

## 5

### Percepções dos Operadores do Direito

A desigualdade de tratamento conferido ao homem comum nas suas lides com o Estado é incontroversa, sendo pacificamente reconhecida tanto por defensores quanto por opositores dos privilégios, cuja disputa consiste apenas em situá-la como mera consequência da desigualdade substancial entre Estado e cidadão, portanto sem ofender a isonomia de tratamento disposta na Constituição Federal, ou em considerá-la desnecessária e desarrazoada, vulnerando, em decorrência, a igualdade de tratamento estabelecida constitucionalmente.

Sendo os privilégios matéria técnica, do campo jurídico e de cunho processual, com elevado grau de sofisticação, sem que seja do conhecimento e domínio da sociedade como um todo, e sendo os operadores do direito o grupo que melhor conhece a existência dos privilégios descritos, adotou-se a premissa de que tais modos de justificação encontram portadores entre os operadores do direito e circulam socialmente porque consubstanciam tipos ideais de representação da soberania.

Partiu-se então para a realização de entrevistas semi-estruturadas e aplicação de questionários, tendo sido ouvidos operadores do direito de diferentes áreas de atuação. A amostra foi definida pelo critério da acessibilidade, tendo sido entrevistadas quinze pessoas, incluindo advogados, membros do ministério público, professores de direito, juízes de direito, federal e do trabalho, desembargadores de tribunal regional do trabalho, de tribunal de justiça e tribunal regional federal, ministros do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal. Entre os entrevistados encontram-se um diretor de escola nacional de magistratura, o secretário-geral do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Procurador Geral do Trabalho.

As visões encontradas no trabalho de campo são apresentadas, sistematizadas e analisadas a seguir.

## 5.1.

### Privilégios se justificaram no passado e se justificam hoje

A percepção dos operadores do direito, desde o início da pesquisa, começou a se delinear apontando modos de justificação baseados no interesse público.

*Eu acho que a minha intuição me leva a defender os privilégios da União. A minha intuição, quer dizer, eu acho que há a questão do interesse público, em primeiro lugar, acho que, eu não conheço, digamos, as origens históricas desses privilégios, mais consigo, mais ou menos, imaginá-las. Acho que hoje, se a gente toma a questão da informatização do processo, de todas as prerrogativas ou enfim, tudo aquilo que a AGU tem à disposição, poderia parecer que estamos falando de entidades, sei lá, um grande escritório privado e a Advocacia Geral da União, como se fossem coisas mais ou menos equivalentes. Todos têm acesso à internet, todos trabalham com computador, é tudo em tempo real, ninguém precisa mais..., a questão da distancia, dos deslocamentos. Nada disso existe mais. Mas eu acho que tem uma questão, que eu acho que... que eu insisto, quer dizer, é intuitivo, que é o tema do interesse público. Então, às vezes, eu fico pensando, um grande debate, um grande embate entre, sei lá, uma instituição financeira que pode contar com um escritório de advocacia poderoso enfrentando a União, em uma questão tributária qualquer, não é? Eu acho que o interesse público,... intuitivamente eu penso na possibilidade de que o interesse público justifica isso, que é privilégio. É privilégio mesmo. (...) Tratar desigualmente os desiguais.*

Os que assim se posicionam – “penso que a fazenda pública lida sempre com interesses supra-processuais, coletivos, sociais e o privilégio se afigura necessário” - se subdividiram entre aqueles, em menor número, cuja visão é no sentido dessa justificação tanto no passado quanto no presente, e os que pensam que, embora justificada no passado, apenas parte dos privilégios se justificaria hoje.

Os primeiros consideram que todos os privilégios devem ser mantidos, admitindo apenas uma ou outra exceção que, ao cabo, confirma a regra.

*Eu acho que se justificou e se justifica. (...) Embora em algumas situações você possa até questionar esses privilégios, eu acredito que há sim um interesse público de que a fazenda tenha toda a cautela como parte em juízo. Então a princípio eu acho que se justifica, com um ou outro eventual exagero, que eu acho que existe. (...) Mas com relação aos prazos, enfim, a todas as exceções legais, em princípio eu acho que em tese é justificável.*

Dado o caráter informal das entrevistas, as justificativas tenderam a se apoiar mais na percepção do que no embasamento jurídico estrito, com parte dos entrevistados reconhecendo: ‘Eu nunca parei muito para pensar e simplesmente,

de forma positiva, apliquei os privilégios, mas regra geral, talvez por isso, eu acho que eles se justificam nessa premissa aí do interesse público”. Outros, também na mesma ótica da percepção, invocaram ser do senso comum que quando a União se defende, está defendendo o interesse público:

