapa de afirmação de princípios antinômicos aos que, até então, vinham sendo observados e impostos.

Todos os homens são iguais entre si, todos os homens são iguais perante a lei. Essa idéia, elevada a uma acepção praticamente romântica do princípio de igualdade, cedo, infelizmente, se viu tragicamente desmentida.

Esqueceram-se os formuladores, com tanta generosidade, da idéia de igualdade, de que o complexo social se informa de vários fatores, entre os

quais o econômico; e se não há possibilidade de uma igualização a nível de estruturação econômica, a formulação jurídica da igualdade se põe viciada e impossibilitada de se concretizar efetivamente.

Por isso passamos a constatar que, a início timidamente, e depois, cada vez mais eloqüentemente, o Estado, voltando a surgir como parte moderadora na crise social, não mais chamando tão ostensivamente para si o poder de mando, mas funcionando como um tutor incumbido de editar leis que compusessem as desigualdades evidentes do caldo socioeconômico, em que estavam mergulhadas as populações, assumiu o relevante desempenho de equalização da sociedade.

Aparecem então as formulações de intervencionismo estatal, que vão afinal confluir em profundas alterações no próprio pensamento jurídico. Isso vai determinar, por exemplo, o aparecimento do Direito de Trabalho, com o papel regrador do Estado num campo que parecia ser o da absoluta liberdade individual, qual seja, a doutrina das obrigações.

Se admitíssemos que todos os seres são iguais, todos teriam a mesma valência, e não se poderia admitir qualquer papel de interferência ou de regramento.

A interferência e o regramento significam que, por sobre o princípio da igualdade ideal, está repousada a idéia da igualdade real. Já dizia Aristóteles, que a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, e tratar igualmente os iguais.

### III. A igualdade processual

4. O princípio da igualdade está disseminado por várias regras do nosso Código de Processo Civil. E como se coloca, em face disso, a problemática dos privilégios da Fazenda Pública? Porque se a igualdade constitui exatamente uma negação de privilégios, se na realidade a idéia de igualdade implica um cancelamento de privilégios, que são os privilégios da Fazenda Pública? Afinal, representam eles, ou não, uma quebra do princípio de igualdade?

Todos são iguais perante a lei. Essa é regra fundamental do nosso Direito Constitucional. Quando se afirma “todos”, poder-se-ia tão apenas pensar nas pessoas naturais. Na verdade seria uma solução profundamente injusta: se a ordem jurídica criou a categoria *pessoa jurídica*, essa se apresenta no mundo do direito com as mesmas características, potências, deveres e obrigações fundamentais da pessoa física, até porque sabemos que não persiste, na ciência do direito, a velha crença de que a pessoa jurídica só seria sujeito de direito por uma atribuição específica do ordenamento jurídico, contrariamente ao que

ocorreria com cada um de nós, que seríamos sujeitos de direito por natureza, exatamente por termos nascido e sermos seres racionais. Na verdade só somos sujeitos de direitos também em razão de uma atribuição normativa, da mesma maneira que acontece com as pessoas jurídicas. Tanto assim é que, em vários momentos da história dos povos, seres humanos não são pessoas de direito, com o escravo ou o prisioneiro de guerra não foram em certos momentos; como o nascituro é ou não é, dependendo do regime de Direito Positivo; como também aquele que tem os seus direitos civis ou políticos cassados. Enfim, há uma série de colocações em que a atribuição do ordenamento jurídico retira, ou concede, à pessoa natural a qualidade de sujeito de direito.

Ora, isso é exatamente a mesma coisa que acontece com a pessoa jurídica. A pessoa jurídica também só tem vivência no mundo de direito porque, em vista de uma atribuição normativa, é reconhecida essa capacidade. Isso significa que ontologicamente não há, no fundo, distinção entre pessoa natural e pessoa jurídica.

Em consequência, é evidente que a regra constitucional, quando comina que todos são iguais perante a lei, não está dirigida apenas à pessoa natural, mas a toda a categoria de ente denominado *pessoas*, sejam coletivas, sejam individualmente consideradas.

Mas o que significa ser igual perante a lei? Continua de pé, ainda, esse problema.

#### **IV. Os privilégios e as prerrogativas processuais da fazenda pública**

5. Qual a realidade que se tem em mente, quando se utiliza, no, contexto processual, a expressão “privilégios da *Fazenda Pública*?”

