

FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO - PRERROGATIVAS OU PRIVILÉGIOS -

José Roberto de Moraes

Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de
Subprocurador Geral do Estado para a área do Contencioso.
Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

O tema proposto é difícil de examinar por uma única razão: é tormentoso analisar um tema completamente despido daquilo que envolve a atividade profissional. Os problemas enfrentados diariamente fazem com que o pensamento acabe tendendo para esta ou aquela posição. Então é evidente que um procurador do Município, do Estado ou da União ache 60 dias para contestar um tempo extremamente pequeno, e é evidente que um advogado particular que tem 15 dias para contestar não concorde que o procurador tenha 60 dias para responder. E é natural ao advogado particular sustentar que esses 60 dias dados à Fazenda Pública constituem um privilégio odioso, quiçá inconstitucional, e é evidente que o advogado público, o procurador da Fazenda Pública, vai verificar que esses 60 dias constituem até um tempo relativamente pequeno em face a todas as providências que ele tem que adotar.

Assim, a análise dessa participação da Fazenda Pública em juízo sempre acaba envolvendo um aspecto particular:

A questão é fundamentalmente constitucional porque se indaga sempre se estas prerrogativas dadas à Fazenda Pública não estariam ofendendo a regra da igualdade, o princípio da isonomia. A primeira observação que temos a fazer e

todos os autores têm feito é que se o princípio da isonomia era na Constituição passada apenas um direito fundamental — constituía ele o inciso I do antigo artigo 153 — agora, na Constituição atual, ele, podemos dizer, “subiu de posto”. Ao invés de ser apenas um direito fundamental passou a ser um princípio norteador, tanto é que a regra da isonomia hoje faz parte do *caput* do artigo 5.º, servindo como diretriz para interpretar todo o restante da Constituição, todos os direitos e garantias fundamentais que estão arrolados no artigo 5.º. Sendo assim, quando o artigo 5.º da Constituição diz que todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos que seguem — e aí vem aquelas dezenas de incisos estabelecendo esses direitos — todos eles estão debaixo do primeiro enunciado que todos são iguais perante a lei.

Se se verificar desde as origens constitucionais qual é o destinatário deste “todos são iguais perante a lei”, conclui-se que, evidentemente, ele se destina aos poderosos e, na origem constitucional, destina-se ao Estado, funcionando a Constituição como um freio do poder estatal em relação aos particulares tentando estabelecer a igualdade do soberano em relação aos súditos. Desde que se tem memória deste princípio, e até hoje, ele tem sido interpretado no sentido de se buscar a igualdade real e não a igualdade formal. Isto é: todos são iguais perante a lei enquanto forem iguais; se há diferença, para haver igualdade, a lei precisa tratar diferentemente. É o velho brocardo: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades.

A fim de se sistematizar, de forma prática, a aplicação desta regra, propõe-se algo que o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello colocou quando tratou desse princípio da igualdade, estabelecendo a necessidade de se examinar a razoabilidade de eventual discriminação que seja feita para verificar o atendimento deste princípio constitucional. Pimenta Bueno, mencionado pelo Professor Celso Antônio, falava de uma razão muito forte. É necessário que no momento em que se encontra uma lei que, numa primeira análise, ofenda esse princípio de que todos são iguais perante a lei, no momento que se encontra uma lei que estabelece discriminações, diferenciações entre as pessoas é preciso verificar se é razoável essa discriminação e se há uma razão muito forte para fazer essa discriminação. Se essa razão muito forte for encontrada — e aí o Professor Celso Antônio coloca, com o brilhantismo de sempre, alguns critérios ou alguns parâmetros que se examinarão mais adiante, se a medida atende a esta finalidade e não permite a interpretação

diversa etc. — é possível a discriminação, caso contrário, não.

Mesmo porque se se pensar bem uma regra desse tipo “todos são iguais perante a lei” aplicada, entre nós sob o aspecto formal, o Brasil como um Estado de Direito estaria falido, porque passaria a não existir. Se não se reconhecesse a desigualdade social que existe e se adotassem medidas para restaurar esse direito social e se aplicasse formalmente o princípio de que todos são iguais perante a lei, evidentemente o poderio econômico dominaria e nós continuaríamos numa sociedade escravagista, abandonando-se o Estado de Direito.

