ANDRÉ ALMEIDA GARCIA

REPENSANDO O PROCESSO CONTRA O PODER PÚBLICO

Tese de Doutorado

ORIENTADOR: Professor Titular JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Departamento de Direito Processual

São Paulo – Janeiro de 2014

ANDRÉ ALMEIDA GARCIA

Repensando o processo contra o Poder Público

Tese Apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo
para obtenção do título de
Doutor em Direito

Área de Concentração:
Direito Processual

Orientador: Professor Titular
José Roberto dos Santos Bedaque

São Paulo
Janeiro de 2014

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e de pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Garcia, André Almeida.

Repensando o Processo contra o Poder Público / André Almeida Garcia ;
Orientador José Roberto dos Santos Bedaque. - São Paulo, 2014. 170f. : il.

Tese (Doutorado)--Universidade de São Paulo, 2014.

1. Processo. 2. Poder Público. 3. Processo contra o Poder Público.
4. Prerrogativas Processuais. 5. Direito Processual.

I. Garcia, André Almeida. II. Título: Repensando o Processo contra o Poder
Público.

CDD.....

PARA HELENA E HENRIQUE,

Filhos amados, com quem mais aprendo do que ensino:
Aprendo o significado e a prática do Amor Incondicional,
Que a felicidade pode estar presente nos momentos mais simples,
E que o tempo é o recurso mais valioso de nossas vidas,
Especialmente o que passamos juntos.

Talvez não consiga compensar minhas necessárias ausências,
Mas saibam que farei o meu melhor e tentarei com intensidade.
Espero que cresçam e compreendam as escolhas que fiz.
Não para que as sigam, mas para que inspirem reflexões,
E uma consciente tomada de decisões.

E que esta tese,
Fruto desse nosso sacrifício de tempo juntos,
Seja capaz de um dia motivá-los a pensar
Que é possível com um país melhor sonhar.

Amo vocês!

“O Estado é mau pelo simples fato de ser Estado”

NORBERTO BOBBIO

RESUMO

GARCIA, André Almeida. **Repensando o Processo contra o Poder Público**. 2014. 170 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Deve ser revisto o processo contra o Poder Público por estar inadequada a relação de instrumentalidade entre os aspectos de direito material e a sistemática processual.

O processo, instrumento de atuação do Poder Judiciário na contenção ao exercício do poder estatal, não corresponde às exigências políticas do modo de ser do Estado e tampouco às do direito administrativo, que tem sido reformulado para orbitar em torno da supremacia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

As mudanças sugeridas não se restringem ao campo legislativo, havendo especial enfoque na postura que deve ser assumida pelos magistrados na condução desse tipo de demanda, em que o conflito de interesses é diferenciado e, dependendo do prisma que se adote, até mesmo inexistente por não ser possível sempre supor uma pretensão resistida.

O exercício da atividade jurisdicional nas demandas contra o Poder Público deve estar focado principalmente no seu escopo jurídico, a realização prática do direito, o que impulsiona iniciativas probatórias por parte do juiz e confere ao processo maiores características inquisitivas.

Há uma verdadeira *inversão de valores*: se, para atender à igualdade material, for necessário dar tratamento diferenciado, a posição de vantagem processual deve estar ao lado do cidadão, parte *vulnerável* da relação.

Palavras Chave: Processo. Poder Público. Prerrogativas.

ABSTRACT

GARCIA, André Almeida. **Repensando o Processo contra o Poder Público**. 2014. 170 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

The process against the Government should be reviewed for being inadequate the instrumentality relation between aspects of substantive law and procedural system.

The process, instrument performance of the judiciary in curbing the exercise of state power, does not correspond to the political demands of the mode of being of the State nor the demands of administrative law, which has been reformulated to orbit the supremacy of fundamental rights of citizens.

The suggested changes are not restricted to the legislative field, with special focus on posture that must be assumed by magistrates in conducting this type of demand, in which the conflict of interest is different and, depending on the perspective one adopts, even nonexistent for not be possible always assume a weathered claim.

The exercise of judicial activity in demands against the Government should be focused primarily on its legal scope, the practical realization of the right, which drives evidentiary initiatives by the judge and gives larger inquisitive characteristics to the process.

There is a real values reversal: if, to find the substantive equality, it is necessary to give differential treatment, the procedural benefits should be on the side of citizens, vulnerable part of the relationship.

Key words: Process. Government. Prerogatives.

RIASSUNTO

GARCIA, André Almeida. **Repensando o Processo contra o Poder Público**. 2014. 170 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Il processo contro il governo dovrebbe essere rivisto per essere inadeguato il rapporto di strumentalità tra gli aspetti di diritto sostanziale e sistema procedurale.

Il processo, strumento della magistratura nel limitare l'esercizio del potere statale, non corrisponde alle esigenze politiche del modo di essere dello Stato, né di diritto amministrativo, che è stato riformulato per orbitare la supremazia dei diritti fondamentali dei cittadini.

Le modifiche proposte non si limitano al campo legislativo, con particolare attenzione alla postura che deve essere assunta dai magistrati nel condurre questo tipo di domanda, in cui il conflitto di interessi è diverso e, a seconda della prospettiva si adotta, anche inesistente per non essere possibile assumere sempre la resistenza della domanda.

L'esercizio dell'attività giudiziaria nelle richieste nei confronti del governo dovrebbe essere incentrata principalmente sulla sua portata giuridica, la realizzazione pratica del diritto, che guidare iniziative probatorie dal giudice e dà le maggiori caratteristiche inquisitive al processo.

C'è una reale inversione di valori: se, per soddisfare la sostanziale parità, è necessario un trattamento differenziale, la posizione di vantaggio procedurale deve essere il lato cittadino, parte vulnerabile del rapporto.

Parole Chiave: Processo. Potere Pubblico. Prerogative.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS..... - 12 -

- 1. UMA VISÃO ICONOCLASTA..... - 12 -
- 2. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA..... - 14 -
- 3. NOTA TERMINOLÓGICA..... - 16 -

CAPÍTULO 2 - O PAPEL DO JUDICIÁRIO: A CONTENÇÃO AO PODER..... - 19 -

- 4. O LEVIATÃ DOMESTICADO..... - 19 -
- 5. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: OS DIREITOS SOCIAIS - 21 -
- 6. TRIPARTIÇÃO DO PODER - 24 -
- 7. JUDICIÁRIO, UM SUPERPODER?..... - 29 -
- 8. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS - 30 -
- 9. SÍNTESE CONCLUSIVA PARCIAL: O PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO - 32 -

CAPÍTULO 3 – PROCESSO, O INSTRUMENTO DO PODER JUDICIÁRIO - 34 -

- 10. JURISDIÇÃO E DEMANDAS CONTRA O PODER PÚBLICO - 34 -
- 11. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - 38 -
- 12. INSTRUMENTALIDADE E PODER PÚBLICO - 40 -

CAPÍTULO 4 – PROCESSO E INTERESSE PÚBLICO - 43 -

- 13. A INADEQUADA RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE - 43 -
- 14. INTERESSE PÚBLICO E SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... - 45 -

CAPÍTULO 5 – ISONOMIA, PRERROGATIVAS E PRIVILÉGIOS - 53 -

15. A ISONOMIA MATERIAL E O TRATAMENTO PARITÁRIO	- 53 -
16. PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS?	- 57 -
17. PRIVILÉGIOS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS	- 62 -

CAPÍTULO 6 – REVISÃO CRÍTICA DE ALGUMAS PRERROGATIVAS EM ESPÉCIE - 64 -

18. PROPOSTA DO CAPÍTULO	- 64 -
19. OS PRAZOS DO PODER PÚBLICO	- 65 -
20. REPRESENTAÇÃO E CIÊNCIA DOS ATOS PROCESSUAIS	- 70 -
21. DESPESAS PROCESSUAIS	- 70 -
22. AS MULTAS PROCESSUAIS E O PODER PÚBLICO	- 73 -
23. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	- 75 -
24. TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO	- 79 -
25. REEXAME NECESSÁRIO	- 82 -

CAPÍTULO 7 – INDISPONIBILIDADE E OUTROS MITOS - 85 -

26. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO	- 85 -
27. O RECONHECIMENTO DO PEDIDO	- 89 -
28. AUDIÊNCIA PRELIMINAR E CONCILIAÇÃO	- 91 -
29. ÔNUS DE IMPUGNAR, CONFISSÃO E REVELIA	- 93 -
30. MONITÓRIA	- 98 -

**CAPÍTULO 8 – O PAPEL DO JUIZ: A PROVA E O
COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO..... - 101 -**

31. O PAPEL DO JUIZ E A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA - 101 -
32. INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA E PODER PÚBLICO - 105 -
33. O JUIZ E O COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO - 109 -

CAPÍTULO 9 – A EXECUÇÃO CONTRA O PODER PÚBLICO.... - 112 -

34. UMA VERDADEIRA CRISE DE SATISFAÇÃO - 112 -
35. A IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS - 114 -
36. A EXECUÇÃO IMPRÓPRIA - 116 -
37. EXECUÇÃO PROVISÓRIA - 120 -
38. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO - 122 -
39. OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS - 123 -

**CAPÍTULO 10 – PRERROGATIVAS PARA OS CIDADÃOS E OUTRAS
CONCLUSÕES - 128 -**

CAPÍTULO XI – SÍNTESE CONCLUSIVA - 139 -

BIBLIOGRAFIA - 141 -

CAPÍTULO 1 – CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

1. UMA VISÃO ICONOCLASTA

Não é tarefa simples escrever sobre o processo contra o Poder Público. O interesse pelo assunto, convém desde já reconhecer, deriva da minha atuação profissional como advogado de servidores públicos do Estado e do Município de São Paulo em processos movidos em face da Administração Pública buscando, principalmente, o recebimento de diferenças remuneratórias não pagas adequada e oportunamente, o que é feito em observância ao regime constitucional dos precatórios.

Disso decorre a primeira das dificuldades: conseguir tratar do tema sem os vícios tendenciosos decorrentes da prática profissional, postura que somente enfraqueceria o aspecto técnico-científico que se pretende presente em uma tese de doutorado. Justamente pela preocupação com a substância daquilo que se visa transmitir à comunidade jurídica é que se mostra pertinente esse esclarecimento inicial, tentando-se assim evitar que sejam neutralizadas as críticas esugestões que doravante serão apresentadas a respeito de *como* se entende que *deveria ser* o processo contra o Poder Público.

O debate sobre o tema, especialmente no âmbito acadêmico, é essencial para que se consiga avançar na construção e consolidação de um Estado Democrático de Direito justo e social, razão pela qual não pode ser diminuído com argumentos *ad hominem*, devendo apenas as idéias ocupar o centro das discussões.

Aliás, é mesmo natural que a escolha temática de trabalhos acadêmicos possa ser influenciada por aquilo com o que profissional se depara no desempenho de suas atividades.

Essa ressalva vale também noutro sentido, levando-se em consideração que diversas publicações relacionadas ao tema foram escritas por aqueles que atuam na área do direito público, tal como LEONARDO JOSÉ CARNEIRO

DA CUNHA, Procurador do Estado, cujo livro *A Fazenda Pública em Juízo* é considerado um dos mais completos sobre o assunto, tendo bastante sucesso no mercado editorial, com mais de uma dezena de edições.

Mas escrever sobre o processo contra o Poder Público se torna ainda mais complexo pela percepção um tanto quanto generalizada na comunidade jurídica de que esse é um tema que “não tem solução”; a resignação é tamanha que são tímidas as reações contra alterações legislativas que, cada vez mais, ampliam a posição de vantagem do Poder Público em processos que contra ele são movidos.

Do mesmo modo, ainda são poucas as vozes que se insurgem contra a visão de que o Estado realmente merece um tratamento protetivo da legislação quando atua judicialmente devido ao fato de que ele defende o interesse e o dinheiro de toda a coletividade, tratando o fossilizado conceito de *supremacia do interesse público* como uma senha que, uma vez pronunciada, tudo justifica, inclusive a concessão prática de um salvo conduto ao Poder Público...

Invocação reiterada de termos cujos significados equívocos foram utilizados para se fixar premissas, há muito cristalizadas e pouco questionadas, contribuíram para a mitificação do tema, aceitando-se, ora com resignação, ora com desinteresse, como se verdadeiro fosse o fato de que o Poder Público merece possuir prerrogativas no processo e ser tratado com bastante parcimônia pelos juízes, que muitas vezes buscam razões desassociadas da técnica jurídica para assim evitar “maiores danos” ao erário.

Respeito à separação dos poderes, indisponibilidade e supremacia do interesse público, presunção de veracidade dos atos administrativos, dificuldade de defesa e muitas outras são as expressões empregadas para justificar privilégios processuais e referendar posturas comedidas de juízes em processos contra o Poder Público, o que fez com que o tema tenha sido erroneamente iconizado, mantendo a mesma (ou pior) configuração que tinha no regime autoritário brasileiro.

Assim, ainda que não se possa ser ingênuo a ponto de supor que esta tese tenha a capacidade de, por si só, alterar esse estado de coisas, por acreditar que é preciso dar o primeiro passo para que se possa em algum lugar

chegar, será aqui apresentada uma visão iconoclasta a respeito do processo contra o Poder Público, revendo-se premissas para contribuir para sua revisão e reformulação, tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*.

Também é necessário que o *acesso à justiça* seja uma realidade contra a máquina estatal, cada vez mais aparelhada e detentora de vastíssimos recursos (e aqui vem à mente Hobbes e seu *Leviatã*).

É essencial, portanto, seja feita uma imediata revisão do processo contra o Poder Público tendo-se claro que nessa modalidade se está diante de distinto conflito de interesses¹, devendo ser permeado pela atual visão da tripartição dos poderes e da consciência de que o Poder Público deve zelar pela fiel observância do interesse público, cuja prioridade inegável há de ser o cumprimento e a implantação dos direitos e garantias individuais assegurados pelo texto constitucional; ou, de modo mais prosaico, o processo contra o Poder Público deve refletir a posição de *subserviência* que o Estado se encontra para com o cidadão.

Sendo esse, portanto, o principal objetivo da tese, será necessário limitar o campo de estudos e aprofundamento; muito embora se busque tratar das situações especiais presentes na legislação processual que versa sobre o Poder Público em juízo, alguns cortes serão necessários, especialmente quanto à profundidade do exame de alguns institutos, sob pena de, não o fazendo, desviar-se do escopo central deste estudo.

2. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

A proposta principal é demonstrar que o regramento e a prática dos processos contra o Poder Público estão baseados em premissas equivocadas extraídas do direito substancial, revelando assim uma *inadequação da*

¹ SCARPINELLA BUENO, “Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização”, pp. 23-24.

relação de instrumentalidade, conceito tão caro ao atual estágio evolutivo da ciência processual. Sem que esteja adequada a relação de instrumentalidade, não há como evoluir satisfatoriamente para a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

A maneira de *repensar* o processo contra o Poder Público partirá, pois, da premissa de que é essencial bem compreender a relação de instrumentalidade entre direito e processo para, com base na devida percepção das exigências do direito material, verificar se o instrumento destinado a realizá-lo de fato encontra-se adequado à sua finalidade.

Pretende-se com isso, ao final, comprovar que há uma verdadeira *inversão de valores*: em verdade, parece-nos que em alguns momentos as prerrogativas deveriam estar ao lado daqueles que litigam contra o Poder Público; sendo o cidadão a parte evidentemente mais *vulnerável* da relação, merece ser tratado desigualmente (na medida da sua desigualdade), alcançando-se assim a *isonomia material* pretendida pela Constituição Federal, encarada como *paridade de armas* no âmbito do processo.

Para que se chegue a tal desfecho, será necessário refletir sobre o *papel do Poder Judiciário* no Estado Democrático de Direito, especialmente sob a ótica da *tripartição do poder*, analisando-se institutos processuais consagrados pela Teoria Geral do Processo como a própria *jurisdição* e *atividade jurisdicional* nas demandas movidas em face do Poder Público.

De maneira mais específica, serão examinadas algumas das *prerrogativas processuais* da Fazenda Pública sob a ótica da instrumentalidade (e, portanto, do direito material) e também o *papel do juiz* nas demandas em que a conduta da Administração Pública esteja sendo questionada (e no exame e controle do *comportamento processual do Poder Público*).

O objetivo é demonstrar que nesse tipo de litígio deve haver uma ativa participação do magistrado, especialmente no que diz respeito à investigação dos fatos (*maior aproximação com o sistema inquisitivo*), inclusive com reflexos no momento de proferir o julgamento em caso de insuficiência de

provas, oportunidade em que poderá sim cogitar a *inversão judicial do ônus da prova* contra o Poder Público.

3. NOTA TERMINOLÓGICA

Com o título “**Repensando o processo contra o Poder Público**” pretendeu-se sintetizar o escopo principal da tese: a apresentação de fundamentos que impõem a revisão das vigentes normas processuais de demandas em que a Administração Pública seja parte.

O “repensar” do título, por um lado, revela inegável caráter reformista da tese; por outro, faz um convite para uma maior reflexão acerca do tema, muitas vezes esquecido ou simplesmente posto de lado em virtude da natural dificuldade de se conseguir qualquer modificação nesse campo. Mas esse “repensar o processo” não diz respeito apenas à necessidade de que sejam feitas mudanças legislativas; talvez não seja bem isso o mais importante, mas sim a tomada de consciência de como deve ser desenvolvido esse método de trabalho, quais as condutas esperadas das partes e, fundamentalmente, o papel do juiz e o modo de julgar demandas em que esteja o Estado envolvido.

Já com relação ao termo “contra”, é preciso esclarecer que se trata de uma escolha consciente, assumindo mesmo certo distanciamento da recomendação técnica da ciência processual (“em face de”). O motivo disso decorre da necessidade que se tenha sempre presente o papel do Poder Judiciário e, portanto, do processo, seu instrumento de atuação: servir de efetivo *contrapeso* aos demais poderes, assumindo verdadeira postura de fiscal dos atos estatais (o que também revela um dos objetivos desta tese: demonstrar que o chamado princípio da separação dos poderes ou da tripartição do Poder, ao contrário do que se costuma pregar, é na sua essência apenas mais um motivo para que sejam revistas normas, procedimentos e a atuação daqueles que participam de demandas que envolvam o Poder Público).

O termo “Poder Público”, por sua vez, também não foi à toa escolhido: prevalecendo aqui a intenção de afastar uma mensagem (de certa forma subliminar) transmitida pela corriqueira expressão “Fazenda Pública”, qual seja, a de que o objetivo principal da atuação do Poder Público em juízo seria tão somente proteger o erário (não é, como será demonstrado ao longo deste trabalho). Por isso, é preciso afastar-se desse aspecto financeiro, tão arraigado, que deu origem à terminologia usual².

Ocorre que o uso da expressão, embora consagrada, acaba por realçar apenas uma das facetas do Estado, enfatizando sobremaneira a questão das finanças públicas, como se a preservação e o incremento destas fossem os valores mais importantes que o caracterizaria e, principalmente, legitimaria sua existência e sua atuação.

Por outro lado, por “Poder Público” compreendem-se os órgãos que visam à realização dos fins do Estado, os quais certamente não estão limitados a questões financeiras, indo muito mais além na persecução dos interesses da coletividade, como se infere com facilidade da Constituição Federal de 1988, a “Carta Cidadã”, em que há nítida preocupação em assegurar a observância plena da *supremacia dos direitos humanos fundamentais*. Daí a predileção pela expressão “Poder Público”.

A importância não é propriamente da nomenclatura que se adota, mas sim do valor pelo qual se opta por enfatizar. Não há dúvidas de que uma das funções do Estado é proteger o erário; entretanto, menos dúvidas devem existir quando se afirma que sua atuação deve ser sempre pautada pela *obcecada busca da efetiva realização dos direitos e garantias fundamentais*.

É, pois, sob esta ótica que se deve analisar (e rever) o processo contra o Poder Público, sendo certo que por muitas vezes será necessário

² Confirmando o que está sendo dito, veja-se ilustrativa explicação de HELY LOPES MEIRELLES: “a Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda” (Curso de Direito Administrativo, p. 732). Assim também LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA, que associa a expressão “Fazenda Pública” às finanças estaduais (A Fazenda Pública em Juízo, p. 15).

verificar os valores contrapostos envolvidos para optar, em juízo de proporcionalidade, entre a proteção às finanças públicas e a realização de um direito humano fundamental. E, no atual estágio evolutivo da democracia brasileira, não seria crível dúvidas houvesse a respeito de qual destes seria o valor mais importante...

No entanto, se para o título a ênfase possui a importância aqui exposta, para evitar cansativa repetição, no decorrer do trabalho serão empregadas, como sinônimas (embora tecnicamente nem sempre o sejam), tantas outras expressões para fazer referência às pessoas jurídicas de direito público³, organizadas “à imagem e semelhança das pessoas físicas”⁴, tais como “Administração Pública”, “Administração”, “Estado”, “Poder Público” e também “Fazenda Pública”, que inclusive já se faz presente no ordenamento vigente, especialmente no Código de Processo Civil (v.g., arts. 20, §4º, 27, 188, 277 etc.).

Convém apenas frisar que nesses termos estarão englobadas tanto a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) como a Indireta (autarquias, fundações, agências), com exceção das sociedades de economia mista e empresas públicas (pessoas jurídicas de direito privado).

³ A concepção de que o Estado seria uma pessoa jurídica cristalizou-se na Alemanha, no século XIX, partindo dessa premissa essencial a construção do Direito Público moderno, em que o Poder Público assume a condição de sujeito de direitos e deveres que, assim como todos os outros, emite declarações de vontade, firma contratos, possui, adquire e dispõe de bens patrimoniais e – com especial destaque para o tema aqui tratado – está sujeito à jurisdição. Não se pode confundir a Administração Pública com a própria coletividade. Em verdade, a máquina estatal deve ser considerada como um instrumento cuja única razão de existir é servir a sociedade, atuando em consonância com os deveres que para com ela possui, inerentes ao exercício do poder político (GARCÍA DE ENTERRÍA E FERNÁNDEZ, *Curso de Direito Administrativo*, pp. 34-39; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Harmonia entre os poderes e governabilidade”, p. 27).

⁴ AYRES BRITTO: “Assim como a pessoa natural é um feixe de órgãos que lhe são interiores, somente existindo como parcela do seu próprio ser, as pessoas jurídicas são também um conjunto de órgãos dispostos na sua estrutura íntima, como partes essenciais de todo personalizado em que elas consistem (“Separação dos poderes na Constituição Brasileira”, p. 2).

CAPÍTULO 2 – O PAPEL DO JUDICIÁRIO: A CONTENÇÃO AO PODER

*“O governo depende de um esforço
contínuo contra o soberano”.*

(ROUSSEAU⁵)

4. O LEVIATÃ DOMESTICADO

O método de reconstrução da visão que cerca o processo contra o Poder Público parte de uma abordagem inicialmente macroscópica para gradualmente se passar à análise das camadas protetoras e finalmente se chegar ao núcleo aparentemente intangível, com força capaz de justificar uma série de vantagens, prerrogativas e privilégios processuais do Poder Público.

Espera-se, ao final, demonstrar que não restará nada nesse núcleo; no entanto, tendo sido as camadas que o envolvem construídas e consolidadas durante toda a história da humanidade, a posição de prevalência do Estado está culturalmente disseminada, sendo por todos aceita como se fosse algo natural, o que é adiante retransmitido, fazendo com que cada vez mais se aumente o *poder do mito*.

Enquanto não se tiver plena consciência de que o Estado não é nada mais do que uma construção social, cujos integrantes são apenas outros cidadãos que exercem sua função pública com o objetivo central de servir a coletividade, não será possível desmitificar o que tem sido secularmente difundido, com impactos nefastos no modo de ser da sociedade e, por consequência lógica, do ordenamento jurídico.

⁵ *Do contrato social*, p. 84.

Muito embora sejam, nesse contexto, inegáveis os avanços cristalizados pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que, mais de vinte e cinco anos após seu nascedouro, muitos de seus dispositivos possuem mero caráter decorativo, sem verdadeira aplicação prática.

Nesse ponto é que se verifica que o próprio Poder Judiciário durante muito tempo acabou por aceitar esse estado de coisas, deixando os demais *poderes* com bastante liberdade para agir de maneira temerosa, em afronta à Carta Magna e, por óbvio, aos cidadãos.

Recentemente, porém, tem se verificado um começo tímido de mudança no papel que o Poder Judiciário deve assumir; sem um Judiciário forte perante os demais Poderes, de nada adianta elucubrar a respeito dos direitos abstratamente considerados que devem ser assegurados à população; sem capacidade de efetivá-los, não terão outro papel senão ornamental, sendo fonte perene de decepções e desconsolo.

A sociedade brasileira tem mostrado que não tolera mais o descaso com que é tratada, exigindo dos representantes políticos uma postura adequada de fiel cumprimento de seus deveres para que os direitos do cidadão, assegurados pelo ordenamento jurídico, virem realidade.

Bem por isso, o Poder Judiciário tem sido cada vez mais procurado para que sejam controlados os atos administrativos, inclusive com a interferência nas políticas públicas e na própria omissão do Poder Legislativo. É chegada, pois, a hora de domesticar o *Leviatã*, para que toda sua força seja empregada em favor de seu dono, a coletividade.

E a quem cabe exercer essa tarefa de domador? Do ponto de vista institucional, em um Estado Democrático de Direito, deve prevalecer a justiça acima de tudo, do que decorre ser principalmente do Poder Judiciário essa missão. No entanto, tal conclusão suscita dúvidas: numa visão macroscópica, indaga-se se atuar desse modo não implicaria violação à teoria da separação dos poderes; por outro lado, se for possível responder de forma negativa à indagação anterior, de maneira mais específica ficaria ainda a questão: será que o Poder Judiciário possui o instrumental necessário para cumprir essa tarefa?

Para que seja possível posicionar-se acerca de tais questionamentos, será necessária uma breve visita histórica da evolução do Estado e da teoria da separação dos poderes, bem como do controle jurisdicional dos atos administrativos; com isso será possível rever e estabelecer premissas fundamentais para a devida compreensão da tese central aqui desenvolvida.

5. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL: OS DIREITOS SOCIAIS

Foi MAQUIAVEL quem tornou célebre o termo *Estado* na idade moderna⁶; embora seja um vocábulo que comporta diferentes acepções (filosófica, jurídica e sociológica), PAULO BONAVIDES considera a definição de JELLINEK mais adequada à visão moderna de Estado: “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e *dotada de um poder originário de mando*”⁷.

Assim, o *Poder* é considerado um elemento essencial constitutivo do Estado, compreendido como “uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”⁸. É por meio do exercício do Poder que o Estado se impõe com a “máxima imperatividade e firmeza”, definindo as condutas a serem obedecidas pelos indivíduos situados em seu território⁹. A legitimidade desse poder decorre, grosso modo, da necessidade de um ente forte, o Estado, que assegure para a sociedade a imposição de um regramento de condutas que suplante as vontades individuais, gerando assim segurança aos seus integrantes¹⁰.

⁶ Assim é o início de sua obra mais famosa: “Todos os *Estados*, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados” (*O Príncipe*, p. 37).

⁷ *Ciência política*, p. 71.

⁸ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 107.

⁹ PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*, p. 117.

¹⁰ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 28-29; PAULO BONAVIDES, *Ciência Política*, pp. 129-130.

Para HOBBS, o poder constituído não poderia sofrer limitações; reagiram a esse posicionamento LOCKE, MONTESQUIEU e posteriormente ROUSSEAU, um dos inspiradores da Revolução Francesa. E aqui se chega exatamente ao ponto que interessa ao escopo do presente estudo: com o advento da Revolução Francesa, os ideais de ROUSSEAU praticamente definiram o Estado Moderno e os próprios fundamentos da democracia: *o povo é soberano e o Estado deve atuar para atender à vontade geral, síntese das vontades individuais, cujos objetos principais são a liberdade e a igualdade*¹¹.

Surgiu, assim, com base no conceito de ROUSSEAU, o Estado Liberal, em que as Constituições apenas fixavam de modo restrito as limitadas competências dos órgãos do Estado, não se preocupando em estabelecer um escopo comum a ser por ele buscado: o enfoque estava voltado para a liberdade do indivíduo em definir seus próprios objetivos, assegurando ao cidadão o direito à busca daquilo que lhe interessava (“direito à busca da felicidade”). Para tanto, cabia ao Estado providenciar a elaboração e o cumprimento de leis que fixassem as condutas dos cidadãos¹².

Foi com o Estado Liberal que surgiram os direitos individuais de liberdade, denominados direitos humanos de primeira geração, que asseguram a não interferência do Estado e dos demais indivíduos (direito de expressão, de associação, de manifestação do pensamento, o direito ao devido processo etc.)¹³.

Começam, porém, a surgir novas idéias, em que a participação democrática passa a assumir contornos mais expressivos; pensa-se num governo de todas as classes, impulsionado pelas intensas alterações no campo econômico e social como desdobramento dos conflitos entre o trabalho e capital¹⁴: consolida-se a evolução do Estado Liberal para o Estado Social com a Revolução Industrial, no início do século XX, que alterou sobremaneira as relações sociais em razão da vertiginosa concentração de riqueza e da intensa exploração da mão de obra do

¹¹ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 24-29.

¹² COMPARATO, *Ética*, p. 676.

¹³ BUCCI, “O conceito de política pública em direito”, p. 3.

¹⁴ BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 42 e p. 194.

proletariado¹⁵, o que deu origem a direitos sociais, que demandam prestações positivas por parte do Estado, cada vez mais intervencionista (*Welfare State* ou Estado de Bem Estar Social)¹⁶.

Marca importante desse novo Estado intervencionista, do final do século XIX, é o *Sherman Act*, primeira legislação antitruste (1890). Em 1930, após a quebra da bolsa, esse papel do Estado se intensifica (*New Deal* do governo Roosevelt é marco simbólico desse movimento), especialmente após o término da Segunda Guerra Mundial, que consagra definitivamente o Estado Social¹⁷.

No Estado Social, ou Estado Providência – como o chamam os franceses –, o papel do governo está voltado para uma atuação promocional, em que se visa à adoção de programas que permitam o desenvolvimento e o alcance dos direitos sociais previstos no ordenamento; ao contrário do Estado Liberal, as leis não mais apenas definem as regras de conduta, sendo elaboradas com escopo de alterar o *status quo*¹⁸.

Assim, o Estado Social é caracterizado por sua função teleológica, sendo organizado visando à persecução dos objetivos definidos nas Constituições; com isso, no direito público contemporâneo, é função do Estado não apenas editar leis, mas principalmente elaborar políticas públicas que atendam às garantias fundamentais elencadas no texto constitucional, especialmente os direitos sociais, que exigem prestações positivas por parte do Estado¹⁹.

Os direitos sociais são concebidos como complementares às chamadas liberdades públicas ou direitos de liberdade na medida em que permitem sejam plenamente exercidos: “os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida

¹⁵ CANELA JÚNIOR, *Controle judicial de políticas públicas*, p. 70.

¹⁶ ZANETTI JÚNIOR., “A teoria da separação dos poderes e o Estado Democráticos Constitucional”, p. 39.

¹⁷ BUCCI, “O conceito de política pública em direito”, p. 5.

¹⁸ FARIA, “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, p. 63.

¹⁹ COMPARATO, *Ética*, p. 676.

digna”²⁰. Originalmente, aparecem de modo mais explícito na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar, de 1919²¹.

Todo esse histórico é importante para que se compreenda que a Constituição brasileira de 1988 encampou integralmente essa evolução dos direitos fundamentais (inclusive contemplando os de terceira geração, como a proteção ao meio ambiente, por exemplo) e imputou ao Estado um papel manifestamente intervencionista, que impõe a adoção de políticas públicas para alcançar seus objetivos (desenvolvimento e redistribuição de benefícios)²².

Assim, se por um lado criou para o Estado o dever de perseguir os objetivos delineados na Carta Constitucional, concomitantemente criou para os cidadãos o *direito de exigir do Estado* prestações positivas necessárias para a realização de seus direitos sociais. Essa nova (ao menos em termos de intensidade) relação jurídica de direito material (direito subjetivo público) inevitavelmente desembocou no Judiciário, que atualmente se vê cada vez mais instado a apreciar essas novas demandas que envolvem direitos públicos subjetivos.

E com isso, volta-se à dúvida anterior: o Poder Judiciário pode ser portador das exigências dos cidadãos, interferindo na atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo?

6. TRIPARTIÇÃO DO PODER

O controle judicial das atividades estatais está longe de ser considerado um tema novo, sendo há muito debatido especialmente pelo Direito Administrativo. Contudo, é possível constatar que recentemente tem havido uma

²⁰ BOBBIO, *A Era dos Direitos*, pp. 206-207.

²¹ BUCCI, “O conceito de política pública em direito”, p. 3.

²² LIMA LOPES, “Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, p. 70.

ampliação dos limites que anteriormente eram observados pelo Poder Judiciário, tanto no âmbito do Legislativo como do Executivo.

