

A (in)constitucionalidade das prerrogativas de direito da Fazenda Pública em juízo

Wilson Bernardino de Macedo Neto

Assessor Jurídico do Ministério Público da União. Pós-graduando em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: O objeto deste estudo é a comparação entre as prerrogativas de direito gozadas pela Fazenda Pública com fundamento no constitucionalismo brasileiro atual. Assim, tomando como base o princípio constitucional da igualdade – e apoiado pela teoria do direito à diferença –, concluiu-se que, na maioria das situações, os privilégios são inconstitucionais, figurando como discriminações ilegais. Além disso, a situação geral das entidades públicas municipais, cuja fonte de renda normalmente vem de fundos de participação, deve ser examinada judicialmente devido à relevância duvidosa desses privilégios. Em situação análoga à das fazendas, estão as defensorias públicas – muitas das quais ainda deficitárias –, o que torna as prerrogativas uma necessidade para se cumprir o propósito da lei. Ademais, tal entendimento é endossado pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu ser a inconstitucionalidade “um processo, não um repente”.

Palavras-chave: Constitucional. Princípio da igualdade. Igualdade à diferença, o direito à diferença. Prerrogativas de direito. Fazenda Pública. Direito Constitucional. Defensoria pública. Prazos.

Abstract: The object of this study is the comparison between the law prerogatives enjoyed by the Treasury in consonance with the current Brazilian constitutionalism. Accordingly, taking as a basis the constitutional principle of equality – and supported by the theory of the right to difference –, it was concluded that, in most situations, the privileges are unconstitutional, appearing as unlawful discriminations. In addition, the general situation of municipal public entities, whose only source of income comes from equity funds, must be judicially examined due to the dubious relevance of those privileges. In analogous

situation are the public defenders – many are still deficient – which makes prerogatives a necessity to fulfil the law purpose. Besides, the Brazilian's Supreme Court theory in which the unconstitutionality is said to be “a process, not a suddenness”, shares the same understanding. Thus, the situation of municipalities and public defenders would figure as a case in which the rules that grant prerogatives can not be in a constitutional way as long as they result in violation of the principle of equality.

Keywords: Constitutional. Principle of equality. Equality to the difference. The right to difference. Prerogatives. Treasury. Constitutional Law. Public defender. Deadlines.

Sumário: 1 Introdução. 2 A Constituição Federal de 1988 e o princípio da isonomia. 2.1 Conceito. 2.2 A igualdade à diferença. 3 “Privilégios” da Fazenda Pública. 3.1 Das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo. 4 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assim automeada, inaugura novo paradigma político-jurídico de Estado. A referida Carta Política encerra período conhecido como Ditadura Militar – caracterizado por grande centralidade de poder, mínimas garantias individuais e exagerada censura aos meios de comunicação – e reabre o ideal de democracia no Estado brasileiro.

Nesse sentido, o constitucionalista Paulo Bonavides (2011, p. 123-124), discorrendo sobre a moderna concepção de sistema jurídico, assevera que:

A nova concepção sistêmica traz para o Direito uma visão em que ele apreze precipuamente como instrumento destinado a garantir e proteger a participação do indivíduo nos papéis de comunicação social, sendo seu fim cardeal [...] proporcionar e planejar a participação e as oportunidades tanto de informar-se como de comunicar-se “numa sociedade compreendida em permanente processo de formação”.

Em consonância com essas construções teóricas, encontra-se a proposta de igualdade à diferença, cujo fito é o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. De se ressaltar a imprescindibilidade

dos conceitos de igualdade (e de paradigmas de Estado) superados. Destarte, ressoa aqui, ainda, a proposta didaticamente anunciada por Paulo Bonavides, quando de sua teoria da Geração de Direitos, na qual a geração (modernamente dimensão) posterior apoia-se e agrega novos sentidos/significações aos institutos primeiros.

Uma tendência atual observada no campo político-jurídico – apontada por Baptista (2003, p. 202) – é que as democracias representativas, em geral, têm buscado adequar-se às sociedades plurais numa tendência humanista, convivendo com contrários e aproveitando do dissenso, tudo com o suporte da opinião pública.

Uma crítica ao suposto caráter democrático adotado pelo constitucionalismo brasileiro de 1988 refere-se ao tratamento dispensado às pessoas de direito. O constituinte originário consignou como objetivo fundamental da República, entre outros, a construção de sociedade livre, justa e igualitária¹. Nada obstante, não é o que se observa em muitos aspectos legais.

O próprio Direito Constitucional e o Processual, em muitos aspectos, vão de encontro ao que aqui se entende por viés democrático.

Ademais, o constituinte de 1988 consagrou no rol de direitos e garantias fundamentais, no *caput* do aclamado art. 5º da Constituição Cidadã, o princípio da igualdade, na forma da máxima: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. De tal assertiva, exsurtem as ideias de igualdade *perante e na lei*.

O conceito simplista de tratamento igualitário, sem considerar as idiosincrasias das pessoas envolvidas, já foi há muito superado. Tal ideia, fundada na proposição de igualdade formal, típica do paradigma político-jurídico de Estado Liberal, observa-se atualmente ultrapassada, em razão da maior complexidade do contexto sociojurídico.

O conceito formal de igualdade, representado pela máxima *todos são iguais perante a lei*, foi importante meio de proteção de direitos indi-

1 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]”

viduais e políticos da sociedade. Com ele se pretendia, tão somente, dispensar tratamento idêntico a todos os sujeitos de direitos, garantindo à sociedade os direitos fundamentais de primeira dimensão – vida, liberdade, propriedade, entre outros.

Ultrapassada a ideia inicial, com o soerguimento do modelo social de Estado, exsurge a concepção material da igualdade, noticiada pelo brocardo “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na proporção da sua desigualdade”. Nesse paradigma, intentava-se a garantia de direitos sociais, ou de segunda dimensão – *culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades* (BONAVIDES, 2011, p. 564; grifo nosso).