Sendo assim, na própria essência da formação e da existência da nossa sociedade já se verifica que esse princípio tem que ser analisado de maneira real e não formal, o que já nos leva à conclusão de que essa colocação do Professor Celso Antônio e de tantos outros, tem integral procedência, ou seja: na realidade quando se diz que a lei pode fazer discriminação desde que haja presente o princípio da razoabilidade está se admitindo que realmente o princípio, tal qual ele está esculpido na constituição “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”, não poderia ser interpretado literalmente.

Surge neste contexto o problema das chamadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública. Prerrogativas como bem acentuado no título desta palestra e não privilégios como usualmente se denomina.

Jorge Miranda, com muita propriedade, dizia que a lei quando cria um privilégio faz surgir uma situação de vantagem não fundada, sem fundamento e, quando ela cria uma discriminação, cria situações de desvantagem. Então o fato de discriminar e criar situações de desvantagem não provoca necessariamente privilégios, a não ser que esta situação de vantagem seja uma situação de vantagem não fundada, não fundamentada.

Pois bem, o nosso estatuto processual e algumas leis extravagantes tentaram estabelecer algumas regras estabelecendo discriminações em relação à Fazenda Pública em juízo. Mas não só com relação à Fazenda Pública porque o próprio Ministério Público quando atua nas suas diversas facetas dentro do processo apresenta também estas situações de vantagem.

O que resta saber é, em primeiro lugar, se há razoabilidade nestas medidas. Elas atendem o seu objetivo para saber se estão conforme ou não a esta regra insculpida na Constituição que nós já vimos que não pode ser uma regra interpretada literalmente?

A primeira destas situações consta do artigo 188 do Código de Processo Civil, quando dispõe que o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, bem como as suas Autarquias e Fundações gozarão do prazo em dobro para recorrer e ajuizar ação rescisória e em quádruplo para contestar. Por ora, não vamos nos preocuparmos com a questão do prazo em dobro para ação rescisória porque há um item específico quanto ao tema a final e também porque esta expressão “para a ação rescisória” está com a sua vigência suspensa através de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (ADIn n.º 1.910, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

É interessante verificar a história do Código de Processo Civil, desde os Códigos estaduais porque neles não encontramos esta diferenciação. Tanto que o Ministro Alfredo Buzaid, ao elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, não colocou esta regra, sustentando que ela existia para privilegiar o servidor público nem sempre eficiente e nem sempre diligente o que, a mim, parece-me uma falta de perspectiva ou, pelo menos, uma visão distorcida do problema. Como o Ministro achava que a lei não podia pressupor esta situação, não estabeleceu nenhuma diferenciação de prazo quer para recorrer quer para contestar.

Na votação do Projeto no Congresso é que foi acrescido este artigo 188 dando então o prazo de dobro para recorrer e quádruplo para contestar.

Necessário tomarmos a lição do Professor Celso Antônio para verificarmos se há razoabilidade nesta discriminação de prazos. A primeira razão que usualmente é encontrada para justificar esta regra é a da supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Discordamos, em parte, desta colocação porque não se pode deixar de entender que respeitar sempre que possível o princípio da isonomia é, justamente, resguardar o interesse público, talvez o maior interesse público. Então, embora se utilize muito este argumento não nos parece que a solução esteja nele.

Há, no entanto, uma segunda razão. A Fazenda Pública quando está em juízo está defendendo o erário. Na realidade aquele conjunto de receitas públicas que possam fazer face às despesas não é de responsabilidade na sua formação, do governante do momento. E toda a sociedade que contribui para isso. Ficando no terreno estadual, todos nós aqui pagamos diariamente uma razoável quantidade, por exemplo, de ICMS, desde o momento que nós acordamos, fomos tomar banho, escovar os dentes e tomamos nosso café da manhã etc. E passamos fazendo isso o dia inteiro e toda a sociedade faz isso, nesse sistema tributário nosso, com toda certeza, até com razoável exagero.