A nosso ver, o que assim se traduz é um conjunto de circunstâncias, nas quais a lei atribui à Fazenda Pública um tratamento mais favorável, em contraste com os demais sujeitos das relações processuais. Mas é bom que se destaque, de logo: não se cuida, no caso dos *privilégios* processuais, de *prerrogativas* reconhecidas à Fazenda. As *prerrogativas* constituem, também, tratamentos preferenciados. Mas elas enfeixam faculdades e poderes *essenciais* ao adequado desempenho da máquina estatal, com vistas à integral realização do *interesse público* titulado no Estado. É o que se dá, *verbi gratia*, com a auto-executoriedade do ato administrativo, com a presunção de certeza da certidão da dívida ativa, etc... Já no caso dos privilégios, a tutela mais ampla não resulta da consideração de *essencialidades*, radicando-se, isso sim, na de *comodidade*. É dizer, mesmo sem o privilégio processual, a Fazenda, em tese,

atuando nos mesmos patamares de qualquer simples mortal, pode (e deve, mais *deve*, aliás) desincumbir-se, adequadamente, dos ônus e encargos do processo. Mas os *privilégios* fazem mais confortável essa atuação.

É verdade que os dicionários costumam até sinonimizar *privilégio* e *prerrogativa*, um e outra vistos como uma vantagem com que se distingue pessoa, órgão ente ou corporação. Mas até mesmo em suas origens latinas, os vocábulos se aproximavam, todavia não se confundiam. E, na utilização de *privilégio*, sempre esteve presente o sentido de favor, dádiva, sem necessária comutatividade ou correspondência da parte do beneficiado. Já na *prerrogativa*, a contrapartida comparecia, traduzida na mais apta e pronta resposta ao interesse público, ensejada pelo uso do tratamento especial conferido à Fazenda (ou ao Estado, ou à Administração).

Na província das *prerrogativas*, em sentido próprio, não temos reparos a fazer. Assim, por exemplo, as regras competenciais processuais *ratione personae*, do art. 99 do CPC, com a conseqüência da nulidade absoluta no caso de sua inobservância, afiguram-se irrepreensíveis. De fato, possível fosse demandar a União Federal, em qualquer município do território brasileiro, estar-se-ia a inviabilizar até mesmo seu desempenho cotidiano, com o conseqüente sacrifício ao interesse público (primário).

Mas a situação é idêntica quando, por exemplo, se toma sob exame o artigo 188 do CPC?

6. A justificativa que os autores apresentam, para o tipo de tratamento, contido no art. 188, repousa no dado da complexidade de atuação da Fazenda Pública, dia-a-dia tão mais ampla, que perdeu em celeridade. A Fazenda Pública reuniria uma série de atribuições que não são de seu interesse típico (secundário), mas da coletividade que a criou. Retomando, mas com dimensão mais lata, uma velha idéia de Duguit, o Estado existe para prestar serviços (leia-se: realizar utilidades) públicos (leia-se: para o público) e só se justifica nesse momento. Então, por definição, na idéia de Fazenda Pública comparece toda uma estruturação fisiológica e anatomicamente conformada para a concretização de tarefas de satisfação aos interesses coletivos. Por isso, a concessão de um prazo favorecido para a Fazenda Pública se defender representaria, na verdade, um caminho de viabilização *confortável*, para que consiga, *dentro do seu ritmo possível*, dar uma resposta aos interesses da coletividade, quando provocada em sede judicial. Essa seria a justificativa à qual não esteve, por exemplo, sensível Buzaid, em cujo anteprojeto não havia qualquer privilégio de prazo para a defesa da Fazenda Pública.

Esse tema do prazo enseja, por seu turno, vários outros subtemas, que apenas serão em parte, agora, referidos. Qual a compatibilização possível entre

a prescrição do rito sumário e o privilégio da Fazenda Pública, na sua resposta mais dilatada no tempo (CPC, art. 276)? O prazo para a Fazenda Pública se defender, nas chamadas ações especiais, se quadruplica? Tomemos a ação rescisória, por exemplo. Aqui, fixando o juiz, dentro da faculdade que a lei enseja, o prazo para resposta em 30 dias, sendo ré a Fazenda Pública, entende-se que esses 30 dias se multiplicam por quatro? Barbosa Moreira afirma que este prazo, estipulado especificamente, não está sujeito à regra do artigo 188, devendo a Fazenda Pública contestá-la no prazo cominado pelo juiz. Entretanto, ainda se põe polêmica a matéria.