No que diz respeito à atividade legislativa, o controle de constitucionalidade e de legalidade é, em verdade, atividade corriqueira do Poder Judiciário, sendo bem conhecidas as técnicas empregadas para que seja exercido tanto em abstrato como em concreto o controle dos atos legislativos. Diferente, porém, é a situação em que há verdadeira omissão legislativa. Nesse ponto pode-se dizer que a evolução é bastante nítida, havendo verdadeira guinada por parte do Supremo Tribunal Federal, que finalmente passou a desempenhar a missão supletiva que o constituinte lhe atribuiu via mandado de injunção.

Com efeito, a partir de 2007, ao regulamentar o direito de greve do funcionalismo público, a Corte Suprema rompeu com antiga jurisprudência que impedia o desempenho de atividade normativa quando constatada a omissão legislativa, restringindo-se o Judiciário a notificar o Legislativo acerca da necessidade de regulamentação de determinado direito encartado na Constituição Federal.

Muito embora o desempenho dessa atividade legislativa por parte do Judiciário seja provisório, tendo validade apenas durante o período em que subsistir a omissão, a mudança de direção mostrou-se extremamente adequada, assumindo importante papel no fortalecimento das instituições e no respeito aos direitos e garantias asseguradas pela Carta Magna.

O desempenho de atividade normativa pelo Judiciário também se faz presente na edição de súmulas vinculantes, mecanismos que a todos vinculam enquanto perdurar o quadro normativo que a elas deu origem.

Diante de tais constatações, é natural que surjam questionamentos acerca da ocorrência ou não da violação da separação de poderes, circunstância que também tem causado divergência no âmbito do controle dos atos administrativos do Executivo. E aqui também é possível perceber que o Judiciário tem sido chamado a atuar de forma supletiva em casos de omissão administrativa, tal qual ocorre em demandas relativas a políticas públicas.

De fato, no âmbito de atuação do Poder Judiciário, quando se fala em separação dos poderes, vem à mente a idéia de que existiriam limites rígidos a serem observados. Remonta essa visão à antiga fórmula atribuída a MONTESQUIEU, editada como reação e combate ao absolutismo²³ que até então vigorava, atrelada ao momento de formação do Estado Liberal, oportunidade em que a intenção era mesmo a de neutralizar o Judiciário²⁴, que devia ser visto apenas como a *boca da lei*²⁵, distante das “mazelas do dia a dia”²⁶.

Antes, porém, ARISTÓTELES já considerava injusto e perigoso atribuir o poder a um único indivíduo, sendo ali identificada a origem da teoria da separação dos poderes; mas a visão a respeito do tema foi evoluindo de acordo com o próprio desenvolvimento do Estado; na obra de LOCKE também havia uma sistematização doutrinária da separação dos poderes, mas é mesmo com

²³ MONTESQUIEU desenvolveu a teoria dos três poderes, lançando o germe da contenção de um poder pelos outros, alertando dos riscos da concentração entre Executivo e Legislativo, circunstância que permite sejam criadas leis tirânicas que serão executadas tiranicamente, quando então “tudo estaria perdido” (*Do espírito das leis*, p. 166).

²⁴ Conferir SUSANA HENRIQUES DA COSTA, “O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal”, p. 459; SADEK, “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”, p. 11; GRINOVER, “O controle jurisdicional de políticas públicas”, pp. 125-126.

²⁵ Consta do Livro XI, Capítulo VI: “Em cada Estado há três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é tranquilidade de espírito e provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, pp. 169-170).

²⁶ Para ele, “o poder de julgar é de algum modo nulo. A neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir requer ‘seres inanimados’, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia” (SADEK, “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”, p. 11).

MONTESQUIEU que se concebem três Poderes independentes, com ênfase para a tripartição do poder como estratégia de contenção do exercício do próprio poder²⁷.

Contudo, se o juiz de MONTESQUIEU era visto apenas como a *boca da lei*, nos Estados Unidos a teoria da separação dos poderes assumia diferentes características, especialmente pela possibilidade de *judicial review* dos atos estatais pela Suprema Corte, dando concretude à concepção de MADISON (em *O Federalista*²⁸) acerca de uma doutrina de *freios e contrapesos* para que um dos “poderes” limitasse a atuação do outro (em verdade, a divisão é apenas das funções estatais, uma vez que o poder é uno)²⁹.

Aliás, mesmo nos Estados Unidos o Judiciário foi se fortalecendo gradualmente, não bastando apenas a promulgação da Constituição, em 1787 (em 1803, no caso *Marbury versus Madison*, foi intensificada a força da instituição, pois ali ficou clara a possibilidade de ser impedida a incidência de uma norma que afronte o estabelecido no texto constitucional, o que, à toda evidência, afastou aquela idéia inicial de juiz boca da lei)³⁰.

A esse respeito, deve-se ter claro que o Brasil adotou, desde a primeira Constituição da República, o modelo norte-americano da separação de poderes³¹ (inclusive com a criação do Supremo Tribunal Federal), razão pela qual

²⁷ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 215-217.

²⁸ Manifestando preocupação com a tirania decorrente da concentração do poder, MADISON consignou em “O Federalista”: que a concentração de todos os poderes nas mesmas mãos é a definição de tirania. (DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 217-218).

A proteção das liberdades individuais em face do Estado por meio da separação dos poderes ganhou força com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo artigo XVI fixou: “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”.

²⁹ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 214-218.

³⁰ SADEK, “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”, p. 13.

³¹ O Brasil, desde os primórdios da República, sempre aderiu ao princípio da separação de poderes: (a) Constituição de 1891, artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes”; (b) Constituição de 1934, artigo 30: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”; (c) Constituição de 1964, artigo 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”; (d) Constituição de 1967, artigo 60: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; e, enfim, (e) Constituição de 1988, artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

não está correto o entendimento de que a adoção da teoria da separação dos poderes implicaria conclusão no sentido de que haveria uma vedação à interferência aos atos praticados por outro Poder.

Ao contrário, o que se pretende é justamente que, por meio de constantes interferências, um poder limite a atuação do outro (sistema de freios e contrapesos – ou *checks and balances*). Por isso, BOBBIO afirma que foi precisamente a teoria da separação dos poderes que permitiu fossem criados remédios constitucionais contra o abuso do poder³².

Desse modo, responde-se com tranquilidade à indagação inicial anteriormente formulada: *é verdadeira missão institucional do Poder Judiciário atuar como freio e contrapeso à atuação do Executivo e do Legislativo, de forma que é a tripartição do poder que legitima e impõe a sua intervenção*³³, inclusive no campo das políticas públicas³⁴.

Em verdade, correntes doutrinárias mais atuais têm adaptado a teoria da separação dos poderes para focar exatamente nessa vertente de contenção da atuação dos demais poderes (ou da “onipotência sem freio das multidões

³² BOBBIO, *A Era dos Direitos*, p. 136.

³³ Ao Poder Judiciário foi “confiada a tutela dos direitos subjetivos até mesmo contra o Poder Público (CINTRA-DINAMARCO-GRINOVER, *Teoria geral do processo*, p. 176).

³⁴ Aliás, é interessante a esse respeito atentar para fato bastante ilustrativo do volume de demandas que tem chegado ao Judiciário com objeto relacionado à atuação estatal no âmbito dos direitos sociais (que exigem prestações positivas por parte da Administração Pública): recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula da Jurisprudência Predominante nº 65 deixando claro que “*não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças ou adolescentes*”.

É possível até que seja justamente o contrário: a decisão que intervém em uma política pública não apenas não viola o princípio da separação dos poderes, mas está justamente nele apoiada (sob o prisma do sistema de *freios e contrapesos* a ele inerente) na medida em que na visão atual o Judiciário, sendo detentor do poder estatal, tem o dever de zelar pela observância dos preceitos constitucionais, inclusive cassando e eventualmente substituindo atos administrativos e legislativos.

políticas”, como refere PAULO BONAVIDES³⁵), nela identificando a própria razão de ser da expansão da atuação e da autoridade do Poder Judiciário³⁶.

No entanto, e isso parece importante salientar, mesmo na ótica do antigo Estado Liberal também não havia razão para a existência de um processo que conferia prerrogativas ao Poder Público, especialmente aquelas que iam de encontro à idéia de que o Judiciário deveria atuar como freio e contrapeso aos demais Poderes.

Com efeito, indaga-se: se há muito o Judiciário deve ser visto como um Poder que serve como freio e contrapeso ao Executivo e ao Legislativo, não seria um contra-senso admitir que seu instrumento de atuação, o processo, funcione como estímulo aos abusos e maus usos do Poder?

7. JUDICIÁRIO, UM SUPERPODER?

Poder-se-ia, nesse ponto, em breve digressão, indagar se não haveria, então, uma extremada concentração de poderes no Judiciário?

A resposta negativa é de simples explicação, sendo diversos os fatores que impedem o comportamento tirânico dos magistrados, tais como: (i) inércia da jurisdição (o Judiciário só age mediante provocação), (ii) ampla defesa e contraditório, (iii) dever de motivação das decisões, (iv) meios de impugnação e revisão das decisões, (v) o Poder Legislativo pode a qualquer tempo alterar a legislação e tornar sem efeitos a decisão proferida diante de determinado quadro normativo; (vi) o Judiciário não dispõe de forças armadas, prerrogativa do Executivo e (vii) tampouco de orçamento próprio.

Muitos outros elementos poderiam ser levantados, mas o rol exposto já permite a constatação de que, mesmo quando o Judiciário atua no

³⁵ *Ciência Política*, p. 159.

³⁶ CAPPELLETTI: “Na verdade, a expansão do papel do Judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno” (*Juízes legisladores?*, p. 19).

campo administrativo ou legislativo, o próprio sistema possui seus freios e contrapesos, exercido internamente pelo Poder Judiciário e também pelo Legislativo e pelo Executivo.

8. O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A visão ultrapassada do *dogma da incensurabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, com apoio na teoria da separação dos poderes, permitiu que regimes autoritários ultrapassassem os “limites da tolerância”, fazendo uso dessa fórmula para cometer arbitrariedades, com a lesão irreparável de direitos e interesses legítimos³⁷.

De fato, o controle judicial dos atos estatais é reflexo imediato do próprio Estado de Direito, uma vez que é justamente o ordenamento legal que define a atuação do Estado, desempenhando o Judiciário importante papel na realização das finalidades definidas³⁸.

De acordo com tradicional doutrina, o controle judicial dos atos administrativos estaria centrado na idéia do exame da legalidade tanto para os atos vinculados (assim compreendidos aqueles cujo específico comportamento a ser adotado pelo agente estatal já está previsto em lei) como para os discricionários (os praticados de acordo com opção válida exercida pelo agente público, em consonância com critérios de oportunidade e conveniência).

Conforme reiterados ensinamentos, os atos discricionários também poderiam ser eventualmente considerados arbitrários se praticados em desacordo com o suporte legal, mas era este o limite: uma vez identificado que o ato fora praticado mediante juízo discricionário, deveria ser considerado válido e lícito, não podendo o Judiciário fazer qualquer ilação acerca da correção da

³⁷ DINAMARCO, “Discricionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos”, p. 433.

³⁸ SCARPINELLA BUENO, “Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização”, p. 27.

escolha realizada pelo agente administrativo, ou seja, não poderia apreciar o mérito do ato administrativo, qualificado pela opção feita de acordo com os conhecidos critérios de conveniência e oportunidade³⁹.

Ocorre, porém, que já tem sido admitido o controle do ato administrativo discricionário não apenas nas hipóteses de ilegalidade. Em verdade, há uma ampliação do conceito, sendo aceita a revisão de atos incompatíveis com a moralidade ou daqueles que tenham sido praticados com desvio de poder, isto é, sem atentar para a finalidade do legislador, circunstância que autoriza o Judiciário a decretar sua nulidade por indevida utilização do poder discricionário por parte da Administração Pública⁴⁰.

Também é assim com relação ao exame dos motivos que levaram a determinada escolha (o que não é tarefa fácil de apurar); de acordo com essa teoria dos motivos determinantes, o ato apenas será válido se os motivos forem verdadeiros⁴¹.

De qualquer forma, tem havido verdadeira ampliação do controle judicial dos atos estatais, restringindo-se a imunização dos atos discricionários, com o que se flexibiliza a antiga assertiva de que seria vedado ao Judiciário interferir.

Da liberdade quase irrestrita que antes gozavam os agentes públicos diante de uma situação que dava azo ao exercício do que se rotulava de poder discricionário, migrou-se para a consciência de que em verdade não existe liberdade alguma e tampouco poder: há apenas um dever de que, diante da

³⁹ Veja-se, a propósito, a ênfase de HELY LOPES MEIRELLES: “o que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial” (*Direito Administrativo Brasileiro*, pp. 718-719); no mesmo sentido, em princípio, é o ensinamento de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO: “não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que, *melhor do que ninguém*, pode decidir diante de cada caso concreto” (*Direito Administrativo*, p. 217). Também esse o posicionamento de EROS ROBERTO GRAU, para quem o Judiciário apenas examina a correção do ato, sob pena de tentar substituir a Administração, que estaria personificada exclusivamente no Poder Executivo (*O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 160-162).

⁴⁰ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 718.

⁴¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 218.

situação concreta que o legislador não conseguiu prever, o administrador desempenhe sua função pública de tal modo a definir qual conduta deve ser adotada para que a finalidade prevista no ordenamento seja atingida de maneira ótima⁴².

A propósito do controle judicial do mérito do ato administrativo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO foi preciso e contundente ao comentar a ultrapassada visão de que seriam incensuráveis e estariam imunes de revisão judicial as escolhas da Administração Pública entre duas ou mais opções válidas de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade: *“essa idéia teve campo fértil para progredir além dos limites suportáveis, nos regimes autoritários no nazi-fascismo, como escudo imunizador de arbitrariedades”*⁴³.

9. SÍNTESE CONCLUSIVA PARCIAL: O PAPEL POLÍTICO DO JUDICIÁRIO

Nesse capítulo foi possível demonstrar que a vetusta premissa de não interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes não pode prevalecer, sob pena de afronta ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito e à teoria da tripartição de poder, com mecanismos efetivos de freios e contrapesos.

Não seria exagero dizer que da firme e consciente atuação do Poder Judiciário depende o sucesso da própria democracia representativa, pois somente por meio dele é possível que qualquer cidadão questione os atos praticados (ou omitidos) pelos agentes estatais.

⁴² A respeito do tema, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO escreveu monografia, cuja leitura revela-se indispensável para todos aqueles que pretendem aprofundar-se no exame do assunto: *Discrecionariedade e controle jurisdicional*, publicado pela Editora Malheiros. O renomado administrativista traça um limite para a interferência do Judiciário no exame dos atos praticados no âmbito do poder discrecionário quando a escolha decorra da interpretação que deve ser feita acerca de um conceito impreciso (“pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “urgência” etc.): se o magistrado entender que a interpretação realizada pelo administrador foi adequada à situação concreta, mesmo que outra consiga vislumbrar, deverá prestigiar a escolha realizada pelo agente público em detrimento da sua.

⁴³ “Discrecionariedade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos”, pp. 436-437.

Diante disso, é essencial que se prime pela efetividade das decisões judiciais proferidas contra o Poder Público, o que conduz ao exame do modo como se dá a atuação do Poder Judiciário (jurisdição), bem como do instrumento que está à sua disposição para o desempenho dessa missão institucional.

CAPÍTULO 3 – PROCESSO, O INSTRUMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

“O Estado é mau pelo simples fato de ser Estado”

(NORBERTO BOBBIO⁴⁴)

10. JURISDIÇÃO E DEMANDAS CONTRA O PODER PÚBLICO

Após revisitar a teoria da tripartição do poder e a necessária interferência recíproca entre os poderes, convém examinar *como* o desempenho desse papel é feito pelo Poder Judiciário. Seu modo de atuar como *freio e contrapeso* aos Poderes Executivo e Legislativo é a jurisdição; seu instrumento, o processo⁴⁵.

Com efeito, a manifestação do poder do Estado, cuja existência é voltada para a manutenção da paz e da harmonia social, se dá pelo exercício destas três funções ou atividades: administrativa, legislativa e jurisdicional⁴⁶, consideradas exclusivas por estarem ligadas ao conceito de soberania estatal⁴⁷.

Existe muita discussão acerca do real alcance de cada uma delas, mas para o escopo desse trabalho o enfoque está restrito à jurisdição e à atividade jurisdicional; no entanto, também não se pretende analisar com maior profundidade a própria jurisdição, tarefa que dá ensejo a muitos debates e divergências doutrinárias que se distanciam do propósito deste trabalho. Convém,

⁴⁴Parafraseando Hobbes (*A Era dos Direitos*, p. 141).

⁴⁵BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 65.

⁴⁶PROTO PISANI, *Lezioni*, p. 10; BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, pp. 24-25.

⁴⁷CHIOVENDA, *Instituições*, 3º vol.. 4.

portanto, seja aqui feito apenas um breve exame de como deve ser desenvolvida a atividade jurisdicional nos processos em que a Fazenda Pública é parte.

Para tanto, deve-se primeiro consignar que jurisdição deve ser entendida como a atividade (poder-dever⁴⁸) desempenhada pelo Estado, em caráter substitutivo⁴⁹, visando à solução imperativa dos conflitos⁵⁰, evitando-se assim que os indivíduos busquem a realização de seus direitos subjetivos de acordo com seus próprios meios⁵¹, situação em que a força prevalece sobre a justiça, não importando as razões das partes envolvidas⁵².

Por isso é que se considera a jurisdição e o processo, seu instrumento, pilares da concepção moderna de organização estatal, atividade desenvolvida em prol dos cidadãos na busca por pacificação social⁵³.

Têm sofrido muitas críticas as lições de CARNELUTTI no sentido de que a jurisdição seria o poder de realizar a justa composição da lide⁵⁴. Com acerto, pondera CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO que não são em todas as situações que se pode recorrer ao conceito carneluttiano de lide (conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida) para explicar todo o campo de atuação jurisdicional, eis que centrado na existência de direitos disponíveis, o que, em princípio, não seria bem o caso de todas as demandas que envolvem o Poder Público⁵⁵ (até porque há muitos que defendem a existência de uma indisponibilidade absoluta – com o que não se concorda –, tema que também será adiante explorado, especialmente no item 26).

⁴⁸LAURIA TUCCI, “Jurisdição, ação e processo civil”, pp. 3-5.

⁴⁹FREDERICO MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*, p. 43.

⁵⁰CRUZ E TUCCI, *Jurisdição e poder*, pp. 3-6; DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 305.

⁵¹COUTURE, *Fundamentos*, pp. 33-34.

⁵²KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 44.

⁵³COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni*, p. 14; DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 128.

⁵⁴ Cfr., p. ex., BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 31.

⁵⁵*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 305.

De fato, o conflito de interesses que existe em um processo em que o Poder Público participa distancia-se da idéia clássica de mera contraposição entre dois interesses subjetivos conflitantes. Utilizando-se do conceito de ALESSI, o conflito de interesses estaria restrito ao que chama de interesse público secundário, o interesse estatal, que não pode se confundir com o interesse público primário, que impõe a observância dos princípios e garantias fundamentais do cidadão, com o que o Estado não deve se opor, na medida em que é sua própria razão de existir. Por isso, o conflito de interesses *sui generis* nas demandas em que litigam o Poder Público e os cidadãos.

Com efeito, a inexistência do conceito típico de lide não está ausente por conta da indisponibilidade dos direitos, mas sim porque não se pode falar que o interesse do Poder Público seja sempre subjetivo: goza, em verdade, de um interesse objetivo, qual seja, o interesse público, compreendido como o complexo de interesses individuais prevalentes, com a firme presença da supremacia dos direitos dos cidadãos (tema que será detidamente examinado doravante no item 14).

Desse modo, *o interesse público deve deslocar o enfoque da atividade jurisdicional*: quando relacionada ao Poder Público, não mais deve corresponder e atentar apenas para a pretensão formulada, como ocorre no processo civil tradicional. Aqui, o interesse público constitui verdadeira *fonte atrativa* do próprio exercício da jurisdição, inclusive porque é nesse momento em que se faz presente a própria razão de ser da autonomia do Poder Judiciário.

Em verdade, existem três correntes doutrinárias principais que enfrentam o assunto. Muito embora o exame aprofundado do tema desvie do foco deste estudo, convém apenas pontuar: a corrente *subjetivista* coloca no centro da atividade jurisdicional a tutela aos direitos e interesses subjetivos, revelando inconsistência pelo fato de que é possível ser na demanda também reconhecida a ausência de qualquer direito; já para a corrente *objetivista*, a finalidade da jurisdição seria assegurar a *realização do direito material*, em nome da

preservação da ordem jurídica, destacando-se assim seu caráter publicista⁵⁶. Quanto à terceira corrente doutrinária, busca-se uma solução intermediária entre as anteriores, dando valor tanto aos aspectos subjetivos como aos objetivos da atividade jurisdicional⁵⁷.

Fica fácil notar que, nas demandas que envolvem o Poder Público, há de naturalmente preponderar a corrente objetivista e o caráter público do processo, sendo de fundamental importância a aferição se o próprio Estado, que tem o dever de zelar pelo cumprimento das normas criadas pela sociedade⁵⁸, dá o exemplo que se espera ao obedecer o ordenamento jurídico, destinado à manutenção da paz social⁵⁹.

Por isso, no processo em que está sendo questionada a conduta do Poder Público, a atividade jurisdicional deve estar preponderantemente voltada a identificar se a Administração aplicou ou tem aplicado corretamente a norma jurídica⁶⁰, o que não é em propriamente seu objetivo imediato, centrado na correta prestação do serviço público⁶¹.

Como se infere, nas demandas contra o Poder Público, a finalidade central da jurisdição não será propriamente evitar a autotutela (até porque o Poder Executivo pode fazê-lo, revendo seus próprios atos, que gozam de auto-executoriedade, conceitos que serão adiante explorados), mas sim assegurar a plena realização do direito material⁶², com especial ênfase no escopo jurídico da jurisdição⁶³.

⁵⁶ Para LIEBMAN, jurisdição é a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica (*Manual*, vol. I, p. 7).

⁵⁷ OVÍDIO BAPTISTA e FÁBIO GOMES, *Teoria Geral*, pp 42-43.

⁵⁸ CHIOVENDA, *Instituições*, 1º vol., p. 38.

⁵⁹ BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, pp. 11-12.

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, *O novo processo civil brasileiro*, p. 3: “O exercício da função jurisdicional visa à formulação e atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação”.

⁶¹ BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 24.

⁶² BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, pp. 27-28.

⁶³ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 131.

11. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

As especificidades relacionadas aos litígios que envolvem a Administração Pública fizeram com que diversos países optassem pela criação de um sistema distinto de jurisdição (dúplice), que nem sempre é considerado como integrante do Poder Judiciário, estando ligado aos próprios órgãos administrativos.

França⁶⁴, Itália, Espanha, Portugal e Alemanha são exemplos de países que possuem o chamado Contencioso Administrativo (ou “Justiça Administrativa”), com características diferentes. Na origem, o fundamento da idéia da Revolução Francesa de não submeter a Administração ao Judiciário residia na desconfiança que a população nele depositava, acreditando que se assim não fosse tumultuaria a atividade administrativa que agora seria realizada pelo povo⁶⁵.

Como na Inglaterra o Judiciário sempre teve o respeito da população em razão de seu papel de proteção das liberdades individuais, nele permaneceu concentrada a revisão judicial dos atos administrativos⁶⁶.

No período colonial e imperial⁶⁷, o contencioso administrativo esteve presente no Brasil, que foi substituído pela jurisdição uma desde a primeira Constituição da República, em 1891, culminando com amplos remédios assegurados aos cidadãos em face do Estado pela Constituição Federal de 1988⁶⁸.

⁶⁴CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA relembra que o contencioso administrativo é marcado pelos ensinamentos de Montesquieu, que imputava aos juizes o papel de “boca da lei”, o que implica “desempenho, pelo Judiciário, de papel totalmente subserviente aos demais poderes políticos” (“Jurisdição e Administração - notas de Direito Brasileiro e Comparado”, pp. 33-34).

⁶⁵BACELLAR FILHO, “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado”, p. 66.

⁶⁶ALVARO DE OLIVEIRA, “Jurisdição e Administração (notas de Direito Brasileiro e Comparado)”, p. 38.

⁶⁷A respeito da evolução histórica do contencioso administrativo brasileiro, ver CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo – vol. X*, p. 213.

⁶⁸ALVARO DE OLIVEIRA, “Jurisdição e Administração (notas de Direito Brasileiro e Comparado)”, pp. 40-41.

Em verdade, ALVARO DE OLIVEIRA explica que o controle da Administração Pública é muito tímido (“chega a causar dó”⁶⁹) nos países que possuem o contencioso administrativo, não podendo servir de referência à ciência processual brasileira.

Aliás, CARDOSO DE MELLO NETO foi além, considerando o contencioso administrativo um “monstro jurídico de invenção francesa, onde a administração é juiz e parte ao mesmo tempo”⁷⁰.

Com efeito, considera-se que o próprio Direito Administrativo foi impregnado por uma inversão lógica: em vez de ser considerado como uma maneira de sujeitar a Administração ao ordenamento jurídico, serviu, ao contrário, à preservação da autoridade⁷¹.

De qualquer forma, ao fim a que se destina o presente trabalho, basta que se tenha presente que o contencioso administrativo, longe de ser uma solução para o problema da efetiva contenção dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário, tem sido criticado⁷² e renegado nos países em que

⁶⁹ “Jurisdição e Administração (notas de Direito Brasileiro e Comparado)”, p. 43.

⁷⁰ “Seu sucessor na cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o eminente MÁRIO MASAGÃO, [foi] outra voz crítica quanto ao tema. Para este último, que aparentemente comungava das opiniões de seu antecessor [CARDOSO DE MELLO NETO], os próprios termos da denominação ‘contencioso administrativo’ se repeliriam e se excluíam, deixando consignado em seu magistério que ‘a impropriedade da expressão seria chocante’, por considerar que ‘Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regulam a atividade jurídica não contenciosa do Estado em que não apareça a função jurisdicional, a função de distribuir justiça. Sempre que haja querela, ou esteja em jogo algum direito, cuja efetuação seu titular reclame, a função de Estado deixa de ser administrativa para ser judiciária. ‘Administrativo’ e ‘contencioso’ são dois termos que se repelem e excluem’ (CARDOSO DE MELLO NETO, *Lições Taquigrafadas em 1919 por M. Erichsen*, pp. 224 e 226, apud MARIO MASAGÃO, *Conceito de Direito Administrativo*, Escolas Profissionais do Lyceu Coração de Jesus, 1926, pp. 43-44, apud SANTOS NETO, “Unicidade e Dualidade de Jurisdição”, p. 139).

⁷¹ “O direito administrativo, nascido da superação histórica do antigo regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder” (BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 307-308).

⁷² GARCIA DE ENTERRIA: “Todo o contencioso administrativo está doente. Todos os especialistas que o tenham visitado o tem diagnosticado assim” (“La crisis del contencioso-administrativo francés”, p. 5).

ainda existe⁷³, sobretudo em razão da pouca eficácia das decisões dos órgãos administrativos julgadores⁷⁴.

Em sentido oposto, é necessário que se tenha bastante presente a importância do acentuado caráter público do processo civil brasileiro⁷⁵ e da imediata necessidade de evolução. Sim, porque não basta apenas a jurisdição una: é preciso também que sejam extirpadas as compensações (prerrogativas) que relativizam essa submissão ao Judiciário, o que leva MARCELO BONÍCIO a situar o sistema brasileiro num ponto intermediário entre a jurisdição una e a dúplice justamente por conta desses desmedidos privilégios⁷⁶.

12. INSTRUMENTALIDADE E PODER PÚBLICO

Nesse contexto, é preciso examinar se o processo contra o Poder Público corresponde plenamente à finalidade a que se destina; em outras palavras, convém indagar se o método de trabalho à disposição dos juízes é apto a permitir seja desempenhada com efetividade a missão constitucional de freio e contrapeso à atuação dos demais poderes.

No passo da corrente objetivista, em que a jurisdição é vista preponderantemente como o poder-dever do Estado destinado à solução de conflitos com a atuação concreta da vontade abstrata da norma substancial, o processo é considerado o instrumento institucional⁷⁷ por meio do qual essa atividade jurisdicional é exercida visando à realização de justiça⁷⁸ (escopo jurídico da jurisdição), sendo compreendido como um método de trabalho consistente na

⁷³TRAVI, “Per l’unità dela giurisdizione”, p. 371 e ss; GARCIA DE ENTERRIA, “Reaccióndel contencioso francês a lacrisisdel modelo”, p. 10.

⁷⁴BENUCCI, *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 37.

⁷⁵TALAMINI, “Tutela de urgência e Fazenda Pública”, p. 3.

⁷⁶BONÍCIO, “A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública”, p. 3.

⁷⁷COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni*, p. 11.

⁷⁸LIEBMAN, *Manual*, vol. I, p. 5.

prática de atos concatenados ⁷⁹ que tem por finalidade central assegurar o cumprimento da lei quando não houver observância espontânea pela parte ⁸⁰.

Para tanto, no processo deve ser apurada a efetiva ocorrência do suposto fático da norma, de modo que tradicionalmente a atividade dos juízes volta-se para dois objetivos: análise da norma aplicável ⁸¹ e dos fatos que transformam em concreta a vontade abstrata da norma.

No estágio evolutivo atual da ciência processual, tem-se bastante claro o papel instrumental do processo, sendo apenas o veículo utilizado pelo Poder Judiciário para garantir a realização do direito material. Assim, como as normas de direito processual são meramente instrumentais, estando a serviço do direito substancial, deve o processo estar em sintonia com seu objeto, iluminado pela relação jurídica substancial e pelos valores políticos e sociais do país ⁸².

Nesse ponto é que se demonstrará a inadequação da relação de instrumentalidade das normas processuais que beneficiam o Poder Público nas demandas de que participa (prerrogativas), estando a base do equívoco justamente na indevida (ou limitada) compreensão das exigências do direito material (administrativo), o que faz com que o processo contra o Poder Público não esteja apto a alcançar plenamente sua função sócio-política principal ⁸³, qual seja, proteger o cidadão contra o uso do poder.

Merece, pois, ser lembrada a recomendação de JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (muito apropriada ao momento em que a população reage

⁷⁹ CHIOVENDA, *Instituições*, 1º vol., pp. 37-38.

⁸⁰ PROTOPISANI, *Lezioni*, p. 4; BEDAQUE, *Poderes instrutórios*, p. 68

⁸¹ Esse ensinamento clássico tem sido revisto com a recente atuação integrativa do Judiciário, o chamado *ativismo judicial*, em que por vezes a própria norma de direito material é criada e/ou definida pelos juízes, especialmente no campo dos direitos sociais. Nesse ponto, especialmente quando se tratar de intervenção em políticas públicas, o processo contra o Poder Público não tem se mostrado mecanismo adequado, merecendo também ser revisto de forma a alcançar tal finalidade. Já tive a oportunidade de me manifestar sobre o assunto, no artigo “Ensaio sobre um novo ‘processo civil público’”, aguardando publicação.

⁸² BEDAQUE, *Direito e Processo*, pp. 12-18.

⁸³ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 330; “A natureza instrumental direito processual impõe sejam seus institutos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Em outras palavras, como o processo é meio, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social” (BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 23).

contra as instituições políticas do país) de que os processualistas devem ter plena consciência de que o processo deve ter identidade ideológica com o direito substancial, que por sua vez é naturalmente influenciado pelas circunstâncias políticas e institucionais do país⁸⁴.

Assim, o direito material público (administrativo) deve naturalmente inspirar o processo contra o Poder Público, devendo-se ter nessa transição a consciência de que a relação de instrumentalidade que se espera é aquela compatível com a própria razão de ser do direito material que regulamenta a matéria, que no âmbito do direito administrativo é a própria legitimação da existência do Estado como atualmente concebido. É, portanto, instrumento destinado à própria implementação da cidadania, sendo o processo, nas palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO, “realizador do Estado Democrático de Direito” e firme mecanismo de proteção do particular contra a atuação estatal, o que impõe uma revisão da sistemática do processo contra o Poder Público⁸⁵.

Com isso em mente, as regras processuais não podem alterar ou dificultar os resultados que deveriam ser obtidos espontaneamente se não fosse necessário socorrer-se ao processo⁸⁶, que muitas vezes é o que parece acontecer nas demandas movidas em face da Administração Pública.

Ao que parece, a estruturação do direito processual civil sobre as bases do direito privado tem impedido que o instrumento “processo” exerça todo o potencial que dele se espera face o poderio estatal, o que leva ao questionamento se seria de fato adequado tratar o processo movido em face do Poder Público da mesma forma com que é tratado o processo em que litigam dois particulares⁸⁷.

⁸⁴ *Direito e Processo*, p. 27.

⁸⁵ *O Poder Público em Juízo*, p. 328.

⁸⁶ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 2.