No cenário histórico, teórico e dogmático delimitado, indaga-se: a atual compreensão democrática inserta na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é efetivamente democrática, na acepção atual da palavra? Em que medida tal compreensão pode auxiliar na persecução de aspecto efetivamente democrático e, por conseguinte, no aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito (EDD) brasileiro?

Dessa forma, primeiramente, a análise da compreensão normativa será feita com base na investigação da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Para verificar a adequabilidade, serão feitas comparações com a compreensão de igualdade à diferença e tolerância proposta por Álvaro Cruz (2009).

2 A Constituição Federal de 1988 e o princípio da isonomia

2.1 Conceito

Em seu curso de Direito Constitucional, Paulo Bonavides assevera que o escopo de um Estado Social é a promoção da igualdade de fato. Dessa forma, considera que todo esforço hermenêutico deve ter por base a equivalência de direitos. Aduz o teórico que “a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir

o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo” (BONAVIDES, 2011, p. 378).

Dessa forma, no mesmo sentido que Celso de Mello (1999), entende-se o preceito da isonomia como, inicialmente, destinado ao legislador, impondo limitações a seu poder legiferante.

Decerto que, algumas vezes, faz-se necessária adequação ao princípio da isonomia, a fim de que a igualdade buscada atenda, quando o caso, à noção de dignidade humana e produção discursiva, “com argumentos racionais de convencimento do direito” (CRUZ, 2009, p. 22).

Nesse esteio, muito se tem escrito sobre o referido princípio constitucional, bem como sobre a situação de desequilíbrio que muitas vezes deve ser observada para o devido atingimento do fim colimado na Carta Maior.

É relevante evidenciar que, em razão da intrínseca abertura conceitual do instituto, a adequada definição do princípio decorrerá de esforço intelectual do estudioso, o que, decerto, variará de acordo com o contexto histórico do trabalho e com o horizonte perceptivo do hermenêuta.

Imbricado na busca, o teórico Celso Antônio Bandeira de Mello debruçou-se sobre o tema, tendo resultado em sua obra *Princípio da isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas*.

Também refletindo sobre a temática aqui narrada, em sua obra intitulada *O conceito jurídico do princípio da igualdade*, o estudioso brasileiro chegou à conclusão de que a discriminação somente seria adequadamente prevista no ordenamento constitucional vigente se atendessem a uma série de pressupostos.

Dessarte, com o fim de iniciar a reflexão sobre o tema, o teórico brasileiro questiona *quem são os iguais e quem são os desiguais*. Pretende, o autor, identificar quais os elementos que permitem identificar um e outro, iguais e desiguais, sem ofensa ao princípio constitucional.

Didaticamente, ilustra sua lição com exemplos de diferenciações adequadas e inadequadas, o que denota análise detida das caracterís-

ticas de cada um dos critérios de distinção elencados, bem como o objetivo da desequiparação. Bastante instrutiva é a lista de exemplos arrolada pelo teórico. Inicialmente, anota diferenciáveis as pessoas em razão da estatura física, e classifica-os entre altos e baixos. Nesse esteio, elucubra em diversos sentidos. De início, questiona acerca da possibilidade de estabelecimento de diferenças – pela lei – por conta da evidente desigualdade, trazendo à luz duas situações hipotéticas. Na primeira, lei fez distinção no sentido de ser defeso o uso do instituto dos contratos a pessoas de baixa estatura; chega-se à conclusão de que a estatura não é fator jurídico relevante para servir como critério de desequiparação naquele caso (MELLO, 1999, p. 11-12). De modo diverso, na segunda situação hipotética, a mesma distinção (estatura) leva a critério juridicamente sustentado na desequiparação. Nesse caso, haveria a limitação de 1,80 metros para ingresso nas fileiras da *Guarda Real*, o que é plenamente justificável no tocante às atividades exercidas pela sentinela. Nesse ponto, conclui o autor pela adequabilidade do desigual tratamento estabelecido na lei (MELLO, 1999, p. 12).

Encerra a ideia, o escritor, asseverando que “dês que se atine com a razão pela qual em um caso o *discrimen* é ilegítimo e em outro legítimo, ter-se-ão franqueadas as portas que interditam a compreensão clara do conteúdo da isonomia” (MELLO, 1999, p. 12).

Noutro momento, discorre o autor que

[...] as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição (MELLO, 1999, p. 17).

Nessa senda, consideram-se aqui distintas as pessoas naturais e jurídicas de direito privado e público, especialmente as de direito público interno (compreendidas como fazendas públicas). O legislador ordinário classificou os sujeitos de direitos em: pessoas naturais (art. 1º do Código Civil de 2002) e pessoas jurídicas; subdivididas em pessoas

de direito público interno ou externo e de direito privado (art. 40 do ordenamento civil).

A presente reflexão tem por escopo o questionamento acerca da adequação ou não das prerrogativas de direito concedidas aos entes públicos ao parâmetro de constitucionalidade atual.

Galuppo (2002, p. 210) aduz que

[...] só garantindo a igualdade é que uma sociedade pluralista pode se compreender também como uma sociedade democrática. Consequentemente, só permitindo a inclusão de projetos de vida diversos em uma sociedade pluralista é que ela pode se autocompreender como uma sociedade democrática.

2.2 A igualdade à diferença

A igualdade à diferença, como a própria expressão antecipa, propõe a igualdade pautando-se no princípio de discriminação lícita; de tratamento diferenciado do diferente, na proporção de sua desigualdade, teoria estudada por Álvaro Ricardo Souza Cruz. Para referida teoria, o objetivo não é de incorporação das minorias na cultura majoritária, mas sim o reconhecimento e respeito das suas diferenças.

Dos ensinamentos de Paulo Bonavides extrai-se que tal conceito (igualdade à diferença) visa à implementação dos direitos de terceira (direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação), quarta (direito à democracia, à informação e ao pluralismo) e quinta (direito à paz) dimensões. Nessa esteira percebe-se que os direitos humanos servem para permitir a boa convivência em sociedades hipercomplexas e plurais.

Arremata Souza Cruz (2009, p. 11) que, atualmente:

A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito. Logo, o Constitucionalismo Contemporâneo exige o direito de igual parti-

cipação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos.