Ora, no momento em que a Fazenda Pública é condenada, no momento em que a Fazenda Pública sofre um revés, no momento em que a Fazenda Pública

tenha que contestar uma ação ou recorrer de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente esta massa de recursos que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade a autoridade pública é mera administradora. É lamentável, não há como omitir isto — e esta é uma das deficiências extremamente sérias que nosso sistema apresenta —, que não exista a possibilidade eficaz de punição pela chamada responsabilidade política, ou seja: se um administrador, qualquer que seja, gastar mal o dinheiro público desde que ele faça por meio que a lei permite (licitação, procedimentos administrativos, etc.), ele não pode ser apenado dentro da sua opção. Esta é uma desvantagem nossa, do nosso sistema que dá ao governante um arbítrio completo sobre como ele vai utilizar estes recursos, mas não se pode penalizar o sistema tal qual foi concebido porque eventual governante errou. Na realidade o procurador da Fazenda Pública quando está defendendo dada causa, está sempre, obrigatoriamente, necessariamente defendendo o erário.

Pois bem, o fato de se estar defendendo uma pessoa jurídica de direito público, o fato de se estar defendendo em última análise, o erário, traz também algumas conseqüências. O advogado público, diferentemente do advogado particular não pode recusar causas. Pelo menos em número ele não pode. Claro, existe uma margem de liberdade, quando, por exemplo, alguma causa ferir algum princípio ético, desde que esta recusa se dê fundamentadamente. Quanto ao número das causas que terá de cuidar, entretanto não há como haver qualquer recusa. Eis aí um problema sério.

Em qualquer escritório particular, o advogado tem condições de verificar as condições que tem para atender bem, diligentemente, na medida que o cliente merece, um determinado número de ações. Quando este limite for ultrapassado o escritório deixa de absorver as causas e indica um novo colega porque não se vai poder dar à nova causa o mesmo atendimento e zelo das demais porque a capacidade de atendimento e funcionamento do escritório já se esgotou.

Isto não ocorre com o advogado público. Ele está tratando de trezentas causas e, de repente, ele recebe mais cinqüenta, recebe mais cem, mais duzentas, mais trezentas, mais setecentas. Chega a duas mil ou a três mil ações. Há, hoje, na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo advogados que acompanham doze mil ações em dezessete comarcas diferentes.

Costuma-se, inclusive, dizer aos dirigentes do governo que mais do que a preocupação que o advogado público tem enquanto procurador da Fazenda porque está imerso nessa enorme massa de trabalho, deve ter o governante porque,

nestas condições, é óbvio que algo não está sendo defendido adequadamente, o que é preocupante para a sociedade, porque ela está sendo prejudicada. Esta é uma situação de realidade e não é privilégio do Estado de São Paulo. Situações similares ocorrem nas diversas Prefeituras, na União e nas procuradorias dos demais Estados.

Neste contexto, é evidente que dar prazo maior para um procurador da Fazenda Pública significa cumprir o princípio da igualdade constitucionalmente assegurado. Desigual-se na lei para igualar na realidade. Alguém poderia dizer que este acúmulo de serviço é problema do Estado e problema da Fazenda Pública; Que fossem contratados mais procuradores! Nestas condições, dois outros problemas surgiriam.

Primeiro: quantos novos procuradores devem ser contratados? Não se sabe quantas novas ações vão ser ajuizadas contra o Fazenda Pública. Há, ainda, surpresas. Por exemplo, recentemente a Procuradoria Judicial do Estado de São Paulo foi brindada com sete mil ações de uma vez só, em razão da alienação da FEPASA para o governo federal, ficando o Estado apenas com parte do passivo trabalhista, relativo à questão de complementação de aposentadorias, sem prejuízo de todas as ações que entram diariamente. Logo é um problema difícil dimensionar a quantidade necessária de novos procuradores.

Em segundo lugar, um número maior de procuradores onerará aquele mesmo erário que se visa preservar.

Justamente para resolver, *in concreto*, estas questões é que a lei resolveu estabelecer estes prazos diferentes.

Sob o aspecto prático a medida tem ainda maior justificativa. Em nenhuma das unidades da nossa federação existe a distribuição dos órgãos jurídicos de defesa do Estado, defesa contenciosa das ações, por Secretarias, por Ministérios ou por órgãos a não ser os da Administração indireta. Na realidade existe em todos estes órgãos um corpo de advogados que dita a orientação jurídica do Estado, especialmente nesta área do contencioso.