⁸⁷ Por conta disso, CASSIO SCARPINELLA BUENO tem sugerido o termo ‘direito processual público’ para compartimentar o estudo das demandas contra a Fazenda Pública: “*Para descrever esta iniciativa, é proposta a expressão ‘direito processual público’. O adjetivo ‘público’ quer demonstrar que o corte metodológico repousa justamente nas formas de resolução de conflitos de interesses originários da aplicação do direito material público*” (*Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 1, pp. 66-67).

CAPÍTULO 4 – PROCESSO E INTERESSE PÚBLICO

“Sempre é a visão dos objetivos que vem a iluminar os conceitos e oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema”.

(DINAMARCO⁸⁸).

13. A INADEQUADA RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE

Para que o instrumento seja adequado à finalidade pretendida e permita a correta atuação do direito, é essencial que o olhar se volte para o direito material que se pretende tutelar⁸⁹.

No entanto, como tem sido aqui exposto, a inadequação da relação de instrumentalidade do processo contra o Poder Público deriva de uma indevida compreensão e transposição dos conceitos de direito público (material) para o regramento processual da matéria.

Entre as premissas equivocadas que contribuem para esse estado de coisas, há o destaque da chamada teoria da separação dos poderes; nos capítulos anteriores, já tivemos a oportunidade de demonstrar que, ao contrário de ser fundamento de um regramento processual favorável ao Poder Público, a tripartição do poder, tal qual delineada pela Constituição Federal de 1988, é, em verdade, fator de intensa motivação para que o processo permita ao Poder Judiciário exercer com efetividade seu papel de *freio e contrapeso*, diminuindo-se ou até mesmo eliminando-se as prerrogativas processuais da Fazenda Pública.

⁸⁸ *A instrumentalidade do processo*, p. 331.

⁸⁹ BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 81.

Além disso, procurou-se enfatizar não ser possível tratar o processo contra o Poder Público de acordo com a sistemática processual civil clássica, estruturada nas exigências materiais do direito privado. Isso porque até o próprio conflito de interesses é, nas demandas que envolvem o Estado, relativizado, devendo ser o processo muito mais impulsionado pela busca da efetiva realização do direito material do que pela pura e simples pacificação social, revelando assim a enorme preponderância do escopo jurídico da jurisdição.

Tais conceitos, porém, estão situados num patamar mais amplo; no entanto, há outros de direito público que, ao contrário do que tem sido historicamente defendido, conduzem à necessidade de abolição de prerrogativas e privilégios processuais ao Poder Público, porque se mostram totalmente inadequadas às próprias exigências do direito material, revelando assim aquilo que, a nosso ver, configura a inadequada relação de instrumentalidade dos processos contra o Poder Público.

Com efeito, a estruturação do Direito Administrativo, como atualmente concebido, tem sido relacionada à Revolução Francesa, desenvolvido como ramo do direito voltado a regulamentar (e conter) o Poder Executivo⁹⁰. No entanto, em agudo aprofundamento histórico, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI demonstra que a origem do direito público pode ser identificada desde a Idade Média, quando Igreja e Império demarcavam seus campos de interferência e atuação, com o Papa obedecendo ao Imperador nas questões terrenas e o inverso acontecendo no âmbito espiritual, o que nem sempre se deu de maneira pacífica, dando origem ao aprofundamento do estudo a respeito do alcance da soberania e da força das leis⁹¹.

Ao lado da já mencionada teoria da separação dos poderes, são costumeiramente apontados como supostos fundamentos das prerrogativas do Poder Público a chamada supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público e a presunção de veracidade dos atos administrativos.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Direito Administrativo*, p. 34.

⁹¹ *Jurisdição e Poder*, pp. 112-113.

Faz-se necessária, assim, a análise de aspectos do direito administrativo, inclusive dos conceitos acima indicados, que, indevidamente compreendidos, têm servido de pretexto para uma indevida sistemática processual nas demandas que envolvem o Poder Público, aparentemente desassociada dos objetivos que o próprio direito público pretende alcançar.

A propósito, convém frisar que os próprios administrativistas têm revisto e questionado antigos conceitos como supremacia e indisponibilidade do interesse público, o que, à evidência, exige também uma revisão do processo que tem tais conceitos como seus fundamentos⁹².

14. INTERESSE PÚBLICO E SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Prazo quadruplicado para defesa, prazo em dobro para recorrer, ausência de efeitos da revelia, reexame necessário, impenhorabilidade e o regime de precatórios seriam vantagens que decorreriam dessa posição de superioridade dos interesses do Estado em detrimento dos interesses dos cidadãos⁹³.

Os trabalhos que versam de maneira concentrada sobre o processo contra o Poder Público partem do ordenamento vigente para buscar razões de direito material na tentativa de justificá-lo – e também defendê-lo –, apontando o chamado *princípio da supremacia do interesse público* como sendo o grande responsável pela desigualdade formal constatada na concessão de prerrogativas (ou privilégios?) à Fazenda Pública em juízo.

Todavia, com enfoque especialmente voltado para as questões processuais, não há maior aprofundamento no exame detido do aludido princípio, partindo-se de conceitos historicamente difundidos pelo direito administrativo (que repetidamente o considerava como resultante do conjunto de interesses da

⁹² JUSTEN FILHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 53.

⁹³ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, p. 113.

sociedade) para simplesmente explicar que o Estado teria o papel de defender o interesse de todos, que ficaria mitigado face um específico interesse particular, com o que as prerrogativas e regras especiais vigentes estariam plenamente justificadas⁹⁴.

Cabe advertir, desde já, que o termo “interesse público” é equívoco e comporta diferentes acepções⁹⁵, o que já é um problema quando se pretende nele fixar um pilar de justificativa de prerrogativas... Contudo, no atual estágio evolutivo do Estado Democrático de Direito Brasileiro, velhas idéias têm sido revistas pelos modernos publicistas, havendo verdadeira crise de paradigmas no Direito Administrativo, especialmente no tocante à primazia do interesse público sobre o privado⁹⁶, tanto que os próprios administrativistas têm proposto uma revisão de seus pressupostos⁹⁷ por considerar existente uma crise de paradigmas no Direito Administrativo⁹⁸.

Não é mais bem aceita a hipótese de que o interesse da sociedade (interesse público primário) poderia ser sacrificado para atender ao interesse puramente estatal (interesse público secundário), notadamente os de ordem orçamentária: no Estado Democrático de Direito as diretrizes traçadas na Constituição motivam e conduzem a atuação do Poder Público, razão pela qual muitas vezes o interesse público só é verdadeiramente atendido com a satisfação, preservação ou restauração de um direito particular⁹⁹, sobretudo porque interesse público de forma alguma pode ser confundido como o interesse da Administração Pública, cujos atos devem beneficiar seus administrados e, assim, o interesse público¹⁰⁰.

⁹⁴ Com visão crítica a respeito do tradicional conceito de interesse público, cfr. BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 29-30.

⁹⁵ FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 35.

⁹⁶ BARROSO, “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, pp. VIII-IX.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 65.

⁹⁸ URBANO DE CARVALHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 44.

⁹⁹ BARROSO, “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, p. XIV.

¹⁰⁰ COSTA, *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*, p. 59.

Com isso, tendo-se presente a fase instrumental do Direito Processual, é necessário que o olhar se volte para os novos conceitos de direito material, introduzidos especialmente pelo advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, tendo-se clareza acerca daquilo que hoje se considera *interesse público* e das críticas contundentes que estão sendo feitas à sua suposta *supremacia*.

Via de consequência, se as premissas do próprio direito material estão sendo revistas, é fundamental que a atual visão passe a também inspirar novos paradigmas no processo contra o Poder Público, sobretudo no tocante às prerrogativas; se estruturação do direito administrativo sobre a base do conceito de interesse público está sendo revista¹⁰¹, assim também acontecer com o processo que o tem por base.

A propósito da influência negativa do uso indevido do conceito de interesse público, veja-se, de maneira contundente e bastante simbólica, que o administrativista JOSÉ CRETELLA JUNIOR enfatizava que seria “verdadeiro postulado do direito público” a primazia do interesse público sobre o particular, sendo todas as demais regras publicísticas derivadas dessa premissa maior¹⁰².

No entanto, sobretudo após o advento da Constituição de 1988, não é possível encontrar qualquer referência a esse suposto princípio da supremacia do interesse público, o que impõe uma revisão de grandes temas do Direito Administrativo que estariam alicerçados em tal conceito¹⁰³, levando-se sempre em consideração a consagração dos direitos fundamentais e do próprio espírito democrático incrustado na Carta Magna¹⁰⁴.

¹⁰¹ “Inúmeros estudiosos vêm-se opondo à estruturação do direito administrativo sobre o conceito de interesse público (tais como HUMBERTO ÁVILA, FLORIANO MARQUES DE AZEVEDO NETO, PAULO RICARDO SCHIER, ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, DANIEL SARMENTO e GUSTAVO BINENBOJM – v. p. 60)”, cfr. JUSTEN FILHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 60.

¹⁰² CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo* – vol. X, pp. 35-39.

¹⁰³ ÁVILA, “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’”, p. 202.

¹⁰⁴ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, p. 30.

Em verdade, após o regime ditatorial experimentado no país, a nova Constituição a todo instante buscou deixar claro que a razão maior da própria existência do Estado é a proteção e a implementação dos direitos fundamentais¹⁰⁵. Todo o resto deve orbitar em torno dos direitos individuais fundamentais, que, grosso modo, sem dúvida podem e devem se sobrepor a um determinado interesse estatal, em juízo de racionalidade e proporcionalidade.

Há mais de duas décadas, portanto, foram abolidas do cotidiano jurídico-democrático as famigeradas “razões de Estado” que buscavam legitimar posturas autoritárias, com a supressão dos direitos, liberdades e garantias individuais, bastando para tanto que em determinada relação estivesse o Poder Público presente¹⁰⁶.

Contudo, parece existir ainda um ranço histórico que precisa ser superado para que não se continue utilizando expressões equívocas e de sentido ambíguo para o administrador, ou legislador, persistir na vaga invocação do esvaziado conceito de interesse público¹⁰⁷ como motivo suficiente para implantar técnicas que, na prática, lesam direitos fundamentais.

O que existe hoje é justamente o oposto: os direitos fundamentais ocupam posição de destaque central da própria razão de ser do Estado, havendo vício de origem em qualquer iniciativa que não tenha clara a persecução de objetivos com eles compatíveis, sendo reconhecido ao Estado papel indispensável na promoção e proteção aos direitos fundamentais¹⁰⁸, seja na atuação abusiva de particulares¹⁰⁹, seja na atuação de algum agente estatal.

¹⁰⁵ SARMENTO, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, p. 89.

¹⁰⁶ SCHIER, “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”, pp. 218-219.

¹⁰⁷ FARIA, “A definição do interesse público”, pp. 79-86.

¹⁰⁸ “É a partir dos direitos fundamentais que se deve compreender uma constituição. Esses é que justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder. Estado de Direito, princípio da legalidade, separação de poderes, técnicas de distribuição do Poder no território e mecanismos de controle da Administração Pública, por exemplo, são instrumentos que giram em torno da proteção daqueles direitos fundamentais que, embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito” (SCHIER, “Ensaio sobre a

Não se trata, porém, de idéias novas: simplesmente não estavam plenamente difundidas na doutrina publicística brasileira do século passado, por motivos incompatíveis com o sistema então vigente.

No entanto, há muito RENATO ALESSI, inspirando-se em CARNELUTTI¹¹⁰, ensinava que a Administração Pública tem por função satisfazer os interesses públicos, coletivos, ressaltando que isso não corresponde ao interesse estatal enquanto sujeito de uma relação jurídica, mas sim ao interesse coletivo *primário*, consistente nos interesses individuais prevalecentes, explicando que o interesse do órgão ou agente administrativo é apenas *secundário*, sendo que este inclusive entra em conflito com o verdadeiro interesse público com frequência¹¹¹.

Como dito, a própria dicotomia entre interesse estatal e interesse da sociedade vem perdendo força, como bem aponta LUÍS ROBERTO BARROSO¹¹². Por isso, é preciso ter-se em mente que a realização do interesse público exige a atuação satisfatória do Estado quanto aos papéis que a Constituição lhe impôs.

Interesse público é, pois, assegurar a plena observância dos direitos fundamentais, nem que seja de um único indivíduo, sendo, nesse contexto, de importância relativa o interesse estatal atinente a questões relacionadas ao erário (interesse público secundário).

É objetivo do Estado Democrático a busca incessante do cumprimento dos direitos fundamentais, que devem ser realizados da melhor maneira possível em atenção aos preceitos constitucionais (interesse público primário), com máxima atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana,

Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”, p. 222).

¹⁰⁹ BARROSO, “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, p..

¹¹⁰ *Lezioni di diritto processuale civile*, p. 15 e seguintes.

¹¹¹ ALESSI, *Diritto Amministrativo*, pp. 122-124;.

¹¹² “Em um Estado Democrático de Direito, não subsiste a dualidade cunhada pelo liberalismo, contrapondo Estado e sociedade. O Estado é formado pela sociedade e deve perseguir os valores que ela aponta. Já não há mais uma linha divisória romântica e irreal separando culpas e virtudes” (“O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, p.).

segundo o qual cada cidadão merece ser tratado como um fim em si mesmo, não se podendo abstrair de sua identidade em nome de um bem supostamente “maior”, como o interesse do Estado¹¹³.

O interesse público não pode ser confundido com o interesse do Estado¹¹⁴, o que impõe que qualquer análise dos processos em que esteja envolvido o Poder Público seja feita com a presente premissa de que ao Estado cumpre sempre defender o interesse público, compreendido como o interesse da coletividade, não se podendo olvidar que o próprio Estado existe para atuar em seu nome, primando pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais¹¹⁵.

Com efeito, quando se fala em interesse público, procura-se inicialmente distingui-lo do interesse particular, enfatizando-se a necessidade de compreensão de que corresponde ao interesse do todo.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, porém, bem expõe que não são essas as características mais importantes, que se mostram pouco reveladoras e acabam por induzir à falsa idéia de que haveria um conflito entre o interesse individual e o interesse do todo. Em verdade, o interesse público deve ser encarado apenas como um reflexo dos próprios interesses individuais, que não podem confrontar os interesses dos membros que integram determinada coletividade, razão pela qual o considera como “a dimensão pública” desses interesses individuais¹¹⁶.

Nesse contexto, tampouco é possível prever *a priori* uma supremacia do interesse público sobre determinado interesse particular, cotejo que deve ser feito em concreto, com atenção voltada aos preceitos constitucionais.

A supremacia que se espera deve ser sempre da própria Constituição Federal, sob pena de legitimar-se o autoritarismo, justificando a

¹¹³ BARROSO, “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, pp. XV-XVII.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 55.

¹¹⁵ SARMENTO, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, p. 27.

¹¹⁶ *Curso de Direito Administrativo*, pp. 59-61.

sobreposição do interesse coletivo sobre o individual, o que já deu azo a lamentáveis regimes totalitários, não se podendo admitir que individualidades sejam utilizadas como instrumento de um “bem maior”, o que configura nítida inversão de papéis na medida em que é o Estado, como já demonstrado anteriormente, o instrumento que atua em favor dos indivíduos, e não o contrário; assim, se for necessário falar em supremacia, essa deve ser dos direitos e garantias individuais dos cidadãos¹¹⁷, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, considerado atualmente o núcleo do conceito de interesse público¹¹⁸ e base a ser perseguida pela da sociedade política mundial¹¹⁹, sendo sua garantia papel central do Estado¹²⁰.

O ponto que deve ser fixado é o de que não se pode cogitar de uma supremacia absoluta do interesse coletivo sobre o individual, especialmente com o papel de destaque que os direitos fundamentais e os valores da pessoa humana assumem na Constituição Federal¹²¹, cuja proteção deve ser compreendida como o próprio interesse público a ser perseguido e protegido pela Administração Pública, postura que legitima e fortalece o Estado Democrático de Direito¹²².

Da mesma maneira, a evolução do direito administrativo acompanhou essa nova orientação, fixando-se agora os próprios direitos fundamentais e sua promoção como sua essência, sendo, portanto, eles também o núcleo que deve pautar a relação de instrumentalidade do processo contra o Poder Público, podendo ser esse núcleo traduzido em novo brocardo, qual seja,

¹¹⁷ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 33 e 83-85.

¹¹⁸ URBANO DE CARVALHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 44.

¹¹⁹ COMPARATO, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 665.

¹²⁰ BORGES, “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”, p. 152; BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, p. 96.

¹²¹ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 622.

¹²² JUSTEN FILHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 53; BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, pp. 104 e 309.

*supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*¹²³, sendo papel do Estado promover e respeitar os direitos e interesses dos administrados¹²⁴.

¹²³ SARMENTO, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, p. 31; JUSTEN FILHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 64.

¹²⁴ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 2.

CAPÍTULO 5 – ISONOMIA, PRERROGATIVAS E PRIVILÉGIOS

“Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros”.

(GEORGE ORWELL¹²⁵)

15. A ISONOMIA MATERIAL E O TRATAMENTO PARITÁRIO

Como tem sido aqui demonstrado, são vários os fundamentos que impõe a necessidade de uma revisão do modo de ser dos processos contra o Poder Público, tanto no aspecto legal como na maneira que deve ser conduzido pelos magistrados.

De maneira sintética, até este ponto já foram apresentadas as seguintes premissas que evidenciam estar sendo mal compreendido o direito material que supostamente legitimaria o tratamento diferenciado do Poder Público em Juízo. Tripartição do Poder, conflito de interesses diferenciado, com preponderância do escopo jurídico da jurisdição e releitura do conceito de interesse público, com a supremacia dos direitos fundamentais, núcleo do direito administrativo moderno, são fundamentos que, por si só, seriam suficientes para que se motivasse o “repensar” proposto nesta tese.

No entanto, também do ponto de vista estritamente técnico-processual, há fundamentos de direito processual constitucional que exigem esse reexame, com alterações legislativas e, talvez principalmente, na postura adotada pelo Poder Judiciário, todos traduzidos no chamado princípio da isonomia.

Sim, é sempre dito que não existe isonomia entre particulares e Fazenda Pública em Juízo em virtude das desigualdades desta, que legitima o tratamento desigual visando a alcançar a chamada isonomia material. No entanto, a nosso sentir, até mesmo pelo que já foi exposto até aqui, são frágeis os

¹²⁵ “BOLA-DE-NEVE”, in *Revolução dos Bichos*.

argumentos apresentados para justificar esse tratamento paritário diferenciado em favor do Poder Público. Em verdade, pretende-se demonstrar que, se diferença deve haver, esta deve ser em benefício do administrado, razão de ser do Estado e que deve ser sempre protegido contra sua existência e contra o poder que detém.

Já estando demonstrado que não mais se sustenta a idéia de supremacia do interesse público sobre o particular há muito instalada na cultura jurídica¹²⁶, fundamento principal do tratamento desigual, convém voltar os olhos novamente para o princípio constitucional da isonomia para verificar em que medida não tem sido observado pelo legislador e também pelos magistrados.

Com efeito, sabe-se que existem dois enfoques a serem analisados quando se fala no princípio da isonomia: igualdade formal e material. No entanto, há muito existe a consciência de que é ilusória (e até mesmo injusta) a igualdade meramente formal, razão pela qual foi sedimentado o conceito aristoteliano de igualdade material para, tratando desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade, todos equiparar¹²⁷.

De toda forma, essa fórmula bem elaborada nem sempre é de fácil aplicação. Como identificar os desiguais e como mensurar a medida de sua igualdade, atendendo ao comando constitucional? Ou, então, como avaliar se as escolhas feitas pelo legislador observaram plenamente o princípio da isonomia? Ainda que a resposta a essas indagações não seja tarefa simples, exigindo o exame detido em cada situação específica, não se pode de forma alguma prescindir dessa análise por ser a igualdade um dos princípios mais caros ao Estado Democrático de Direito¹²⁸. Cabe tanto ao legislador como ao juiz a missão de desvendar e aplicar com sabedoria o princípio da isonomia material¹²⁹.

Ao transportar esse conceito para o âmbito do processo, o princípio da isonomia converte-se no tratamento igualitário das partes, valendo a

¹²⁶ MAIA FILHO, "A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à Jurisdição", p. 156.

¹²⁷ BARROSO, "Igualdade perante a lei", pp. 2-3.

¹²⁸ BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, p. 388-389.

¹²⁹ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional*, p. 218.

mesma recomendação de que não é suficiente a igualdade formal. É exemplo simbólico do tratamento diferenciado o processo que envolve relações de consumo, buscando-se assegurar a isonomia material pela concessão de algumas vantagens ao consumidor.

Consciente de que não existe igualdade técnica e econômica, tanto a legislação¹³⁰ como a condução do processo foram adaptadas a essas circunstâncias, cabendo ao julgador a sensibilidade de afinar a exata medida dessa desigualdade¹³¹.

Mas assim deve ocorrer em qualquer processo em que for constatado que as partes não podem ser equiparadas em razão de circunstâncias variada, como poder aquisitivo, conhecimento técnico etc. O juiz deve sempre zelar pela observância do princípio da igualdade material, o que não significa que sua atuação deve ter por fim também “neutralizar desigualdades”¹³².

Aplicando tal raciocínio ao processo contra o Poder Público, defende-se que suas prerrogativas seriam legitimadas justamente pela busca da igualdade material, uma vez que supostamente a Fazenda Pública teria mais dificuldade de preparar sua defesa, o que comprometeria o contraditório pleno (prazos dilatados)¹³³.

Note-se, no entanto, – e o assunto será adiante retomado no item 19 – que esse raciocínio é falho, na medida em que apenas se busca justificar a razão de ser do prazo dilatado, olvidando-se que atualmente o Poder Público, litigante habitual, encontra-se altamente estruturado, reunindo melhores condições técnicas de elaborar sua estratégia processual do que muitos daqueles que com ele litigam.

Nesse específico caso, ainda que fosse real a necessidade de um prazo maior do que o comum, não existe motivo para que o legislador trate as

¹³⁰ ASSUMPÇÃO NEVES e TARTUCE, *Manual de Direito do Consumidor*, p. 31.

¹³¹ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, p. 97.

¹³² DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 213.

¹³³ VIANA, *Efetividade do processo em face da Fazenda Pública*, pp. 39-40.

partes de maneira desigual. Bastaria conceder o mesmo prazo dilatado para ambas as partes, hipótese em que a igualdade formal corresponderia, no mais das vezes, à própria igualdade substancial que se persegue.

Essa seria a solução legislativa para o atual problema da concessão desse privilégio exclusivo. Mas é pouco. No curso do processo o juiz tem condições de examinar em concreto se as partes de fato estão em pé de igualdade, adotando medidas compensatórias para a desigualdade constatada, especialmente nos casos em que verificada a vulnerabilidade do cidadão-administrado.

Afinal, litigar contra a Fazenda Pública não é simples. Além do amplo rol de prerrogativas que detém, ela possui a enorme vantagem de ser um litigante habitual, acostumada a demandas repetitivas, situação que lhe confere maior experiência para lidar com o litígio já conhecido, com estratégias já testadas em outros casos que lhe permitem aumentar suas chances de êxito, além da facilidade probatória que advém da experiência, antevendo os resultados. É inevitável, assim, notar que ser um litigante habitual é um fator de indiscutível vantagem ao Poder Público face ao cidadão-administrado, litigante eventual¹³⁴.

Por isso não é possível considerar que a Fazenda Pública seja vulnerável, a depender da proteção legislativa e da compensação judicial no seu tratamento no processo. Com procuradores altamente qualificados, em virtude da notória dificuldade do concurso público para ingresso na carreira, dispõe de maior capacidade técnica, probatória e maior facilidade de acesso às informações do que os cidadãos que contra ela litigam¹³⁵.

Essa situação, reconhecida por LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA ao tratar das causas repetitivas, gera um natural desequilíbrio de forças a macular o mencionado princípio da isonomia material¹³⁶.

¹³⁴ CUNHA, “O regime processual das causas repetitivas”(p. 3).

¹³⁵ TARTUCE, *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*, pp. 241-242.

¹³⁶ “O regime processual das causas repetitivas”, p. 4.

Tendo esses critérios presentes, caberá o exame das vantagens que o Poder Público possui no processo para verificar quais delas podem ser de fato consideradas prerrogativas (diferenciação legítima) e quais são verdadeiros privilégios, descolados de fator de *discrímen* autorizador do tratamento desigual.

16. PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS?

Defensor das prerrogativas do Poder Público, LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA discorda daqueles que vislumbram inconstitucionalidade no tratamento processual diferenciado do Poder Público, sustentando não se tratar de privilégios, caracterizados como vantagens despidas de fundamento¹³⁷.

Cabe-nos, assim, avaliar cada uma dessas prerrogativas, o que será feito ora em conjunto, ora em capítulo próprio, a depender da relevância e da necessidade de maior ou menor desenvolvimento do raciocínio que conduzirá a uma ou outra conclusão. Se se concluir que a vantagem de fato reflete uma situação de desigualdade do Poder Público, que exige compensação para que se alcance a necessária isonomia material, estar-se-á diante de uma verdadeira prerrogativa. Caso contrário, a partir do momento que não for possível encontrar esse fator de *discrímen*, ter-se-á a indevida concessão de um privilégio processual¹³⁸.

De maneira geral, o argumento mais utilizado por aqueles que entendem necessária a manutenção das prerrogativas é, como já dito anteriormente, no sentido de que a Fazenda Pública não teria as mesmas condições de defender

¹³⁷ *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 30-33; em defesa das prerrogativas da Administração, cfr. também CRETILLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo – vol. X*, p. 59.

¹³⁸ ROCHA SOBRINHO, *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*, p. 16.

seus interesses em juízo que um particular, situação agravada pelo fato de que defende o interesse público¹³⁹.

Ora, quanto ao último ponto, relacionado ao interesse público, já foi visto que não é bem assim. Defender o interesse público, no enfoque da supremacia dos direitos fundamentais do cidadão, em muitos casos pode significar justamente atender ao pedido do autor, o que por si só já eliminaria a pretensa justificativa que nele apoiada.

Por outro lado, talvez antigamente fizesse mais sentido a reiterada alegação de que a burocracia da máquina administrativa dificultaria sobremaneira a apresentação de uma defesa. O avanço tecnológico e o crescente fortalecimento das instituições já não permitem que tal dado seja assim aceito com tanta facilidade. Do mesmo modo, como já dito, com concursos públicos cada vez mais concorridos, o corpo técnico das Procuradorias tem altíssima qualidade e capacidade, sendo mesmo possível dizer que maior dificuldade certamente terá o patrono do cidadão que litiga contra o Poder Público.

Bem por isso, também fazendo referência às vantagens processuais do Poder Público num âmbito mais genérico, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO expõe suas preocupações nos dois campos que estão sendo objeto da análise desta tese, o legislativo e o judicial, em que se verificam o questionado tratamento diferenciado em favor da Administração Pública, destacando a existência de uma tendência dos juízes de reforçar essas vantagens, que considera verdadeiros privilégios que não se compatibilizam com a garantia do tratamento paritário das partes no processo, inferiorizando a situação daqueles com ela litigam¹⁴⁰.

O raciocínio para aferir a legitimidade das prerrogativas não pode estar restrito ao exame de um caso isolado para comparar se o Poder Público tem ou não maior dificuldade para preparar sua defesa do que o cidadão. É preciso que se tenha sempre presente o fato de que a Fazenda Pública é litigante habitual,

¹³⁹ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 33.

¹⁴⁰ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 216.

com um leque de possibilidades muito mais amplo do que aquele que litiga eventualmente, o que redundaria numa indiscutível vantagem estratégica¹⁴¹.

No mesmo sentido, o Ministro MARCO AURÉLIO, do Supremo Tribunal Federal, tem sido um constante crítico dessa posição de vantagem do Poder Público, sempre enfatizando sua preocupação contra os usos e abusos do exercício do poder. Considera que a Fazenda Pública deve ser encarada como mera componente da relação processual, sem qualquer vantagem que impeça ou dificulte a ingerência do Poder Judiciário nos atos administrativos e legislativos¹⁴², postura que se manifesta de maneira absolutamente consonante à teoria de tripartição do poder e do papel do Judiciário de *freio e contrapeso*.

Há ainda outro fator preocupante a ser considerado. A utilização de normas diferenciadas são comumente relacionadas a conceitos políticos, éticos e ideológicos, podendo consistir em uma estratégia de poder, como adverte ALVARO DE OLIVEIRA¹⁴³.

É difícil não vislumbrar intenções estratégicas nas mudanças legislativas que tendem a sempre proteger o Poder Público, bem representativas da crise da democracia representativa no país. Ilustra bem esse ponto a lembrança de que muitas dessas vantagens surgiram no Código de Processo Civil de 1939, promulgado no regime autoritário do Estado-Novo de Getúlio¹⁴⁴, e mantidas no Código de Processo Civil de 1973, promulgado em pleno regime militar.

Por isso é fundamental sempre zelar e combater os indevidos privilégios da Administração, tendo-se presente que a dignidade da pessoa humana é atualmente a razão de ser do próprio Estado, devidamente contemplada nas constituições contemporâneas¹⁴⁵.

¹⁴¹ CAPPELLETTI-GARTH, *O acesso à justiça*, p. 21.

¹⁴² Min. MARCO AURÉLIO MELLO, “Apresentação à 2ª edição” de *Poder Público em Juízo*, de CASSIO SCARPINELLA BUENO (p. XII).

¹⁴³ *Do formalismo no processo civil*, pp. 152-153.

¹⁴⁴ DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 216.

¹⁴⁵ PATIÑOMARIACA, “La lucha contra los privilegios de la administración”, p. 25.

Aponta-se também como fundamento das prerrogativas o fato de que a Fazenda Pública atua em juízo para proteger o erário, o que interessa a toda a sociedade. Além disso, indica-se também o risco de, repentinamente, avolumar-se o número de demandas judiciais, dificultando a capacidade de atuação das procuradorias¹⁴⁶.

Quanto ao risco de subitamente surgirem novas ações, ele é de fato real. Muitas vezes, na véspera do prazo prescricional, milhares de demandas podem ser distribuídas, sobrecarregando os advogados públicos e dificultando a defesa. Trata-se de uma situação esporádica, mas possível. Seria ela suficiente para legitimar que, a qualquer tempo e independentemente das circunstâncias, sempre houvesse o prazo dilatado diferenciado da Fazenda Pública?

Antecipando um posicionamento que se pretende adiante assumir, não nos parece que o prazo dilatado seja um mero privilégio. Talvez o prazo em quádruplo para defesa seja mesmo excessivo, o que se pretende reformar no Código de Processo Civil Projetado, que contempla prazo apenas em dobro.

Se quinze dias para apresentar a defesa podem ser poucos, que sejam trinta. *Mas não faz sentido não estender essa dilatação de prazo para o adversário do Poder Público.* A isonomia formal, nesse caso, não representará nenhum desequilíbrio processual, que maculará a pretendida igualdade substancial. Até porque, é sabido que as dificuldades enfrentadas pelos procuradores para obter elementos para a apresentação da defesa também ocorrem em diversas empresas que litigam com habitualidade, sendo muito comum que os advogados de particulares tenham que utilizar de todo o prazo disponível para só ao final protocolizar sua petição.

Se o objetivo da regra dilatadora é permitir a apresentação de uma defesa de qualidade, não há porque também não a adotar quando grandes corporações estiverem em juízo. Assim, para evitar esse jogo de ponderações acerca das mazelas de cada qual, *o ideal é que no mesmo processo, ao menos quanto aos prazos, seja respeitada a isonomia formal.*

¹⁴⁶ MORAES, “Fazenda Pública em Juízo – Prerrogativas ou Privilégios?”, pp. 176-177.

Quanto ao argumento relativo à proteção do erário, é preciso que se tenha presente que essa não é finalidade precípua do Estado, mas sim assegurar a plena observância dos direitos e garantias fundamentais. E muitas vezes essas prerrogativas militam em sentido contrário a essa busca, com o que se relativiza demais o fato de a Fazenda Pública defender o erário.

Ainda no aspecto macroscópico, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS demonstra que o espírito da Constituição de 1988 não é compatível com o desequilíbrio processual em favor do Estado; comparando à Constituição anterior, que considerava dedicada ao Estado, pontua que a Constituição de 1988 tem o cidadão como foco central, o que não se compatibiliza com as vantagens do Poder Público, defendendo que legislações nesse sentido não teriam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988¹⁴⁷.

No mesmo sentido, lembrando MIGUEL REALE, DANIEL SARMENTO enfatiza: “é a pessoa, e não o Estado, o ‘valor-fonte’ do ordenamento jurídico”¹⁴⁸.

Bem por isso, como tem sido aqui exposto, *a mudança da concepção acerca do conteúdo do interesse público, hoje compatível com a idéia de maior satisfação possível dos interesses dos cidadãos, faz com que seja revisto o papel das prerrogativas*¹⁴⁹, as quais são, grosso modo, despidas de fundamento que se sustente, sendo fonte de agravamento da já existente desigualdade material em razão da evidente vulnerabilidade do cidadão face o poderio estatal¹⁵⁰.