Alguns outros tratamentos processualmente diferenciados, para a Fazenda Pública, ainda poderiam ser exemplificadamente referidos: o de pagar despesas processuais tão apenas a final; o de não estar obrigada ao depósito, que é de exigência na ação rescisória; o tratamento específico que se lhe dá, com referência à verba honorária, que perde a característica de conseqüência automática e tarifada da sucumbência e fica repousada numa faixa discricionária na quantificação do juiz; a diferença na consideração dos efeitos da revelia. Atente-se, por exemplo, na condição de eficácia da sentença, que é o duplo grau de jurisdição. O preceito processual, quando trata do duplo grau de jurisdição, submete, a essa condição específica de eficácia da sentença, em primeiro lugar, aquelas sentenças proferidas em tema de relevância para a família; e em seguida, estende-a, sem consideração quanto à matéria debatida, portanto, indistintamente para todos os assuntos, para as causas, em que vencida a Fazenda Pública. Cria-se, como lembra Ada Grinover, um duplo critério. Ora é a relevância da matéria, ora é o tipo, a natureza do sujeito vencido, que determina a submissão da sentença ao procedimento da sentença de duplicação jurisdicional, para que afinal se aperfeiçoe o mandamento judicial definitivamente dirimente da hipótese litigiosa.

É nítido que a Fazenda Pública, em todos esses momentos, goza de uma posição diversa daquela que aos particulares é reconhecida. Resta saber se isso implica, ou não, quebra do princípio de igualdade, isto é, se estamos a cuidar de *prerrogativa* ou de *privilégio*.

7. Retomemos a dicção aristotélica: igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, desigualmente os desiguais. Quem são os iguais, quem são os desiguais? Novamente estamos em face de uma aparente tautologia.

Por outro lado, o próprio preceito constitucional cria uma perplexidade que, em visão tão apenas literal, seria insuperável. Diz a Constituição: todos são iguais perante a lei. Acontece que a tarefa lógica da lei é desigualar! Enquanto não existe o comando jurídico, tudo resta no campo da especulação

intelectual; a partir do momento em que a regra jurídica é gerada, ela desiguala no mundo objetivo. E o juiz, quando a atua, pratica uma segunda desigualação.

Então, há de se concluir que não é toda e qualquer desigualdade, que viola o princípio da igualdade.

Fundamental, para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que possa parecer, saber quando é válida a desigualdade. Se eu souber quando é válida a desigualdade, sei qual é o conteúdo jurídico do princípio de igualdade. Isso significa, é preciso que eu conheça, com profundidade, qual é o traço de *legitimidade* que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório. Isso determinará a observância ou a inobservância do preceito genérico de igualdade.

Ora, discernir se o fator discriminatório é válido, ou não, coloca, logo em pauta, uma outra questão também de ambiência jusfilosófica profunda e da maior importância, qual seja, a de saber qual a finalidade do princípio da igualdade.

Efetivamente, os princípios jurídicos não existem tão apenas como afirmações de máximas, que ressoem bem ao ouvido. O princípio filosófico jurídico não é estipulado tão apenas por amor à arte ou ao culto da palavra. Ele tem de preencher uma finalidade. O Direito existe como realidade e valor, tendentes à realização de um determinado ideal; e esse ideal é o atingimento da justiça. O Direito existe como uma estruturação cultural, que só se justifica desde o momento em que cumpra a sua vocação, que é a realização do ideal de justiça.

O princípio de igualdade não se instituiu como máxima vazia, mas para realizar o princípio da justiça. Isso significa que ele não está em perigo, quando não se cometem injustiças, com o tratamento desigual.

Segundo a Constituição, não é válida a discriminação em razão de sexo, idade, cor, raça, religião. É possível, contudo, que concebamos várias situações em que, não obstante a vedação constitucional de discriminar por cor, raça, sexo, idade, a discriminação ocorrerá, exatamente porque a idéia de igualdade não está em choque; tal se dará sempre que a desigualdade objetiva constitua o único caminho possível, para a realização do fim que é buscado. Aí, pelo contrário, com a velha máxima aristotélica, de tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, estará sendo observada a regra isonômica, exatamente na eleição dos fatores discriminatórios apropriados e adequados; e com isso já mergulhamos no conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Tudo resta, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser para um fator de discriminação; e essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias, quando signifiquem o caminho imprescindível de conexão lógica,

para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim jurídico, por seu turno, tenha sido agasalhado no ordenamento jurídico.

Refluamos agora para o contexto da nossa hipótese de trabalho.

O que se denomina Fazenda Pública é exatamente um conjunto de entes, estruturas e órgãos, que se apresentam como a vivência dinâmica do Estado em juízo; segundo outros, como a personificação fiscal do Estado; segundo mais outros, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer maneira, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal. É indiscutível, por isso, que a Fazenda Pública preenche finalidades inteiramente diversas, daquelas que motivam o dia-a-dia do cidadão.