Portanto, o direito de participar de decisões políticas, sejam elas de cunho legislativo (discurso de justificação de norma) ou administrativo/judicial (discurso de aplicação de normas), alterou qualitativamente a noção de igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, merece ressalva a consideração prescrita no art. 3º, inciso IV, da Carta Maior. Quando alçou a *status* de objetivo fundamental da República a promoção do *bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação*, certamente referiu-se o legislador constituinte às discriminações ilícitas.

O Supremo Tribunal Federal, quando provocado acerca da constitucionalidade das ações afirmativas referentes ao programa de quotas para afrodescendentes e estudantes provenientes de instituições públicas de ensino, decidiu pela adequação da medida ao princípio da isonomia, declarando-as constitucionais.

Considerou, nesse esteio, que, em razão de serem histórica e culturalmente desfavorecidos – perseguidos e até sacrificados –, há que se fazer distinções que tenham por objetivo a equiparação fática dos interessados. Os ministros invocaram, ademais, a máxima aristotélica de que os desiguais devem ser tratados na proporção de sua desigualdade. Entenderam que somente dessa forma a igualdade seria alcançada. Veja-se a ementa do julgado:

Programa Universidade para Todos (PROUNI). Ações afirmativas do Estado. Cumprimento do princípio constitucional da isonomia. [...] A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. [...] A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição

pátria, porquanto se trata de um descrímen [sic] que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade (“ciclos cumulativos de desvantagens competitivas”).

ADI 3.330, rel. min. Ayres Britto, julgamento em 3.5.2012, Plenário, DJE de 22 mar. 2013.

3 “Privilégios” da Fazenda Pública

Premente se faz a conceituação do termo *Fazenda Pública*. Etimologicamente o termo vem do latim *facienda*; historicamente a expressão referia-se tão somente às áreas da Administração Pública que tratavam da gestão das finanças. Para os fins aqui pretendidos, comunga-se com a delimitação conceitual proposta por Leonardo Carneiro da Cunha, na obra *A Fazenda Pública* em juízo:

[...] a expressão *Fazenda Pública* representa a *personificação* do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada, genericamente de *Fazenda Pública*.

A expressão *Fazenda Pública* é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira. (CUNHA, 2012, p. 15).

Ressalta-se que não se propugna a existência do Direito Processual Público – independente do Processual Civil – como pode parecer. Com efeito, Cassio Scarpinella Bueno (2012, p. 29), em seu *Curso sistematizado de direito processual civil*, preleciona:

Por “direito processual público” deve ser entendido nada mais e nada menos do que o estudo consciente das leis e situações em que uma das partes do processo ou, mais amplamente, um de seus sujeitos, é pessoa ou entidade de direito público ou, quando menos, sujeita em maior escala a um regime de direito público.

Não se trata propriamente de uma *disciplina* diversa do direito processual civil e, menos ainda, de um distinto *ramo* do direito processual civil.

Persevera, ainda, o estudioso do processo, afirmando que o objeto de estudo do Direito Processual Público “são procedimentos jurisdicionais diferenciados – e diferenciados, justamente, porque são diversos do ‘procedimento comum’, ordinário ou sumário – em que a Fazenda Pública é parte ou, quando menos, sujeito processual” (BUENO, 2012, p. 38).

Assim, em consonância com o disposto no Decreto-Lei n. 200, de 1967 – que disciplina a organização da administração federal (e por paralelismo as municipal e estadual) –, considera-se inserto o conceito de *Fazenda Pública* aqui adotado: entes federativos – União, estados, municípios e Distrito Federal bem como suas respectivas autarquias e fundações públicas (de direito público); agências (reguladoras e executivas) e associações públicas (art. 41, inciso IV, do Código Civil), constituídas conforme a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, na forma de consórcios públicos.

De grande relevo é a tarefa de classificação ou delimitação do termo *Fazenda Pública*, uma vez que o regime jurídico aplicado a determinada pessoa (de direito privado ou público) definirá o regramento procedimental a ser observado – se fará jus às prerrogativas de direito concedidas às fazendas ou não. Noutras palavras, o regime jurídico de direito material é quem determinará as regras processuais aplicadas naquela relação.

3.1 Das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo

As fazendas públicas, quando em juízo, têm diversas prerrogativas de direito. É o que se observa nos prazos processuais, que são diferenciados (art. 188 do CPC); na inexigibilidade de recolhimento prévio das custas e despesas processuais (art. 27 do CPC); recurso involuntário ou reexame necessário quando condenada a Fazenda (art. 475 do CPC); e outras diversas situações observadas no ordenamento jurídico pátrio. As principais distinções aqui apontadas referem-se ao Código de Processo Civil e legislações especiais oportunamente elencadas.

Imperioso ressaltar que os fins pretendidos neste estudo não visam ao esgotamento das prerrogativas de direito das fazendas públicas em juízo. O recorte temático aqui pretendido refere-se ao eventual (des)acordo das distinções legais efetuadas com o Texto Maior, especialmente o princípio da isonomia.

Pretende-se, ainda, demonstrar que em diversos aspectos a diferenciação também não encontra respaldo teórico-jurídico na tese esposada neste estudo, a ideia de igualdade à diferença. Em não havendo circunstância que justifique a distinção realizada pelo legislador, o ato será inquinado de inconstitucionalidade.

O teórico Leonardo da Cunha (2012, p. 29) prescreve que:

Na verdade, o princípio da igualdade dirige-se, em princípio, ao próprio legislador, que não pode incorporar na legislação discriminações intoleráveis ou, melhor dizendo, desarrazoadas. [...] As diferenças previstas em lei devem, portanto, decorrer de razões justificáveis, devendo, enfim, ter supedâneo na razoabilidade.

Far-se-á, doravante, uma análise pontual e crítica acerca das distinções realizadas pelo legislador brasileiro.