E, se assim o são, constituem inegáveis privilégios processuais que precisam ser, um a um, revistos e compatibilizados com o atual estágio evolutivo do direito público, administrativo e constitucional, que maculam a imagem do Estado Democrático de Direito que se pretende construir.

¹⁴⁷ “O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública”, p. 24.

¹⁴⁸ SARMENTO, “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, p. 50.

¹⁴⁹ ARAGÃO, “A ‘Supremacia do Interesse Público’ no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, p. 3.

¹⁵⁰ Com visão similar, cfr. SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, pp. 323-324.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, ao tratar do tema, é enfático: considera necessário reagir contra o Estado que, mesmo diante de tantas reformas processuais, impediu fossem alteradas as prerrogativas ou que se o alcançasse plenamente inovações como tutela antecipada, tutela de urgência e efetividade do processo, considerando imoral que o réu (Poder Público), após a existência do conflito, altere a legislação para benefício próprio, reduzindo a efetividade do processo em prol do cidadão que contra ele litiga¹⁵¹.

E conclui taxativamente “o ‘processo civil’ em que o Estado é parte está modificado, recortado, verdadeiramente manipulado. Tudo é feito – essa é a verdade – para que o processo não funcione, e consequentemente, o direito material, que dele necessita para ser realizado, fique carente de concretização em idêntica medida”¹⁵².

Lamentavelmente, é difícil com ele não concordar.

17. PRIVILÉGIOS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A propósito do quanto foi dito ao final do item anterior, convém ponderar que, se é fato que o binômio celeridade e efetividade processual tem inspirado as recentes alterações legislativas no âmbito do direito processual civil, é certo que a ênfase de tais mudanças têm ficado restrita ao campo das relações de direito privado; pouco ou quase nada foi modificado na legislação processual que rege os litígios que envolvem particulares e Poder Público.

Em verdade, o que ocorre mesmo é oposto: há um movimento legislativo (e aqui evidentemente compreendida a questionável função legislativa que tem sido utilizada pelo Poder Executivo por meio de incontáveis e reeditáveis Medidas Provisórias) que visa a conferir cada vez mais e maiores privilégios ao Poder Público, haja vista, apenas à guisa de exemplo, as alterações da Lei

¹⁵¹ *O Poder Público em Juízo*, pp. 324-327.

¹⁵² *O Poder Público em Juízo*, p. 327.

9.494/97. Trata-se de uma verdadeira contra-tendência, de um odioso refluxo que afronta tudo aquilo que atualmente se espera do exercício da missão do Poder Judiciário de servir como *freio e contrapeso*.

A obtenção célere de uma tutela efetiva é apenas uma das expectativas; talvez muito mais complexa seja a função que recentemente passou a desempenhar de modo mais intenso: controlar e até mesmo implementar políticas públicas.

Nesse rol de anseios, parece pertinente igualmente inserir a necessidade de um incremento de medidas que assegurem a efetiva realização do objetivo precípua do próprio Judiciário enquanto “Poder” autônomo e independente: a efetiva contenção aos demais “Poderes”. Poder-se-ia até, em termos provocativos, dizer que mais até do que buscar a efetividade do processo, deveriam a doutrina processual e o legislador reformista se preocupar detidamente com a própria efetividade do Judiciário, que contra o Poder Público muitas vezes se apresenta como ineficaz¹⁵³.

Como visto, formulações superadas como a supremacia do interesse público não são capazes de justificar porque o processo contra o Poder Público deveria ser menos eficaz do que os que envolvem os particulares. A nosso sentir, se distinção tivesse de haver, seria em sentido oposto, já que *o ideal seria esperar que o Estado desse o exemplo e liderasse o comportamento deontológico da sociedade*.

¹⁵³ SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 224.

CAPÍTULO 6 – REVISÃO CRÍTICA DE ALGUMAS PRERROGATIVAS EM ESPÉCIE

18. PROPOSTA DO CAPÍTULO

Com as premissas de direito material que foram até aqui revistas e fixadas, é possível examinar e sugerir mudanças a algumas das prerrogativas atualmente vigentes em favor do Poder Público em juízo.

Assim, serão aqui analisadas as normas especiais existentes e se de fato estão adaptadas às exigências do direito material, isto é, se está adequada a relação de instrumentalidade que se espera do ordenamento processual, a serviço do direito substancial em todas as suas vertentes. De acordo com a prerrogativa a ser objeto de estudo, deverá preponderar uma ou mais das premissas até aqui estabelecidas, quais sejam:

- (i) a teoria da tripartição do poder exige que o Poder Judiciário exerça com empenho seu papel de contenção ao uso do Poder, merecendo seu instrumento de atuação, o processo, ser dotado de mecanismos que de fato propiciem o desempenho da função de freio e contrapeso;
- (ii) o conflito de interesses que existe no processo em que litigam Poder Público e o particular é diferenciado, na medida em que não necessariamente há, por parte da Administração, uma resistência à pretensão do particular;
- (iii) nos processos contra o Poder Público, deve preponderar o escopo jurídico da jurisdição, com a atenção voltada, tanto pelo juiz como pela própria parte Administração Pública, para a ótima realização do direito material;
- (iv) não se pode confundir interesse público com o interesse estatal (interesse público secundário);

- (v) interesse público é assegurar a observância e realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, razão de ser do próprio Estado;
- (vi) a antiga visão de supremacia do interesse público deve ser substituída pela compreensão de que hoje vigora a *supremacia dos direitos fundamentais*, essência do direito administrativo moderno;
- (vii) por força do princípio constitucional da isonomia, é necessário que se assegure a igualdade material no processo, o que deve ser feito levando-se em consideração de absoluta vulnerabilidade que o cidadão se encontra face o poderio estatal.

Esclarece-se, contudo, que serão enfrentadas apenas as principais prerrogativas processuais do Poder Público e que o enfoque que se pretende dar é o da análise das justificativas que até então se apresentam para legitimá-las, apontando para a necessidade de eventual desconstrução dessa base, possivelmente frágil diante dos elementos de direito material.

No entanto, muito embora não se vá furtar a, em alguns momentos, sugerir uma maneira de reconstruir, é preciso que se entenda que qualquer proposta deve ser entendida não como algo peremptório, mas sim como um convite à reflexão, que agora deve ser feita em novo terreno, com o olhar voltado para as efetivas exigências do direito material, muitas vezes compreendidas de maneira equivocada, o que levou a conclusões do mesmo modo equivocadas.

19. OS PRAZOS DO PODER PÚBLICO

O artigo 188 do Código de Processo Civil¹⁵⁴ concede ao Poder Público prazo quadruplicado para a apresentação da defesa e dobrado para a interposição de recursos.

¹⁵⁴ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

Em princípio, a regra é válida para qualquer procedimento, excetuando-se apenas normas especiais expressas (p.ex., na ação popular o prazo para contestar é de vinte dias - Lei 4.717/1965, art. 7º, IV), mas restrita apenas às hipóteses previstas (contestar e recorrer), incidindo também quando o Poder Público for assistente, terceiro ou interveniente.

No entanto, entende-se aplicável também a extensão do prazo para contestar a todas as defesas apresentáveis¹⁵⁵, inclusive a reconvenção, na medida em que deve ser apresentada juntamente com a contestação¹⁵⁶ (arts. 297 e 299 do CPC)¹⁵⁷.

Como já exposto, sempre foi apresentada como justificativa principal para os prazos processuais diferenciados do Poder Público uma aparente divergência entre o Estado e os particulares no que diz respeito às dificuldades burocráticas para obtenção dos elementos necessários para a apresentação de defesa, acesso aos fatos, além da escassez de advogados públicos diante da carga de demandas movidas, as quais não podem ser por eles recusadas, o que também legitimaria a extensão do prazo para recorrer¹⁵⁸.

Aliás, sobre os recursos que gozam de prazo diferenciado, convém esclarecer que são aqueles que de fato ostentam essa natureza, não valendo o benefício para sucedâneos recursais como reconsideração, reclamação ou ação rescisória.

¹⁵⁵ “O CPC resolveu unificar e uniformizar o prazo para as respostas do réu (CPC, art. 297), não havendo razão plausível para conferir à Fazenda Pública prazo diferenciado apenas para contestar. O motivo de se conferir prazo em quádruplo para contestar é o mesmo para as demais formas de resposta do réu. Na verdade, o que se percebe é tão somente uma impropriedade terminológica no texto normativo. Quando o art. 188 do CPC faz menção a contestar, está referindo-se a responder, de forma que a Fazenda Pública dispõe de prazo em quádruplo para contestar, para reconvir, para apresentar exceções de incompetência, de impedimento e de suspeição e, ainda, para ajuizar ação declaratória incidental” (CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 53).

¹⁵⁶ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 39-40 e 47-48.

¹⁵⁷ Art. 297. O réu poderá oferecer, no prazo de 15 (quinze) dias, em petição escrita, dirigida ao juiz da causa, contestação, exceção e reconvenção.

Art. 299. A contestação e a reconvenção serão oferecidas simultaneamente, em peças autônomas; a exceção será processada em apenso aos autos principais.

¹⁵⁸ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 52.

Com efeito, a discussão acerca do prazo para o ajuizamento da ação rescisória é bastante simbólica e traz elementos importantes para o tema. Ao julgar a tentativa, via medida provisória, de ampliação do prazo de ação rescisória pelo Poder Público de dois para cinco anos, o então Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE entendeu, em síntese, que não haveria desequiparação que justificasse o tratamento diferenciado, o que caracterizaria um privilégio inconstitucional por violar a isonomia, solução compatível com a supremacia do interesse público¹⁵⁹.

Quanto ao recurso adesivo em apelação, embargos infringentes, recurso especial e recurso extraordinário, a regra geral determina que deve ser apresentado no prazo das contra-razões¹⁶⁰. Ora, a Fazenda Pública já dispôs de prazo em dobro para elaborar o recurso e mesmo assim optou por não fazê-lo no momento oportuno.

Com isso, aquele benefício em tese deveria deixar de existir, não podendo alcançar a interposição na modalidade adesiva, sob pena de violar a regra que impõe sua apresentação no prazo das contra-razões. Se o legislador não excepcionou expressamente, não deveria ser possível qualquer interpretação extensiva, entendimento também partilhado pelo Procurador LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA¹⁶¹, grande defensor das prerrogativas processuais do Poder Público.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou em sentido contrário, autorizando o uso do prazo em dobro também para a

¹⁵⁹ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo*, p. 116.

¹⁶⁰ Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

¹⁶¹ *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 62-63.

interposição de recurso adesivo pelo Poder Público (Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 171.543/RS¹⁶²).

De qualquer forma, o importante a ser frisado nesse tópico é que aquela visão apriorística não mais se justifica. Não é possível sempre concluir que o Poder Público terá mais dificuldades que um particular, sobretudo grandes empresas, também com estrutura pesada. E, no caso dos cidadãos mais vulneráveis, a própria dificuldades de acesso à justiça, com profissionais de qualidade, talvez justificasse a extensão dos prazos processuais¹⁶³.

Bem por isso, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, entende que os prazos diferenciados são inadmissíveis por afrontarem o princípio constitucional da isonomia, uma vez que a desigualdade não se justificaria, o que revelaria seu caráter arbitrário e odioso¹⁶⁴.

Em outras palavras: se o objetivo do tratamento diferenciado é assegurar, na prática, uma igualdade material, parece-nos que, sobretudo diante da imensidão continental do país, não seja possível *a priori* decidir que a extensão apenas para o Poder Público irá assegurar o tratamento paritário pretendido pela Constituição Federal.

Em verdade, em grandes centros urbanos, com procuradorias judiciais estruturadas, é bem possível que a situação se inverta. Imagine-se casos que envolvam fornecimento de medicamentos ou vagas em escolas. O Estado,

¹⁶² “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO EM DOBRO DA FAZENDA PÚBLICA PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADESIVO. INDEPENDÊNCIA DO ATO PROCESSUAL DE RESPOSTA DO RECURSO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO.

I - O prazo em dobro para interposição do recurso adesivo decorre da conjugação do art. 500, I c/c art. 188, ambos do Código de Processo Civil.

II - O recurso adesivo não está condicionado à apresentação de contra-razões ao recurso principal, porque são independentes ambos os institutos de direito processual, restando assegurado, pela ampla defesa e contraditório constitucionais, tanto o direito de recorrer, como o de responder ao recurso.

III - Embargos rejeitados”.

(Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 16.6.2000)

¹⁶³ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 216-217.

¹⁶⁴ “Garantia do tratamento paritário das partes”, p. 119.

litigante habitual, já possui defesa pronta para esse tipo de questionamento, o que não será verdade para o particular que move a demanda. Nessa situação, o legítimo seria então inverter a extensão do prazo, o que atenderia à premissa de que se deve garantir a isonomia material

Todavia, como também já foi aqui exposto, descobrir a exata medida da desigualdade e conceder o instrumento necessário à igualação não é tarefa nada simples, estando aí enquadrada em conceitos filosóficos absolutos que nunca se irá atingir, como verdade e certeza.

Por conta de tudo isso, parece-nos evidente que qualquer investigação mais profunda não elimina o fato de ser impossível definir de maneira apriorística a quem deve pertencer o benefício do prazo estendido para defesa e recursos.

Ou seja, não há como identificar um fator de *discrímen* que justifique plenamente o tratamento diferenciado, até porque não é possível em abstrato saber quem litigará e em que condições. Do mesmo modo, não interessa ao sistema, que padeceria pela insegurança dos jurisdicionados, deixar a critério do magistrado definir casuisticamente os prazos que deveriam ser observados em determinado processo.

Assim, não sendo possível aplicar a igualdade material, deve-se então preservar a igualdade formal, isto é, conceder prazos idênticos para ambos os litigantes. No entanto, se de fato em alguns locais do país e em situações específicas o prazo mereça ser estendido para assegurar uma melhor defesa do Poder Público, basta que esse prazo estendido seja válido para todas as partes.

Por isso é que entendemos que nos processos contra o Poder Público todos os litigantes deveriam ter prazo dobrado para se manifestar. Ficaria assim assegurada a isonomia pretendida pela Constituição e, ao mesmo tempo, garantiria que a Administração Pública não fosse prejudicada pela escassez de prazo para reunião dos elementos necessários à elaboração da defesa ou do recurso.

20. REPRESENTAÇÃO E CIÊNCIA DOS ATOS PROCESSUAIS

Como regra geral, a representação do Poder Público em juízo é feita por procuradores judiciais, concursados e inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o que lhes confere capacidade postulatória, sendo dispensável apresentação de procuração por ser a representação decorrente da lei¹⁶⁵.

Ocorre que a lei determina que citação do Poder Público seja pessoal (art. 222 do CPC), não prevalecendo a regra geral de citação por correio, o que se costuma justificar como necessário em virtude da burocracia da Administração¹⁶⁶ (que, como vimos, não necessariamente difere daquela existente em grandes empresas). Como qualquer advogado público é considerado integrante da Fazenda, qualquer um deles pode receber a citação.

Essa regra parece atualmente um tanto anacrônica e vai de encontro à tão almejada celeridade processual, não havendo motivos para esse tratamento diferenciado¹⁶⁷. Com o incremento do processo eletrônico, espera-se que a citação eletrônica (lei 11.419/06) da Fazenda Pública passe a ser a regra geral, eliminando a desigualdade que aí se verifica, bem como assegurando maior agilidade na tramitação dos processos.

21. DESPESAS PROCESSUAIS

Nesse tópico serão tratadas as regras que disciplinam a relação do Poder Público com o pagamento das despesas dos processos de que participam, assim compreendidas as custas (pagas para remunerar a prestação da

¹⁶⁵ Como a Procuradoria Judicial e seus procuradores são integrantes da própria Administração Pública, eles em verdade a “presentam” no processo (Pontes de Miranda).

¹⁶⁶ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 81.

¹⁶⁷ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, p. 122.

tutela jurisdicional), os emolumentos (destinados aos serviços específicos prestados por serventuários) e as despesas em sentido estrito (que remuneram terceiros que atuam no processo).

Em essência, a matéria encontra-se regulamentada pelo artigo 27 do Código de Processo Civil, que estabelece que as despesas dos atos processuais realizados a pedido do Ministério Público ou do Poder Público serão pagas apenas no final do processo, pela parte derrotada¹⁶⁸.

O motivo apontado para o não-pagamento de custas e emolumentos pelo Poder Público decorre da natureza tributária que se lhes reconhece, o que faz com que sejam considerados receitas públicas, o que implicaria a ocorrência da chamada confusão, na medida em que aquele que desembolsa seria o mesmo que recebe¹⁶⁹.

Somente ao final, quando derrotada, deve restituir ao particular, os gastos a que deu causa. No entanto, em se tratando de despesa em sentido estrito, como a perícia, o valor deve ser sim adiantado pela Administração Pública, uma vez que não seria legítimo impor a terceiros que trabalhassem sem a devida remuneração¹⁷⁰.

Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 232, em que esclarece: “a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”.

Interessa notar que a Lei 9.494/97, em seu artigo 1º-A, enfatizou a dispensa de depósito prévio para a interposição de recuso por parte do Poder Público¹⁷¹. Como não se pode presumir que a intenção foi apenas repetir

¹⁶⁸ Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.

¹⁶⁹ MORAES, “Fazenda Pública em Juízo – Prerrogativas ou Privilégios?”, p. 181.

¹⁷⁰ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 124.

¹⁷¹ Art. 1º-A. Estão dispensadas de depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais ou municipais.

aquilo que já constava da legislação (art. 511, § 1º, do CPC¹⁷²), entende-se que o depósito prévio ali referido diz respeito aos custos com a remessa e o retorno dos autos, ficando a Fazenda dispensada desse pagamento sem riscos de deserção¹⁷³.

Nesse específico ponto, não há muito o que se questionar. Apenas conviria uma maior reflexão se não seria o caso de também impor ao Poder Público o pagamento de todas as despesas processuais, prevendo-se que o produto arrecada, embora receita pública, fosse inteiramente destinado a compor orçamento do Tribunal em que tramita o processo.

Isso porque, em sendo o Poder Público o maior litigante do país, é ele também o maior consumidor do Poder Judiciário, que precisa estar estruturado para atender à demanda muitas vezes criada pela própria Administração Pública.

A lógica aqui presente é perversa. Quanto maior o número de demandas contra o Poder Público, naturalmente maior será o trabalho do Judiciário. Grosso modo, se o orçamento não evoluir na proporção em que aumenta o serviço, não será possível dar vazão ao trabalho, aumentando ainda mais a demora da prestação jurisdicional. E essa demora acaba muitas vezes beneficiando justamente o Poder Público, que vê na lenta tramitação dos processos um motivo suficiente para manter condutas ilegais.

Em outras palavras, a ausência de celeridade dos processos interessa aos governantes, que muitas vezes se recusam a repassar aos cofres dos tribunais verba suficiente para que seja devidamente prestada a tutela jurisdicional, inclusive contra o próprio Poder Público. Se o produto da receita permanecesse integralmente com os tribunais, obrigando-os a utilizarem esse recurso na contratação de funcionários e no aparelhamento da máquina judiciária, poder-se-ia caminhar na tentativa de se alterar esse estado de coisas.

¹⁷² Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

§ 1º São dispensados de preparo os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

¹⁷³ SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 266.

22. AS MULTAS PROCESSUAIS E O PODER PÚBLICO

Durante algum tempo se discutiu se seria possível aplicar multas processuais ao Poder Público, especialmente em caso de descumprimento de obrigação de fazer, não-fazer e entrega de coisa certa (art. 461, CPC).

Com efeito, essas multas têm um importante caráter pedagógico, forçam o cumprimento e ao mesmo tempo indenizam quem se vê à mercê dos descasos daqueles que descumprem o comando judicial, sendo importante instrumento garantidor da efetividade do processo. Não aceitar seja aplicada a multa contra o Poder Público viola o princípio da isonomia na medida em que não existe qualquer fator justificável que ampare esse tratamento diferenciado¹⁷⁴.

No entanto, como o valor dessas multas deve reverter para a parte contrária, deverá ser executada em observância à sistemática constitucional, o que significa que o pagamento deverá ser feito por meio de precatório judicial, que exige o trânsito em julgado da decisão¹⁷⁵.

Isso, contudo, não retira a contribuição para efetividade do processo contra o Poder Público. O argumento de que ninguém sentiria os efeitos dessa imposição é falacioso uma vez que é dever do administrador buscar reparação daquele que causou prejuízo ao erário, seja ele um agente público seja o próprio Procurador Judicial. E assim tanto na multa prevista no art. 461, § 4º, como na do art. 14, § único, ambos do Código de Processo Civil. Mas isso deve de fato ocorrer, é um poder-dever do agente público, que se assim não proceder também deve ser responsabilizado. A implementação de tais medidas podem sim contribuir para o efetivo cumprimento da ordem judicial¹⁷⁶.

¹⁷⁴ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, p. 123.

¹⁷⁵ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 160.

¹⁷⁶ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 166.

Em verdade, talvez se pudesse pensar em um tratamento diferenciado. Mas no sentido oposto ao que defendem a isenção do Poder Público. Considerando que o Poder Público deve dar o exemplo e que seu papel é buscar o efetivo cumprimento do direito material, não existe qualquer justificativa para a recusa em atender uma obrigação de fazer ou então para agir de má-fé, com comportamento desleal.

Por conta disso, deveria mesmo ser apenado de maneira mais contundente do que um mero particular, situação que, aí sim, teriam um fator de *discrímen* justificável para o tratamento desigual, o que seria importante ferramenta para que o Poder Judiciário possa exercer com efetividade seu papel de contenção ao Poder Público.

No mesmo sentido, quando houver reiteração dos embargos de declaração após a fixação de multa, deverá a Fazenda Pública efetuar o depósito prévio para que seu novo recurso seja conhecido.

No entanto, esse não é o atual posicionamento dos Tribunais Superiores, que vêm no art. 1º-A da Lei 9.494/97 o fundamento da dispensa desse pagamento¹⁷⁷, equiparando a natureza da multa recursal (e também do depósito inicial na rescisória) a custas, que somente devem ser pagas ao final, via precatório.

Esse entendimento, no entanto, como é evidente, não contribui para evitar o uso da procrastinação nos processos, infelizmente muito mais comum do que se esperaria do Poder Público. Resta apenas aguardar que, uma vez definitivamente condenada a pagar a multa recursal, sejam tomadas as devidas providências para restituir ao erário o prejuízo causado por seu servidor que agiu de maneira desleal ou procrastinatória.

¹⁷⁷ Art. 1º-A. Estão dispensados do depósito prévio, para interposição de recurso, as pessoas jurídicas de direito público federais, estaduais, distritais e municipais.

23. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

No que diz respeito aos honorários advocatícios, a regra geral determina que devem ser fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento do proveito econômico obtido na demanda (art. 20, § 3º, do CPC).

No entanto, o § 4º do artigo 20 do CPC autoriza que, nas demandas movidas contra o Poder Público, não sejam observados esses percentuais mínimos e máximos¹⁷⁸. Ocorre, porém, que, na prática, o que se verifica é a fixação em valores muito abaixo ao patamar mínimo de dez por cento, o que revela um tratamento diferenciado injustificável, principalmente por parte dos magistrados (que poderiam inclusive arbitrar os honorários em percentual superior aos vinte por cento do § 3º)¹⁷⁹.

Muito embora não exista um patamar mínimo a ser observado, os juízes têm de levar em consideração os parâmetros estabelecidos no § 3º do artigo 20, quais sejam, (a) o grau de zelo do profissional, (b) o lugar de prestação do serviço; e (c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizados pelo advogado e o tempo para o seu serviço.

¹⁷⁸ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

§ 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

a) o grau de zelo do profissional;

b) o lugar de prestação do serviço;

c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

¹⁷⁹ DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 217.

Além de levar em consideração a importância e valor econômico envolvido na demanda, deve ser observado o percentual mínimo de dez por cento, não se vislumbrando qualquer justificativa para o tratamento diferenciado¹⁸⁰, sobretudo quando se atenta que, nos processos movidos pela Fazenda, a fixação seguirá a regra do art. 20, § 3º, do CPC¹⁸¹.

Por outro lado, a Lei 9.494/97 criou mais uma prerrogativa para a Fazenda Pública no que diz respeito à não fixação de honorários na fase de execução, deixando claro que somente seriam devidos caso opostos embargos de devedor (ação autônoma)¹⁸².

Trata-se de uma regra baseada na idéia de que o Poder Público não poderia pagar espontaneamente o crédito, na medida em que submetido ao regime dos precatórios; foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal, ressaltando, porém, as execuções de valores enquadrados na modalidade “obrigação de pequeno valor”, constante no artigo 100 da Constituição Federal¹⁸³.

Convém também refletir sobre a situação inversa, daquele que é condenado a pagar honorários advocatícios quando vencido em processo contra o Poder Público. E aqui se verifica mais uma vez a violação ao princípio constitucional da isonomia, devendo o particular ser condenado nos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC, isto é, entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do valor envolvido na demanda.

Todavia, sendo nesse ponto do estudo até mesmo desnecessário repisar todos os argumentos que militam a favor do tratamento processual, no mínimo, paritário entre o particular e o Poder Público, a reflexão acerca da condenação em honorários do particular que questiona a atuação da Administração deve ser inspirada por já existente norma expressa sobre o tema,

¹⁸⁰ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, pp. 121-122.

¹⁸¹ LOPES, *Honorários Advocatícios no Processo Civil*, pp. 161-162.

¹⁸² Art. 1º-D. Não serão devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. (dispositivo introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 2001).

¹⁸³ SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, pp. 292-293.

qual seja, o artigo 25 da Lei 12.016/09, que reforçou antiga orientação de que no mandado de segurança não são devidos honorários advocatícios¹⁸⁴.

Não se trata mais de ressuscitar o debate acerca da aplicação subsidiária ou não do Código de Processo Civil, raciocínio empregado pela doutrina para legitimar a condenação em honorários também no procedimento especial do mandado de segurança¹⁸⁵, mas sim de investigar se, de fato, essa regra não deveria ser também estendida aos processos movidos por particulares em face do Poder Público, pouco importando o procedimento escolhido.

E a dúvida que nos impulsiona, nesse ponto, reside no entendimento de que não há mais qualquer diferença ontológica entre o procedimento especial do mandado de segurança e o procedimento comum, sendo possível obter numa demanda que tramite pelo rito ordinário tudo aquilo que se poderia conquistar no manejo daquele *writ* constitucional, possuindo as mesmas características essenciais de qualquer outro processo¹⁸⁶.

Seu status constitucional deve ser bem compreendido, não significando propriamente o direito à existência do procedimento do mandado de segurança, mas sim do direito ao questionamento dos atos administrativos, o que já se pode obter plenamente num processo que siga o procedimento comum, inclusive com as medidas de apoio para o cumprimento de decisões mandamentais.

Com efeito, aquela antiga discussão acerca do cabimento de condenação em honorários em mandado de segurança restou superada com a nova legislação que foi expressa ao isentar as partes no pagamento dessa verba decorrente da sucumbência.

A nosso sentir, a motivação para tal dispensa reside na (já anterior) intenção do legislador em permitir que o cidadão questione os atos estatais livremente, contribuindo para o necessário controle da atividade

¹⁸⁴ Art. 25. Não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé.

¹⁸⁵ LOPES, *Honorários Advocatícios no Processo Civil*, p. 238.

¹⁸⁶ LOPES, *Honorários Advocatícios no Processo Civil*, p. 235.

administrativa, sem ser desestimulado pelo risco de ser condenado no pagamento da verba de sucumbência.

A elevação do mandado de segurança ao patamar constitucional, assim como o habeas corpus, a ação popular e o mandado de injunção, faz com que se tenha bastante presente a intenção máxima de proteger o cidadão contra os atos estatais, o que pode ser bem compreendido no prisma da já examinada supremacia dos direitos e garantias fundamentais.

CÁSSIO SCARPINELLA BUENO partilha dessa mesma compreensão sobre o fenômeno da isenção de honorários no mandado de segurança, vislumbrando ali o objetivo de não desestimular o particular a questionar os atos oriundos do Poder Público¹⁸⁷, com o que legitima a antiga orientação sumular do Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸ e do Superior Tribunal de Justiça¹⁸⁹.

Em síntese: entendemos que o Poder Público, quando derrotado, deve ser condenado no pagamento das verbas de sucumbência do mesmo modo que aconteceria numa demanda em que litigam apenas particulares; no entanto, em situação oposta, quando derrotado for o cidadão, deveria ser a ele estendida a isenção no pagamento de honorários advocatícios, do mesmo modo que ocorre no mandado de segurança, sobretudo pela absoluta inexistência de diferença ontológica entre o procedimento especial e o comum.

Não há quebra da isonomia, na medida em que o tratamento diferenciado se justifica justamente pela desigualdade material existente entre particulares e Poder Público em juízo, que deve ter sua conduta constantemente monitorada pelos cidadãos por meio do Poder Judiciário.

¹⁸⁷ *Mandado de Segurança*, p. 179-180. Em sentido, oposto, porém, cfr. ASSUMPÇÃO NEVES, pp. 164-165.

¹⁸⁸ Súmula 512/STF: Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança.

¹⁸⁹ Súmula 105/STJ: Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

24. TUTELAS DE URGÊNCIA CONTRA O PODER PÚBLICO

A concessão de tutela de urgência contra o Poder Público é revestida de uma série de restrições legais, justificadas pela doutrina por conta de situações especiais que envolvem seu tratamento diferenciado, que vislumbra até mesmo proibição em uma série de circunstâncias.

Inicialmente, as vedações foram estabelecidas na concessão de medidas liminares em mandado de segurança¹⁹⁰, em medidas cautelares¹⁹¹ e posteriormente também para as tutelas antecipadas¹⁹², especialmente voltada para questões remuneratórias de servidores públicos (reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens).

A preocupação com os servidores públicos também está presente na obrigatoriedade de reexame necessário em mandado de segurança, exigindo-se a confirmação pela segunda instância para a implementação da situação de vantagem que vier a ser judicialmente obtida, fato que tem inclusive justificado a vedação à concessão de tutelas de urgência em face do Poder Público.

Com efeito, além das expressas vedações legais (mandado de segurança, medida cautelar e tutela antecipada), a doutrina também costuma invocar a obrigatoriedade de reexame necessário como fator impeditivo da concessão de tutelas de urgência, na medida em que somente após a confirmação da sentença poderia qualquer decisão contra o Poder Público gozar de eficácia (art. 475, II, CPC), bem como o fato de que os pagamentos decorrentes de condenações judiciais devem seguir a sistemática dos precatórios, em observância à ordem cronológica de apresentação dos créditos¹⁹³.

¹⁹⁰ Art. 5º, caput, da lei 4.348/64, art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/66.

¹⁹¹ Art. 1º da Lei 8.437/92.

¹⁹² Art. 1º da Lei 9.494/97.

¹⁹³ BENUCCI, *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 48; MAIA FILHO, “A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à Jurisdição”, p. 156.

No mesmo sentido, vislumbra-se na vedação à execução provisória mais um fundamento que corroboraria essa proibição de concessão de tutelas de urgência em face da Administração Pública¹⁹⁴ (artigos 5º e 7º da Lei 4.348/64¹⁹⁵; artigo 2º-B da Lei 9.494/97¹⁹⁶, introduzido pela Medida Provisória nº 1.798-1/99 e posteriormente pela Medida Provisória nº 2.180-35/01, entre outros).

Como se vê, há atos normativos, inclusive medidas provisórias convertidas em lei sem serem submetidas ao processo legislativo, que impedem a efetividade da tutela de urgência nas questões relativas ao funcionalismo público que impliquem aumento de remuneração (o que tem por fundamento razões orçamentárias), sendo necessário o trânsito em julgado e a execução do título judicial (precatórios) para que haja liberação de recursos¹⁹⁷.

Vale frisar que essas vedações decorrem de atos normativos vigentes e corroborados pelo Supremo Tribunal Federal (p. ex., ADC nº 4). Isso não quer dizer, contudo, que não seja possível a concessão de outras tutelas de urgência que não se enquadre nas específicas hipóteses mencionadas a servidores públicos. Mesmo para funcionários, quando a medida não implicar acréscimo de vencimentos, é plenamente possível a concessão da tutela quando presentes os requisitos autorizadores.

O reexame necessário como condição de eficácia de decisão não é elemento que, por si só, impeça a obtenção de provimentos urgentes (até porque, se assim fosse, não seriam necessários todos os atos normativos

¹⁹⁴ SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 203.

¹⁹⁵ Art. 5º - Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento de extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

Art. 7º - O recurso voluntário ou exofficio, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimentos ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

¹⁹⁶ Art. 2º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado.

¹⁹⁷ SCARPINELLA BUENO, *O Poder Público em Juízo*, p. 210.

específicos que excepcionam restritas situações). Não se pode pretender dar interpretação extensiva à norma que já é restritiva (reexame necessário para a eficácia da sentença), sendo eficaz até mesmo a tutela urgente concedida na própria sentença¹⁹⁸.