Cada vez que alguém entra com uma ação contra a Fazenda Pública aquele advogado público terá que se dirigir ao órgão que deu origem àquela ação para dele colher as informações necessárias sobre a matéria de fato para que possa fazer a contestação. Quem já viveu na administração pública sabe o quanto isto é difícil, em face dos escaninhos burocráticos a serem preenchidos ou percorridos. A pessoa procurada não é a pessoa certa. Quantas vezes, no curso do prazo para contestar, encontra-se a seguinte resposta: “- Não, o senhor pediu para fulano; fulano

não sabia; tinha que ter pedido para sicrano, etc.”. E aí chega no sexagésimo dia, às 10 horas da manhã, e o procurador afirma, pasmo: “- Eu tenho que terminar a contestação e não chegou informação nenhuma”. Depois de muito brigar, alguém passa um fax com alguns dados para ele poder terminar a peça na hora. Isso porque nos dias anteriores pleiteou essas informações até para saber se vale a pena discutir a matéria de fato ou não. Quando os fatos são incontroversos e só há necessidade de questionamento acerca do aspecto jurídico da questão não há maiores problemas. A dificuldade surge, precisamente quando a matéria de fato é controversa ou não está colocada de maneira adequada. Quem pode fornecer esta orientação?

No caso do Estado de São Paulo há um decreto do governador obrigando todos os órgãos a atenderem as solicitações dos procuradores prontamente sob pena de responsabilização administrativa. Se os problemas do Brasil pudessem ser resolvidos por decretos ou por sentenças tudo já estaria solucionado entre nós. A máquina estatal é complexa e demanda todos esses escaninhos para poder buscar aquela informação importante para a elaboração de uma contestação ou de um recurso.

De novo encontra-se aqui a existência dessa prerrogativa de prazo como uma forma de igualar as situações fáticas. O advogado particular chama o seu cliente e pede desse cliente as informações. O advogado particular quando recebe seu cliente para contestar uma ação, já toma conhecimento dos fatos da causa, com quais documentos poderá contar e quais as provas que serão necessárias para o deslinde da questão. No caso das Fazendas Públicas, ao contrário, é o advogado que recebe a citação pelo cliente e é ele que vai atrás dos diversos órgãos para obter as informações necessárias para a elaboração da defesa ou do recurso.

Sendo assim, parece-me que, nesse aspecto, relativo ao prazo, a discriminação é, no dizer do Professor Celso Antônio, razoável. Portanto é uma discriminação que encontra justificativa até em atendimento ao próprio princípio da igualdade.

Outro fator que deve ser destacado aqui pela sua relevância diz respeito às chamadas intimações pessoais. Apenas para mencionar um exemplo: o artigo 25 da Lei de Execuções Fiscais, a Lei n.º 6.830/80, dispõe que, na execução fiscal, qualquer intimação do representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente. Frise-se que existe um projeto de conversão de medida provisória correndo no Congresso Nacional que pretende introduzir um dispositivo deste no Código de Processo Civil, para que esta intimação pessoal seja realizada em todo e qualquer

processo em que a Fazenda Pública seja parte, o que já ocorre, *v.g.*, com os Advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional, por força do art. 38 da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993 e art. 6.º da Lei n.º 9.028, de 12 de abril de 1995, bem assim, com os membros da Defensoria Pública da União *ex vi* do art. 44 da Lei Complementar n.º 80, de 12 de janeiro de 1994.

Um exemplo ilustrará os problemas envolvidos com esta intimação pessoal. Na comarca de São Paulo apenas para se ter uma idéia, há na área estadual, hoje, cerca de 600 mil execuções fiscais em andamento, sendo que 350 mil estão nas Varas da Capital e há cerca de 1 milhão e 200 mil execuções municipais da Fazenda Municipal na Comarca da Capital.