3.1.1 Dos prazos processuais

Destaca-se, de plano, o cômputo diferenciado dos prazos para apresentação de defesas e recursos. É o que se depreende do art. 188 do Código de Processo Civil vigente. No citado dispositivo legal, veicula-se a contagem quadruplicada dos prazos para apresentação de defesa e dobrada para oposição de recursos em favor do ente público.

É assente na doutrina e jurisprudência que o legislador laborou em equívoco quando da escolha do vernáculo *contestar*, que constitui apenas uma modalidade de defesa. Sendo, outrossim, pacificadas na legislação, doutrina e jurisprudência diversos outros tipos, nos termos do art. 297 do Ordenamento Processual Civil. Dessa forma, há que se considerar que a prerrogativa fazendária do prazo quadruplicado é para apresentação de defesa – em sentido amplo – que, segundo dispo-

sição legal, refere-se às exceções, reconvenção e contestação – consoante citado dispositivo legal.

Mister ressaltar que, conquanto se trate de norma concessiva de prerrogativa, e sua interpretação deva ser restritiva, não se pode descurar do intuito da norma. Assim sendo, não se afigura razoável o prazo maior somente para a modalidade contestatória, excetuando-se da regra em comento a oposição de exceções (de incompetência, suspeição ou impedimento) bem como de reconvenções e impugnações. Desse modo, há que se fazer uma interpretação sistemática².

A quadruplicidade do prazo para apresentação de resposta por parte da Fazenda Pública não é observada no procedimento sumário, visto que a peça de defesa deve ser apresentada em audiência de conciliação. É o que se extrai da conjugação dos arts. 277, *caput*, e 278, ambos do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, em se interpretando os dispositivos legais citados, tem-se que, se a Fazenda for demandada em juízo sob o procedimento sumário, o juiz deverá designar audiência de conciliação a ser realizada no prazo de sessenta dias, devendo o réu ser citado com antecedência mínima de trinta dias. Somente se infrutífera a conciliação, a defesa será apresentada, na mesma audiência, nas modalidades escrita ou oral.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é remansosa sobre a não incidência da regra do art. 188 do CPC, em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

O fundamento apontado pela Corte Suprema remonta ao fato de que o exercício do controle abstrato de constitucionalidade seria um procedimento de cunho objetivo, que não visa a discutir situações concretas e individuais. Assim, o órgão máximo do judiciário brasileiro deixou de aplicar a regra contida no dispositivo supracitado, ao argumento de que não se trata de procedimento de natureza subjetiva. A saber:

2 Assim entendem a doutrina de Leonardo Cunha (2012, p. 53) e a jurisprudência (TRF-2 - AC: 133335 RJ 97.02.07022-8).

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Direito Administrativo. 3. Não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade. Precedente do STF. [...]

STF - RE: 670890 SP, relator: min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe - 168 DIVULG. 24.8.2012 PUBLIC. 27.8.2012.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR GOVERNADOR DE ESTADO - DECISÃO QUE NÃO A ADMITE, POR INCABÍVEL - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO - ILEGITIMIDADE RECURSAL DESSA PESSOA POLÍTICA - INAPLICABILIDADE, AO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DO ART. 188 DO CPC - RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO. O ESTADO-MEMBRO NÃO POSSUI LEGITIMIDADE PARA RECORRER EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. – [...] *Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedente. Inexiste, desse modo, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o prazo recursal ser computado em dobro, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva.*

STF - ADI-AgR: 2130 SC, relator Celso de Mello, data de julgamento: 2.10.2001, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 14 dez. 2001 PP-00031 EMENT VOL-02053-03 PP-00485.

3.1.2 *Da insustentabilidade das prerrogativas temporais*

Nesse esteio, embora haja quem entenda de modo diverso³, não se observa qualquer fundamento eminentemente jurídico relevante que justifique a distinção temporal para manifestações processuais.

3 Nesse sentido, o processualista Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 45) sustenta que a Fazenda Pública e o Ministério Público devem cumprir uma série de burocracias

A doutrina elenca motivos, muitas vezes políticos, para sustentar as prerrogativas públicas. Nesse mister, muito se fala a respeito da supremacia do interesse público sobre o particular, da defasagem de pessoal e de recursos por parte dos órgãos (re)presentativos do ente federado, bem como da ainda ressonante fama de ineficiência do funcionalismo público. Assim, com o intuito de evitar o transcurso *in albis* dos prazos recursais contra as fazendas – o que, evidentemente, causaria inúmeros prejuízos – o legislador ordinário houve por bem dilatar os citados prazos.

Hodiernamente, faz menos sentido ainda tal distinção, frente à ideia da eficiência administrativa (no âmbito da Administração Pública), sagrada ao *status* de princípio constitucional expresso. Embora se entenda que na realização de qualquer atividade pública é pressuposta a eficiência (efetividade daquela atividade) – em consagração aos princípios da legalidade, moralidade e até economicidade –, é incontestado o peso simbólico decorrente da expressa constitucionalização da eficiência.

Mutatis mutandis, o constitucionalista português prescreveu:

É verdade que a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas torna difícil a sua efetivação, mas não é menos verdade que esse catálogo amplo de direitos abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo da constitucionalidade do direito ordinário. (SOUSA, 2007, p. 20).

Novo argumento também utilizado para justificar as prerrogativas aqui, em parte, rejeitadas refere-se à burocracia estatal. Fala-se, e é bem verdade, da dificultosa comunicação entre os órgãos administrativos, o que poderia prejudicar a atuação do ente público em juízo. No entanto, novamente, não se trata de argumento sustentável.

Demais disso, o incremento da comunicação pelos meios virtuais possibilitou maior velocidade na troca de informações, principalmente

e formalidades para que se torne possível sua manifestação no processo, pelo que se posiciona a favor das prerrogativas. De igual forma, Ernane Fidélis dos Santos não se opõe às prerrogativas fazendárias (2009, p. 328-329).

com o advento da Internet. Outrossim, existe a possibilidade de criação de sistema único que possibilite troca de documentos e informações sem que resulte em compartilhamento irrestrito de dados oficiais.