Quanto ao terceiro argumento invocado para justificar a suposta vedação à concessão de tutelas de urgência em face do Poder Público, o sistema constitucional dos precatórios, percebe-se com facilidade sua fragilidade no que diz respeito às obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa certa, medidas desassociadas da regra de pagamento de débitos judiciais da Administração por meio de precatórios.

No entanto, EDUARDO TALAMINI pondera que mesmo nessas situações há de preponderar o princípio da proporcionalidade, avaliando-se os interesses em jogo para então decidir pela concessão ou não da tutela de urgência¹⁹⁹.

Um bom exemplo dessa situação são os chamados “sequestros humanitários”, verdadeiras tutelas antecipatórias concedidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo para os credores de precatórios que comprovem não poder aguardar o pagamento do que lhe é devido de acordo com a ordem cronológica, sob pena de comprometimento da sua saúde, circunstância em que, mais do que a observância ao regime constitucional dos precatórios, preponderou o princípio da dignidade humana, postura compatível com a já exposta concepção que se tem acerca da supremacia dos direitos e garantias fundamentais²⁰⁰.

¹⁹⁸ TALAMINI, “Tutela de urgência e Fazenda Pública”, p. 4; em sentido contrário, cfr. BENUCCI, *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, pp. 64-65.

¹⁹⁹ “Tutela de urgência e Fazenda Pública”, pp. 4-5.

²⁰⁰ “Condicionar a possibilidade de atuação da antecipação da tutela frente à Fazenda Pública ao regime dos precatórios, em qualquer hipótese, é admitir a possibilidade de perecimento de direitos fundamentais do jurisdicionado. O crédito alimentar não concedido no momento oportuno (aferível pelo juízo no momento da antecipação) pode caracterizar lesão inelutável para aquele que demanda contra o Estado” (BENUCCI, *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*, p. 87).

25. REEXAME NECESSÁRIO

O reexame necessário da sentença proferida contra o Poder Público por órgão judicial hierarquicamente superior é talvez sua prerrogativa processual mais conhecida e, ao mesmo tempo, mais combatida. Considerada por muitos como um aberrante privilégio, ilustra de maneira enfática a posição de vantagem do Estado em face do cidadão²⁰¹.

JOSÉ ROBERTO DE MORAES, combativo Procurador do Estado de São Paulo aposentado, defende com vigor o reexame necessário com o argumento de que a sentença condenatória contra o Poder Público irá atingir o erário, pertencente a todos os cidadãos, bem como pela “desconfiança” em relação ao juiz de primeira instância, que considera intrínseca ao sistema por força do duplo grau de jurisdição, sem o que não haveria certeza quanto à justiça da decisão²⁰². Além disso, aponta-se também o risco de conluio entre as partes e o juiz de primeira instância como motivo justificador do reexame necessário.

Sua origem está identificada com o recurso de ofício do Direito Processual Penal Português, cujo objetivo era mitigar possíveis desvios no processo, interposto pelo próprio juiz em algumas situações específicas, como nos crimes de natureza pública (Ordenações Afonsinas).

Essa obrigatoriedade de interposição de recurso contra a própria decisão foi ampliada nas Ordenações Manuelinas e mais ainda nas Filipinas. Depois surgiram algumas leis obrigando os juízes a recorrer de ofício também em causas civis, até que foi estendido às sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional²⁰³.

²⁰¹ DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 217.

²⁰² MORAES, “Fazenda Pública em Juízo – Prerrogativas ou Privilégios?”, pp. 183-184.

²⁰³ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 201-202.

No Código de Processo Civil de 1939, as apelações de ofício, que independem da vontade da parte, estavam expressamente indicadas nos artigos arts. 820, 821 e 822 (sentenças de nulidade do casamento, homologatórias de desquite amigável e proferidas contra a União, Estado e Município).

Muito embora o conceito tenha sido mantido, não mais se a considera como um recurso²⁰⁴ (pelo princípio da taxatividade, só é recurso aquilo que a lei diz que é) interposto pelo próprio juiz contra a decisão por ele mesmo proferida (o juiz não tem legitimidade e nem interesse de interpor recursos contra sua própria sentença), mas apenas como uma condição de eficácia da sentença condenatória, o que significa que sem o reexame necessário não poderia haver o trânsito em julgado, conforme orientação sumulada do Supremo Tribunal Federal²⁰⁵.

Ao escopo do presente trabalho, contudo, não assume maior relevância a natureza jurídica do reexame necessário. O que importa ressaltar, assim como já o fez CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é que se trata de regra absolutamente anacrônica, desatenta à realidade atual da advocacia pública altamente qualificada e capacitada para, casuisticamente, definir se convém ou não impugnar a sentença condenatória da Fazenda Pública.

Pretender a análise da demanda pelo segundo grau não traz maior certeza às decisões, uma vez que este conceito está ligado à profundidade da cognição exercida, que não aumentará com a remessa dos autos para a instância superior²⁰⁶.

Do mesmo modo, manter a regra por conta de receio quanto a conluio, atos de corrupção ou improbidade dos agentes públicos envolvidos,

²⁰⁴ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 217; THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 564; ASSUMPTÃO NEVES, *Manual de Direito Processual Civil*, p. 568; FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, p. 72; GIANESI, “A Fazenda Pública e o Reexame Necessário”, p. 918. Em sentido contrário, ARAKEN DE ASSIS considera o reexame necessário uma apelação oficial: “Existem duas espécies de apelação no direito pátrio: a voluntária (art. 513) e oficial (art. 475)” (“Admissibilidade dos Embargos Infringentes em Reexame Necessário”, p. 134).

²⁰⁵ Súmula 423 do STF: “Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso *ex officio*, que se considera interposto *ex lege*”.

²⁰⁶ FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, p. 75.

procuradores e magistrados, é acatar uma visão metonímica, da pequenina parte pelo todo, que não se pode aceitar, presumindo-se como regra a má-fé²⁰⁷, a qual, ao contrário, é situação teratológica que deve ser tratada como exceção absoluta. Aliás, contra essas situações já existe no sistema hipótese específica de ação rescisória para desconstituir o julgado(art. 485, inc. I e II, do CPC)²⁰⁸.

Na essência, como já dito anteriormente e novamente aqui verificado, o reexame necessário é medida que afronta o princípio constitucional da isonomia por não mais subsistir qualquer fator de *discrímen* suficiente apto a legitimar o tratamento diferenciado²⁰⁹.

De qualquer forma, enquanto for preciso conviver com sua existência, deve-se estimular medida como a constante do artigo 19 da Lei 10.522/02, cujo § 2º inclusive dispensa o reexame necessário para as hipóteses em que a Procuradoria Geral da Fazenda está autorizada a não recorrer.

Nesse exato sentido, a Lei 10.352/01 introduziu dois novos parágrafos ao artigo 475 do Código de Processo Civil, dispensando o reexame necessário quando o valor envolvido na demanda for inferior a sessenta salários mínimos ou então quando a decisão estiver fundada em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores.

²⁰⁷ DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, p. 217.

²⁰⁸ FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, pp. 76-78.

²⁰⁹ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, pp. 120-121.

CAPÍTULO 7 – INDISPONIBILIDADE E OUTROS MITOS

26. A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Para justificar uma série de condutas do Poder Público em juízo, bem como para tentar legitimar algumas restrições processuais, como ausência dos efeitos da revelia e o manejo de ação monitória, invoca-se constantemente a chamada indisponibilidade do interesse público²¹⁰, tentando se passar a idéia de que o agente público não poderia nunca deixar de tentar resistir a uma demanda porque, caso contrário, estaria dispondo de um interesse da sociedade, o que não lhe seria permitido.

Não faz sentido algum. Ao menos, não dessa maneira, como se fosse um dogma insuperável.

Buscar-se-á, portanto, nesse capítulo, explorar e desmitificar algumas dessas posições, muitas vezes irrefletidas, que só contribuem para agravar ainda mais a situação processual do cidadão que se vê obrigado a buscar o Poder Judiciário para sanar um malefício que lhe foi causado pelo Estado e que poderia ser resolvido com agilidade (anuência com o pedido, por exemplo) não fosse a maligna invocação de senhas vazias que comprometem o próprio interesse público, conceito que já foi nesse estudo explorado e reposicionado.

Com efeito, a indisponibilidade, em sentido amplo, é considerada como uma vedação direcionada ao agente público, impedindo que adote, em concreto, uma postura que implique optar por não aproveitar as normas de direito administrativo que, em princípio, favorecem o Estado.

²¹⁰ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 4.

Com isso, acaba existindo uma restrição indevida a, por exemplo, o uso da arbitragem e impedindo a própria realização de audiências de conciliação quando o Poder Público esteja num dos polos da demanda²¹¹.

A doutrina administrativa clássica costuma tratar da indisponibilidade dos interesses públicos como reflexo do fato de que não se pode dispor daquilo que não possui, cabendo aos órgãos administrativos apenas zelar pelos interesses da Administração Pública²¹².

No entanto, a solução imediata de questões que poderiam ser resolvidas na própria esfera administrativa é medida que atende ao conceito atual de interesse público, compreendido como supremacia dos direitos e garantias fundamentais, o que significa que, sob esse prisma, não dispor do interesse público significa observar um direito fundamental quando “sabidamente” se está diante dele.

Aliás, seguir o argumento de que com a questão já judicializada, somente o Poder Judiciário poderia definir a solução adequada para o caso, é mais uma vez agir cegamente, sem maior reflexão. Afinal, se diuturnamente o agente público é obrigado a tomar decisões seguindo os preceitos constitucionais e administrativos, por que seria obrigado a deixar de fazê-lo simplesmente pelo fato de ter sido a questão submetida à apreciação do Judiciário?

A relação processual não elimina a relação material existente, e tampouco retira do agente administrativo o poder-dever de tomar decisões, do mesmo modo como tem de habitualmente fazer no exercício de suas atividades. Na sua omissão, é o juiz quem o fará, por certo.

Mas não se pode com isso pretender que eventual ato de disposição no âmbito do processo não seja revestido dos atributos dos atos administrativos. E o mesmo nível de “certeza” que se exige na tomada das decisões administrativas estará presente quando o agente público tiver de

²¹¹ URBANO DE CARVALHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, pp. 72-73.

²¹² BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 74.

concordar com o pedido formulado numa petição inicial ou então autorizar a realização do acordo.

A convicção do magistrado, apesar de representar um conforto ao agente administrativo que não mais precisará tomar uma decisão, não difere em sua substância daquela presente nas decisões administrativas.

Até porque, como certeza é um conceito absoluto, e por isso mesmo representa um estado de espírito inalcançável²¹³, basta que a tomada de decisão seja revestida de um alto grau de probabilidade, fundamentado, quando possível, inclusive na própria jurisprudência existente naquele específico momento.

O fato de ser possível, como até mesmo natural ao sistema, a posterior alteração da jurisprudência a respeito de um tema não engessa o administrador, que tem o poder-dever de tomar a decisão apropriada àquele momento. E, do mesmo modo que o juiz não deve se alongar na busca da verdade²¹⁴, o agente público não deve se omitir, escondido no frágil conceito de certeza acerca da existência ou não do direito daquele que litiga contra o Poder Público.

Para que concorde com a pretensão do cidadão, ou para autorizar a realizar um acordo em audiência de conciliação (ou em qualquer outro momento), é evidente que o agente público não pode agir de acordo com sua vontade²¹⁵.

Contudo, basta um alto grau de probabilidade²¹⁶ acerca do direito, do mesmo modo que ocorre com o juiz acerca dos fatos controvertidos da causa²¹⁷, pautando-se pelos costumeiros critérios de conveniência e oportunidade.

²¹³DINAMARCO, *A Instrumentalidade*, p. 318.

²¹⁴CAMBI, *Direito constitucional à prova*, p. 68.

²¹⁵TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 1.

²¹⁶LIEBMAN, *Manuale*, II, p. 71.

²¹⁷LUCON, *Eficácia das decisões e execução provisória*, p. 188.

A esse respeito, aliás, cabe lembrar CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que bem expõe que por probabilidade deve-se compreender a preponderância dos fundamentos convergentes sobre os divergentes, suficiente para aceitar como correta determinada proposição²¹⁸.

Bem por isso é que se defende que mesmo a renúncia da Administração pode ser considerada como a solução mais eficiente para atender ao interesse público e social²¹⁹.

Dessa forma, não se pode concordar com algumas das nefastas consequências que, a pretexto dessa indisponibilidade, calcada em frágil premissa conceitual, são materializadas em supostos óbices processuais como:

- a) impossibilidade de reconhecimento do pedido;
- b) impossibilidade de transigir, o que tem sistematicamente conduzido a não-designação da audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil;
- c) não aplicação dos efeitos da revelia quando ausente a defesa do Poder Público;
- d) dispensa do ônus de impugnação específica dos fatos constitutivos alegados pelo particular;
- e) vedação à confissão do Poder Público;
- f) proibição de ação monitória contra o Poder Público.

Analisemos, pois, as premissas que conduziram à má criação desses mitos, desconstruindo-as para que seja possível um reposicionamento do tema, com uma nova compreensão que milite em favor da mudança comportamental do Poder Público em juízo e, principalmente, do próprio Poder Judiciário, a quem compete pedagogicamente atuar como freio e contrapeso aos malfeitos praticados pela Administração.

²¹⁸ Nova era do processo civil, p. 18.

²¹⁹ URBANO DE CARVALHO, *Curso de Administrativo Brasileiro*, p. 73.

27. O RECONHECIMENTO DO PEDIDO

Após a citação, o réu pode reconhecer o pedido, apresentar sua defesa ou então ficar inerte, caracterizando-se a revelia. No entanto, a doutrina que trata sobre o tema costuma apontar ser vedado à Fazenda Pública apenas reconhecer o pedido, sendo quando muito possível a realização de acordos. Com isso, tem-se entendido como obrigatória a apresentação da defesa²²⁰.

No entanto, RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO converge com o posicionamento aqui assumido de que nada impede que a Administração reconheça o pedido formulado por particulares²²¹, especialmente em situações em que se note que a postura está divergente daquilo determinado pela lei; ao contrário, em tais situações, agir de maneira distinta representará expressa violação ao princípio da legalidade, norteador de toda a conduta administrativa.

Com efeito, indaga-se: que medida atende mais ao interesse público: concordar com o pedido ou realizar um acordo logo no início do processo, desde logo entregando ao cidadão o bem da vida que pleiteia, ou permitir que o processo se arraste anos a fio, até chegar ao precatório, com incidência de juros moratórios que farão com que a dívida dobre ou até triplique de valor?

Sim, no Estado de São Paulo, como em diversos locais do país, há precatórios expedidos no ano de 1998 que ainda não foram quitados. Isso significa que, se o processo tramitou pelo menos cinco anos antes ao da expedição do ofício requisitório, projeção extremamente otimista, há no mínimo vinte anos de incidência de juros moratórios, ou seja, 240 meses. Com o percentual mínimo de juros, 0,5% ao mês, chega-se ao acréscimo de 120% (cento e vinte por cento)

²²⁰ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 96-97.

²²¹ “Pode-se afirmar que em muitas situações o interesse público deve fazer com que a Administração, por exemplo, reconheça um desequilíbrio contratual e institua os mecanismos para o seu reequilíbrio, ou que se abstenha de determinada prática. Sempre que constatar que a sua postura é equivocada, a Administração não só pode como deve reconhecer o direito do particular, em seu confronto, pois essa é a conduta que efetivamente contempla e obedece ao interesse público, e não o inverso” (APRIGLIANO, *Ordem Pública e Processo*, p. 20).

do valor dívida... É essa a postura que mais atende ao interesse público, mesmo na antiga concepção que se tinha acerca da expressão? Aquela indisponibilidade de fato protege o Estado e o erário? É evidente que não.

Em verdade, ao não agir dessa maneira o agente público estará causando um prejuízo à Administração, podendo até mesmo ser por isso responsabilizado; a negativa ao reconhecimento do erro é, portanto, postura que afronta o princípio da moralidade administrativa e da boa-fé²²².

Além disso, deve ser considerado que ao Estado cabe dar o exemplo de comportamento que a sociedade espera, sendo, em verdade, seu dever ético reconhecer, quando existente, o direito daquele que contra ele litiga. Não é legítimo, muito menos ao Poder Público, fazer uso do processo para postergar a efetivação de um direito.

No mais das vezes, é possível antever o resultado que determinadas demandas, principalmente as repetitivas, terão ao final do processo. Principalmente nesses casos, não reconhecer o direito do cidadão é postura que abala a confiança nas instituições, devendo ser recriminada com severidade.

Aliás, o princípio da autotutela administrativa impõe que a Administração Pública revise seus atos e condutas quando notar que estão incompatíveis com a legalidade, o que deve fazer independentemente da intervenção judicial. Não haveria, portanto, qualquer óbice para que, inclusive por força do princípio da autotutela e da moralidade administrativa, o Poder Público, ao responder a demanda, apenas reconhecesse o direito do autor. Essa autotutela administrativa evidentemente não deixa de existir quando o assunto é submetido ao Poder Judiciário, sendo verdadeiro dever do Estado rever ou anular os atos inválidos que tenha praticado²²³.

Assim, nada mais natural que, tendo sido constatada a irregularidade, o Estado deve atuar de modo a assegurar que o cidadão tenha o seu direito cumprido o mais prontamente possível, reparando os prejuízos causados (p.

²²² TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 5.

²²³ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 96.

ex., arts. 53 da Lei 9.784/99²²⁴), única postura compatível com a diretriz constitucional da legalidade que deve pautar a conduta administrativa, pouco importando se a questão foi ou não levada a juízo.

EDUARDO TALAMINI, a esse respeito, é feliz ao ponderar que a existência do processo de forma alguma altera a obrigação da Administração de rever os atos ilegais que praticou, reconhecendo seu erro, explicando que imaginar o contrário seria dizer que a litispendência liberaria o Poder Público de observar o princípio da legalidade, sendo o reconhecimento do pedido ato compatível com o interesse público (primário) e a própria moralidade administrativa²²⁵.

28. AUDIÊNCIA PRELIMINAR E CONCILIAÇÃO

Sob o argumento de que o Poder Público não poderia efetuar acordos, não costuma ser designada a audiência preliminar do artigo 331 do Código de Processo Civil. Isso porque logo no *caput* do referido dispositivo há a condicionante aditiva “e versar a causa sobre direitos que admitam transação”, o que é, de certa forma, reproduzido em seu § 3º: “se o direito em litígio não admitir transação (...), o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova”.

Ora, pelo que já exposto no item anterior, em que se admite até mesmo o reconhecimento do pedido, parece bastante evidente que também é compatível com o interesse público a realização de acordos para minimizar os prejuízos sofridos pelo erário, especialmente em circunstância em que se reconhece integral ou parcialmente o direito do particular que litiga contra o Poder Público.

²²⁴ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²²⁵ “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 2-4.

Se assim é, como se demonstrará com maior ênfase, é salutar que se avalie com serenidade a conveniência de dispensar-se a realização da audiência preliminar, oportunidade em que se materializa o princípio da oralidade, permitindo um maior contato do magistrado com as partes e com o litígio que lhe está sendo submetido à apreciação, o que militará em favor da decisão saneadora e com a fixação dos pontos controvertidos, momento de extrema importância para que depois possa, eventualmente, ser o julgamento realizado com base na distribuição do ônus da prova (a propósito, ver item 32).

Se o caso for de puro e simples reconhecimento do direito do particular, não nos parece ético e moral que se proponha um acordo. O direito deve ser cumprido e fielmente observado pela Administração Pública. Aproveitar-se do tempo do processo é imoral e estimula condutas de má-fé por parte dos agentes públicos, que contariam com a demora judicial para aliviar, por exemplo, seu orçamento com despesas de funcionários.

Com efeito, a transação existe quando há concessões de ambas as partes²²⁶. Pode ocorrer em qualquer momento do processo, mas, até mesmo em função da estrutura da máquina estatal, a designação da audiência preliminar permitiria que no período que a antecede o procurador responsável pelo caso pudesse tomar as devidas providências administrativas para chegar no dia da audiência com, dependendo das circunstâncias, uma proposta de acordo para solucionar o litígio.

Aliás, para que seja possível a composição, não basta a vontade do procurador. Uma série de medidas deve ser observada, tais como: (a) procedimento administrativo confirmatório do alto grau de probabilidade de que o Poder Público seja derrotado na demanda²²⁷; (b) autorização do agente administrativo responsável pela obrigação; (c) observância a situações idênticas,

²²⁶ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 106.

²²⁷ Cfr., p. ex., o Decreto Federal 4.250/02, que prevê condições para abertura de processo administrativo para subsidiar o reconhecimento do pedido (art. 5º, § único, I).

adotando-se em todos os casos a mesma proposta de acordo (isonomia), evitando-se preferências e arbitrariedades²²⁸.

Por fim, apenas para afastar de vez qualquer tentação de vislumbrar-se na indisponibilidade um conceito absoluto que impeça aprioristicamente todo e qualquer acordo por parte do Poder Público, convém atentar para a existência de leis que já autorizam transações: no âmbito da União Federal, a Lei 9.469/97 tem várias permissões para que a Advocacia Geral da União realize acordos, por exemplo, em causas de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)²²⁹; assim também na Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01²³⁰.

Trata-se, por óbvio, de medida que atende inclusive ao interesse estatal (ou interesse público secundário), na medida em que o custo de manutenção de demandas de valor relativamente baixo supera o eventual proveito econômico que poderia vir a ser ao final obtido²³¹, o que evidencia ser desarrazoada qualquer tentativa de vedar a possibilidade de acordos no curso de uma demanda que envolva o Poder Público.

29. ÔNUS DE IMPUGNAR, CONFISSÃO E REVELIA

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA primeiro explica que, pelo princípio da concentração, compete ao réu apresentar em sua contestação todos os fundamentos da defesa, sob pena de preclusão, aduzindo que a Fazenda

²²⁸ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 5.

²²⁹ Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2.009)

²³⁰ Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

²³¹ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 6.

Pública também estaria sujeita a tal consequência; no entanto, defende que não está sujeita ao ônus de impugnar especificamente os fatos aduzidos pelo autor. E isso porque, a seu ver (que bem reflete o costumeiro posicionamento da doutrina processual a respeito do tema), a regra do artigo 302, inciso I, do Código de Processo Civil, conduziria a essa conclusão²³².

É este o raciocínio: a presunção de veracidade dos fatos não impugnados não se aplica quando não for admissível a confissão; como nas demandas contra o Poder Público haveria a regra geral da indisponibilidade, não seria admissível a confissão; com isso, a ausência de impugnação específica não teria o condão de tornar verdade presumida a alegação fática incontroversa...

Com o devido respeito, até mesmo pelas considerações que têm sido feitas até aqui acerca do conceito de indisponibilidade, não se pode concordar com a lógica do raciocínio que conduz à conclusão de dispensa de impugnação especificada dos fatos alegados na petição inicial. Primeiro porque a confissão diz respeito a fatos, enquanto a disponibilidade refere-se a um direito. Ou seja, não é porque se confessa um fato que se está dispondo de um direito.

Com isso, mesmo que fosse verdadeira a regra da indisponibilidade absoluta (o que não é, frise-se), o raciocínio seria frágil pelo fato de que os institutos estão situados em planos distintos (confissão: fatos; disposição: direitos).

Do mesmo modo, ainda que num exercício mental se pudesse visualizar na confissão um ato de disponibilidade, ela, a confissão, não seria vedada porque não existe, como demonstrado, um conceito absoluto de indisponibilidade dos interesses públicos, ao menos não do modo como tem sido invocado para se tentar legitimar posições processuais de vantagem ao Poder Público.

Aliás, entendemos que a confissão não é apenas possível; em verdade, ela é obrigatória: é dever do agente público conhecedor da verdade do fato com ele concordar quando for alegado; não pode o Estado omitir-se para

²³² *A Fazenda Pública em Juízo*, pp. 100-101.

supostamente se beneficiar de uma controvérsia presumida, que exigira a produção probatória. Aceitar esse estado de coisas é reconhecer que o Poder Público pode se comportar processualmente como se fosse um qualquer, distante de seu papel de arauto da moralidade, com conduta pedagógica e consonante com a finalidade de ser do próprio Estado: servir o cidadão e envidar todos seus esforços para que cada qual tenha seus direitos e garantias fundamentais devidamente observados e efetivados.

Assim, sob qualquer ângulo, a Fazenda Pública não pode ser enquadrada na hipótese do inciso I do artigo 302 do Código de Processo Civil, o que significa dizer que não está dispensada de impugnar especificamente os fatos alegados na petição inicial, sendo seu ônus fazê-lo sob pena de serem presumidos verdadeiros. Caso contrário, todo e qualquer fato deveria ser provado pelo autor, apenas com receio de que ao final pudesse ser surpreendido com um julgamento com base na regra dos ônus da prova.

Até porque, desenvolvendo um pouco o que pretendem aqueles que não aceitam a presunção de veracidade dos fatos incontroversos, não haveria, nos processos contra o Poder Público, necessidade de fixação dos pontos controvertidos para conduzir a instrução probatória... Imagine-se o desperdício de tempo e de dinheiro se todo e qualquer fato alegado e não impugnado tivesse, ainda assim, de ser judicialmente provado...

Tanto é que o parágrafo único, ao excepcionar, não faz qualquer menção ao Poder Público. Por isso é que, como já demonstrado, não existe qualquer motivo que justifique a recusa em aceitar a confissão do Poder Público sobre os fatos, do mesmo modo que não há razão para supor estar o Estado liberado do ônus de impugnar especificamente os fatos alegados pelo particular.

Com isso, tem-se por conclusão lógica de que a revelia do Poder Público faz com que se presumam verdadeiros os fatos alegados na petição inicial, incidindo a regra geral do caput dos artigos 302 e 319 do Código de

Processo Civil, não se aplicando a exceção contida em seu inciso I, que impede a presunção de veracidade quando a confissão não for admissível²³³.

No entanto, a doutrina que trata do tema costuma ressaltar a Fazenda Pública desse efeito da revelia com o argumento de que assim deve ser por uma interpretação sistemática que impede a presunção de veracidade quando a demanda sobre direitos indisponíveis (art. 320, inc. II)²³⁴. E assim, sob aquele mesmo usual pretexto da indisponibilidade do interesse público, busca afastar a presunção de veracidade dos fatos afirmados quando há revelia do Poder Público²³⁵.

Trata-se, contudo, de falsa premissa, já tendo sido demonstrado ser inverídico o alcance que se pretende dar ao conceito de indisponibilidade do interesse público, não se podendo vislumbrar na vedação mais uma proteção ao Estado.

A esse respeito, FERNÃO BORBA FRANCO bem assevera que, em se tratando da Administração Pública, os direitos em si não são indisponíveis, mas sim os bens públicos de uso comum, concluindo com acertada firmeza: “Indisponível é a soberania, o poder nela manifesto, e o direito sobre ela. Bens e direitos não se confundem, pois”²³⁶.

E tampouco prospera o argumento de que o efeito material da revelia não poderia infirmar a presunção de legitimidade de um ato administrativo, conceito que também tem sido indevidamente utilizado para malferir os direitos dos particulares que litigam contra o Poder Público²³⁷.

²³³ Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

²³⁴ Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

(...)

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

²³⁵ GASPARINI, *Direito Administrativo*, p. 555.

²³⁶ *Execução em face da Fazenda Pública*, p. 60.

²³⁷ Nesse sentido, cfr. CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 87.

Com efeito, a presunção de veracidade dos atos administrativos é fenômeno restrito ao plano do direito material, uma ficção necessária para o regular funcionamento da máquina administrativa ²³⁸, dispensando a Administração Pública da produção de provas para a prática de um ato ²³⁹.

Embora não se negue que essa regra de direito substancial deva ser considerada no âmbito processual, não é suficiente para *aprioristicamente* vedar a incidência do efeito material da revelia.

No caso concreto, caberá ao juiz cotejar os elementos trazidos aos autos para verificar, casuisticamente, qual das presunções (ambas relativas) deverá prevalecer, inclusive determinando a produção probatória caso sinta essa necessidade. Como nos parece natural, não se pode sempre presumir, sobretudo quando omissa o Poder Público (o que vale também para a hipótese de algum fato não ter sido especificamente impugnado), que aquele fato não possa macular um ato administrativo irregular.

Em outras palavras, a presunção de veracidade dos atos administrativos vigora no âmbito administrativo; mas, uma vez impugnado por conta de um fato a ele atinente, esse fato admite prova em contrário ²⁴⁰, se necessário, ou seja, se for devidamente controvertido no âmbito do processo.

DINAMARCO, acerca da ausência de disposição para enfrentar esse inconstitucional estado de coisas, lamenta que não surjam vozes doutrinárias e magistrados que queriam enfrentar essa realidade que fere a isonomia, os quais muitas vezes vão além do protecionismo legislativo, indicando como exemplo de sua indignação justamente os juízes que excluem o Poder Público da incidência do efeito da revelia quando não apresenta sua contestação ²⁴¹.

²³⁸ CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo* – vol. X, p. 58.

²³⁹ BASTOS, *Curso de Administrativo Brasileiro*, pp. 51-52.

²⁴⁰ CRETELLA JUNIOR, *Tratado de Direito Administrativo* – vol. X, pp. 120-121.

²⁴¹ *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, p. 218.

Há, portanto, uma contaminação generalizada. Mesmo quando o legislador resiste e não privilegia o Estado, a doutrina e a prática judiciária parecem querer assumir esse papel de desmedida proteção estatal no âmbito do processo. Urge uma mudança de mentalidade.

30. MONITÓRIA

Grosso modo, com base principalmente nos mesmos fundamentos em torno daquilo que chamam de indisponibilidade do interesse público, os quais supostamente impediriam o reconhecimento do pedido, a transação, a confissão, e que afastariam o ônus de impugnar especificamente os fatos e a incidência do efeito da revelia, muitos doutrinadores também apregoam ser inviável a propositura de demanda sob o rito monitório em face do Poder Público.

No âmbito da monitória, a indisponibilidade é apontada como fator impeditivo ao cumprimento espontâneo do mandado inicial estimulando o cumprimento da obrigação (art. 1102c, § 1º, do CPC), entendendo-se que tal conceito vedaria a omissão do Poder Público, que sempre seria obrigado a opor os embargos. Além disso, como supostamente sua revelia não tornariam incontroversos os fatos alegados, sua omissão não seria apta à formação do título executivo²⁴².

Somam-se a esses pontos a alegação de obrigatoriedade de observância ao duplo grau de jurisdição (reexame necessário), o que também militaria em favor da impossibilidade do manejo de demanda pela via monitória em face da Fazenda Pública²⁴³, além da obrigatoriedade de observância da sistemática dos precatórios, o que impediria o cumprimento espontâneo²⁴⁴.

²⁴² CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 472.

²⁴³ MARCATO, *O processo monitório brasileiro*, p. 67.

²⁴⁴ CRUZ E TUCCI, *Ação monitória*, p. 75.

Sanando a divergência doutrinária acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 339 deixando claro ser “cabível ação monitória contra a Fazenda Pública”.

Do mesmo modo, aquele Tribunal Superior, no Recurso Especial nº 281.483/RJ, ao tratar da monitória em face do Poder Público, deixa claro que (a) nada impede o cumprimento espontâneo quando reconhecida sua condição de devedor e que (b) a não oposição de embargos converterá o mandado em título executivo judicial, que será então submetido à sistemática dos precatórios²⁴⁵.

De fato, pelo que foi exposto neste capítulo, é possível rebater aqueles argumentos contrários:

(i) a indisponibilidade do interesse público pode, ao contrário, ser motivo suficiente para o cumprimento espontâneo, seja por conta da economia que será causado ao erário, seja pela correta acepção que se deve ter acerca do interesse público, consubstanciado no dever da Administração de observância dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos;

(ii) o Poder Público tem o dever de impugnar especificamente os fatos alegados e sua revelia faz com que sejam, sim, presumidos verdadeiros, de tal forma que sua omissão na via monitória tem sido o condão de converter o mandado injuntivo em título executivo judicial;

(iii) o duplo grau obrigatório não impede o reconhecimento do pedido e a realização de acordos (e, na monitória, seu silêncio diminuirá o valor total a ser executado, em benefício do erário);

(iv) em caso de cumprimento espontâneo, não haveria violação da sistemática dos precatórios porque nem mesmo haverá formação de título executivo por se tratar de hipótese de satisfação voluntária²⁴⁶ (muito embora nos pareça necessário o tratamento isonômico entre todos que estejam na mesma

²⁴⁵A respeito, cfr. THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, pp. 342-343.

²⁴⁶DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. III, p. 779.

situação), estando esse proceder adequado, quando for o caso, aos princípios da legalidade e do dever de autotutela na correção e adequação dos atos administrativos irregulares²⁴⁷.