*Eu acho que existem justificativas, e nós sabemos que todas acabam remontando ao interesse público que mostram que a União, de fato, deve ter alguns privilégios. No fundo, no fundo, no fundo, o que a União defende, ela está a defender não o interesse apenas dela União, mais de toda a coletividade como é do próprio senso comum. Então eu acho que existem sim prerrogativas que devem continuar sendo observadas, em benefício da União.*

Quanto à questão da falta de adequada estrutura dos órgãos encarregados da defesa do Estado em juízo, entre os discursos que denotaram uma expectativa de crescimento da mencionada estrutura para fazer face à chamada massificação dos processos, um apontou no sentido oposto, de propositalmente não se promover o crescimento em razão de não ser a advocacia pública atividade fim do Estado, mas atividade meio.

*Eu tenho uma visão republicana que é muito austera, muito castilhista na sua origem... Acho que não devemos hiperbolizar as atividades-meio, como é a atividade da advocacia pública. Então, se não queremos ter um corpo gigantesco de advogados públicos, temos que ter prerrogativas processuais que permitam a estrutura das advocacias públicas fazer frente à pluralidade de demandas, que não são causadas exatamente por elas - problemas de gestão e eventualmente por tentativas indevidas de fruição da coisa pública em termos privilegiados - e aí precisamos contar com o tratamento... Eu não creio que haja aí uma ofensa à isonomia, à igualdade, eu acho que se justifica. E aí é uma questão de metro, questão de medida. Com o princípio do tratamento distinto, guardadas as especificidades – se estamos numa república o advogado público defende aquilo que, em princípio, a todos pertence. Então em alguma medida está a defender a coletividade, aquele patrimônio que nenhum de nós titulariza em particular, mas que todos titularizamos coletivamente... Vejo nessa perspectiva. Nesse sentido, se nós não queremos uma estrutura gigantesca da advocacia pública, nós precisamos adotar tratamento processual diferenciado. Evidentemente que nessa questão, como em qualquer outra, a virtude e o vício estarão na dosagem, na medida. A questão dos prazos, por exemplo, se devem ser contados em dobro, triplo, quádruplo... Aí é preciso alguma prudência, é preciso uma discussão mais ampla, para que aquilo que é um tratamento diferenciado, que se justifica em nome do interesse público primário ou secundário não se transforme, aí sim, em um privilégio. Eu acho que a fronteira entre o tratamento diferenciado legítimo e o privilégio, ilegítimo, é justamente a medida, a intensidade, a extensão das prerrogativas diferenciadas que se colocam. Nesse sentido, creio que talvez, de repente, estejamos exagerando pró fazenda, depois de um período de exagero pró interesse privado. Acho que ainda estamos longe de encontrar uma medida adequada.*

Houve um consenso quanto à superação das dificuldades estruturais existentes há cerca de cinquenta anos para a defesa dos interesses da União, quando da transferência da capital do Rio de Janeiro para Brasília. Contudo, para os que se filiam a este grupo, o volume de ações e a burocracia da atividade estatal impõe ainda a permanência das prerrogativas.

*Essa justificativa histórica (dificuldades por ocasião da transferência da capital federal) obviamente não existe mais. E, além disso, poderia até acrescentar como argumento em relação à tese, de que hoje nós temos uma advocacia pública extremamente bem estruturada. Nessa época aí (década de 60) você não tinha, como tem hoje, a Advocacia da União, a Consultoria, todos órgãos muito bem assistidos, muito bem assessorados, com alto profissionalismo dos operadores, dos advogados, quase todos hoje tem hoje dedicação exclusiva, embora possam eventualmente advogar, mas eu acho que nesse ponto de vista você tem um argumento a mais. Agora, eu acho até que o argumento não seria tão esse, eu acho que o Estado ele está numa posição hoje de litigância de massa também, que tem que ser considerada. Eu acho esse um aspecto interessante. Ou seja, o Estado em juízo hoje ele está numa posição de grande litigante. Por exemplo, pense no INSS, as ações para revisão de pensões, embora aparentemente isso seja uma coisa que tenderia a simplificar, porque as petições são iguais, mas você tem um volume de trabalho absurdo. Então, quer dizer, é aquela advocacia de massa que acontece também nas grandes corporações, que tem que ter uma estrutura gigante para dar conta disso, e que o Estado, embora tenha uma advocacia um pouco estruturada, nem sempre consegue acompanhar o crescimento dessa advocacia de massa.*