Impende ressaltar, ainda, que as procuradorias estatais (advocacias públicas) já contam com institucionalização perfeita, podendo haver, não obstante, alguns déficits pontuais, mas que não teriam o condão de conferir-lhes prerrogativas processuais.

Há, ademais, o argumento de que os órgãos representativos das fazendas encontram-se com defasagem de pessoal. Novamente, observa-se aqui fundamento não jurídico. Mais uma vez, em se observando falta de advogados públicos, a saída mais eficiente e eficaz é o recrutamento de novos procuradores, que defenderiam os interesses fazendários. Além disso, possibilitar-se-ia efetivo exercício do direito fundamental da ampla defesa, já que haveria a retirada da sobrecarga dos atuais procuradores públicos.

Imperioso distinguir a especial situação dos entes municipais nesse aspecto. Sabe-se que muitos dos milhares de municípios brasileiros têm como fonte única de receita as transferências do Fundo de Participação dos Municípios. Nesse mister, em estrita aproximação com a situação atual das defensorias públicas (que ainda gozam de prerrogativa em função do processo de inconstitucionalização de suas prerrogativas⁴), em alguns casos específicos, há que se valer a municipalidade das prerrogativas.

Aqui, caberia ao magistrado a concessão dos privilégios fazendários, uma vez que está mais próximo que o legislador das idiosincrasias municipais. Nesse ponto específico, não se operou a inconstitucionalidade da norma aqui estudada.

4 Nesse esteio, entende-se ser aplicável ao presente caso o precedente da inconstitucionalidade progressiva, ou norma ainda constitucional, assim nomeado pela Corte Constitucional brasileira. O conceito do instituto remonta a situações de normas situadas entre a constitucionalidade plena e a inconstitucionalidade. Aqui somente as circunstâncias de fato justificam a manutenção da norma no ordenamento jurídico. Em muitos locais, as defensorias públicas ainda estão sendo instaladas, o que enseja a manutenção de suas prerrogativas de direito.

A conferência de poder decisório ao magistrado encontra supe-
dâneo legal no art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil, que
prescreve ser do julgador a dispensação de tratamento igualitário,
sob pena de vilipendiamiento dos princípios processuais da ampla
defesa municipal.

Pelo exposto, excetuadas essas situações, não pode servir como
argumento à distinção de tratamento das pessoas em juízo a eventual
deficiência de advogados nos quadros das procuradorias deste País.

Também se encontra na doutrina o argumento de que é defeso
ao procurador público a escolha ou recusa de atuação em demandas
judiciais. Entretanto, sabe-se que a legislação que regulamenta a orga-
nização e funcionamento da Procuradoria estabelece divisões internas
– muitas vezes em seções temáticas –, em que o procurador será desig-
nado a officiar. Dessa forma, de maneira aproximada ao que ocorre
na advocacia privada (aqui em contraposição à pública), o causídico
poderá, dentro de certos parâmetros previamente estabelecidos, officiar
junto à área jurídica com a qual tenha maior afinidade.

Sabe-se que o Direito serve, embora não seja essa sua função
precípua, como instrumento de regulação, ainda mais para a
Administração Pública, que está adstrita ao princípio da legalidade.
Nesse sentido, em havendo fixação de prazo menor, o ente público
deverá adequar sua estrutura para o esperado atendimento àquele
prazo, diminuindo as burocracias internas e otimizando a comuni-
cação entre seus órgãos. Assim, a redução do prazo – pela revoga-
ção da prerrogativa de direito esculpida no art. 188 do Código de
Processo Civil – poderia, ainda, resultar em reforço ao princípio
constitucional da eficiência administrativa.

Nesse sentido:

O papel do Direito é ser instrumento de transformação social para
o resgate de direitos ainda hoje não realizados. Cabe, pois, inevita-
velmente, estabelecermos o caminho da reconstrução dos direitos
fundamentais estabelecido pelo paradigma constitucional do Estado
Democrático de Direito (CRUZ, 2009, p. 18).

Outro argumento aventado pela doutrina é o de que há supremacia do interesse público sobre o particular. Sobre esse aspecto convém assinalar o posicionamento do teórico Humberto Ávila. Para ele, inexistente permissivo constitucional donde exsurja referido princípio. Assevera que:

Se trata, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público (ÁVILA, 2007, p. 21).

Conclui o autor que “não há uma norma-princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no Direito brasileiro” (ÁVILA, 2007, p. 29).

3.1.3 Das custas e despesas processuais

Outra distinção feita pelo ordenamento processual refere-se às despesas dos atos processuais requeridos pela Fazenda, que somente serão pagas ao final do procedimento, pela parte vencida, consoante inteligência do art. 27 do ordenamento processual civil. Entretanto, observa-se fundamento fático-legal significativo para a distinção apontada. Afigura-se desarrazoado exigir o recolhimento prévio ao Estado-Juiz pelo próprio ente público. Nesse sentido, com o fito de evitar dispêndio desnecessário, deverá a Fazenda, se vencida, ser responsabilizada pela despesa dos atos processuais por si requeridos.

Outra prerrogativa de relevo é o regime de pagamento das dívidas já acertadas e (quase) jurissatisfeitas de responsabilidade das fazendas públicas, que se sujeitam a regramento próprio. Insta, ainda, esclarecer que tal regramento é bastante distinto daquele observado quando a titularidade do crédito é de algum ente público (dívidas cuja responsabilidade remonta à iniciativa privada), ou mesmo quando de relações obrigacionais entre particulares.

Quando a Administração Pública é devedora, o pagamento, se maior do que quantia legalmente estabelecida pelos entes federativos – as ditas Requisições de Pequeno Valor (RPVs) – sujeitam-se ao regime do precatório. Premente, ainda, esclarecer que a unidade federativa poderá fazer o pagamento das dívidas em até quinze anos, o que foi possibilitado com a Emenda Constitucional n. 62, de 2009.