Com isso, verifica-se que não há mesmo motivo técnico algum para que não se utilize o procedimento monitório contra a Fazenda Pública²⁴⁸, não sendo possível enxergar restrições onde nem mesmo o complacente legislador tentou imunizar o Poder Público.

²⁴⁷ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 9.

²⁴⁸ BUENO, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 2, tomo II, p. 185.

CAPÍTULO 8 – O PAPEL DO JUIZ: A PROVA E O COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO

“Mais importante do que alterar a lei é mudar a mentalidade dos operadores desse ramo do Direito, que devem se conscientizar dos verdadeiros objetivos de sua ciência”.

(BEDAQUE²⁴⁹)

31. O PAPEL DO JUIZ E A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

O presente trabalho tem firme propósito de rever premissas de direito material que têm sido equivocadamente utilizadas tanto para justificar privilégios processuais do Poder Público como a conduta que boa parte dos juízes adotam quando estão diante de uma demanda movida por um particular em face da Administração Pública.

O objetivo é demonstrar que a inadequação da relação de instrumentalidade entre as exigências do direito material e a sistemática processual usualmente existente alcança o comportamento, talvez inconsciente, que o Poder Judiciário no mais das vezes adota em uma demanda de que faça parte o Poder Público, ampliando sua posição de vantagem inconstitucionalmente positivada.

Trata-se de um espírito fazendário desassociado dos princípios insculpidos na Carta Magna, nossa Constituição Cidadã, que procurou centrar o foco de atenção da própria razão de ser do Estado no cumprimento e observância dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

²⁴⁹ *Direito e Processo*, p. 85.

A única forma de compreender esse fenômeno reside no fato de que, historicamente, os cidadãos sempre foram vistos como subservientes a uma figura central maior e mais poderosa, desde o período colonial até os regimes totalitários do século XX, especialmente no regime militar que tantos malefícios causou e continua causando, com legislações anacrônicas ainda vigentes, completamente desassociadas da realidade²⁵⁰.

Com efeito, a instrumentalidade exige que o Poder Judiciário seja sensível à natureza do conflito que lhe é submetido à apreciação, adequando-se às suas especificidades para melhor prover uma efetiva tutela jurisdicional²⁵¹.

Por isso, é essencial que os juízes que atuam em demandas contra o Poder Público tenham bastante presente os preceitos de direito material que devem nortear seu trabalho²⁵², adotando postura adequada ao fato de que, nesses casos, o processo é instrumento de atuação do Poder Judiciário no desempenho de seu papel de freio e contrapeso ao exercício do Poder.

É no processo que deve incidir, de modo pleno e vigoroso, a teoria da tripartição do poder com seus mecanismos de controle recíproco para evitar o abuso estatal contra o cidadão²⁵³, como exposto especialmente no capítulo 2, tendo-se consciência de que o processo também é um instrumento para o exercício do poder²⁵⁴.

Além disso, deve o magistrado estar consciente de que na demanda contra o Poder Público não está agindo apenas como o órgão que avocou para si a resolução de um conflito de interesses, muito embora também aqui se faça presente, talvez até com maior intensidade, a preocupação de que a justiça não seja feita em favor da parte mais forte²⁵⁵ (indubitavelmente o Estado).

²⁵⁰DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, pp. 218-219.

²⁵¹PROTOPISANI, *Lezioni*, p. 6.

²⁵²DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 333.

²⁵³BARROSO, “Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça”, p. 24.

²⁵⁴DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 348.

²⁵⁵KAZUO WATANABE, *Da cognição no processo civil*, p. 44.

Está o juiz diante de um conflito de interesses diferenciado, em que não necessariamente há uma contraposição (o interesse público pode convergir com o interesse do particular), como demonstrado com maior ênfase no capítulo 3.

Há, nesses casos, a prevalência do escopo jurídico da jurisdição, em que a realização do direito material passa a ser até mais importante do que a pacificação social, especialmente pelo caráter pedagógico da decisão, que servirá de exemplo para a atuação estatal, transmitindo à sociedade uma mensagem de que tal ou qual conduta administrativa é correta ou errada.

A expectativa e os efeitos multiplicadores são maiores, o que exige uma mentalidade dos juízes compatível com a importância do litígio (na maioria das vezes de caráter repetitivo), com sensibilidade aos valores sociais predominantes da sua época²⁵⁶, o que significa ampliar sua cognição e, portanto, sua atividade instrutória para bem resolver a matéria²⁵⁷.

Se, como regra geral, para a justiça e a efetividade do processo é fundamental a devida apuração dos fatos²⁵⁸, com ampla participação ativa do juiz²⁵⁹, no processo contra o Poder Público isso é potencializado justamente pelo seu papel de verdadeiro fiscal que o Poder Judiciário deve assumir em uma demanda que questione o comportamento da Administração, com mitigação do princípio dispositivo em favor de um sistema ao menos parcialmente inquisitivo, reflexo do caráter público do processo em que está em discussão justamente o interesse público²⁶⁰.

Nesse sentido, o Ministro MARCO AURÉLIO enfatiza que, justamente pela obrigatoriedade de dar o exemplo para a sociedade, quando o Estado fizer parte da demanda mais ainda é justificável a atuação dos

²⁵⁶ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 361.

²⁵⁷ CHIOVENDA, *Instituições*, 1º vol., p. 174.

²⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, pp. 213-214.

²⁵⁹ BEDAQUE, “Garantia da amplitude de produção probatória”, p. 172; PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, pp. 40-41.

²⁶⁰ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 286 e p. 384.

magistrados²⁶¹. De fato, é necessária uma mudança de mentalidade e é preciso por fim às “indulgências dos juízes para com os entes estatais”²⁶².

Aplicando-se esse conceito no campo probatório, a já recomendada atuação ativa no processo ganha maior peso, fixando com clareza os pontos fáticos controvertidos e tendo iniciativas instrutórias a desvendar a realidade dos acontecimentos (incrementar ao máximo o grau de probabilidade acerca da veracidade dos fatos)²⁶³.

Sendo o interesse público indisponível, na ótica de supremacia dos direitos e garantias fundamentais (núcleo do direito administrativo moderno), é de todo conveniente a participação ativa do juiz na instrução probatória²⁶⁴, inclusive para compensar e mitigar as naturais desigualdades substanciais entre o cidadão e a máquina estatal²⁶⁵, protegendo-se os indivíduos contra abusos cometidos pelos agentes administrativos²⁶⁶, afastando-se peremptoriamente a antiga visão do mero juiz espectador²⁶⁷.

Afinal, no processo contra o Poder Público o juiz deve zelar pela verificação de legalidade do ato administrativo praticado, medida que converge para a necessária observância do interesse público, que não se confunde com os interesses estatais²⁶⁸.

²⁶¹ MIN. MARCO AURÉLIO MELLO, “Apresentação à 2ª edição” do *Poder Público em Juízo*, de SCARPINELLA BUENO, p. XII.

²⁶² DINAMARCO, “Relativizar a coisa julgada material”, p. 71.

²⁶³ BEDAQUE, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 108; BARBOSA MOREIRA, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, p. 147.

²⁶⁴ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 294-295.

²⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, pp. 145-146; CAPPELLETTI-GARTH, *O acesso à justiça*, p. 29.

²⁶⁶ CAPPELLETTI-GARTH, *O acesso à justiça*, p. 141.

²⁶⁷ BEDAQUE, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, p. 110; DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 239-240; BEDAQUE, “Garantia de amplitude de produção probatória”, pp. 170-171.

²⁶⁸ FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, p. 60.

32. INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA E PODER PÚBLICO

Se, ao final do processo, mesmo com a devida fixação dos pontos fáticos controvertidos (essencial para que as partes saibam de antemão sobre quais pontos devem se debruçar na instrução probatória) e a ativa participação do magistrado, não for possível que forme sua convicção por insuficiência probatória, será necessário prolatar a decisão fazendo uso das regras de distribuição do ônus da prova.

Ocorre, porém, que costumeiramente os juízes, mesmo sem fixar previamente os pontos controvertidos (imaginando ausente o ônus de impugnar especificadamente os fatos por parte do Poder Público), aplicam a regra do ônus da prova em desfavor do cidadão.

Trata-se de postura apriorística, porém, que deve ser alterada por não se compatibilizar com as exigências já apontadas do direito material, além de não levar em consideração a absoluta condição de vulnerabilidade do particular face o poderio estatal (cfr. capítulo 5, item 15), o que impõe medidas compensatórias para nivelar os desiguais, assim como ocorre nas demandas movidas por consumidores em face de fornecedores e prestadores de serviços.

Contudo, o tema “inversão do ônus da prova” é pautado por uma série de discussões doutrinárias, razão pela qual convém, nesse ponto, um maior aprofundamento sobre as questões que envolvem o assunto, o que permitirá uma melhor compreensão da conclusão a que se chegará²⁶⁹

Na lição de JAMES GOLDSCHMIDT, ônus é um imperativo do próprio interesse²⁷⁰. Falar, portanto, em ônus da prova significa a necessidade de produção probatória sob o risco, de não o fazendo, a consequência da insuficiência probatória voltar-se contra aquele que tinha interesse no deslinde de uma questão

²⁶⁹ A esse respeito, cfr. meu artigo “A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e projetado”, in *Revista de Processo* nº 208.

²⁷⁰ *Teoria General del Proceso*, p. 82.

fática²⁷¹, uma vez não ser possível a pronúncia de sentença que não decida o mérito.

Decidir de acordo com a regra do ônus da prova é algo compatível com um sistema em que prepondere o princípio dispositivo, como no Brasil, na medida em que destinado às partes (o juiz não possui um imperativo do seu próprio interesse)²⁷², o que ocorre somente após a valoração das provas produzidas e convencido o juiz de que não adiantará determinar a produção de novas para dirimir a controvérsia fática²⁷³.

Embora no sistema processual brasileiro ainda vigente existam regras expressas que fixam previamente sobre quem deve recair os ônus da prova em caso de insuficiência, é possível ao magistrado relativizar essas regras e distribua-las de acordo com as circunstâncias do caso concreto que lhe é submetido à apreciação (distribuição dinâmica ou inversão judicial).

A regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil acaba por prestigiar o autor, que deverá produzir as provas do fato constitutivo de seu direito, ao passo, em princípio, ao réu é permitido apenas impugná-lo²⁷⁴. No entanto, o ordenamento brasileiro contém outras normas que distribuem o ônus da prova de maneira diversa, transferindo-o para determinada parte por força da presunção de que aquela terá maiores e melhores condições de produzir determinado elemento probatório²⁷⁵.

Nesses casos, porém, não se fala em “inversão”, a não ser no sentido de que naquela circunstância o ônus poderá ser distribuído de maneira distinta à regra geral.

²⁷¹ MOACYR AMARAL SANTOS é preciso a esse respeito: “falta ou insuficiência de prova, para os fins judiciais, são idênticas. Por falta de prova ou insuficiência de prova, a verdade não aparece” (*Prova Judiciária*, vol. I, p. 333).

²⁷² *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, p. 198.

²⁷³ LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. II, p. 93; ECHANDIA, *Teoria general de la prueba*, p. 287.

²⁷⁴ DIDIER JR. et. al., *Curso de Direito Processual Civil*, volume 2, p. 81.

²⁷⁵ COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni sul Processo Civile*, p. 628; DINAMARCO, *Instituições*, vol. III, p. 75.

Assim, como bem adverte JUAN MONTERO AROCA, apesar do seu reiterado uso na doutrina e na jurisprudência, é preciso compreender que falta amparo técnico para a expressão “inversão legal” (ou *ope legis*) do ônus da prova²⁷⁶.

No entanto, mesmo nessas hipóteses é possível que o julgador, com apoio nas circunstâncias do caso concreto, opte (motivadamente, sempre²⁷⁷) pela flexibilização do que está prévia e abstratamente previsto, distribuindo de maneira diversa os ônus da prova, desde que presentes os requisitos para tanto.

Nesse ponto é que se verifica, pois, plenamente aplicável o conceito de inversão judicial do ônus da prova nas demandas em que o Poder Público esteja envolvido. O cidadão é parte vulnerável diante do poderio estatal, com conhecimentos técnicos limitados e está mais distante da fonte de prova que seja hábil a questionar determinado ato administrativo.

Verifica-se, pois, no processo contra o Poder Público, serplenamente aplicável a chamada carga probatória dinâmica (ou distribuição dinâmica do ônus da prova), que, diante de uma situação de dificuldade probatória por uma das partes e facilidade para a outra, admite-se a inversão do ônus da prova de maneira que este recaia sobre quem detém melhores condições “profissionais, técnicas ou fáticas para produzi-la”²⁷⁸.

Com relação a esse ponto, interessante notar que há muito o filósofo inglês JEREMY BENTHAM advertia que em um sistema ideal, em que a preocupação estivesse voltada para uma “justiça franca e simples”, deveria sofrer o ônus da prova exatamente a parte que melhor tinha condições de satisfazê-la²⁷⁹.

²⁷⁶ *La prueba nel proceso civil*, pp. 99-101.

²⁷⁷ LIEBMAN: “Para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio” (“Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”, p. 80).

²⁷⁸ VARGAS, “Cargas Probatórias Dinâmicas”, pp. 13-14.

²⁷⁹ “Ônus da prova. Sobre quem deve recair? Entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico. Num regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil constatar. O ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquelas das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e

E não há dúvidas de que, em uma demanda que envolva questões relacionadas à Administração Pública, é justamente ela quem tem melhores condições de produzir a prova²⁸⁰ e, com isso, permitir que a tutela jurisdicional ao final proferida seja aquela mais justa e consentânea ao ordenamento jurídico²⁸¹.

Interessante notar que muitas vezes a Administração Pública adota postura processual absolutamente questionável e incompatível com a sua própria razão de ser. Permanece inerte, deixa de produzir as provas necessárias, muito embora de fácil acesso, simplesmente confiante de que aquele ônus não é seu. Significa dizer: o Poder Público age como se fosse legítimo vencer uma demanda sem que tenha, de fato, o direito.

Por conta justamente desse tipo de comportamento é que muitas vezes se relaciona a inversão judicial do ônus da prova com a conduta adotada por cada uma das partes no curso do processo. Seu comportamento negligente é motivo mais do que suficiente para que a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova no momento do julgamento²⁸².

Mais até do que o comportamento da parte, a justificativa principal para a inversão judicial do ônus da prova está na percepção de que uma das partes se encontra em condição de vulnerabilidade diante da outra, com o que se assegura tratamento isonômico material para as partes envolvidas no litígio judicial²⁸³.

despesas” (*Tratado de las Pruebas Judiciales*, vol. II, tradução de Manuel Ossorio Florit da obra original *Traité des Preuves Judiciaires*, Buenos Aires, EJE, 1971, p. 149. Tradução para o português de Paulo Rogério Zaneti, in *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 94); Cfr. também AMARAL SANTOS, *Prova Judiciária*, vol. I, p. 100;

²⁸⁰ Em verdade, a hoje denominada teoria das cargas probatórias dinâmicas, que tem no argentino JORGE W. PEYRANO seu maior ícone, não é propriamente nova ou moderna, já tendo sido inclusive alvo de polêmicas doutrinárias (ROSENBERG, *La carga de la prueba*, pp. 142 e 205); DANILO KNIJNIC, in “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’...”, p. 944; PEYRANO, “La regla de la carga de la prueba”, pp. 113-114; GRANDE, “Cargas probatorias dinámicas: nuevas, ni argentinas, ni aplicables”, p. 1).

²⁸¹ WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado*, vol. II, p. 6; ZANETI, *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, p. 116.

²⁸² BEDAQUE, *Direito e Processo*, p. 58; FERNANDO ADRIÁN NEÑIN, “Valoración judicial de la conducta procesal”, pp. 73-74

²⁸³ MARINONI, “Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”, p. 262.

Da mesma maneira, também o fato de uma parte possuir melhor condições para produzir a prova autoriza essa distribuição dinâmica do ônus probatório²⁸⁴. É o que ocorre, por exemplo, em demandas movidas por funcionários contra a Administração Pública, que – por ser obrigada a isso – possui os completos dados acerca da situação de cada um dos seus servidores.

É evidente que, para que inverta o ônus probatório, deve ser sempre observado o requisito da verossimilhança da alegação, como indica com finalidade didática o Código de Defesa do Consumidor, além de efetivamente se constatar que a Administração Pública teria mais condições de comprovar o fato do que o particular que com ela litiga. Trata-se de circunstância a ser observada pelo juiz em cada caso concreto²⁸⁵.

33. O JUIZ E O COMPORTAMENTO PROCESSUAL DO PODER PÚBLICO

Considerando ser de índole fascista os privilégios processuais concedidos ao Poder Público, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO aponta os juízes como co-responsáveis pela conduta que o Estado costuma ter nos processos em que evidentemente não tem razão, resistindo indevidamente com a apresentação de impugnações procrastinatórias sem sofrer reprimendas, o que revela uma afronta ao princípio constitucional da isonomia²⁸⁶ e estimula litigância irresponsável²⁸⁷.

A doutrina aponta o comportamento processual do Poder Público como algo extremamente nefasto, na medida em que é ele o maior litigante do país, sendo certo que boa parte das mazelas do Judiciário decorrem da conduta que adota nas demandas, não sendo difícil caracterizar sua má-fé²⁸⁸.

²⁸⁴ Cfr. MEDINA, *Código de Processo Civil comentado*, p. 334.

²⁸⁵ NAVES DA FONSECA, *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*, p. 154.

²⁸⁶ DINAMARCO, “Relativizar a coisa julgada material”, p 71

²⁸⁷ DINAMARCO, *Instituições*, vol. I, pp. 218-219.

²⁸⁸ LUCON, “Garantia do tratamento paritário das partes”, p. 119.

A esse respeito, é preciso que se tenha presente que o Estado é fruto da criação do povo e a ele deve servir. Sua atuação deve ser sempre leal e exemplar, respeitando a supremacia dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos²⁸⁹; não se pode admitir que a cria ataque o criador, e o magistrado assume verdadeiro papel de repressor dos abusos cometidos pelo Poder Público (e aqui novamente a imagem necessária do *Leviatã domesticado*, utilizada no capítulo 2 (cfr. item 4).

Devem, pois, ser aplicadas, sem tolerância ou complacência, as sanções prescritas para o caso de descumprimento dos preceitos fixados principalmente nos artigos 14 e 17 do CPC, não sendo admissível, por qualquer ótica, que o Estado (i) tente manobrar e iludir a verdade dos fatos, (ii) não proceda com extrema lealdade e boa-fé, (iii) formule pretensões ou defesas sem fundamento, (iv) prolongue indevidamente a instrução probatória, (v) deixe de cumprir às determinações judiciais, (vi) provoque incidentes manifestamente infundados ou (vii) interponha recursos infundados com propósito de protelar.

Pouco importa que as sanções patrimoniais que serão revertidas para a parte contrária sejam, inicialmente, despendidas pelo erário. Deverá a Administração depois voltar-se, com direito de regresso, contra aquele agente público ou procurador que deu causa ao prejuízo, com o que seu caráter pedagógico será atendido, modificando-se a sensação de impunidade que motiva esse tipo de atuação.

Não se trata de medida simples identificar qual foi o agente que causou o prejuízo, mas compete ao Estado envidar todos seus esforços para encontrar aquele que causou danos ao erário, além de oficial o Ministério Público para apuração da improbidade cometida; com isso será possível de fato exercer a pressão psicológica que se espera também nos processos contra o Poder Público, o que milita em favor de sua efetividade²⁹⁰.

²⁸⁹ PATIÑO MARIACA, “La lucha contra los privilegios de la administracion”, p. 25.

²⁹⁰ BONÍCIO, “A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública”, pp. 3-4.

O constante uso de recursos interpostos contra decisões proferidas no sentido do posicionamento dos tribunais superiores, com repetição de argumentos já superados, é prática conhecida do Poder Público, que só pode ser compreendida pelo fato de não ter punição adequada e suficiente a desmotivar a reiteração desse mau hábito. Esse abuso processual também se verifica com a repetição desmedida, e muitas vezes descabida, de petições padronizadas²⁹¹, apenas xerocopiadas, que muitas vezes nem atacam os fundamentos da decisão recorrida²⁹².

É preciso, inclusive, repensar o parágrafo único do artigo 14 do CPC, cuja multa reverte para a União ou o Estado, o que na maioria das vezes gera a figura da confusão, impedindo sua devida aplicação. Com isso, não possui eficácia contra o Poder Público, ferindo, uma vez mais, o princípio constitucional da isonomia²⁹³.

Deve-se ter plena consciência que agir de maneira leal é dever da Administração Pública, inclusive porque submetida ao princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal²⁹⁴.

Atuar com ética, em qualquer esfera, é o mínimo que se espera e exige do Poder Público, ética que tanta falta tem feito. E é essa ética que deve nortear os governos, legitimar os atos administrativos que tão em descrédito se encontram. Cabe aqui, para inspirar aqueles que já se resignaram, as palavras de PAULO BONAVIDES: *“essa ética é, portanto, cimento que faz forte a paz na relação política dos povos dirigida à construção de um mundo fraterno. O Direito, a Nação e a República representam conceitos aos quais se liga, indissociável, a noção de ética”*²⁹⁵.

²⁹¹ (STF, AgRg em AgIn 251.316-4 – CELSO DE MELLO).

²⁹² ABDO, *Abuso do Processo*, p. 209; LUCON, “Abuso do exercício do direito de recorrer”, p. 889; DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, p. 274.

²⁹³ CRUZ E TUCCI, “Repressão ao dolo processual”: o novo artigo 16 do Código de Processo Civil”, p. 7; BONÍCIO, “A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública”, p. 4.

²⁹⁴ TALAMINI, “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais”, p. 2.

²⁹⁵ *Curso de Direito Constitucional*, p. 604.

CAPÍTULO 9 – A EXECUÇÃO CONTRA O PODER PÚBLICO

*“Não são éticas essas tentativas de deixar o
Estado acima do sistema de tutela
jurisdicional efetiva, do qual ele se vale
impiedosamente quando credor, mas quer
ficar imune quando o credor é outro”.*

(DINAMARCO)

34. UMA VERDADEIRA CRISE DE SATISFAÇÃO²⁹⁶

O efetivo pagamento dos créditos reconhecidos judicialmente aos cidadãos em face do Poder Público é assunto de fundamental importância para a própria consolidação do Estado Democrático de Direito. Ocorre que a situação atual é alarmante, sendo noticiada a existência de uma dívida judicial do Estado, em todo o país, da ordem de R\$ 100 bilhões de reais (cerca de 45 bilhões de dólares). Esse número, por si só, já evidencia a ausência de efetividade do sistema de cumprimento das decisões judiciais proferidas contra o Poder Público condenando-o ao pagamento de quantia certa...

Atualmente, com exceção dos considerados de pequeno valor (alteração introduzida pela EC nº 32 e mantida pela EC nº 62), esses créditos devem ser pagos por meio do “precatório”, instituto exclusivamente brasileiro.

Muito embora a distinção ontológica entre as duas modalidades de requisição seja meramente quantitativa, a sistemática de

²⁹⁶ Em artigo publicado na Revista dos Advogados nº 111, da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), intitulado “Uma verdadeira crise de satisfação (ou a execução contra o Poder Público)”, já tive a oportunidade de abordar o assunto de maneira abreviada; naquele momento, a preocupação essencial dizia respeito à específica situação dos precatórios judiciais após o advento da Emenda Constitucional nº 62, com dispositivos cuja constitucionalidade foi questionada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados e outras entidades de classe na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.357.

pagamento diverge substancialmente em razão do prazo previsto para que a efetivação da decisão seja realizada²⁹⁷.

As requisições de pequeno de valor devem ser pagas em até noventa dias após a requisição, ao passo que os precatórios, grosso modo, guardam observância ao princípio orçamentário: pela regra geral, as requisições de pagamento feitas até o dia 1º de julho de um ano para ser quitado no exercício orçamentário seguinte.

Ocorre, porém, que a sistemática dos precatórios não funcionou. O assunto é fonte de permanente debate no Poder Legislativo, com constantes alterações na Constituição Federal, cuja constitucionalidade tem sido frequentemente questionada perante o Supremo Tribunal Federal. Esse estado de coisas faz com que exista uma desolação generalizada, havendo a certeza de que ser credor do Estado é garantia de uma espera desumana para satisfação do seu direito.

Por conta desse descabro histórico, quando se fala em execução contra o Poder Público é natural a imediata associação ao regime constitucional dos precatórios. Essa modalidade, no entanto, está restrita apenas ao pagamento de quantia. É preciso também tratar das outras espécies do gênero, obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa.

Contudo, é mesmo a crise de satisfação instaurada pela existência de um título executivo em face do Poder Público que exige maior interesse pela manifesta falta de efetividade dos mecanismos vigentes que visam a solucioná-la. Analisemos, pois, seus principais aspectos.

²⁹⁷ Art. 100(...)

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social.

35. A IMPENHORABILIDADE DOS BENS PÚBLICOS

Entre as prerrogativas da Fazenda Pública, destaca-se a ausência de execução forçada para pagamento de quantia certa pelo fato de não poderem ser penhorados os bens públicos, situação por alguns considerada um transtorno ao exercício da jurisdição²⁹⁸.

É importante, porém, considerar que essa impenhorabilidade é uma opção legislativa decorrente da própria sistemática dos precatórios; defender a impenhorabilidade dos bens públicos por serem eles supostamente inalienáveis é tratar o tema de maneira deveras simplista e equivocada. A inalienabilidade não é absoluta, tanto que costumeiramente ocorrem alienações dos bens públicos de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, sendo exemplo emblemático as privatizações ocorridas com mais intensidade na década de 90.

O fato de um bem ser público não tem como qualidade automática a sua inalienabilidade. A lei que assim determina e sua disposição pode se dar nos termos do ordenamento jurídico então vigente. Como ressalta ALFREDO BUZAID, se a lei pode criar a inalienabilidade, também pode revogá-la²⁹⁹.

Frisa-se esse aspecto para que se tenha bastante presente que muitas vezes o assunto é tratado como se a penhora de bens públicos fosse algo impossível unicamente pelo fato de pertencerem ao Estado. Não é assim. A impenhorabilidade no sistema brasileiro decorre do fato de que a Constituição Federal optou pela sistemática dos precatórios (e exemplo de que os bens públicos é a existência, na própria Constituição Federal, de precisão de ‘sequestro’³⁰⁰ de

²⁹⁸ BONÍCIO, “A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública”, p. 3.

²⁹⁹ “Bem público de uso comum”, p. 5.

³⁰⁰ O termo é tecnicamente impróprio; cuida-se apenas de transferência forçada do dinheiro para o exequente, possuindo natureza executiva própria. Cfr., a respeito, ARAKEN DE ASSIS, “Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública”, p. 10.

bens públicos em situações excepcionais, como a preterição da ordem cronológica da apresentação dos precatórios)³⁰¹.

Claro, é possível desenvolver o raciocínio de que essa escolha foi feita para salvaguardar o patrimônio das pessoas públicas e evitar a desordem das contas públicas; contudo, uma vez detectada a falência do regime constitucional dos precatórios, não há nada que impeça uma reforma constitucional que passe a admitir, por exemplo, a penhora integral ou parcial das verbas orçadas para ações de propaganda dos governos.

Afinal, é preciso sempre recordar a supremacia dos direitos e garantias fundamentais, conceito que revela não fazer sentido a preservação do patrimônio público às custas da frustração dos interesses do cidadão-credor. Não há como esconder: a impenhorabilidade do patrimônio público é um privilégio desmedido, que não só fere o conceito isonômico como também impede a efetiva entrega da tutela jurisdicional àqueles que devem ser reparados pelos prejuízos cometidos pela Administração Pública³⁰², tornando facultativo o cumprimento do comando judicial e das obrigações pecuniárias assumidas pelo Estado³⁰³.

Ora, se o Poder Público pode dispor de um bem e converter o produto dessa venda em dinheiro³⁰⁴, deveriam esses bens, especialmente os não afetados a um fim público, ser constritos pelo Poder Judiciário e alienados para satisfação dos créditos³⁰⁵.

Aliás, note-se que essa mudança poderia acontecer desde já, ainda que vigente a sistemática dos precatórios e a necessária observância da ordem cronológica de apresentação dos créditos: como a impenhorabilidade não é um dogma absoluto³⁰⁶ (inclusive porque autorizado o “sequestro de verba pública”

³⁰¹ MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 549.

³⁰² HIDALGO CUADRA, “Hacienda Pública y Execucion de Sentencias em lo Contencioso Administrativo”, p. 155.

³⁰³ GARCIA DE ENTERRIA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, p. 120.

³⁰⁴ BUZAID, “Bem público de uso comum”, p. 4.

³⁰⁵ HIDALGO CUADRA, “Hacienda Pública y Execucion de Sentencias em lo Contencioso Administrativo”, p. 156.

³⁰⁶ ARAKEN DE ASSIS, “Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública”, p. 10.

– art. 100, CF), bastaria que a Constituição Federal autorizasse que o Poder Judiciário, notando que os repasses efetuados pela unidade federativa devedora não seriam suficientes para quitar os precatórios, além de sequestrar verba necessária para o adimplemento, também penhorasse e alienasse bens públicos não afetados ao uso comum.

A propósito, pondera-se que a ‘intocabilidade’ dos bens das pessoas de Direito Público deveria limitar-se aos bens de domínio público e aos afetados efetivamente ao funcionamento dos serviços públicos, considerando ser anacrônico princípio da impenhorabilidade absoluta dos bens das Administrações Públicas, o que qualifica como um “fóssil medieval” e como o “calcanhar de Aquiles” do princípio do controle judicial da Administração Pública, considerando que de nada adianta estruturar um sistema encarregado de julgar a Administração se se deixa ao arbítrio dessa o cumprimento efetivo da sentença³⁰⁷. O produto dessa alienação seria destinada à conta única para pagamento de precatórios, em observância à sistemática constitucional vigente.

Para implementação dessa proposta, bastaria que permanecesse o cuidado com a prestação do serviço público, limitador razoável à satisfação dos interesses dos credores do Poder Público³⁰⁸.

36. A EXECUÇÃO IMPRÓPRIA

Os procedimentos tendentes à efetivação do direito de recebimento do exequente de um título estão centrados na possibilidade de prática de atos por sub-rogação, em que o Estado invade o patrimônio do devedor para fazer o que este deveria ter feito: pagar ao credor.

No entanto, como acabou de ser demonstrado, vigora no ordenamento brasileiro a regra da impenhorabilidade, o que impede a prática

³⁰⁷ DIAZ CANDIA, “Los poderes del juez contencioso-administrativo em Venezuela”, pp. 62-63.

³⁰⁸ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV, p. 708.

desses atos de sub-rogação, razão pela qual se costuma falar que a execução contra a Fazenda Pública é imprópria (indireta ou falsa são adjetivos também utilizados)³⁰⁹.

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES, no entanto, não adota essa terminologia, utilizando-se da premissa de qualquer procedimento destinado a solucionar a crise jurídica de satisfação deve ser considerada uma execução, sendo irrelevantes as técnicas processuais existentes para tanto³¹⁰.

Embora a discussão possa ser interessante para a teoria geral do processo, não nos parece relevante a terminologia que será utilizada para se referir ao fenômeno. Para a finalidade deste trabalho, será empregado o termo genérico execução, inclusive por abranger também as demais condenações (obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa certa).

Aliás, a respeito dessas obrigações que surgem para o devedor após a condenação judicial, vale rememorar: durante muito tempo vigorou no sistema processual a necessidade de, após a formação do título judicial, promover novo processo, com nova citação, recolhimento de diligência para oficial de justiça, abertura de prazo para oposição de embargos com suspensão do processo de execução, possibilidade de interposição de novos recursos etc. Diante da insurgência por parte da melhor doutrina, o Código de Processo Civil foi sofrendo reiteradas reformas que visaram a eliminar a injustificável necessidade de um novo processo.

Passou-se então a implantar medidas que assegurassem o cumprimento da decisão judicial. Inicialmente restrita às obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (artigos 461 e 461-A do CPC), a reforma atingiu seu ápice com a introdução dos artigos 475-J e seguintes, em que foi disciplinado o cumprimento da sentença condenatória das obrigações de pagar. Ocorre, porém, que o legislador reformista intimidou-se e optou por não incluir o Poder Público

³⁰⁹ DINAMARCO, *Execução Civil*, p. 300; THEODORO JUNIOR, “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, p. 46; FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, pp. 25-26.

³¹⁰ *Manual de Direito Processual Civil*, pp. 1094-1095.

no novo regramento para as execuções da obrigação de pagar, mantendo em vigor o artigo 730 do Diploma Processual, que ainda impõe a necessidade de citação para o pagamento, com a possibilidade de oposição de novos embargos.

Todavia, é importante que fique claro que somente é autônomo o processo de execução por quantia certa contra o Poder Público. Para as demais modalidades, segue-se a regra geral válida para todos, insculpida nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, inclusive com as sanções inerentes à tutela específica.