*Outro fator também a se considerar é a burocracia, por exemplo, uma empresa privada normalmente ela tem uma consultoria jurídica interna e ela tem também um escritório que faz o contencioso ou mesmo às vezes o contencioso é interno. O Estado não funciona bem assim, porque cada repartição tem sua autonomia funcional, quer dizer você tem passar por aquelas instâncias administrativas para conseguir lá um documento que vai embasar tua defesa, então eu acho que a questão não pode ser simplificada também no fato de que olha hoje tem as comunicações (mais rápidas), mesmo Brasília hoje é tudo mais simples, enfim, então eu acho que desse ponto aí ele se justificaria, no sentido de que é o interesses de todos que a Fazenda seja bem defendida e tem que se considerar que há essas duas grandes dificuldades que me parece que são a litigância de massa, que hoje mesmo aqui na Justiça do Trabalho, se a gente pensar, se pegar aqui município, Estado, o município faz essas terceirizações e aí (de repente entra uma enxurrada de ações), pense no papel daquele procurador do Estado que vai fazer a defesa, ele tem que ter lá a informação do setor, para ver que dia que o sujeito trabalhou, que dia que ele saiu, o contrato com aquela empresa terceirizada, com quem for, então ele depende também desses documentos. E pense, a Justiça do Trabalho é uma Justiça célere, muitas vezes é difícil para o Estado advogar na Justiça do Trabalho.*

A percepção comum aos que pertencem a esse grupo pode ser sintetizada pela resposta de um entrevistado: “penso que os benefícios se perfazem necessários na medida em que a fazenda pública atua em prol de interesses que são em sua raiz públicos”.

## 5.2.

### **Privilégios se justificaram no passado, mas hoje apenas alguns deles se justificam**

Há os que sustentam que, embora justificados no passado, vários privilégios poderiam ser extintos hoje, sendo este o grupo mais expressivo dentre os entrevistados. Podemos exemplificar a percepção de seus integrantes como nos dois excertos que se seguem.

*Creio que as prerrogativas processuais da fazenda pública não se sustentam exclusivamente em motivos econômicos ou financeiros, mas principalmente por haver um reconhecimento do legislador da falta de estrutura das procuradorias dos diversos órgãos públicos incumbidos da defesa estatal em seus diversos níveis. Essa ausência de estrutura das procuradorias e mesmo das diversas instâncias do ministério público era bem mais visível outrora, mas é certo que ainda hoje não se pode olvidar que, por mais que sejam estruturados esses órgãos na atualidade, existe uma imensa desproporção entre o número de causas sob sua responsabilidade das procuradorias estatais em comparação com o particular. Na esteira do que disse, entendo que os prazos processuais mais longos para a fazenda pública ou a intimação pessoal com vista dos autos para o MPF, por exemplo, são justificáveis ainda hoje e dificilmente deixarão de ser justificáveis no futuro, salvo se houvesse uma redução substancial do número de litígios envolvendo o Estado. Todavia, privilégios como o recurso ex officio ou algumas espécies de vedações de tutelas de urgência contra a fazenda não creio que se justifiquem atualmente.*

*Regra geral, eu acho que eles se justificam, eu acolho, vamos dizer assim, ou anuo com essa teoria do interesse público sobre o particular, e as necessidades, em alguns casos, de mais tempo para defesa, para recurso, dada a estrutura, às vezes excesso de demandas, então não dá para você tratar como igual, e dentro da premissa que você tocou também do princípio da igualdade, dentro da premissa de que o princípio da igualdade tem como pressuposto também a necessidade de tratar os desiguais com desigualdade. Então, regra geral, como eu falei, eu acho que se justifica essa doutrina tradicional, mas eu admito exceções que eu acho que a gente pode conversar um pouco mais, algumas que anotei aqui como privilégios abusivos, vamos pensar assim, porque aí eu acho que já não estaria mais legitimado por esse interesse público.*

Entre os que assim pensam, alguns admitem, como exceção, a existência de privilégios que nunca tenham se justificado.

*Eu começaria dizendo que não é possível tratar em bloco (todos os privilégios processuais). Acho que cada prerrogativa – alguns são mesmo privilégios, no pior sentido da palavra, outros são prerrogativas, e portanto no bom sentido – mas cada um deles tem que ser examinado, a meu ver, isoladamente. Alguns sempre se justificaram e continuam a se justificar, outros já se justificaram em uma*

*determinada época e hoje talvez já não mais se justifiquem e há aqueles que a meu ver não se justificaram nunca.*

Com relação aos privilégios considerados injustificados na atualidade, o embasamento jurídico vem a ser a ofensa ao princípio da igualdade disposto na Constituição Federal.