Ressalvadas as hipóteses de filantropia, ou de seres especiais, na verdade cada um de nós vive o seu dia-a-dia pensando em obter o maior proveito possível para si, para os seus, para os seus dependentes, desde que, não criando, com isso, qualquer ameaça, violência ou prejuízo para o seu semelhante. O Estado idealmente, em princípio, não atua pensando em si, ou seus agentes, mas na coletividade que justifica sua existência e que, verdadeiramente, o criou.

## V. Algumas hipóteses específicas

8. Com o arcabouço conceitual antes erigido, passemos agora ao enfrentamento de tópicos concretos, em que se põe em cheque a temática dos privilégios/prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

Nosso primeiro enfoque concentrar-se-á, novamente, no art. 188 do CPC.

Antecedentemente, introduzindo o tema, já afluamos os fundamentos que suportam, até hoje, as proclamações de quantos se posicionaram no sentido da licitude do preceito processual em questão. E aqui cabe um ato de penitência e contrição: essa também foi nossa convicção durante largo tempo, sustentada em palestras e conferências, formalizada em artigo publicado. *Foi*, não mais *é*.

Desnecessário se apresenta controverter: efetivamente, o Estado é um ente profundamente diferente de qualquer particular. E, por isso mesmo, há de ser ele dotado de *prerrogativas*, que o habilitem, *por inerência a sua própria existência*, a cumprir de imediato, sem intermediações, seus deveres e finalidades. Mas, para além dessas considerações — as quais, por sua clara natureza especialíssima, hão de ser decantadas pelos crivos das interpretações necessariamente restritivas —, a *regra isonômica*, apanágio e essência do

Estado Democrático de Direito, é uma só: a submissão do Estado, ao ordenamento jurídico — em cuja conformação ele está presente, em todas as suas etapas: elaboração, instituição, aplicação, controle —, perante a norma substantiva ou a adjetiva, é idêntica à do particular.

Quando a Constituição afirma que não se admitirá o juiz de exceção, ela cria um preceito que iguala o Estado e o particular: as controvérsias de um e outro não serão julgadas por juízes de exceção; quando ela afirma a ampla possibilidade de defesa, e portanto consagra o princípio do contraditório, ela o obriga (e o prodigaliza) para Estado e particular; quando ela obriga que as manifestações de inconformidade, as manifestações recursais do Estado venham fundamentadas, ela está aplicando o princípio da igualdade, porque obriga os entes a manifestarem a razão de ser do seu pensamento, para que compareça essa razão de ser na balança do contraditório; quando dá publicidade a todos os atos processuais, não reserva de segredo os atos praticados pelo Estado, está a Constituição determinando, também, um tratamento igualitário.

É indiscutível que a tela, sobre que projetadas as preocupações, acima enunciadas, é tecida de um só (e nobre) material: o princípio da igualdade. E tal princípio tem formal e expressa consagração no texto constitucional, podendo mesmo, segundo o gosto pessoal de cada jurista, ser (ou não) visto como o primeiro dos vetores axiológicos de nossa Lei Maior. Dessa sorte, ao se enfrentar a querela da constitucionalidade do artigo 188 do CPC, a *interpretação* adequada, da real inteligência, da primeira cláusula, inserta no *caput* do art. 5º da Lei Magna brasileira, se impõe.

Não só pela estatura da lição, mas também por imperativos de brevidade, iremos adotar remissivamente, a esse passo, luminosa observação de Celso Antonio Bandeira de Mello (“O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, Ed. Rev. dos Tribunais, 1978, pág. 59): há ofensa ao preceito constitucional de isonomia, quando o critério normativo discriminador não reside nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas:

“É o que ocorre quando pretende tomar o fator *tempo* — que não descansa no objeto — como critério diferencial.”

É exatamente o que se dá com o art. 188 do CPC! Com um respeitável adendo: a interpretação em geral, a interpretação constitucional em particular, não se realiza no vazio. Trata-se bem antes, “... de uma atividade contextualizada, que se leva a cabo em condições social e historicamente determinadas, produtoras de usos lingüísticos dos quais deve partir qualquer atribuição de significado, seja no âmbito da hermenêutica jurídica, em geral, seja no parti-

cular domínio da interpretação constitucional.” (Inocêncio Mártires Coelho, “Interpretação Constitucional”, Ed. Sergio A. Fabris, 1997, págs. 55/56).