Evidente que este número de processos implica em um tratamento diferenciado até por uma questão de lógica. Se se é juiz em um local em que há 350 mil processos do mesmo autor e com réus diferenciados é evidente que o tratamento para o autor acaba sendo diferente porque é sempre o mesmo, implicando, por exemplo, que determinadas medidas sejam tomadas em caráter coletivo. Pois bem, estabeleceu-se na Comarca da Capital - e isso vale para várias comarcas do interior - um sistema em que o juiz abre vista dos autos e expede um mandado, via oficial de justiça, informando que nos processos tais e quais há prazo para a prática de determinado ato processual.

Com estes números, não é difícil que haja uma média de 2.500 processos por dia em que determinado procurador deve se manifestar, recebendo, para tanto, mandado de intimação em que é feita a relação correspondente. Particularmente, temos a impressão de que seria preferível que estas intimações fossem feitas pelo Diário Oficial, nos termos do art. 236, *caput*, do Código de Processo Civil, até para que houvesse mais tempo para que os Procuradores pudessem cumprir os seus respectivos prazos.

Veja-se, entretanto, o que aconteceu: embora a Lei 6.830/80 não faça nenhum tipo de restrição, em segunda instância o Tribunal de Justiça e os Tribunais da Alçada do Estado de São Paulo não determinam que as intimações judiciais das execuções fiscais que se processam em segunda instância sejam feitas pessoalmente. Até por sua patente inviabilidade prática.

Basta imaginar, por exemplo, que a Prefeitura Municipal de Rosana, na ponta do Pontal do Paranapanema, promoveu uma execução fiscal contra o devedor, que a embargou e que, mediante recurso, os autos vieram para o Tribunal de Justiça. Rigorosamente, o Tribunal de Justiça, para intimar da distribuição do processo, teria que mandar uma carta de ordem ao juízo de Rosana para que se intimasse a

Prefeitura. Para colocar em pauta o julgamento da apelação daquele caso, uma nova intimação pessoal teria que ser expedida nos mesmos moldes. Idem para o resultado do julgamento; depois o acórdão e assim por diante. Se nos lembrarmos que são 635 municípios só no Estado de São Paulo, é perceptível que não há como se exigir o cumprimento desse dispositivo em segunda instância. Tanto assim que não há insurgências de nenhuma das Fazendas Públicas quanto ao não cumprimento deste dispositivo legal quando as execuções fiscais encontram-se em segunda instância.

Talvez o ideal fosse que a lei estabelecesse que esta intimação pessoal só devesse se dar quando a execução fiscal estivesse em primeira instância.

Mas o certo é que, a despeito de toda essa dificuldade prática operacional em função do número de processos que existem, do número de municípios, do número de entes que podem lançar mão dessa execução fiscal, a medida existe e é aplicada no que tange à primeira instância e encontra sua justificativa justamente em razão do grande número de execuções. O autor da Lei 6.830/80, quando a elaborou, sabia disso e que com as Fazendas Públicas trabalha-se sempre com volumes expressivos e que a publicação acaba sendo, no mais das vezes, uma mera ficção.

Outra prerrogativa processual da Fazenda Pública que existe e que me parece a mais simples de todas é a relativa à isenção de custas. Costuma-se colocar que a Fazenda Pública não precisa pagar determinadas custas do processo.

Na realidade essa isenção de custas para a Fazenda Pública e para o Ministério Público é algo absolutamente natural. Se se está tratando da União Federal não tem sentido algum a União Federal pagar custas para a justiça federal já que é do orçamento da União como um todo que sai a manutenção da justiça federal. Assim como no caso do Estado não tem sentido o Estado pagar custas na justiça estadual porque, em última análise, sua justiça é ele próprio. A única opção do legislador foi no tocante à Fazenda Municipal. O legislador, neste caso até por um tratamento isonômico entre as Fazendas, resolveu isentá-la também. Isso, no entanto, no tocante às custas e emolumentos.