Insta consignar que foram opostas quatro ações diretas de inconstitucionalidade impugnando referida emenda constitucional, das quais duas foram julgadas extintas sem resolução de mérito (por ilegitimidade ativa), uma vez que não foi demonstrada a pertinência temática pelas entidades de classe (ANAMAGES e ANAMATRA, ADIs n. 4.372 e n. 4.400, respectivamente). As ações constitucionais manejadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e pela Confederação Nacional das Indústrias foram julgadas parcialmente procedentes pelo STF, ainda pendente a publicação do acórdão, com os limites da modulação dos efeitos da decisão (ADIs 4.357 e 4.425).

3.1.4 Da medida liminar

Nova distinção, ainda no ramo processual do Direito, diz respeito à vedação de concessão de medidas liminares ou cautelares em desfavor das fazendas públicas (art. 1º, Lei n. 8.437/1992) e, além disso, à distinção quanto ao índice de juros incidentes naquelas dívidas (art. 1º - F da Lei n. 9.494/1997, com nova redação).

Assim, o tratamento processual dispensado às fazendas públicas, nessa visão primária, mostra-se em parcial desacordo com o disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, violando, por conseguinte, o princípio da isonomia.

3.1.4.1 Da vedação de concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública

Como cediço, o art. 273 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei n. 8.952, de 1994, tratou a antecipação dos efeitos da tutela – total ou parcial – como regra geral. No entanto, para que

tal medida seja deferida pelo magistrado, deverá ser comprovado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, ser caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, nos exatos termos da lei. Demais disso, o § 2º do citado artigo exige, como condição da concessão, inexistência de perigo de irreversibilidade da medida antecipatória.

Com efeito, ao deliberar pelo deferimento da medida antecipatória, o magistrado deve estar convencido minimamente acerca da existência de prova inequívoca bem como da verossimilhança das alegações autorais. Além, é claro, de haver, a qualquer momento, possibilidade de reversão do provimento.

Não se pode, entretanto, descuidar do disposto no art. 7º, e parágrafos, da Lei n. 12.016, de 2009 – que regulamenta o mandado de segurança. Tal dispositivo veda a concessão da medida de urgência em diversos casos e, além disso, estende seus efeitos às previsões do art. 273, consoante literalidade do § 5º.

Por outro lado, depreende-se das lições de Athos Gusmão Carneiro que

[...] a vedação não tem cabimento quando se tratar de situações especiais, nas quais resta evidente o estado de necessidade e a exigência da preservação da vida humana, sendo, pois, imperiosa a antecipação da tutela como condição até mesmo de sobrevivência do jurisdicionado (CARNEIRO, 2002, p. 89-90).

3.1.4.2 Da vedação e da igualdade à diferença – a posição dos tribunais

O Supremo Tribunal Federal, em ação declaratória de constitucionalidade, assim considerou acerca da concessão de medida liminar no controle concentrado:

AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N. 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO [...]. 6. Há plausibili-

dade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“*fumus boni iuris*”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “*periculum in mora*”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “*ex nunc*”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “*ex nunc*”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.

ADC 4 MC, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 11.2.1998, DJ 21 maio 1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001.

Impende ressaltar que tal entendimento foi referendado pelo Pleno, em 1º de outubro de 2008, quando na decisão final meritória a maioria dos magistrados julgou procedente a ação declaratória de constitucionalidade – acórdão pendente de publicação.

Nesse mesmo sentido, em razão da promulgação da nova lei do mandado de segurança (Lei n. 12.016/2009), entendeu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região que a referida alteração não modificou o conteúdo das normas revogadas (aquelas elencadas no *caput* do art. 1º da Lei n. 9.494/1997). Destarte, a jurisprudência ainda considera constitucional referido dispositivo legal, mesmo em face da nova lei do mandado de segurança. Leia-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA EM QUE O ORA AGRAVANTE, SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO, OBJETIVA O PAGAMENTO DE DIFERENÇAS DE PROVENTOS DESDE A DATA DA CONCESSÃO DE SUA APOSENTADORIA,

DECORRENTES DO DIAGNÓSTICO DE CARDIOPATIA GRAVE. VEDAÇÃO LEGAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE TEVE SEU SEGUIMENTO NEGADO. AGRAVO LEGAL DESPROVIDO PELO MESMO FUNDAMENTO. I - O art. 1º da Lei nº 9.494/97 veda a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos que resultem aumento de despesas, dispositivo esse que teve reconhecida sua constitucionalidade na ADC nº 4, STF. II - *A concessão de medidas liminares e tutela antecipada em face da Fazenda Pública está atualmente regulada pela Lei do Mandado de Segurança (nº 12.016/2009), que revogou as Leis nºs 4.348/64 e 5.021/66.* III - *Essa alteração legislativa não modificou o conteúdo das normas revogadas, no tocante à proibição de liminares que importem em pagamento de qualquer natureza a servidores públicos, dentre outras vedações (Lei nº 12.016/2009 - art. 7º, § 2º).* IV - Precedentes do C. STF. V - Agravo legal a que se nega provimento.

TRF-3 - AI: 3346 SP 0003346-80.2013.4.03.0000, rel. desembargador federal Antonio Cedenho, Data de Julgamento: 6.5.2013, QUINTA TURMA.

O aresto da lavra do Tribunal de Justiça mineiro, em sede de agravo de instrumento em ação ordinária contra o município de Belo Horizonte, aparentemente esposou a tese de aplicação da regra geral (art. 273 do Código de Processo Civil). Dessa forma, a *contrario sensu*, depreende-se que, se preenchidos os requisitos da verossimilhança das alegações e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação, imperioso seria o deferimento do pleito antecipatório, mesmo que contrário à disposição do art. 1º da Lei n. 9.494/1997. Veja-se:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL - DIREITO ADMINISTRATIVO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - INDEFERIMENTO - VERBA ALIMENTAR - IRREPETIBILIDADE - VEDAÇÃO LEGAL - ARTIGO 273, PARÁGRAFO 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. Não é possível a antecipação de tutela, quando a providência reclamada envolve pagamento de verba de natureza alimentar, que é irrepitível por natureza, gerando irreversibilidade; o que impõe a aplicação do disposto no parágrafo 2º, do artigo 273, do Código de Processo Civil;

e, ainda, quando não se verifica presente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação.