Em suma, o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é mutável, “... segundo as idéias que se têm como justas em cada momento histórico...” (Cármem Lúcia Antunes Rocha, “O Princípio Constitucional da Igualdade”, 1990, pág. 14). Dessa sorte, sustentar-se, ainda hoje, que os prazos mais amplos, concedidos à Fazenda Pública, são meios de realização da igualdade substancial, real, proporcional, só se admite se olvidarmos que a mesma Constituição, que consagrou o princípio da igualdade, também fundou o *princípio da eficiência*. E temos por ocioso, a essa altura do progresso do Direito Público no Brasil, obscurecer a indiscutível *efetividade* dos princípios constitucionais. Basta, no ponto, antepor o percuciente magistério de Diogo de Figueiredo (“Apontamentos sobre a Reforma Administrativa”, Ed. Renovar, pág. 38): “Com essa providência, a Constituição consagra a eficiência do setor público como um *direito difuso da cidadania*. ...” (grifos do original)

Propõe-se aqui, portanto, que o enfrentamento da licitude constitucional do art. 188, do CPC, se faça por duplo viés: o da igualdade e o da eficiência. A lume da *igualdade*, é ostensivamente patente que o art. 188 presenteia a Fazenda Pública com um regime totalmente diverso daquele que é reservado ao particular. Dê-se de barato: esse favor seria um contrapeso à lentidão administrativa, na coleta de dados e materiais de sustentação, em juízo, das razões da Fazenda; e, por isso, tenderia ele à restauração da igualdade real. Tal raciocínio, contudo, quebra-se em mil estilhaços, quando vai de encontro a dois muros insuperáveis:

a) a morosidade administrativa não é dado *conatural* à Administração, mas sim o resultado de técnicas patológicas de gestão da coisa pública. Qualquer Administração *pode* ser expedita, se a isso se dedicar. Destarte, não sendo a morosidade um elemento ôntico da Administração, mas um vicioso e viciado “da sein” seu, a concessão de prazo favorecido *não é* uma *prerrogativa*, mas um simples e inaceitável *privilégio*;

b) ademais, a Constituição impõe à Administração que ela seja *eficiente*, dela exigindo, dentre outras tônicas, “... a de rapidez e precisão, contrapondo-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão”. (Emerson Gabardo, “Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa”, Ed. Dialética, pág. 92).

Anote-se que, não obstante a parca idade da instauração *expressa* do princípio da eficiência, entre nós, a jurisprudência já dele se vem ocupando, com acerto. Seja-nos permitido, para mero exemplo, referir três decisões, nas quais a omissão ou a lentidão da Administração, na atuação de seus agentes,

foi tida como originadora de responsabilidade civil do Estado, exatamente porque vista como contraposta aos Princípios da Eficiência e da Razoabilidade (STF, MS 7.765-DF, Rel. Min. Paulo Medina, DJU 14.10.02, pág. 183; TRF 1ª Região, Apelação Cível 1999.01.00.080706-8/PA, Rel. Des. Fed. Carlos Alberto Simões de Tomaz, DJU 26.06.03, Seção 2, pág. 78; TRF-5ª Região, Embargos em Apelação Cível 130.152-AL, Rel. Des. Fed. Alexandre Costa de Luna Freire, DJU 11.08.00, Seção 2, pág. 425). Não se tergiverse, contudo: maciçamente, os Tribunais acolhem sem hesitações o art. 188 do CPC (e, em geral, os privilégios processuais da Fazenda Pública). Constata-se, é verdade, que a antiga paz, no particular, já não é em lago totalmente sereno. Não vivemos mais os dias em que assim se decidia, no Pretório Excelso:

“Não se equipara ao particular a Fazenda Pública. A relevância do interesse público, por esta preservado, separa-a, na sua natureza, do particular.” (RE 83.041-3/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJU 15.08.80, pág. 5.915).

“Recurso. Igualdade processual. Privilégio da Fazenda Pública. Não ofende o princípio de isonomia, aplicável à igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade dos seus interesses em jogo”. (RE — 83.432-0, Rel. Min. Leitão de Abreu, DJU 06.06.80, pág. 4.136)

Bem ao contrário, cá e acolá instaura-se a dúvida, timidamente manifestada ainda, expressiva mesmo assim. Pincemos algumas amostras dessa inquietação, tanto mais curiosos porque, partindo embora de uma assertiva em comum assumida — a correção jurídica do artigo CPC 188 —, opõem-lhe anteparos de difícil sustentação lógica e sistemática.