Há uma pequena diferença no tocante às despesas processuais e aqueles chamados ônus processuais: depósito para ação rescisória, depósito para recorrer etc. No tocante às despesas processuais, extração de cópias ou a mais comum, as diligências do Oficial de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça já fixou orientação na interpretação do artigo 27 do Código de Processo Civil, ao sustentar que as despesas relativas aos atos processuais praticados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública serão pagas a final pelo vencido. Esta interpretação

significa, todavia, que tais despesas deverão ser pagas a final pelo vencido em reembolso, porque terão que ser adiantadas pela Fazenda Pública. O oficial de justiça não tem obrigação de trabalhar de graça porque é a Fazenda Pública quem requer a diligência; o perito não tem a obrigação de fazer a perícia de graça porque é a Fazenda Pública que a requereu. Especificamente com relação à execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 190. pela qual “na execução fiscal, processada perante a justiça estadual, cumpre à fazenda pública antecipar o numerário destinado ao custeio das despesas com o transporte dos oficiais de justiça”.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, interpretando estes julgados do Superior Tribunal de Justiça, entende que pagamento antecipado significa a desnecessidade de aguardar o desfecho da ação. Ou seja, não há necessidade de esperar o término da ação para pagar as diligências do oficial de justiça ou outras despesas. O que se tem verificado, neste contexto, é que as diligências são pagas consoante mapas elaborados mensalmente pelos oficiais e de acordo com a disponibilidade orçamentária do Estado de São Paulo, independentemente do andamento do processo.

Com isto não se interpreta o artigo 27 do Código de Processo Civil de forma literal no sentido de que as despesas deverão ser adiantadas por alguém e pagas só no final da ação. Mas também não se interpreta a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Fazenda Pública tem que adiantar aquela despesa, antes da realização da diligência.

O regime jurídico destas isenções da lei processual civil alteram-se um pouco quando se se refere às multas ou aos depósitos efetuados em juízo pela Fazenda. Limitemo-nos à análise do depósito na ação rescisória. Na ação rescisória, a Fazenda Pública, o Ministério Público são dispensados de fazer o depósito de 5% sobre o valor da causa (CPC, art. 488, II).

Este depósito, que se transforma em multa compensatória, tem um único objetivo, que o estatuto processual deixa bem claro. Seu objetivo é dificultar o acesso à ação rescisória porque a ação rescisória é uma medida excepcional no nosso sistema, que só pode ser utilizada em hipóteses muito específicas.

Em princípio, não parece haver dúvida, esta discriminação parece menos uma prerrogativa e mais um privilégio. No entanto, não podemos nos esquecer que o grande problema está na decisão a respeito de se ingressar ou não com a ação rescisória, isto pelo princípio da impessoalidade que caracteriza a atividade pública. O advogado privado tem acesso a seu cliente, tem condições de expor as dificuldades da ação rescisória e adverti-lo de que a derrota naquela ação significa-

rá a perda dos 5% do valor da causa depositados liminarmente. No caso da administração pública isto é impossível de ocorrer. Seria cabível um plebiscito quanto ao ingresso daquela ação rescisória? Na verdade, quando a advocacia é pública, o verdadeiro cliente é o povo, daí, se for o caso, haveria conveniência na manifestação popular a respeito.

Seria, no entanto, extremamente trágico se impor à Fazenda Pública a obrigação de efetuar este depósito prévio, tirando a capacidade ou a possibilidade de o advogado público decidir, dentro do esquema existente em cada unidade, se deve ou não enfrentar uma determinada decisão transitada em julgado. É evidente que a multa é uma maneira de inibir eventuais aventuras jurídicas. Mas, no caso da Fazenda Pública, o que não é admissível é, em função da necessidade de pagamento desta multa previamente, tolher a decisão do Procurador, impondo esse ônus, inclusive sequer previsto em regras orçamentárias.

Duas últimas observações se fazem necessárias.

A primeira delas diz respeito ao usualmente denominado recurso de ofício. Diga-se, desde logo, que este nome não se coaduna com o instituto do art. 475 do Código de Processo Civil. Desde 1973 não existe mais recurso de ofício. O que existe no atual Código é a integração da sentença proferida em determinadas circunstâncias, a que anula casamento e a proferida contra a Fazenda Pública. Na realidade o que o legislador fez foi transformar em ato complexo aquilo que seria um ato simples. Uma sentença proferida nestas condições depende de uma complementação jurisdicional para a sua eficácia.