(0240548-66.2011.8.13.0000 – rel. des. Moreira Diniz – DJ 4 ago. 2011 – DJe 16 ago. 2011).

3.1.5 Do procedimento sumaríssimo

Sabe-se que o constituinte originário de 1988, imbricado na busca de uma atividade jurisdicional mais célere, dispôs sobre a criação de juizados de pequenas causas, hoje entendidos como juizados especiais.

A competência legislativa é concorrente da União, Estados federados e Distrito Federal. Nesse sentido, cabe à União Federal a disposição de regras gerais sobre criação, funcionamento e o procedimento dos juizados especiais; é o que se observa da leitura do art. 24, inciso X, da Carta Maior.

Tais juizados comporão a função judiciária, devendo abranger demandas cíveis de menor complexidade, assim definidas até o limite de 60 salários-mínimos – excetuações pontuais, conforme art. 2º da Lei n. 12.153/2009 –, e de natureza criminal de menor potencial ofensivo. Sua criação ficará a cargo dos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Há diversas particularidades que diferenciam o funcionamento jurisdicional dos ditos JESPs. A principiologia é *sui generis*, tendo por diretrizes o intuito conciliatório, a oralidade, celeridade e informalidade. Demais disso, a composição será de juízes leigos e togados, imbuídos de afã conciliador. É o que dispõe o art. 98, inciso I, da Carta Política.

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos,

nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]

Nesse desiderato, o legislador federal editou a Lei n. 12.153 de 2009, que dispõe sobre os juizados especiais da Fazenda Pública nos estados, Distrito Federal, territórios e municípios.

Para os fins aqui propostos, cabe ressaltar que o legislador ordinário houve por bem não conceder prerrogativa de direito de prazo distinto para o ente-público, e o consignou de forma expressa. É assim a disposição do art. 7º do regramento do Juizado de Fazenda, que aqui se transcreve:

Art. 7º Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de 30 (trinta) dias.

Tampouco houve vedação à concessão de medidas antecipatórias dos efeitos da tutela ou de natureza cautelar, em estrita consonância com o art. 3º do citado diploma legal.

Assim, depreende-se que o magistrado, *ex officio* ou a requerimento da parte interessada, poderá determinar providências cautelares ou antecipatórias, desde que com o fito de evitar dano irreparável ou de difícil reparação – preenchidos os pressupostos legais.

Côncio do dever de tratamento isonômico das pessoas integrantes da relação processual nos juizados de fazenda, o legislador ainda consignou expressamente a exclusão do recurso involuntário, reexame necessário, das causas de sua competência. É o que dispõe o art. 11, *ipsis litteris*: “Nas causas de que trata esta Lei, não haverá reexame necessário”.

Em síntese, o fato de o legislador ordinário não ter ressalvado as prerrogativas processuais fazendárias é sinal de que não mais se mostram necessárias.

Trata-se, dessa forma, de política legislativa. O legislador, limitado pelo comando constitucional da isonomia (igualdade na lei), não pode incluir fatores de discriminação que resultem em rompimento

da ordem isonômica. Salutar tal iniciativa, uma vez que possibilita o efeito da constitucionalização do direito ordinário.

Demais disso, tem-se que, por questões de razoabilidade, a escolha do procedimento a ser seguido não tem o condão de distinguir direitos das partes. Não é o procedimento que disciplinará as prerrogativas de direito de alguma das partes, mas sim o arcabouço jurídico material.

Por conseguinte, em lei posterior de mesma hierarquia, tratando de coincidente matéria, restou operada a derrogação de dispositivos do Código de Processo Civil, em especial na parte que concede as famigeradas prerrogativas de direito.

Os tribunais não têm apresentado resistência à exclusão das referidas prerrogativas⁵.

Convém anotar, outrossim, que pensar de forma diversa significaria colocar em risco a incolumidade da infante garantia de direitos humanos e fundamentais na novel democracia brasileira.

No julgamento do Habeas Corpus n. 70.514/SP, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da norma que concedia prazo diferenciado à Defensoria Pública, pois em fase ainda de criação e aparelhamento. No entanto, não prevaleceu o prazo processual penal dobrado para o Ministério Público, pelo fato de encontrar-se institucionalizado e mais bem aparelhado. Dessa forma, depreende-se que a prerrogativa de prazo dobrado à Defensoria somente será constitucional enquanto não perfeitos sua criação e aparelhamento. Veja-se o aresto:

Direito Constitucional e Processual Penal. Defensores Públicos: prazo em dobro para interposição de recursos (§ 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989). Constitucionalidade. “Habeas Corpus”. Nulidades. Intimação pessoal dos Defensores Públicos e prazo em dobro para interposição de recursos. 1. Não é de ser reconhecida a inconstitucionalidade do § 5º do

5 TRF-1-AG:80263RO0080263-05.2010.4.01.0000; TJ-DF-ACJ: 1739318920118070001 DF 0173931-89.2011.807.0001; TJ-SP - ED: 5521886420108260000 SP 0552188-64.2010.8.26.0000.

art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989, no ponto em que confere prazo em dobro, para recurso, às Defensorias Públicas, ao menos até que sua organização, nos Estados, alcance o nível de organização do respectivo Ministério Público, que é a parte adversa, como órgão de acusação, no processo da ação penal pública. 2. Deve ser anulado, pelo Supremo Tribunal Federal, acórdão de Tribunal que não conhece de apelação interposta por Defensor Público, por considerá-la intempestiva, sem levar em conta o prazo em dobro para recurso, de que trata o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060, de 05.02.1950, acrescentado pela Lei n. 7.871, de 08.11.1989. 3. A anulação também se justifica, se, apesar do disposto no mesmo parágrafo, o julgamento do recurso se realiza, sem intimação pessoal do Defensor Público e resulta desfavorável ao réu, seja, quanto a sua própria apelação, seja quanto à interposta pelo Ministério Público. 4. A anulação deve beneficiar também o co-réu, defendido pelo mesmo Defensor Público, ainda que não tenha apelado, se o julgamento do recurso interposto pelo Ministério Público, realizado nas referidas circunstâncias, lhe é igualmente desfavorável. “Habeas Corpus” deferido para tais fins, devendo o novo julgamento se realizar com prévia intimação pessoal do Defensor Público, afastada a questão da tempestividade da apelação do réu, interposto dentro do prazo em dobro.