Começemos com o Agravo de Instrumento 47.073-RJ, julgado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, relatado pelo Ministro José Dantas (DJU 05.09.85, pág. 14.791), assim ementado o acórdão: “O prazo em dobro estabelecido pelo art. 188 do CPC não se acumula com o idêntico *favorecimento* previsto no art. 191 do dito diploma” (nosso o grifo).

Ora, a tese é francamente desarrazoada, com todas as vênias cabíveis. A uma, porque a dobra do prazo, aqui, *isonomicamente* estabelecida para todos os que se encartem na situação traçada no art. 191, constitui resposta *eficiente* à realidade da pluralidade de advogados, todos desejosos do exame do processo, mas coartados pelas injunções temporais e as restrições à posse dos autos em tais casos. A duas, porque o preceito não elege qualquer exceção ao comando nele contido, o que autorizaria a conclusão de que a dobra, nele estatuída, tem como base de incidência os “prazos para contestar” (simples ou agravado) que a lei reconhece a cada litisconsorte. Louve-se contudo, para

além da assepsia do raciocínio jurídico, a sensibilidade do Relator, que, consultando seus botões, teve por excessivos os prazos de quatro meses para contestar, de dois meses para recorrer e de vinte dias para falar nos autos, em benefício da Fazenda Pública, na hipótese de se encontrar ela na conjuntura do art. 191.

Em outra oportunidade, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, apreciando o Agravo de Instrumento 95.04.48022-5/SC, sendo Relator o hoje Ministro do STJ eori Albino Zavascki, proclamou (DJU 10.07.96, Seção 2, pág. 47.278):

“O artigo 188 do CPC estabelece prazo em dobro apenas para recorrer, não para contra-arrazoar, sendo incabível interpretação ampliativa em matéria de privilégios processuais, ainda mais se isso importar, como no caso, em nova forma de desigualdade entre as partes.”

Ainda outra vez com todas as vênias, o ponto importante não é esse. Até porque todos os tribunais do país sempre outorgaram, à expressão “contestar”, do art. 188, a acepção de *defender-se*. Tanto assim que sempre foi ele tido como aplicável à defesa mediante exceção (Agravo de Instrumento 93.02.01692-7/RJ, Rel. Des. Fed. Ney Magno Valadares, TRF, 2ª Região, DJU 20.05.93, Seção 2, pág. 18.881; Agravo de Instrumento 89.02.03079-2/RJ, Rel. Des. Fed. Clélio Erthal, DJU 16.11.90, Seção 2, pág. 37.310). Ademais disso, as mesmas preocupações com a parca agilidade do aparato estatal, que estão no berço do prazo para recorrer, também existem no prazo de defesa ao recurso (contra-razões). Dessa forma, à luz unicamente do princípio constitucional da razoabilidade, não haveria por que dobrar o tempo do recurso e recusar idêntico tratamento às contrarrazões. Em verdade, o problema não está no ponto referido na ementa transcrita: o incômodo, que desafiou a criatividade do nobre Relator, radica-se no próprio artigo 188...

Deliberando, no Agravo de Instrumento 297.723-SP, o Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro Pádua Ribeiro, assim colocou (DJU 14.08.00, pág. 172): “O prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, previsto no artigo 188do CPC, não se aplica ao Estado estrangeiro”.

Por que não? A norma não o diz! E *Fazenda Pública* é a pessoa jurídica de direito público em juízo (Ada Pellegrini Grinover, “Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil”, Ed. José Bushatsky, pág. 30). No plano da pura razoabilidade, dificilmente haveria alguém mais merecedor do *privilégio* em questão, que a pessoa jurídica do direito público externo, cujo recolhimento de dados, para sua atuação processual, encontra de regra, por certo, obstáculos bem maiores que os opostos às de direito público interno.

■ Não obstante as divergências aqui manifestadas, relativamente às ementas transcritas, servem elas de sinalização expressiva do desconforto que causa o tratamento temporal favorecido, dispensado à Fazenda Pública. E a razão é só uma: na seqüência da luminosa lição a que nos reportamos, de Celso Antonio Bandeira de Mello, como o fator *tempo* NÃO repousa no objeto, não pode ele ser, jamais, tomado como critério discriminatório que se pretenda infenso à imperatividade do princípio isonômico. Aliás, foi exatamente esse tipo de consideração que levou recentemente o Supremo Tribunal Federal a suspender a aplicabilidade de artigo de Medida Provisória, que criava prazos bem mais curtos de decadência, para ações rescisórias a ajuizar contra o Poder Público.