Na realidade a existência da remessa de ofício tem causado certa perplexidade, talvez aí resida a maior crítica às chamadas prerrogativas ou para alguns privilégios da Fazenda Pública. Em primeiro lugar porque parte o legislador de uma absoluta desconfiança do juiz de 1.^a instância. Em segundo lugar alguns dizem que este reexame só acaba servindo para atrasar o processo ou, pelo menos, para delongar o trânsito em julgado da decisão proferida contra a Fazenda Pública. Em terceiro lugar existem aqueles que sustentam que o reexame também serve para evitar que a omissão de um procurador relapso, que não recorreu quando devia recorrer, prejudique o erário. Com o duplo grau obrigatório fica garantido, independentemente da atuação do Procurador, o reexame daquela matéria pelo Tribunal.

No nosso sentir, para se falar do reexame necessário não podemos nos esquecer do que foi dito de início. Na sentença condenatória contra a Fazenda Pública, os verdadeiros condenados somos nós — a sociedade e não, especificamente,

o administrador. Ainda mais, como já se disse, quando inexistente uma efetiva responsabilização política no nosso caso.

No que se refere à “desconfiança” que existe no juiz de 1.^a instância, ela decorre do nosso próprio sistema processual, do nosso próprio sistema constitucional ao estabelecer o duplo grau de jurisdição, que, em verdade, é muito menos do que uma desconfiança e muito mais uma adequação ao inconformismo e à aproximação dentro dos dois pesos de certeza jurídica e justiça da decisão, que fundamentam todo o nosso sistema recursal, todo o princípio de apreciação recursal pelo segundo grau de jurisdição. Pode-se afirmar até que, sob determinado aspecto, o legislador parece desconfiar mais do juiz de segundo grau do que do de primeiro, já que a regra em segundo grau — embora com abrandamentos mais recentes —, é da atuação colegiada dos juízos recursais: A decisão do juiz do Tribunal, assim, deve ser proferida não só a partir do seu próprio convencimento mas, também, do convencimento de seus pares, ao passo que é suficiente ao juiz de primeira instância convencer-se a si mesmo. A idéia, por se tratar de uma instância revisora, é reunir, teoricamente, juízes mais experientes e reunidos em colegiado de tal maneira que se possa garantir, tanto quanto possível, que haja justiça naquela decisão e que, portanto, a condenação da Fazenda Pública e as conseqüências a serem experimentadas pelo erário sejam, efetivamente, justificáveis.

Daí porque a própria remessa de ofício tem devolutividade ampla, negando-se, todavia, a possibilidade de ocorrer a *reformatio in pejus* na linha do que já sumulou o Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 45). Esta Súmula surgiu a partir de recursos especiais interpostos pela União Federal a partir de acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional da 3.^a Região, majorando a verba honorária ao julgarem a remessa de ofício. Mesmo sem apelação do particular o Tribunal entendeu possível a majoração da verba honorária, digamos, de 5% para 10% sobre o valor da causa ou da condenação dependendo do caso.

Por trás deste entendimento encontra-se também o princípio da isonomia. A fundamentação empregada para sustentar a majoração da verba honorária ou do reexame amplo da matéria, mesmo que em desfavor da Fazenda Pública, derivava do entendimento de que a remessa de ofício não tinha em mira a proteção do erário. Ao contrário, tratava-se de instituto destinado à verificação da justiça intrínseca da decisão, sob pena de, à luz da nova Constituição, ofender-se o princípio da igualdade. Há uma certa lógica na argumentação, mas o Superior Tribunal de Justiça entendeu diferentemente, vedando-se a *reformatio in pejus* na hipótese.

A última observação diz respeito ao regime especial da ação rescisória.

Existem três aspectos que diferenciam esta ação quando promovida pela Fazenda Pública.

O primeiro, já analisamos, é a questão da dispensa do depósito prévio daquela multa.

O segundo é a nova redação do art. 188, inciso I, que estabelece prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público promoverem a ação rescisória (redação dada pela Medida Provisória n.º 1.798-4, de 7 de maio de 1999). Como já disse a nova redação do dispositivo está com sua vigência suspensa por força de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIn n.º 1.910-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence).