*Alguns privilégios processuais justificam-se, principalmente aqueles relacionados a prazos mais longos ou intimações pessoais. Já normas impeditivas de tutelas de urgência não se justificam e são, em muitos casos, flagrantemente inconstitucionais. Da mesma forma, não entendo pertinente a regra do recurso ex officio das decisões contra a fazenda pública.*

No mesmo sentido, sintetizou outro entrevistado:

*Resumindo, eu acho que em tese eu concordo que você deva tratar o Estado de forma diferente, pela desigualdade que justificaria o tratamento desigual. Mas a medida dessa desigualdade é que você tem que ver, porque realmente, como você mesmo mencionou, você tem que fazer uma ponderação com outro interesse público que é o da prestação jurisdicional eficaz, então o fato da demora, claro que redundando numa prestação jurisdicional ineficaz, mas como eu sustento que essa demora não é em razão dos privilégios e prerrogativas, mas sim de uma questão mais de organização do sistema de Justiça, do próprio funcionamento do Estado, de não haver mecanismos administrativos de conciliação, de não haver uma massificação da tutela judicial, uma coletivização do processo, quer dizer, eu entendo que ela em tese se justifica, salvo exceções em que essa medida é desproporcional. Como exemplo as restrições à antecipação de tutela, às tutelas de urgência, essas a meu ver não se justificam.*

Contudo, mesmo entre os que se acham nessa corrente de pensamento, não há unanimidade com relação a quais privilégios deveriam ser revogados, como se pode verificar entre os depoimentos anteriores e o que se segue, conflitantes quanto às prerrogativas de prazo. É importante destacar, inclusive, que o argumento para a extinção dos prazos dilatados para a fazenda pública vem a ser também a desigualdade das partes, mas nesse caso considerando como inferiorizado o cidadão e não o Estado.

*As razões que embasam as chamadas 'prerrogativas', bem destacadas na questão como privilégios, não se limitam ao interesse público mas, no meu sentir, mais na desigualdade das partes, ou seja, visam a igualar as partes no processo, partindo-se da premissa que a complexidade da máquina administrativa exige um tempo maior para que a administração atenda aos comandos judiciais. Seriam esses os fundamentos para a lei processual conferir à Fazenda Pública o quádruplo do prazo para contestar e o dobro para recorrer. Essas prerrogativas, verdadeiros*

*privilégios, não mais se justificam. É certo que o princípio da igualdade das partes deve estar atento para as suas reais desigualdades. Todavia, quando um particular litiga com a Fazenda Pública, a desigualdade evidente desfavorece o particular e, jamais, a Fazenda Pública, organizada e estruturada que é com suas procuradorias, sua advocacia, exercidas por profissionais preparados, concursados, com nível de remuneração satisfatório.*

É perceptível, portanto, entre os operadores que se posicionam dessa forma, a consideração de que, do mesmo modo que há reflexão e questionamento a respeito dos privilégios genericamente considerados, certas perguntas devem ser enfrentadas a cada privilégio: há desigualdade substancial que enseje tratamento desigual entre o particular e a União ou está sendo beneficiada a fazenda pública com o privilégio processual, sem razão material que justifique o tratamento desigual?

Havendo desigualdade substancial, o privilégio processual encontra amparo na Constituição? É justificado ou injustificado?

Para a maior parte dos entrevistados, parte dos privilégios deve ser mantida, parte extinta e parte modificada. Como sintetiza um deles:

*Eu acho que uma revisão adequada dessas questões, ela passa pela supressão de algumas dessas prerrogativas, ela passa pela limitação de outras e ela passa pela substituição de outras delas, pelo menos de algumas situações por essa, digamos assim, delegação do legislador ao magistrado para que o caso concreto possa avaliar da necessidade, da conveniência, da oportunidade de se conceder isso ou não. Temo também, como em tudo em nossa área, que isso vire uma outra derivada para a procrastinação.. Aí vem o recurso do recurso, cabe recurso à instância superior. Talvez possa até complicar mais o andamento processual do que simplificar. É preciso ver com muita prudência tudo. O que eu creio é que se deve manter a possibilidade, ainda que excepcionalmente, de um tratamento diferenciado - com garantias mínimas para a tutela da coisa pública - e trabalhar com um naipe de alternativas de permita arcar da situação concreta a dimensão do litígio, o interesse público... Quer dizer, me comove muito a situação... O Estado brasileiro é um Estado que erra muito, e erra muito às vezes ao ponto de matar, de aleijar, de inutilizar para o trabalho... Quer dizer, essas pessoas dependem de decisões... O que está em jogo é a responsabilidade objetiva, em geral pessoas muito modestas, muito humildes... Alguém que é atingido por uma bala indevidamente disparada por um policial, alguém atropelado por uma viatura do poder público e aí tem que se defrontar com todo esse cipoal de dificuldades, um advogado modesto ou então servido da defensoria pública... Creio que nessas situações as prerrogativas processuais do poder público chegam a beira da crueldade, deveriam ser radicalmente revistas e talvez com a possibilidade de adoção subsidiária, caso a caso, pelo magistrado, dessa solução do direito comparado português (facultar a prorrogação para qualquer réu, desde que justificada). Em outras questões, dependendo do valor da causa, eu creio que deveria haver pela própria... a garantia pela própria lei que do tratamento diferenciado mínimo, não precisa ser máximo. Por que não pensar numa combinação? Sei lá... Prazo em dobro; se necessário, poderá ser concedido um*