■ Não se questiona que o Estado e qualquer pessoa natural sejam ontologicamente diferentes, desiguais, enfim. Mas, num Estado de Direito — em que a marca distintiva é a *igualitária* submissão de todos à Lei, inclusive dos que a fazem ou aplicam —, a litigiosidade parte da suposição de *igualdade processual*. De não ser assim, não se justificaria a existência de ações, em que o Estado compareça como parte: atuaria ele *ex proprio Marte*, decidindo as discussões e ignorando o Judiciário. Esse não é o nosso sistema. Aqui, o Estado-parte é uma parte qualquer, sem *privilégios* pois, munido apenas das *prerrogativas* que lhe amparam o desempenho cotidiano de suas elevadas atribuições.

■ Temos em conclusão, pois, como afrontoso, à Constituição de 1988, o art. 188 do CPC, consagrador de *privilégio* (e não, de *prerrogativa*) inadmissível, para a Fazenda Pública.

■ 9. O segundo tópico, a ser ora considerado guarda parentesco com o anterior, eis que, ainda aqui, no cerne da exceção se encontra o fator tempo.

■ Trata-se, em suma, dos vários preceitos legais (v.g.: LC 73/93; LC 80/94; Lei 6.830/80, art. 25) que só têm por intimados os agentes públicos, que apontam, quando o ato de cientificação se perfaz *pessoalmente*.

■ A regra geral, em matéria de prazos processuais, é a da sua fluência, a partir da *publicação* do ato que o dispara (CPC, art. 236). Mas o próprio diploma processual civil (art. 236, § 2º), bem como, dentre outras, a Lei 8.625/93 (art. 41, IV) e a Lei Complementar 80/94 (art. 44, I), estatuem ser *prerrogativa* do Ministério Público e da Defensoria Pública a *intimação pessoal*. Não divisamos, no particular, razão de perplexidade: os dois corpos relevantes, retro referidos, são *instituições* não propriamente do Estado, mas da sociedade civil, constitucionalmente referidas à tutela de interesses indisponíveis ou socialmente relevantes. Sua área de atuação efetiva é de amplitude extrema (toda a cidadania, enfim) e, a exemplo dos membros das Forças

Armadas, seus agentes, permitam-nos o símile, se encontram em estado de prontidão permanente. Claro que situação desse tope somente se viabiliza se os atos judiciais, de que devam ter conhecimento, lhes sejam intimados pessoalmente.

Às escâncaras, isso não é o que se dá, com os procuradores públicos judiciais. Aqui, a atuação é circunscrita, confinada ao processo, relação jurídica que há de ser pautada pelo princípio da igualdade das partes e pelo da eficiência do Estado. Daí termos como aberrante e teratológico o *favor*, i. e., *privilégio* de intimação pessoal, conferido pela Lei Complementar nº 73/93 (art. 38) aos Advogados da União e aos Procuradores da Fazenda Nacional. Incidem aqui todas as meditações expostas no segmento anterior, seja com referência à inadmissibilidade de se eleger o *tempo* como fator discriminatório, seja por força da imperatividade do princípio constitucional da eficiência. O que se tem neste exemplo, enfim, é mais uma inconstitucionalidade. E com um adendo desconcertante, insustentável e surpreendente, uma caricata inconstitucionalidade dentro da inconstitucionalidade: a jurisprudência é indiscrepante, em afirmar que aos procuradores públicos judiciais (de Estado-Membro, do Distrito Federal e de autarquias), que não os referidos na Lei Complementar 73/93, não se estende o *privilégio* da intimação pessoal, conquanto estejam aqueles, indiscutivelmente, na mesmíssima situação destes! Aliás, o legislador teve recato, que denuncia seu conhecimento das efetivas dimensões da questão: ao passo em que, *corretamente*, os diplomas alusivos ao Ministério Público e à Defensoria Pública, no trato do tema, afirmaram a natureza de *prerrogativa*, na intimação pessoal, a LC 73/93 assim não atuou, preferindo não qualificar a exceção absurdamente conferida aos Advogados da União e aos Procuradores da Fazenda Nacional. E não há terceira via, aqui: não sendo, como nem a LC 73/93 o disse, uma *prerrogativa*, a intimação pessoal é, *in casu*, um *privilégio*, de flagrante inconstitucionalidade.