O curioso, nesse ponto, é que mesmo tendo sido alterado o dispositivo no remoto ano de 1994, ainda é possível deparar-se, após o término da fase de conhecimento, com pedidos de citação do Poder Público para execução da obrigação de fazer ou não fazer nos termos do artigo 632 do CPC. Tal fenômeno somente pode ser atribuído a uma indevida – porém já amplamente rechaçada pela jurisprudência – resistência inicial por parte dos entes executados, cujo apego a formalismos lhes é absolutamente conveniente, eis que permitem procrastinar.

Com efeito, não há disposição alguma que determine a existência um novo processo para a execução das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa nas demandas movidas em face do Poder Público. O mencionado artigo 632 do CPC também não faz referência alguma a essa circunstância. Aliás, ele apenas permanece em vigor para a execução de título extrajudicial, hipótese em que, aí sim, também será aplicado quando executado for o Poder Público. Por outro lado, está expresso no artigo 644 do CPC: “a sentença relativa a obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o artigo 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste capítulo”.

As medidas de apoio previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, inclusive a multa do § 4º, também devem ser impostas à Fazenda Pública, independentemente de pedido do autor. Seu caráter coercitivo é inegável; ainda que num primeiro momento seja imposta ao Poder Público, comprometendo o erário, o manejo de ação de regresso em face do servidor que deu causa ao prejuízo experimentado pelo erário tem poder coercitivo suficiente para que a multa alcance seu escopo. Aliás, entendimento contrário seria conceder ao Poder

Público (mais um) tratamento diferenciado inconstitucional e extremamente protetivo³¹¹.

Essa diferenciação também não existe com relação à natureza do título em que se funda a execução. Apesar de algumas divergências doutrinárias³¹², não há razão alguma para ser vedada a execução de títulos extrajudiciais contra a Fazenda Pública. A existência da obrigatoriedade do reexame necessário para a formação do título executivo judicial é apenas um requisito que está superado pelas próprias características do título extrajudicial, cuja exigibilidade não pode ser condicionada a um processo de conhecimento...

As normas diferenciadas em favor da Administração Pública devem ser interpretadas de maneira restritiva; e o legislador em momento algum pretendeu excluir a possibilidade de execução de títulos extrajudiciais contra a Fazenda; tivesse essa intenção, certamente o teria feito de maneira expressa (ferindo, por óbvio, preceitos constitucionais). O rito será o mesmo: o Poder Público será citado e poderá oferecer embargos, com a expedição de precatório ao final³¹³. Pensar de maneira diversa é supor a incapacidade do Estado de obrigar-se, imaginar que os agentes públicos não teriam condições de compreender as consequências da emissão de um título executivo extrajudicial³¹⁴.

Eventual dúvida poderia surgir em razão do artigo 100 da Constituição Federal, que faz menção ao trânsito em julgado como requisito para a expedição de precatório. Ora, há muito restou assente que a referência do texto constitucional diz respeito à existência de um processo judicial (de conhecimento ou de execução) em que haja o comando para o pagamento de quantia. E tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento a respeito com a edição da Súmula 279: “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

³¹¹ DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV, pp. 533-534.

³¹² Cfr., por exemplo, GRECO, *Da execução contra a Fazenda Pública*, pp. 58-59.

³¹³ THEODORO JUNIOR, “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, pp. 48-49; DINAMARCO, *Execução Civil*, pp. 302-303.

³¹⁴ FRANCO, *Execução em face da Fazenda Pública*, pp. 83-84.

De seu turno, a diferença que existe entre a execução de títulos judiciais em face dos particulares não reside apenas na necessidade de, ao final, serem expedidos precatórios: apesar das mudanças legislativas que introduziram o cumprimento de sentença, foi mantida a necessidade de promoção de processo de execução autônomo (art. 730, CPC), o que não possui fundamento razoável.

Afinal, qual a razão de citar novamente quem já integra o processo? E pessoalmente, por meio de oficial de justiça? Qual a lógica em conceder trinta dias de prazo para a oposição de embargos (artigo 1º-B da Lei 9.494/97 – que nunca foi aprovada pelo Poder Legislativo, pois fruto da Medida Provisória nº 2.180, reeditada por trinta e cinco vezes!)? E por que embargos à execução e não apenas impugnação como ocorre com o procedimento de cumprimento de sentença destinado a todos os demais cidadãos? Não há justificativa válida³¹⁵.

37. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

Com respeito a opiniões contrárias³¹⁶, muito embora a Constituição Federal exija o trânsito em julgado para a expedição de precatório, isso não quer dizer que não seja possível o manejo de execução provisória em face do Poder Público. A postura de alguns juízes que ainda hoje se recusam a admitir a execução provisória deve ser enquadrada naquele mesmo contexto que CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO chama de “espírito fazendário” dos magistrados, inerente à visão do Estado Totalitário³¹⁷.

Com efeito, a decisão dos embargos à execução não está sujeita ao reexame necessário e tampouco a apelação interposta pelo Poder

³¹⁵ COSTA, “A Lei nº 11.232/05 e execução contra a Fazenda Pública”, p. 355.

³¹⁶ THEODORO JUNIOR, “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, p. 50.

³¹⁷ *Instituições*, vol. I, pp. 218-219.

Público é dotada de efeito suspensivo (art. 520, caput e inciso V, do CPC³¹⁸). Com isso torna-se possível o prosseguimento da execução mesmo quando há recurso pendente, o que de forma alguma esbarra na vedação de execução provisória.

Explica-se a razão da advertência: a famigerada Lei 9.494/97, em seu artigo 2º-B, estabelece que “a sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, *somente poderá ser executada após o seu trânsito em julgado*”.

Todavia, se é fato a inviabilidade da promoção da execução quando o título judicial não for definitivo, por outro não há vedação a sua retomada se já proferida sentença nos embargos, mas ainda pendente o recurso de apelação.

Afinal, como anteriormente exposto, este não possui efeito suspensivo e nenhum prejuízo haverá para a Administração Pública com a continuidade do processo, expedição e protocolo do ofício requisitório, bem como o próprio depósito da quantia requisitada.

Contudo, o depósito em si dos valores antes do julgamento definitivo do recurso pode ser considerado um fato praticamente impossível de acontecer diante da imensa demora no pagamento dos precatórios, constatada na maioria das unidades federativas; vale dizer, será possível protocolizar o ofício, que já tomará um número de ordem cronológica, mas muito provavelmente, até que seu pagamento ocorra, já terá havido decisão definitiva acerca do recurso interposto.

A propósito, caso após o protocolo do ofício requisitório o recurso de apelação interposto contra a decisão dos embargos à execução seja acolhido e seus efeitos impliquem alteração do valor devido, não será necessário

³¹⁸ “A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo. Será, no entanto, recebida só no efeito devolutivo, quando interposta de sentença que (...) rejeitar liminarmente embargos à execução ou julgá-los improcedentes”.

cancelar o precatório já expedido: bastará a expedição de um novo ofício para retificá-lo, preservando seu lugar na “fila”.

A única dúvida remanescente seria quanto à possibilidade de levantamento dos valores se o depósito tiver sido efetuado quando ainda pendente recurso no processo de execução. Nesse caso, parece mais adequado autorizar o levantamento da parte incontroversa e eventualmente condicionar o da ainda controvertida à prestação de caução como contra-cautela diante da possibilidade de ser acolhido o recurso cujo julgamento se aguarda, quando poderá ser o crédito reduzido ou até mesmo eliminado.

De qualquer forma, essa contra-cautela somente se justificará diante das circunstâncias do caso concreto; em caso de ações movidas por funcionários públicos, por exemplo, essa exigência seria mesmo desnecessária, haja vista a possibilidade de posteriormente descontar as diferenças da própria remuneração mensal auferida.

38. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

De acordo com os artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil, após a citação numa demanda executiva, a Fazenda teria dez dias para opor seus embargos à execução. No entanto, esse prazo foi ampliado para trinta dias pela Medida Provisória nº 2180-35/2001 (art. 1º-B da Lei 9.494/97³¹⁹). Por falha legislativa, não houve modificação do disposto no Código de Processo Civil³²⁰.

Trata-se de norma especial que elimina qualquer dúvida interpretativa, inclusive superando antiga discussão se o prazo para a Fazenda embargar seria simples ou em quádruplo em virtude da prerrogativa que possui para apresentação de sua defesa. Naquele tempo, a discussão estava centrada na

³¹⁹ Art. 1º-B. O prazo a que se refere o caput dos arts. 730 do Código de Processo Civil, e 884 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a ser de 30 (trinta) dias.

³²⁰ CARNEIRO DA CUNHA, *A Fazenda Pública em Juízo*, p. 47.

natureza dos embargos à execução (os que entendiam ser uma ação, não admitiam o prazo estendido; para quem os embargos eram mera defesa, o prazo teria de ser contado em quádruplo³²¹).

As hipóteses de admissibilidade de embargos do Poder Público foram enumeradas no artigo 741 do Código de Processo Civil; no entanto, basicamente repetem as hipóteses de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 475-L e 745), o que é considerado desnecessário e fator que tende apenas a gerar confusão, inexistindo mesmo motivos, como já dito anteriormente, para que ainda hoje subsista a modalidade autônoma dos embargos quando se tratar de execução de título judicial em face do Poder Público³²².

Pode-se conjecturar que o objetivo foi tentar postergar ainda mais a efetivação da tutela em face da Fazenda, com a esperança de que uma nova sentença abrisse a possibilidade de nova apelação, situação que poderia ser um óbice ao prosseguimento da execução. Muito embora alguns juízes de fato assim procedam, já foi demonstrado ser possível a execução provisória mesmo quando pendente o recurso interposto contra a decisão que julga os embargos da Fazenda, uma vez que este não é dotado de efeito suspensivo, permitindo, assim, seja finalmente expedido o precatório. O que, todavia, ainda não significa que haverá efetivação da tutela jurisdicional. Em verdade, mesmo com o trânsito em julgado definitivo, a expectativa de recebimento é ainda muito distante...

39. OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS

Até a Constituição Federal de 1934, não havia previsão a respeito dos pagamentos das dívidas do Poder Público. Por conta disso, relata-se que inicialmente somente os credores próximos à Corte tinham seus créditos quitados, enquanto aos outros restava apenas esperar a boa vontade dos

³²¹ BUENO, *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 3, pp. 620-621.

³²² DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol IV, pp. 709-710.

governantes, que não respeitavam a ordem de apresentação desses créditos³²³. E ainda antes da promulgação da Constituição de 1934, para serem pagos, os débitos da Fazenda Nacional deveriam ser votados e autorizados pelo Congresso Nacional³²⁴.

Foi, assim, a constituição de 1934 que consagrou a regra estabelecida o art. 100 da CF. E depois o CPC de 39 deixou claro que o instituto do precatório se aplicava à Fazenda Pública de um modo geral, uma vez que a CF 34 só se referia à Fazenda Nacional.

A origem, pois, dos precatórios é cultural, sendo tradição a concentração do poder e a postura autoritária dos governantes. Buscou-se, pois, com a introdução dos precatórios, moralizar o pagamento das dívidas judiciais do Poder Público³²⁵.

A sistemática foi mantida nas Constituições que se seguiram³²⁶; no entanto, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, o regime dos precatórios tem sofrido constantes modificações por Emendas Constitucionais e pela orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal na apreciação das Ações Diretas correspondentes. Essas emendas, contudo, têm enfatizado apenas as dificuldades das unidades devedoras em quitar seu passivo, deixando os interesses dos credores em plano secundário³²⁷.

Isso tem gerado, em toda a sociedade, uma sensação de desânimo e total descrédito da efetividade da tutela jurisdicional aos credores do

³²³ ROCHA SOBRINHO, *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*, p. 69 e ss.

³²⁴ ARAKEN DE ASSIS, “Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública”, p. 2.

³²⁵ CF 34, art. 182: Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de casos ou pessoas nas verbas legais. Parágrafo único. Esses créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias no cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição de sua precedência, autorizar o sequestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

³²⁶ CF 37, art.95; CF 46, art.204; CF 67, art. 112;

³²⁷ ARAKEN DE ASSIS, “Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública”, p. 3.

Poder Público, o que impacta diretamente no Poder Judiciário, ampliando a crença de que os governantes são movidos pela imoralidade no trato da administração pública, desobedecendo ao comando judicial³²⁸.

Afinal, o descumprimento de decisões judiciais pelo Poder Público é até mesmo considerado um golpe de Estado institucional, viola o respeito à tripartição do poder e não atende aos meios básicos direitos e garantias individuais³²⁹.

Não parece aqui pertinente analisar cada uma dessas mudanças, mas convém destacar que, pela Constituição Federal de 1988, os créditos de natureza alimentícia, em princípio, não estariam submetidos ao regime dos precatórios³³⁰. São considerados créditos de natureza alimentar aqueles relativos a prestações relacionadas à sobrevivência do credor, enquadrando-se na noção jurídica ampla de alimentos³³¹.

Este era o texto originário do artigo 100 da Constituição de 88: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 571 consignou ser também necessária a expedição de precatório para o pagamento das dívidas alimentícias, ressaltando o fato de seu pagamento ser prioritário em relação aos créditos de natureza comum³³², orientação que deu origem à Súmula nº 655/STF: “A exceção

³²⁸ THEODORO JUNIOR, “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, pp. 66-67.

³²⁹ LIMA GUERRA, “Execução contra o Poder Público”, (p.1).

³³⁰ DINAMARCO, *A Instrumentalidade do Processo*, p. 356; DELGADO, “Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Inexigibilidade de precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia”, p. 5.

³³¹ DELGADO, “Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública. Inexigibilidade de precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia”, p. 5.

³³² INNOCENTI, “O direito de preferência no recebimento dos precatórios”, p. 327.

prevista no art. 100, caput, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza”.

Essa preferência foi enfatizada pela Emenda Constitucional nº 30, que instituiu moratória apenas para os precatórios comuns (embora tenha gerado uma verdadeira inversão de prioridades, na medida em que o não pagamento dos chamados “décimos” implicava sanções, ao passo que o não pagamento de precatórios alimentares não tinha qualquer consequência prática, inclusive com a orientação do Supremo Tribunal Federal negando a intervenção federal).

Ocorre, porém, que muito embora a Constituição dispense os chamados precatórios alimentares da observância da ordem geral dos precatórios³³³, e também a Lei 9.469/97³³⁴, não é essa prática que tem sido adotada. A existência de uma dupla ordem cronológica, uma para os alimentares e outra para os comuns, tem sido desrespeitada. A preferência que tem sido observada é apenas a do exercício orçamentário, retirando-se a prioridade absoluta que os alimentares, por sua própria natureza, deveria ter (lembrando-se que o constituinte originário nem mesmo exigia a expedição de precatório para o pagamento dos créditos alimentícios).

Atualmente, vigora a Emenda Constitucional nº 62, que criou um regime especial autorizando as unidades devedoras a quitarem suas dívidas em até quinze anos. Apesar de possuir inúmeras irregularidades e inconstitucionalidades, por vários de seus aspectos passou a representar um fio de esperança aos credores que se amontoam nas filas para recebimento dos precatórios.

³³³ THEODORO JUNIOR, “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, p. 55.

³³⁴ Art. 6º, Parágrafo único. É assegurado o direito de preferência aos credores de obrigação de natureza alimentícia, obedecida, entre eles, a ordem cronológica de apresentação dos respectivos precatórios judiciais

A vinculação de um percentual mínimo da receita corrente líquida dos entes federativos e a interpretação do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que os débitos devem ser quitados em até quinze anos são medidas que criam uma sensação de otimismo que há muito havia abandonado os credores do Poder Público (especialmente os alimentares, que, apesar da suposta preferência de recebimento, foram largados à própria sorte em decorrência da ausência de sanções para o caso de não-pagamento).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de diversos de seus dispositivos (ADI 4357). O acórdão ainda não foi publicado, o que somente será feito após apreciação de questão de ordem que visa a modular os efeitos das inconstitucionalidades declaradas.

Seja como for, fato é que o sistema precisa ser urgentemente reformatado para que se consiga um dia atingir aquilo que parece ser extremamente ilusório: o Poder Público obedecer ao comando judicial e enfim pagar o que deve, assegurando-se a prevalência do Estado Democrático de Direito restaurando a credibilidade do Judiciário e das próprias instituições para que os cidadãos tenham enfim a confiança e a segurança de que serão efetivados os direitos e garantias fundamentais prometidos pela Carta Magna.

CAPÍTULO 10 – PRERROGATIVAS PARA OS CIDADÃOS E OUTRAS CONCLUSÕES

No decorrer deste trabalho ficou evidenciado seu cunho preponderantemente axiológico, assumindo-se de modo explícito o valor que se considera aprioristicamente mais relevante e importante quando se pretende examinar o processo contra o Poder Público, qual seja, a supremacia dos direitos fundamentais dos cidadãos face o poderio estatal.

Na perspectiva técnica, procurou-se basicamente demonstrar a inadequação da relação de instrumentalidade do atual processo contra o Poder Público, o que impõe a necessidade de mudanças legislativas e de conduta dos próprios membros do Poder Judiciário, que ainda conduzem as demandas movidas em face da Administração sem a plena consciência de todas as circunstâncias que as diferenciam de uma demanda entre particulares, muitas vezes sobrecarregando ainda mais a equivocada posição de vantagem processual da Fazenda Pública.

Com efeito, é preciso que se tenha presente que atualmente o Estado deve ser encarado apenas como um produto social, cuja finalidade é servir os cidadãos, zelando pela observância e efetivação de seus direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Não deve mais o Estado assumir o centro das atenções; todo o sistema, inclusive a tripartição do poder, deve ser sempre encarado sob a perspectiva do cidadão³³⁵, eixo em torno do qual tudo deve orbitar.

Sob esse prisma é que deve ser compreendido o fortalecido papel político do Poder Judiciário na tripartição dos poderes estatais³³⁶, inclusive com atuação enérgica que realmente corresponda ao esperado desempenho como freio e contrapeso à atuação dos demais poderes, garantindo que os direitos sejam

³³⁵ BACELLAR FILHO, “Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado”, pp. 74-75.

³³⁶ BARROSO, “Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça”, p. 14.

de fato observados e implementados, controlando os atos administrativos com rigor e com o enfoque voltado para a supremacia dos direitos fundamentais dos cidadãos, agindo mesmo de maneira supletiva quando for necessário³³⁷.

Nesse contexto, é essencial um absoluto desprendimento do antigo e superado dogma da separação dos poderes de MONTESQUIEU, com a consciência de que o próprio Direito Administrativo mudou, estando hoje voltado para a realização dos direitos públicos subjetivos, com a supremacia do particular em face da Administração.

A Constituição Federal de 1988 iluminou o que já deveria ser há muito óbvio: *o cidadão é o centro e a razão de ser do próprio Estado*. O Direito Administrativo Brasileiro tem sido revisto e busca acompanhar essa mudança de direção. E, devendo o processo ser pautado pelas exigências do direito material, é urgente que essa mudança de foco também alcance o processo contra o Poder Público.

Por conta disso, sob essa ótica, é preciso inclusive rever premissas e raciocinar o Direito Processual Brasileiro de maneira autônoma; a esse respeito, e especificamente tratando do processo contra o Poder Público, ALVARO DE OLIVEIRA chega até mesmo a repudiar a influência dos processualistas italianos, cujo foco é estritamente privatista na medida em que ausente ali um efetivo controle jurisdicional da Administração Pública. A teorização que fizeram tem, pois, como foco o direito privado, profundamente associado ao princípio dispositivo, o que acaba por influenciar toda a sistemática processual³³⁸.

Sobretudo em demandas que envolvam o Poder Público, é preciso que prepondere o caráter público do processo e o escopo jurídico da jurisdição, com firme atuação dos magistrados, que há muito têm sido instados a deixar a posição de meros espectadores, assumindo cada vez mais uma postura

³³⁷ PUOLI, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, pp. 145-146.

³³⁸ “Jurisdição e Administração (notas de Direito Brasileiro e Comparado)”, p. 43.

inquisitiva para assegurar a plena realização dos direitos em detrimento da mera solução da controvérsia que lhe é submetida à apreciação³³⁹.

A supremacia dos direitos fundamentais também revela que, em verdade, no processo contra o Poder Público há uma inversão de valores, prestigiando-se indevidamente a posição de vantagem processual em seu favor quando o correto seria conferir prerrogativas aos cidadãos; do mesmo modo, como os particulares devem ser considerados a parte mais fraca e vulnerável na própria relação de direito material que têm com a Administração Pública, medidas processuais compensatórias poderiam diminuir essa enorme desigualdade.

Assim, com enfoque especialmente voltado para a relação de instrumentalidade entre o processo e o direito material, inclusive em seu aspecto político-constitucional, foram revistas premissas que permitem concluir estar inadequada essa relação, merecendo ser revista tanto de *lege ferenda* como de *lege lata*. E várias foram as conclusões às quais foi possível chegar, sendo aqui apresentadas, de maneira sintética, as principais.

(A) Reforço Terminológico ³⁴⁰. Dentro do contexto valorativo referido, recomenda-se a utilização do termo *Poder Público* em detrimento da consagrada expressão *Fazenda Pública*, com o que será possível gradualmente desassociar aquela ligação mental quase automática que se faz com o dever do Estado de proteger as finanças públicas.

Além disso, a nosso sentir, o termo *Poder Público*, aqui no Brasil, infelizmente tem uma carga negativa decorrente da má atuação histórica daqueles que detiveram o poder estatal, o que contribui para despertar um necessário estado de alerta dos estudiosos e operadores do direito forem examinar, teórica ou praticamente, o processo contra ao Poder Público.

³³⁹ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 351-352.

³⁴⁰ Cfr. Capítulo 1, item 3.

(B) Tripartição do Poder e o Papel Político do Judiciário ³⁴¹. Do ponto de vista político, conclui-se ser inadequada a sistemática do processo contra o Poder Público, por ser justamente esse o instrumento de que dispõe o Poder Judiciário para desempenhar sua missão constitucional de efetivamente servir como freio e contrapeso ao uso e abuso do poder (*adequada compreensão da teoria da tripartição do poder*, que exige a constante interferência do Poder Judiciário num Estado Democrático *de Direito*), tais como as vantagens processuais do Poder Público.

Também os magistrados devem atuar em demandas contra o Poder Público com a consciência de que estarão desempenhando um papel político essencial à própria manutenção do Estado (ainda maior, por sua missão de ser um freio e contrapeso), deixando de lado o recorrente tratamento indulgente que costumeiramente dispensam ao Poder Público com a idéia de que assim estariam protegendo o erário.

Da firme e consciente atuação do Poder Judiciário depende o sucesso da própria democracia representativa, pois somente por meio dele é possível que qualquer cidadão questione os atos e omissões dos agentes estatais.

(C) Jurisdição e Conflito de Interesses ³⁴². O exame da teoria geral do processo sob a ótica das demandas movidas em face do Poder Público evidencia não ser possível a adoção automática do conceito geral (de CARNELUTTI) de que jurisdição seria o poder de realizar a justa composição da lide. Isso porque o conceito de lide passa por um sério questionamento no processo entre o cidadão e o Poder Público.

Afinal, não é possível aprioristicamente dizer que sempre haverá um conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida (com a interpretação costumeira, voltada a direitos disponíveis).

³⁴¹ Cfr. Capítulo 2.

³⁴² Cfr. Capítulo 3, item 10.

Com efeito, por parte do particular, o interesse será, em princípio, subjetivo (exceto, de certa forma, numa ação popular); no entanto, o interesse do Poder Público deve ser objetivo, no sentido de que seja plenamente observado o direito, especialmente as garantias fundamentais do cidadão, razão de ser da própria existência do Estado. Há de preponderar o que RENATO ALESSI chama de interesse público primário do Estado.

Há, assim, um conflito de interesses *sui generis* nas demandas em que litigam o Poder Público e os cidadãos.

Com isso, verifica-se que também há de preponderar o escopo jurídico da jurisdição (corrente objetivista) e o caráter público do processo, sendo papel do Judiciário fiscalizar se o Estado dá o exemplo que se espera e, pedagogicamente, obedecer fielmente o ordenamento jurídico.

(D) Contencioso Administrativo ³⁴³. O contencioso administrativo (ou a Jurisdição Administrativa) existente em outros países não serve de referência ao modelo nacional e tampouco pode ser considerado uma solução para a crise brasileira da efetividade do processo contra o Poder Público. Sua efetividade tem sido questionada justamente pela pouca eficácia que possui no controle da Administração Pública.

(E) Inadequação da relação de instrumentalidade ³⁴⁴. Como as normas processuais são apenas instrumentais, para que o processo seja instrumento adequado ao fim que se pretende alcançar, é necessário atentar às exigências da relação jurídica substancial e aos valores políticos e sociais do país (BEDAQUE ³⁴⁵).

Com isso, conclui-se inadequado o processo contra o Poder Público justamente pela não observância da sua relação instrumental, distanciando-se das finalidades que com ele, processo, se pretende alcançar; seja do ponto de vista político (controle do uso do poder), seja quando aos aspectos

³⁴³ Cfr. Capítulo 10, item 11.

³⁴⁴ Cfr. Capítulo 4, item 13.

³⁴⁵ BEDAQUE, *Direito e Processo*, pp. 12-18.

sociais, em que a sociedade espera do Poder Público o exemplo de conduta (afinal, ela o criou para isso).

Faz-se necessária uma nova abordagem do processo contra o Poder Público, libertando-se da sistemática processual civil clássica, que tem por base as exigências materiais do direito privado.

(F) Interesse Público e Supremacia dos Direitos Fundamentais ³⁴⁶. Premissas equivocadas têm sido adotadas na correta compreensão do direito material (administrativo), especialmente após a Constituição da República de 1988 (fruto da reação ao regime ditatorial experimentado pelo país), o que também contribui para que o processo contra o Poder Público seja inapto a alcançar sua principal função sócio-política atual, qual seja, proteger o cidadão contra o uso do poder e assegurar a observância e a implementação de suas garantias e direitos fundamentais (especialmente o princípio da dignidade humana), em torno dos quais toda a atividade estatal deve orbitar.

Há de ser rechaçada qualquer argumentação que relembre as famigeradas “questões de Estado”, muitas vezes mascarada pela vetusta expressão “supremacia do interesse público”; não há bem maior a ser alcançado, e deve ser interesse do Estado, que o respeito aos direitos fundamentais de cada indivíduo que integra a sociedade. Estes, sim, devem ser considerados supremos.

Por isso é que o próprio direito administrativo está sendo revisto, compreendendo na expressão *supremacia do interesse público* a supremacia dos direitos fundamentais; afinal, o maior interesse público é justamente assegurar a observância e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais assegurados constitucionalmente.

Assim, não se pode confundir interesse público com o interesse estatal (interesse público secundário); é interesse público a observância e realização dos direitos fundamentais dos cidadãos, razão de ser do próprio Estado; a antiga visão de supremacia do interesse público deve ser substituída pela

³⁴⁶ Cfr. Capítulo 4, item 14.

compreensão de que hoje vigora a supremacia dos direitos fundamentais, essência do direito administrativo moderno.

(G) Isonomia Material e Prerrogativas para os Cidadãos³⁴⁷.

Sob a ótica das vantagens processuais, está correta a parcela majoritária da doutrina que entende não ser possível a adoção da isonomia formal no processo contra o Poder Público: mas no sentido oposto ao que defendem, porque é o cidadão a parte vulnerável face o poderio estatal. É o particular quem deve gozar de prerrogativas e vantagens processuais, inclusive com atenção especial dos magistrados na busca pela veracidade dos fatos para que se possa fiscalizar a atuação do Estado.

Os administrados, convém repetir, são a razão de ser do Estado e devem ser protegidos contra sua maléfica (porém necessária) existência, detenção e exercício do poder.

Assim como ocorre nas relações de consumo, o cidadão é a parte vulnerável, especialmente diante do maior e mais freqüente litigante do país, de modo que a igualdade formal já seria uma injustiça. A situação fica ainda mais desequilibrada com a concessão de privilégios processuais ao Poder Público, aumentando ainda mais sua posição de extrema vantagem. Por isso é que se propõe a criação de prerrogativas em favor dos particulares, tais como isenção de honorários, iniciativas probatórias oficiais e inversão do ônus da prova.

Sim, muitas outras prerrogativas podem ser imaginadas, tais como a relativização dos requisitos para a concessão de tutela antecipada e liminares, prestigiando-se o fator urgência e risco de irreparabilidade em razão da demora do processo e da falida sistemática dos precatórios. Mas não é essa a proposta desse trabalho, de cunho muito mais iconoclasta do que propositivo de específicas mudanças.

O despertar da comunidade permitirá um amplo debate para que se identifiquem, com a necessária serenidade, quais prerrogativas devem ser conferidas ao cidadão. Enquanto isso não acontece, é fundamental que desde já se

³⁴⁷ Cfr. Capítulo 5.

perceba ser inadmissível o tratamento diferenciado protetivo que recebe o Poder Público nos processos que integra.

(H) Os prazos processuais do Poder Público³⁴⁸. Não mais se justifica a antiga visão de que o Poder Público precisa de prazos mais dilatados do que um particular em razão das dificuldades estruturais que encontrará para elaboração da defesa. Os avanços tecnológicos e a qualidades dos procuradores afastam a vetusta idéia de fragilidade de defesa do Estado.

Além disso, há cidadãos com muito mais dificuldades de defender seus direitos, seja por conta de sua vulnerabilidade natural (e incapacidade financeira de contratar profissionais qualificados), seja por conta da própria dificuldade de acesso à justiça.

Não há como medir, em abstrato e aprioristicamente, quem teria maiores dificuldades para elaborar a defesa. Por conta disso, tentar equilibrar as desigualdades com a concessão de prazo dilatado para apenas uma das partes é tarefa temerária e fadada ao insucesso.

Contudo, para evitar riscos desnecessários (até porque não são os prazos processuais que atrasam a entrega da efetiva tutela jurisdicional), sugere-se mudança legislativa para que todos os prazos no processo contra o Poder Público sejam computados em dobro, mas com isonomia formal, isto é, tanto para a prática dos atos processuais do Poder Público como para a dos particulares.

(I) Despesas processuais³⁴⁹. Visando a incrementar a celeridade da prestação da tutela jurisdicional, e considerando que o Poder Público é o maior consumidor do Poder Judiciário, sugere-se impor também à Fazenda Pública o pagamento de todas as despesas processuais, prevendo-se que o produto arrecadado, embora receita pública, seja integralmente revertido em favor do Tribunal de Justiça, em fundo destinado à contratação de funcionários e aquisição de equipamentos necessários para atender à demanda gerada pelo próprio Poder Público.

³⁴⁸ Cfr. Capítulo 6, item 19.

³⁴⁹ Cfr. Capítulo 6, item 21.

(J) Honorários advocatícios³⁵⁰. Foi demonstrado nesse estudo que o Poder Público, quando derrotado, deveria ser condenado no pagamento das verbas de sucumbência do mesmo modo que aconteceria numa demanda em que litigam apenas particulares; no entanto, em situação oposta, quando derrotado for o cidadão, deveria ser a ele estendida, como regra geral, a isenção no pagamento de honorários advocatícios, do mesmo modo que ocorre no mandado de segurança, cuja razão de ser é o estímulo ao questionamento dos atos administrativos por toda a sociedade.

(K) Reexame necessário³⁵¹. Atualmente a regra não faz mais sentido algum, pois parte de premissa hoje equivocada no sentido de que a advocacia pública não seria qualificada a defender o Poder Público de maneira satisfatória.

(L) O reconhecimento do pedido³⁵². Em consonância com os princípios da legalidade e da autotutela administrativa, a Administração possui o poder-dever de, quando constatada a incorreção da conduta, reconhecer a pretensão deduzida em uma demanda contra ela movida, devendo ser também eliminadas as dificuldades burocráticas que atualmente impedem a advocaciapública de simplesmente reconhecer o pedido do autor. O cumprimento espontâneo pode, aliás, ser plenamente compatível com a indisponibilidade do interesse público, tanto sob a ótica atual (supremacia dos direitos fundamentais) como pela visão estritamente financista, evitando-se, por exemplo, a incidência de juros moratórios durante todo o período de tramitação do processo.

(M) Acordos³⁵³. É compatível com o interesse público e não viola a regra de sua indisponibilidade a realização nas demandas que são movidas contra o Poder Público; ao contrário, as transações podem ser benéficas ao erário, minimizando os prejuízos potenciais. Não devem, porém, ocorrer nas

³⁵⁰ Cfr. Capítulo 6, item 23.

³⁵¹ Cfr. Capítulo 6, item 25.

³⁵² Cfr. Capítulo 7, item 27.

³⁵³ Cfr. Capítulo 7, item 28.

circunstâncias em que presente o poder-dever da Administração de reconhecer o direito do particular, sendo o acordo, em tais casos, conduta incompatível com o princípio da moralidade administrativa.