(HC 70514, rel. min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23.3.1994, *DJ* 27 jun. 1997 PP-30225 EMENT VOL-01875-03 PP-00450).

Posteriormente, com a promulgação da Lei Complementar n. 132 de 1999, que altera dispositivos da Lei Complementar n. 80 de 1994 – a qual, por sua vez, organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados –, restou estabelecido, consoante disposição contida no art. 44, inciso I, que os prazos para a Defensoria Pública da União são duplicados, prerrogativa estendida às defensorias estaduais por força do art. 124.

Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União:

I - receber, inclusive quando necessário, mediante entrega dos autos com vista, intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição ou instância administrativa, contando-se-lhes em dobro todos os prazos;

[...]

Art. 124. À lei estadual cabe fixar a remuneração dos cargos da carreira do respectivo Estado, observado o disposto no art. 135 da Constituição Federal.

§ 2º Os membros das Defensorias Públicas dos Estados têm os direitos assegurados pela legislação da respectiva unidade da Federação e nesta Lei Complementar.

Por fim, tem-se aqui que a argumentação exposta no sentido de negativa das prerrogativas às fazendas públicas não pode ser aplicada, neste momento, às Defensorias, uma vez que está em incipiente processo de criação e instauração em algumas unidades federativas.

Esse maior prazo para as manifestações processuais mostra-se necessário para o fiel cumprimento de suas atribuições constitucionais das Defensorias Públicas, que são das mais relevantes atualmente – essenciais à justiça.

Nesse esteio, até a consolidação da instituição, provimento de pessoal adequado, estruturação física eficaz e ideal funcionamento, afiguram-se constitucionais as prerrogativas de direito em juízo de que goza a instituição Defensoria Pública (da União, dos Estados e do Distrito Federal).

4 Conclusão

Por todo o exposto, entende-se serem, regra geral, inconstitucionais as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, mais ainda pelo fato de os órgãos de defesa das pessoas jurídicas de direito público interno encontrarem-se institucionalizados há bastante tempo – excetuados alguns pequenos entes municipais que não têm capacidade de instituir procuradorias efetivas, em razão da escassez dos recursos financeiros.

Em sentido análogo ao entendido pelo Supremo Tribunal Federal, reputa-se perfeita a inconstitucionalidade das referidas prerrogativas de direito. É que, no momento de promulgação do Código de Processo

Civil, de 1973, provavelmente havia déficit de pessoal, ou de ativos patrimoniais, que justificassem as famigeradas prerrogativas. Em igual sentido, com o advento da Carta Magna de 1988, tem-se por ter operado a não recepção de referidas normas, uma vez que não adequadas ao contexto fático-jurídico então inaugurado.

Tal distinção faz menos sentido ainda com a Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998, que consignou expressamente ser princípio-diretriz da atividade administrativa brasileira a eficiência.

O valor simbólico da constitucionalização do princípio corrobora o entendimento aqui esposado acerca da inadequação das prerrogativas fazendárias. Além disso, o incremento dos meios de comunicação, principalmente os virtuais, possibilita maior efetividade e acesso aos documentos e informações de repositórios públicos, o que desnatura a necessidade dilatória de prazo.

Impende, ainda, ressaltar que a ideia de *razoável duração do processo* foi incorporada na sistemática constitucional por meio do poder constituinte derivado (EC n. 45, de 2004), o que, mais uma vez, robustece os argumentos aqui expostos.

Embora se possa arguir a inconstitucionalidade das prerrogativas da Defensoria Pública, em especial a exigência de intimação pessoal e do prazo maior para manifestações⁶, não há que sustentar a argumentação. É que, consoante disposição constitucional, a Defensoria Pública exerce atividade essencial à função jurisdicional e tem por objetivo garantir o direito fundamental à promoção de assistência judicial aos necessitados, consoante teor do art. 5º, inciso LXXIV (*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*).

Nesse mister, comungando com o julgado em diversas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal, as prerrogativas da Defensoria Pública encontram-se em processo de inconstitucionalização, mantendo-se, por conseguinte, ainda constitucionais. Em situação semelhante à dos pequenos municípios.

⁶ Vide prescrição do art. 128 da Lei Complementar n. 80/1994.

Dar-se-á tão somente a inconstitucionalidade plena com o aperfeiçoamento do pessoal e estrutura das defensorias públicas dos entes federativos, o que, após 25 anos da Constituição Cidadã, ainda não ocorreu.

Pelo exposto, entende-se ser aplicável a ideia de igualdade à diferença proposta por Souza Cruz somente em relação à Defensoria Pública e a alguns municípios de pequena monta, nos quais inexistente o órgão da Advocacia Pública, uma vez que espécie de discriminação lícita (fundamento na efetividade dos direitos fundamentais, como dito).

Atualmente, tem-se por ilícita a discriminação relativa às fazendas públicas, pois inexistente argumento que a sustente validamente. Deve, destarte, manter relação paritária com os particulares que demandam contra ela, ou que são demandados pelos entes públicos.

Ante todo o exposto, em razão da evidente inconstitucionalidade, devem ser rechaçadas as prerrogativas da Fazenda Pública em juízo, na medida em que atentatórias aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito brasileiro, e especialmente, em frontal violação ao princípio constitucional da isonomia. No particular caso dos municípios (análise casuística) e das defensorias públicas, caberia ao Poder Judiciário a decisão acerca da concessão ou não das famigeradas prerrogativas, em atenção à ideia de igualdade à diferença.

Referências

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 10 set. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In: AGRA, Walber de Moura. *Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*. v. 2, tomo III. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 20. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil*. v. 2. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed., rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2012.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2006.

LENZA, Pedro. *Curso de direito constitucional esquematizado*. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. v. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUSA, Boaventura de. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.