10. Um terceiro ponto impende agora considerar. E, tal como os outros, constrangimentos e perplexidades comparecem no tratamento mais favorável, outorgado processualmente à Fazenda Pública, dessa feita no art. 475, incisos II e III, do CPC: trata-se da submissão, como condição de sua eficácia, das sentenças contrárias à Fazenda Pública, ao duplo grau obrigatório de jurisdição. Essa dicção, já clássica em nosso Direito, não fora contudo abonada no Projeto Buzaid. Ali, consoante se vê da respectiva Exposição de Motivos (item nº 34), o duplo grau se viu repudiado, antevisto que fora, basicamente, como um escudo contra eventuais incúrias, desleixos, desmazelos e incompetências dos procuradores públicos. Fossem tais teratologias, efetivamente, as motivações do duplo grau, não hesitaríamos em tê-lo por inconstitucional, pois tudo

não passaria de desídia do Poder Público, em detrimento do princípio constitucional da eficiência. Mas não nos parece *adequada* essa angulação.

Temos em mente, bem antes, que a regra do reexame necessário não afeta o postulado da igualdade entre as partes. O comando em questão atua como sistema de preservação dos interesses públicos titularizados no Estado e do patrimônio público (indisponível, por definição constitucional). E, nessa perspectiva, constitui ele não um *privilegio*, mas, como bem acentuou o eminente Desembargador Federal Silveira Bueno (TRF-3ª Região, Relevante Questão Jurídica em Apelação Cível 94.03.17049-2, DJU 10.10.95, Seção 2, pág. 68.861), “*Prerrogativa daquele que exerce direito público subjetivo em nome da coletividade*” (nosso o grifo)

11. Por idêntica ordem de razões é que não vislumbramos mácula alguma na exclusão dos efeitos da revelia, ao Estado (CPC 320, II). Como bem anota a jurisprudência:

“Inaplicável o princípio de que a revelia resulta em confissão ficta quanto à matéria de fato, quando a reclamada é entidade pública, por serem indisponíveis os seus direitos.” (TRF-4ª Região, Recurso Ordinário 89.04.07674-9/RS, Rel. Des. Fed. Silvio Dobrowolski, DJU 09.05.90, Seção 2, pág. 9.149)

Assume, todavia, grande relevo assinalar que a Justiça do Trabalho vem entendendo o tema de forma totalmente oposta, impondo ao Estado, plenamente, os efeitos da revelia, inclusive no que toca à confissão ficta também, em caráter pleno. Iterativamente, dois são os argumentos para tanto invocados, ambos, a nosso ver, equivocados:

a) o Decreto-lei 779, de 21.08.69, que “dispõe sobre a aplicação de normas processuais trabalhistas” às pessoas jurídicas de Direito Público que não explorem atividades econômicas, não fez expressa referência à impossibilidade de se impor, a tais entidades, a confissão ficta; portanto, para eles também incidiria o art. 844 da CLT;

b) o Estado, quando contrata sob a égide da CLT, se equipara ao empregador comum.

Tais ditames, tão repetidos que acabaram sendo consagrados na Orientação Jurisdicional nº 152 da Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, remarcam-se, contudo, de erro basilar, com profunda vênia: nem o Decreto-lei 779/69, nem a adoção do vínculo trabalhista, por isso que pautas jurídicas de direito infraconstitucional, podem sobrepor-se à Lei Maior, na qual encartada a indisponibilidade dos bens e dos interesses públicos. Quando o constituinte quis excepcionar o Estado, desse parâmetro fundamental, equiparando-o ao particular, assim expressamente ditou, como se vê

do art. 173, e seu § 1º, da Constituição. A natureza singular, do mencionado preceito, exige interpretação restritiva o que, só por si, afasta a plausibilidade do entendimento jurisdicional trabalhista, aqui criticado.

## **VI. Conclusão**

12. Não foi nosso propósito o esgotamento da temática anunciada no título deste trabalho. Em verdade, vários outros privilégios/prerrogativas se encontram disseminados em nosso Direito Positivo, a justificarem mais extensas e alentadas focalizações, que as aqui apenas provocadas. O que tivemos em mente foi, unicamente, destacar, na matéria, alguns de seus tópicos mais polêmicos, sobre eles lançando, a um tempo recatada e audaciosamente, personalíssimas reflexões.

Advirta-se assim que este tema ficou tão apenas a florado, nas suas linhas fundamentais. Trata-se, sem sombra de dúvida, do mais inquietante e mais rico centro de inquietação do processo constitucional. Ele lança luzes definitivas sobre todo um arcabouço jurídico, sobre toda uma sistematização política; conseqüentemente, ele é a pedra de toque que define se estamos, ou não, num ambiente jurídico-político digno de ser vivido. Enfim, num Estado Democrático de Direito.