De qualquer forma havia, no nosso entendimento, uma justificativa para esta diferenciação quanto ao prazo. Dois anos para o particular é um tempo bastante longo enquanto que dois anos para a Fazenda Pública, como diz o ditado popular, dura quanto dura uma rosa. Dois anos até se concluir que há elementos ensejadores da rescisória, etc., é um tempo muito pequeno para a realidade da vida pública. De qualquer sorte, parece realmente não haver uma razão muito forte para o tratamento diferenciado, como está estampado na decisão do Supremo Tribunal Federal. Tanto é que no projeto de conversão da medida provisória, que está em trânsito no Congresso Nacional, o prazo da ação rescisória vai voltar a ser, como era no Código de Processo Civil de 1939 de cinco anos para todos, e com isso o problema relativo à isonomia restará resolvido.

Na realidade, como advogado público, verificamos que esta possível alteração do prazo da rescisória para cinco anos não vai apresentar, na prática, muita diferença. Como usualmente ocorre, o particular vai se valer do menor prazo possível para propor a ação rescisória se for o caso. Parece-nos, ainda como advogado público, que, neste contexto, não haverá qualquer espécie de agravamento na situação da Fazenda.

A terceira diferenciação relativa à ação rescisória está na criação do inciso X do artigo 485 do Código de Processo Civil (também por força da Medida Provisória n.º 1.798-4, de 7 de maio de 1999), que autoriza a rescisão da sentença quando ela estiver baseada em indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta manifestamente superior ou inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial. Na realidade esse dispositivo nada mais é do que uma explicitação da hipótese do cabimento da rescisória pela prova falsa, que consta do inciso VI do art. 485 do Código de Processo Civil. Isto porque uma avaliação que seja superior

ou inferior ao valor de mercado e que tenha fundamentado o proferimento da decisão judicial, parece-nos pode ser amoldada ao conceito de prova falsa já previsto pela lei processual civil.

Entendemos que o inciso foi colocado apenas para evidenciar que nesta hipótese específica da avaliação (embora possa ser compreendida pelo conceito de prova falsa) tem cabimento a ação rescisória. O motivo desta alteração surgiu quando com a estabilização da moeda, pudemos verificar que determinadas indenizações contra o Poder Público atingiam valores estratosféricos, valores que não têm mais sentido para a atual realidade de mercado.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal está debatendo, hoje, o confronto prático de dois princípios da Constituição. Um é o princípio da justa indenização e o outro é o princípio da coisa julgada. Qual deles vale mais? Qual deles deve prevalecer? O da coisa julgada porque o caso já foi julgado, e não há mais o que se fazer ou o princípio da justa indenização? Este princípio deve ser entendido bilateralmente. Trata-se da justa indenização dos dois lados da relação processual. É, pois, aquela que remunera adequadamente o dano sofrido, pelo apossamento do bem e que remunere da forma justa, da forma correta, aquele mesmo apossamento.

Há uma inclinação do Supremo Tribunal Federal no sentido de fazer prevalecer o princípio da justa indenização. Esse aspecto foi tratado pelo Professor Humberto Theodoro Júnior de uma forma extremamente adequada em um parecer que foi elaborado para um destes casos, parecer este que está publicado num livro sobre a regularização fundiária de áreas ambientais protegidas, editado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e a Secretaria de Estado do Meio Ambiente.

Neste parecer, o Professor Humberto Theodoro coloca, a nosso ver com a maestria de sempre, que no conflito daqueles dois princípios constitucionais (justa indenização e coisa julgada), deve ter sua solução em um terceiro princípio existente na própria Constituição — o fiel da balança —, que é o princípio da moralidade. E este princípio aplica-se a toda a atividade pública inclusive à do Judiciário. Através do exame do princípio da moralidade é que se vai verificar, em cada caso concreto, qual princípio que deve prevalecer: se o princípio da autoridade da coisa julgada ou se o princípio da justa indenização. Na realidade esta foi a razão da existência ou colocação deste inciso X no artigo 485, o motivo para a ação rescisória, embora sua eficácia esteja suspensa mercê da liminar concedida na ADIn n.º 1.910-1, já referida.

Parece-nos, em conclusão que as razões existentes para justificar essas prer-

rogativas processuais são procedentes e, no nosso entender, há, quanto à previsão legal destas prerrogativas, respeito e principalmente cumprimento ao princípio da isonomia constitucionalmente assegurado.