Se o caso for de puro e simples reconhecimento do direito do particular, não nos parece ético e moral que se proponha um acordo. O direito deve ser cumprido e fielmente observado pela Administração Pública. Aproveitar-se do tempo do processo é imoral e estimula condutas de má-fé por parte dos agentes públicos, que contariam com a demora judicial para aliviar, por exemplo, seu orçamento com despesas de funcionários

(N) Confissão, revelia e ônus de impugnação específica³⁵⁴.

A confissão dos fatos pelo Poder Público não é apenas possível, mas obrigatória por parte do agente público. Não é legítima a omissão estratégica no processo simplesmente para que a vitória aconteça por alguma deficiência probatória, a qual militará em favor do Estado. Deve, inclusive, ser punida como abuso do processo. Com isso, inaplicável o art. 302, I, do CPC, devendo o Poder Público impugnar especificamente os fatos constitutivos alegados na petição inicial, sob pena de se os presumirem verdadeiros, sendo-lhe, portanto, plenamente aplicáveis os efeitos da revelia.

(O) O papel do Juiz³⁵⁵. Considerando a necessária atuação do Poder Judiciário como freio e contrapeso aos demais poderes estatais, o processo contra o Poder Público deve ser diferenciado no que diz respeito à atuação dos magistrados, cujas iniciativas probatórias devem ser intensificadas, inclusive para compensar o desequilíbrio entre os particulares e a Administração e verificar a legalidade do ato administrativo questionado.

(P) Inversão judicial do ônus da prova³⁵⁶. Até mais do que ocorre nas relações de consumo, é evidente a vulnerabilidade do particular diante do Poder Público, maior litigante habitual do país, com a possibilidade de experimentação de diversas teses e estratégias processuais (inclusive pela

³⁵⁴ Cfr. Capítulo 7, item 29.

³⁵⁵ Cfr. Capítulo 8, item 31.

³⁵⁶ Cfr. Capítulo 8, item 32.

qualidade repetitiva das demandas de que é parte). Com isso, em princípio, a facilidade da produção probatória estará ao lado do Poder Público, recomendando-se a inversão judicial do ônus da prova em desfavor da Administração caso o julgamento seja proferido com insuficiência probatória.

(Q) Comportamento imoral do Poder Público³⁵⁷. O Poder Público deve dar o exemplo de conduta em todos os setores da sociedade; seu comportamento é balizado pelos princípios da legalidade e da moralidade administrativa, não sendo admissível qualquer desvio processual que vise a obter a vitória na demanda afastando-se da efetiva realização do direito material. Seu desvio deve ser punido com severidade, identificando-se o agente que causou o prejuízo ao erário para que seja obtido o ressarcimento. Tal medida possui nítido caráter pedagógico e contribui para a efetividade do processo pelo exercício da pressão psicológica, diminuindo a interposição de recursos meramente procrastinatórios.

(R) A execução contra o Poder Público³⁵⁸. A impenhorabilidade dos bens públicos é apenas uma opção legislativa. Tendo sido detectada a falência do regime constitucional dos precatórios e o descaso dos governantes para com as decisões judiciais, convém refletir acerca de uma reforma constitucional que permita novas formas de solucionar a crise de satisfação instaurada, com prognóstico distinto ao atual, que gera apenas desolamento e descrença por parte dos credores públicos e da sociedade em geral.

A penhora de verbas orçamentárias destinadas à propaganda, por exemplo, seria medida que muito provavelmente estimularia os governantes a pagar os precatórios corretamente.

Aliás, levando-se em consideração os valores envolvidos, parece natural a prevalência dos direitos e garantias fundamentais sobre uma verba destinada a marketing governamental; do mesmo modo, não faz sentido o Estado possuir bens não afetados ao uso comum enquanto possui dívidas judiciais pendentes.

³⁵⁷ Cfr. Capítulo 8, item 33.

³⁵⁸ Cfr. Capítulo 9.

CAPÍTULO XI – SÍNTESE CONCLUSIVA

Foram apresentados diversos fundamentos em defesa da urgente revisão do processo contra o Poder Público, permitindo que seja de fato apto a alcançar os resultados político-sociais a que está destinado:

(i) **Fundamento político:** o processo é o instrumento de atuação política do Poder Judiciário, o qual deve estar adequado ao desempenho de sua missão constitucional de servir como efetivo *freio e contrapeso* ao uso do poder;

(ii) **Fundamentos jurídicos:** há incompreensão de premissas do direito material, especialmente no que diz respeito ao conceito de interesse público; o processo contra o Poder Público deve estar atento à Constituição Federal, que considera supremos os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; as prerrogativas processuais do Poder Público ampliam a desigualdade material para com os particulares, impedindo o tratamento paritário.

(iii) **Fundamento ético:** o Estado deve dar o exemplo de como devem agir os particulares; sua conduta processual deve ser precisa, inclusive com o pronto reconhecimento do pedido formulado; seus desvios devem ser punidos com severidade ímpar para que as sanções, de fato, atinjam seu escopo pedagógico.

(iv) **Fundamento social:** a sociedade não mais tolera o descaso do Poder Público para com seus direitos, como comprovaram as manifestações do ano de 2013.

Espera-se, assim, parafraseando BEDAQUE ³⁵⁹, que os processualistas modernos estejam (também) comprometidos com os resultados do processo contra o Poder Público, atentando-se para o conjunto de suas finalidades e empenhando-se ativamente para modificar a legislação que ainda assegura anacrônica posição de vantagem processual ao Estado.

³⁵⁹ *Direito e Processo*, p. 29.

Igualmente, fazendo coro a CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, almeja-se que este trabalho contribua para a tomada e o fortalecimento da consciência dos magistrados acerca de seu papel, atentos não apenas ao direito positivo, mas à essência dos valores político-sociais latentes na sociedade³⁶⁰, que deles, juízes, espera total e criativo empenho, no processo, no controle dos atos administrativos e na contenção ao uso do poder estatal e ao próprio Estado, este mal necessário.

³⁶⁰ *A instrumentalidade do processo*, p. 332.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ADRIÁN HEÑIN, Fernando. “Valoración judicial de laconductaprocesal”, in *Revista de Processo nº 170*. Revista dos Tribunais Online (p. 59 e ss), 2009.

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. “Harmonia entre os Poderes e governabilidade”, in *Revista de Direito do Estado nº 1*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AGUILAR CORTEZ, Luís Francisco. “Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALBUQUERQUE, J.A. Guilhon. “Montesquieu: sociedade e poder”, in *Os clássicos da política*, 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).

ALESSI, Renato. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffré, 1949.

ALMEIDA, Paulo Guimarães de. “Execução contra a Fazenda Pública Municipal”. *Revista de Informação Legislativa nº 58*, p. 223-236, abr./jun 1978.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Efetividade e processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, vol. 96.

_____. “Garantia do contraditório”, in *Garantias constitucionais do processo civil*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (coordenador José Rogério Cruz e Tucci).

_____. “Jurisdição e Administração (notas de direito brasileiro e comparado)”, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política da Revista dos Tribunais* n° 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ALVIM, Virgílio Machado. “A Fazenda Pública nas ações de usucapião. Revista Brasileira de Direito Processual”. Uberaba n. 17, p. 117-124, jan./mar 1979.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Comentários ao Código de Processo Civil, IV vol.* Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1976.

_____. *Prova judiciária no cível e comercial, volumes I a V. 4ª edição.* São Paulo: Max Limonad, 1970.

ANDRADE, Regis de Castro. “Kant: a liberdade o indivíduo e a república”, in Os clássicos da política, 2º volume. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).

ANDRIOLI, Virgilio. *Comento al codice di proceduracivile, volume I.* Napoli: Eugenio Jovene, 1961.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.* São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A ‘Supremacia do Interesse Público’ no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados– Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmiento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil, volume IV.* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini, e. *Teoria Geral do Processo.* 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARISTÓTELES. *Política.* Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. Tercera edición. Madrid: Civitas, 2002.

ASSIS, Araken de. “Admissibilidade dos Embargos Infringentes em Reexame Necessário”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, Coordenado por Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4).

_____. “Notas sobre a execução por maior e por menor quantia contra a Fazenda Pública”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 825, 2004. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

ASSUMPTÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*, 5ª edição. São Paulo: Editora Método, 2013.

_____. *Ações Constitucionais*. São Paulo: Editora Método, 2011.

_____. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Método, 2013.

_____, e TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Editora Método, 2013.

ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados – Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

AYRES BRITTO, Carlos. “Separação de Poderes na Constituição Brasileira”, in *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, vol. 4, 2011. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª edição, 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (em cooperação com Fábio Gomes).

BARBI, Celso Agrícola. “O precatório na Constituição de 1988”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 701. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Comentários ao código de processo civil, volume I*. 11ª edição, atualizada por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A efetividade do processo de conhecimento”, in *Revista de Processo*, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. “A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro”, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”, in *Revista do Processo* nº 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. “A Justiça e nós”, in *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Alguns problemas atuais da prova civil”, in *Revista de Processo* nº 53.

_____. “As presunções e a prova”, in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. “Coisa julgada, causas de pedir não totalmente coincidentes. Preliminar infundada”, in *Direito Aplicado I – Acórdãos e Votos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, in *Temas de Direito Processual – Nona Série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- _____. “Efetividade do processo e técnica processual”, in *Temas de direito processual – Sexta Série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. “Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda pública”. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre v. 06, n. 32, p. 05-14, nov./dez. 2004.
- _____. “Juízo de retratação e reexame obrigatório em segundo grau”, in *Temas de Direito Processual – Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, in *Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. “O benefício da dilatação de prazo para a Fazenda Pública (âmbito de incidência do art. 188 do novo Código de Processo Civil)”, in *Revista de Processo, vol. 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. “O juiz e a prova”, in *Revista de Processo nº 35*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 22ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. “Por um processo socialmente efetivo”, in *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. “Reflexões sobre a imparcialidade do juiz”, in *Temas de Direito Processual – Sétima Série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “Reformas processuais e poderes do juiz”, in *Temas de Direito Processual – Oitava Série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOSA, Rui. “O Supremo Tribunal Federal na Constituição Brasileira” (discurso proferido no Instituto dos Advogados, ao tomar posse do cargo de presidente, em 19 de novembro de 1914), in *Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1997.

BARCELOS, Pedro dos Santos. “Execução contra a Fazenda pública baseada em título executivo extrajudicial: ‘nullaexecutiosine título’”, in *Revista dos Tribunais*, v. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. “O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados– Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. “Constitucionalidade e Legitimidade da Criação do Conselho Nacional de Justiça”, in *Interesse Público*, nº 30. Porto Alegre: Notadez, 2005.

_____. “Igualdade perante a lei”, in *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, vol. 2, 2011. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. “O princípio da moralidade no Direito Público”, in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 22, 1998. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 6ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes Instrutórios do Juiz*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Garantia da amplitude de produção probatória”, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, 1ª edição, 2ª tiragem, coordenada por José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “Legitimidade processual e Legitimidade política”, *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social* (organizado por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. “Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório”, in *Causa de pedir e pedido no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002 (coordenado por José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque).

BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Dialética, 2001.

BEZERRA, J. Miguel. *Manual de processo civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1985 (em co-autoria com Antunes Varela e Sampaio e Nora).

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*, 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. “Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados– Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmiento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOAVENTURA PACÍFICO, Luiz Eduardo. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 10ª reimpressão.

_____. *Qual democracia?* São Paulo: Loyola, 2010.

_____. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 20ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 28ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Ciência Política*. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. “A responsabilidade do agente público e o cumprimento das decisões contrárias à Fazenda Pública”, in *Revista de Processo*, vol. 136, 2006. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. “Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?”, in *Revista de Direito do Estado* nº 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUZAID, Alfredo. “Bem público de uso comum”, in *Revista dos Tribunais* nº 353/48, 1965. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. “O conceito de política pública em direito”, in *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizado por Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGO, Vitor. “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BUZAID, Alfredo. “Da lide: estudo sobre o objeto litigioso (1980)”, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- _____. “Máximas de experiência”, in *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. “Processo e verdade no direito brasileiro”, in *Revista de Processo* nº 47. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”, in *Revista de Processo*, vol. 102.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil, volume III*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (organizado por José Eduardo Faria). 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- _____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2ª Edição-reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro, e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.
- CARJAVILLE PELLUFO, Juan Pablo. “Breve Presentación de La Jurisdicción Contencioso Administrativa Uruguaya”, in *Revista de La Facultad de Derecho de la Universidad de La Republica Oriental del Uruguay*, nº 23. Montevideu: Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Jurisdição – Noções Fundamentais”, in *Revista de Processo*, nº 19. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. *A Fazenda Pública em Juízo*, 10 edição revista e atualizada. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. “O regime processual das causas repetitivas”, in *Revista de Processo*, vol. 179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. “Breves notas sobre a denúncia da lide ao agente público pela Fazenda Pública”, in *O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos: estudos em homenagem ao Professor Athos Gusmão Carneiro*, coordenado por Fredie Didier Jr, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira, Petrônio Calmon Filho, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. “A Fazenda pública e o procedimento monitorio”. *Revista de Processo*. São Paulo v. 30, n. 124, p. 53-66, jun., 2005.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Jurisdição – Noções fundamentais”, in *Revista de Processo*, vol. 19.

_____. *Jurisdição e competência*. 13ª edição, revista e atualizada de conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. *La Prova Civile – Parte Generale: Il concetto giuridico della prova*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile. Volume terzo*. Padova: CEDAM, 1986.

CARRAZZA, Roque Antonio. “A Inaplicabilidade contra a Fazenda Pública, dos parágrafos 1º a 4º do art. 890, do CPC”. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo v. 21, n. 160, p. 9-12, set./out. 1997.

CARVALHO JÚNIOR, Joaquim Correia de. “Os Privilégios da Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil”. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado da Guanabara*. Rio de Janeiro n. 28, p. 29-42, 1973.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, vol. II*. 2ª edição. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas de Enrico Tullio Liebman. São Paulo: Saraiva, 1965.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie costituzionali e giusto processo”, in *Revista de Processo*, vol. 90.

_____. *Lezioni sul processo civile*. Seconda edizione. Bologna: Il Mulino, 1998 (com Corrado Ferri e Michele Taruffo).

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2ª edição, 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSTA, Susana Henrique. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

_____. “O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “A Lei nº 11.232/05 e a execução contra a Fazenda Pública”, in *A nova execução civil*, coordenado por Susana Henriques da Costa. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

_____. “Os poderes do juiz na admissibilidade das provas ilícitas”, in *Revista de Processo*, vol. 133. *Revista dos Tribunais Online* (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. 4.ta edición. Buenos Aires: Julio Cesar Faira, 2002.

CRETELLA JUNIOR. *Tratado de Direito Administrativo (1966-1972)*, vol. X – Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, ____.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- _____. “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, 1ª edição, 2ª tiragem, coordenada por José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. “Repressão ao dolo processual: o novo artigo 14 do Código de Processo Civil”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 798/65, 2002. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.
- _____. “Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*, vol. 192, 2011. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.
- _____. *Ação monitória*, 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. “Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos”, in *Revista dos Tribunais*, v. 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. “Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”, in *Revista de Processo*, vol. 66.
- DALLARI, Adilson Abreu. “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 239, p. 177-192, jan./mar., 2005. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 42, n. 165, p. 07-19, jan./mar., 2005.
- _____. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DEGRAZIA, Osvaldo Flácio. “O Pagamento de o crédito alimentar judicial pela Fazenda Pública na atual Constituição Federal”. *Ajuris*. Porto Alegre v. 18, n. 52, p. 216-223, 1991.
- DELGADO, José Augusto. “Execução contra a Fazenda Pública: revisão dos dispositivos constitucionais, algumas controvérsias”. *Revista Jurídica*,

Porto Alegre, v. 42, n. 197, p. 5-20, mar. 1994. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 89, n. 322, p. 29-37, abr./jun. 1993. Jurisprudência Brasileira Cível e Comercio, Curitiba, n. 168, p. 57-68, 1993. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 82, n. 693, p. 66-76, jul., 1994.

_____. “Execução de quantia certa contra a Fazenda Pública. Inexigibilidade de precatório requisitório quando se tratar de crédito de natureza alimentícia – art. 100 da Constituição Federal”, *Revista de Processo*, vol. 57, 1990. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

DÍAZ CANDIA, Hernando. “Los poderes del juez contencioso-administrativo em Venezuela”, in *Revista de La Fundación Procuraduría General de la República*, nº 11. Caracas, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, volumes I, II e III, 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini, e ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. *Teoria Geral do Processo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “Direito e Processo”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. “Discrecionalidade, devido processo legal e controle jurisdicional dos atos administrativos”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Efetividade do processo e os poderes do juiz”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Garantia do processo sem dilações indevidas”, in *Garantias constitucionais do processo civil*. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (coordenador José Rogério Cruz e Tucci).

- _____. “Inversão do ônus da prova e o Código de Defesa do Consumidor”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Julgamento antecipado do mérito”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. “Motivação da sentença e do ato administrativo, presunção judicial e inversão do ônus da prova”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo II*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Nasce um novo processo civil”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. “O futuro do processo civil brasileiro”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno – Tomo I*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. “Os institutos fundamentais do direito processual”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, Tomo I. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. “Tutela jurisdicional”, in *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo II. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. “Vocabulário de Direito Processual”, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, Tomo I. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *A instrumentalidade do processo*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *A reforma do Código de Processo Civil*, 5ª edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Execução Civil*, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I a IV*. 6ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUARTE, Clarice Seixas. “Direito público subjetivo e políticas educacionais”, in *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizado por Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de laprueba judicial*. 5ª edicion. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981.

FARIA, José Eduardo. “A definição do interesse público”, in: *Salles, Carlos Alberto de. (Org.). Processo civil e interesse público : o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, v. , p. 79-90.

_____. “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (organizado por José Eduardo Faria). 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira”, in *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (organizado por José Eduardo Faria). 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituzionididirittoprocessuale*, VIII Edizione, ristampa. Padova: Cedam, 2001.

FEDRIANI, Pablo Gallegos. “Los mitos em lo processo contencioso administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, nº 41. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

FERRAZ, Sérgio. “Privilégios processuais da Fazenda Pública e princípio da isonomia”. *Revista de Direito Público*. São Paulo v. 13, n. 53/54, p. 38-43, jan/jun 1980.

FERREIRA, Éder. “As ações individuais no controle judicial de políticas públicas”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERRI, Corrado. *Lezioni sul processo civile*. Seconda edizione. Bologna: Il Mulino, 1998 (com Luigi Paolo Comoglio e Michele Taruffo).

FERRO, Marcelo Roberto. “Execução de crédito de natureza alimentícia contra a Fazenda pública: exegese do art. 100 da Constituição Federal”. *Revista de Processo*. São Paulo v. 18, n. 70, p. 59-84, abr/jun 1993.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. I*. Ada Pellegrini Grinover [et. al.]. 10ª edição revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRANCO, Fernão Borba. *Execução em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 2ª edição revista. Rio-São Paulo: Forense, 1962.

_____. *Manual de direito processual civil, vol. 2*. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 1987.

FURTADO FABRÍCIO, Adroaldo. “As novas necessidades do processo civil e poderes do juiz”, in *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, André Almeida. “Uma verdadeira crise de satisfação (ou a execução contra o Poder Público)”, in *Revista do Advogado* nº 111. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2011.

_____. *Prova Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Hacia una nueva justicia administrativa*, 2ª edição. Madrid: Civitas, 1992.

_____. “La crisis del contencioso-administrativo francés: El fin de um paradigma”, in *Revista de Direito Público* nº 91. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

- _____. “La Reacción del Contencioso Francés a la crisis del modelo – Ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas”, in *Revista de Direito Público* n° 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. “La Constitución Española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”, in *Revista de Direito do Estado* n° 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GARTH, Bryant e CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso em 2002.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIANESI, Rita. “A Fazenda Pública e o Reexame Necessário”, in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: RT, 2001.
- GIANNINI, Leandro J. “Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba. Una distinción necesaria”, in XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fe, Argentina, junio de 2011). http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/04/Giannini_Leandro.pdf, acesso em 30 de junho de 2011.
- GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*. Tradução de Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- GRANDE, Maximiliano García. “Cargas probatorias dinámicas: nuevas, ni argentinas, ni aplicables”, in [http://www.e-derecho.org.ar/congreso-procesal/Cargas%20 Probatorias %20Din% Elmicas%20 Grande .pdf](http://www.e-derecho.org.ar/congreso-procesal/Cargas%20Probatorias%20Dinamicas%20Grande.pdf), acesso em 20 de junho de 2011.
- GRECO, Leonardo. “A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, v. 15.

GRINOVER, Ada Pellegrini, ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “O controle jurisdicional de políticas públicas”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “A iniciativa probatória do juiz no processo penal acusatório”, in *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HEÑIN, Fernando Adrián. “Las Pruebas Difíciles”, in *Revista de Processo*, vol. 166. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. “Valoración Judicial de la Conducta Procesal”, in *Revista de Processo*, vol. 170. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HIDALDO CUADRA, Máster Ronald. “Hacienda Pública y Ejecucións de Sentencias enLo Contencioso Administrativo”, in *Revista de Ciências Jurídicas da Universidad de Costa Rica*, nº 104. San Jose, 2004.

INNOCENTI, Marco Antonio. “O direito de preferência no recebimento dos precatórios”, in *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, nº 27. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

KNIJNIK, Danilo. “As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira* (Coordenado por Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEMONS, Bruno Espiñeira. *Precatório: trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidade de novos paradigmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

LEONARDI ANTONIO, Nilva M. “O controle jurisdicional de políticas públicas como controle de constitucionalidade e seus limites”, in O controle jurisdicional de políticas públicas (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LESSONA, Carlos. *Manuale delle prove in materia civile*. Firenze: Fratelli Cammelli, 1898.

_____. *Teoria general de la prueba en derecho civil* (traduzido e anotado por Enrique Aguilera de Paz). 4ª edição. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil – Vol. I*, 3ª edição. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile – v. II*. Reimpressão da 4ª edição. Milano: Giuffrè Editore, 1984.

_____. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença” (tradução de Tereza Celina de Arruda Alvim), in Revista de Processo, nº 29. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA GUERRA, Marcelo. “Execução contra o Poder Público”, in *Revista de Processo*, vol. 100. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LIMA LOPES, José Reinaldo. “Crise da norma jurídica e a reforma do Judiciário”, in Direitos humanos, direitos sociais e justiça (organizado por José Eduardo Faria). 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, in Direitos humanos, direitos sociais e justiça

(organizado por José Eduardo Faria). 1ª edição, 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. “A definição do interesse público”, In: Carlos Alberto de Salles. (Org.). Processo civil e interesse público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. , p. 91-99.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários Advocatícios no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOPES, João Baptista. “Função social e efetividade do processo civil”, in Revista Dialética de Direito Processual, vol. 13.

_____. *A prova no direito processual civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Garantia do tratamento paritário das partes”, in Garantias constitucionais do processo civil (Coordenada por José Rogério Cruz e Tucci). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Eficácia das decisões e execução provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. “Devido processo legal substancial”, in *Leituras complementares de processo civil*, organizada por Fredie Didier Jr, 4ª edição. Salvador: JusPodium, 2006.

_____. “Abuso do exercício do direito de recorrer”, in *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*, Coordenado por NELSON NERY JR. e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 (Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos, v. 4).

MAGNO ARAÚJO, Justino. “Aspectos da Jurisdição nos Sistemas da ‘Common Law’, da ‘Civil Law’ e no Direito Brasileiro”, in Revista Ajuris nº 40, Porto Alegre, 1987.

- MAIA FILHO, Napoleão Nunes. “A antiga e sempre atual questão da submissão do Poder Público à jurisdição”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 1. São Paulo: Dialética, 2003.
- MALATESTA, Nicolau Framarino dei. *La logica della prova in criminale*. Torino: Torinese, 1912.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile II – Il processo dicognizione*. Settima edizione. Torino: Giappichelli Editore, 1989.
- MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto”, in *Provas: aspectos atuais do direito probatório* (Coordenado por Daniel Amorim Assumpção Neves). São Paulo: Método, 2009.
- _____. *Manual do processo de conhecimento*. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (em co-autoria com Sérgio Cruz Arenhart).
- _____. *Novas linhas do processo civil*. 4ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 2ª edição revista. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense, 1962.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 13ª edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida Mello. “John Locke e o individualismo liberal”, in *Os clássicos da política, 1º volume*. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).
- MELLO, Marco Aurélio. “A eficácia dos precatórios”, in *Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 20*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. “Apresentação da 2ª edição” de *O Poder Público em Juízo*, de Cassio Scarpinella Bueno, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO FILHO, Álvaro. “Princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública”. *Revista de Processo*, v. 19, n. 75, p. 166-182, jul/set 1994

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. “O momento de inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor”, in *Revista de Processo*, vol. 114.

MICHELI, Gian Antonio. “A Prova” (tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim), in *Revista de Processo*, vol. 16. (com Michele Taruffo). São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. “Teoria Geral da Prova”, in *Revista de Processo*, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. *La carga de la prueba* (tradução de Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. “Revisão "ex-officio" de sentenças contrárias à Fazenda Pública”, in *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro n. 32, p. 19-29, 1977.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, José Roberto de. “Fazenda Pública em Juízo – Prerrogativas ou Privilégios?”, in *Revista Autônoma de Processo*, nº 2. Curitiba: Juruá, 2007.

MOREIRA, Vital, e SARMENTO E CASTRO, Catarina. “A Justiça Administrativa em Portugal (1974-1999)”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, Coimbra 2003.

MUKAI, Toshio. “A Dilação do pagamento de precatórios judiciais: inconstitucionalidade aberrante”. *Doutrina Adcoas*. São Paulo v. 3, n. 11, p. 290-291, nov. 2000.

- NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Execução contra a Fazenda Pública: sua inversão no pólo processual em razão de erro material*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- NASCIMENTO, Milton Meira do. “Rousseau: da servidão à liberdade”, in Os clássicos da política, 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).
- NAVES DA FONSECA, João Francisco. *Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. “O controle judicial das políticas públicas por meio do Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Contornos e Perspectivas”, in O controle jurisdicional de políticas públicas (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PAPATERRA LIMONGI, Fernando. “‘O Federalista’: remédios republicanos para males republicanos”, in Os clássicos da política, 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).
- PATÍÑO MARIACA, Daniel Mauricio. “La lucha contra los privilegios de la administración”, in *Revista de La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Medellín Colombia*, nº 96. Medellín: Editorial UPB, 1996.
- PEREIRA, Helio do Valle. *Manual da Fazenda Pública em Juízo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- PEYRANO, Jorge W. “El cambio de paradigmas em matéria procesal civil”, in *Revista de Processo*, vol. 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- PEYRANO, Jorge W. “La regla de la carga de laprueba enfocada como norma de clausura del Sistema”, in *Revista de Processo*, vol. nº 185. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PINA, Rafael de. *Tratado de lãs pruebas civiles*. 2ª edição, revisada e atualizada por Rafael de Pina Vara. México: Porrúa, 1975.
- PROTO PISANI, Andrea. *LezionidiDirittoProcessualeCivile*. TerzaEdizione. Napoli: Jovene Editore, 1999.
- PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- REBELLO PINHO, Rodrigo César. “Apresentação” do livro *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social* (organizado por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile, 2 – Il processo ordinário dicognizione: Il procedimento di primo grado, Il sistema delleimpugnazioni*. Terzaedizioneaggiornata e rielaborata da Tito Carnacini e Mario Vellani. Milano: Giuffrè, 1985.
- RIBEIRO, Renato Janine. “Hobbes: o medo e a esperança”. in *Os clássicos da política*, 1º volume. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995 (organizado por Francisco C. Weffort).
- ROCHA SOBRINHO, Délio José. *Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba* (tradução de Ernesto Krotschin). Buenos Aires: EdicionesJuridicas Europa-America, 1956.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- SABINO, Marco Antonio da Costa. “Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais”, in *O controle jurisdicional de políticas*

públicas (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SADEK, Maria Tereza. “Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. “Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas”, in *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico* (organizado por Maria Paula Dallari Bucci). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “Processo civil de interesse público”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social* (organizado por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SAMPAIO E NORA. *Manual de processo civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1985 (em co-autoria com Antunes Varela e J. Miguel Bezerra).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “La reforma de la justicia administrativa em España”, in *Rivista di Diritto Pubblico* n° 2. CEDAM, 1999.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. “A Fazenda pública, o precatório e o seqüestro de seus bens”. *Revista de Previdência Social*. São Paulo v. 19, n. 174, p. 306-310, maio 1995.

SANTOS NETO, João Antunes dos. “Unicidade e dualidade de jurisdição”, in *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 4, n° 2. Imprensa Oficial, 2003.

SARMENTO, Daniel. “Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados—Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO E CASTRO, Catarina, e MOREIRA, Vital. “A Justiça Administrativa em Portugal (1974-1999)”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIX, Coimbra 2003.

SANSEVERINO, Milton. “Interesse público e Ministério Público no processo civil: breves reflexões”, in *Processo civil e interesse público...*

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *O Poder Público em Juízo*, 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*, vol. 1, 5ª edição, vol. 2, tomo II, e vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Mandado de Segurança*. 2ª edição revista e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. “Processo civil de interesse público: uma proposta de sistematização”, in *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social* (organizado por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA MARTINS, Ives Gandra. “A última trincheira”, in <http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/politica/1393>, consultado em 29 de maio de 2011.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. “Execução contra a Fazenda Pública, Lei 8.213 e *astreinte*”. *Revista de Previdência Social*. São Paulo v. 21, n. 205, p. 1211-1214, dez. 1997.

SCHIER, Paulo Ricardo. “Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais”, in *Interesses Públicos versus Interesses Privados— Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, coordenada por Daniel Sarmento, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA MARTINS, Ives Gandra. “O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública”, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas da Revista dos Tribunais*, nº 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

STOCO, Rui. “Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela Monitória*, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. “A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitoria”, in *Revista de Processo*, vol. 128, 2005. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

_____. “Tutela de urgência e Fazenda Pública”, in *Revista de Processo*, vol. 152, 2007. Revista dos Tribunais Online (www.rtonline.com.br), acesso em 22 de abril de 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio, e ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. São Paulo: Editora Método, 2013.

TARUFFO, Michele. “Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual”, in *Revista de Processo*, vol 177. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. “A prova” (tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim), in *Revista de Processo*, vol. 16 (com Gian Antonio Micheli).

_____. *La prueba de los hechos* (tradução de Jordi Ferrer Beltrán). Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Lezioni sul processo civile. Seconda edizione*. Bologna: Il Mulino, 1998 (com Corrado Ferri e Luigi Paolo Comoglio).

TARZIA, Giuseppe. “O novo processo civil de cognição na Itália”, in *Revista de Processo*, vol. 79.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. “A efetividade do processo e a reforma processual”, in *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de*

vigência do Código de processo civil [coordenador José Rogério Cruz e Tucci]. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. “A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro”, in *Revista de direito do consumidor*, vol. 43.

TERRASA, Eduardo. “Cargas probatórias dinâmicas”, in *Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. “Divagações em torno do tema ‘direito e processo’”, in *Direito e processo: direito processual civil ao vivo*, volume 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

_____. “A Fazenda pública e alguns aspectos da execução forçada”. *Revista Forense*. Rio de Janeiro v. 79, n. 281, p. 63-72, jan/mar 1983.

_____. *Curso de direito processual civil, volume I*. 37ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. “Ius dicere”, in *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. “Jurisdição, ação e processo civil”, in *Direito processual civil e direito privado: ensaios e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, 52ª edição; vol. 2, 46ª edição; vol. 3, 43ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. “A execução contra a Fazenda Pública e os crônicos problemas do precatório”, in *Precatórios: problemas e soluções*, coordenada por ORLANDO VAZ. Belo Horizonte: Del Rey; Centro Jurídico Brasileiro, 2005.

TRAVI, Aldo. “Per l’unità della giurisdizione”, in *Rivista di Diritto Pubblico* n° 2. CEDAM, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

- URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora JusPodium, 2008.
- VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. 2ª edição, revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1985 (em co-autoria com J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora).
- VARGAS, Abraham Luis. “Cargas probatórias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos”, in *Activismo y Garantismo Procesal*. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009 (<http://www.acaderc.org.br>).
- VELLOSO, Adolfo Alvarado. “Jurisdicción y competencia”, in *Revista de Processo*, vol. 37.
- VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. Revista de Processo. São Paulo v. 22, n. 87, p. 32-36, jul./set. 1997 .
- WATANABE, Kazuo. “Controle jurisdicional das políticas públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, vol. II*. Ada Pellegrini Grinover [et. al.]. 10ª edição revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição atualizada. São Paulo: Central de Publicações Jurídicas, 1999.
- WEFFORT, Francisco C. (organizador). *Os clássicos da política, 1º e 2º volumes*. 5ª edição. São Paulo: Ática, 1995.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANETTI JR., Hermes. “A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução*, 3ª edição revista, atualizada e ampliada da obra *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZUFELATO, Camilo. “Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais”, in *O controle jurisdicional de políticas públicas* (Coordenadores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe). Rio de Janeiro: Forense, 2011.