*prazo adicional. Agora, se for pela defensoria pública, jamais, porque aí perde o sentido. Quer dizer, é procurar distinguir as situações, não criando, evidentemente, um repertório de exceções, mas uma regra que possa contemplar a diversidade dos litígios, em que o poder público se envolve separando o pequeno litigante contra o poder público, que é aquele que precisa ser amparado de qualquer maneira, e que, de resto, pelas suas pretensões, nunca causa grande prejuízo ao erário e os grandes litigantes contra o poder público, eventualmente até organizações que começam a viver disso num determinado momento, escritórios que se especializam nisso, aí é preciso mais cautela.*

Fechando esse grupo, de forma até certo ponto surpreendente, alguns avançam inclusive no sentido não apenas de se revogar vários dos privilégios da fazenda pública, mas no de propor o estabelecimento de privilégios para o cidadão quando em litígio com o Estado.

*Efetivamente, o princípio da igualdade das partes perante o processo é uma falácia. Em nosso dia a dia, em especial nesta Justiça Especial, deparamo-nos com a verdadeira desigualdade das partes. A lei deve exigir da parte o comportamento processual para o qual ela possui aptidão, como, por exemplo, impor o ônus da prova a quem tem aptidão para tanto. As partes, efetivamente, não são iguais no processo. Todavia, a Fazenda Pública já é, efetivamente, privilegiada enquanto parte, exatamente porque não só detém a seu favor as presunções de legalidade, moralidade, como também está bem aparelhada, quer com material humano, quer com o instrumental necessário. Assim, se algum privilégio deveria ser conferido a uma das partes quando figura, quer como autor, quer como réu, a Fazenda Pública de um lado e o particular, do outro, esse deveria ser atribuído ao particular.*

### 5.3.

#### **Privilégios nunca se justificaram, nem hoje, nem no passado**

Dentre os entrevistados, o menor contingente considera os privilégios como injustificados desde a sua emergência, por ofensivos aos princípios da igualdade e impessoalidade, resguardados constitucionalmente. A inobservância ao primeiro se dá, nessa visão, por tratar de forma privilegiada uma parte processual que, em juízo, não pode receber melhores condições de atuação do que aquelas previstas para os particulares. O descumprimento da impessoalidade se verificaria na escolha de uma parte – Estado – para receber legislação diferenciada.

*Essas prerrogativas, elas existem, estão fixadas e, na quadra atual, eu as vejo como verdadeiros “privilégios”. E como todo privilégio, odioso. Não há justificativa socialmente aceitável, por exemplo, para se cercear, manietar o*

*Judiciário quanto a liminares contra o Poder Público, tutelas antecipadas, para ter-se prazo em dobro para se contestar, para ter-se ainda o 475 do Código de Processo Civil quanto à confirmação da sentença proferida pela Fazenda. Nós precisamos avançar, considerada a quadra vivida, que é uma quadra democrática, que é uma quadra republicana.*

Agora, responsabilidade do Administrador, precisamos ter presente que princípio básico da Administração Pública é a impessoalidade. A pessoa jurídica é envolvida, não é envolvido em si aquele administrador. A responsabilidade é do Estado gênero: União, estados, municípios, autarquias e fundações públicas. Essa é a visão que deve prevalecer. Tratamento diferenciado na espécie, como nós temos, principalmente sob o ângulo instrumental, é inconcebível em termos de democracia.

A respeito do argumento - não pacífico - de que os privilégios não seriam a maior causa dos atrasos no andamento e conclusão dos processos, portanto não haveria necessidade de supressão dos privilégios processuais da fazenda pública, sustentam que o único aspecto envolvido não é a existência ou não de demora na prestação jurisdicional:

*O problema maior é o tratamento diferenciado, o abandono do trato igualitário das partes. É o que eu digo: o Estado tem que adotar uma postura exemplar, que sirva de norte ao cidadão. O que é que nós temos quanto à execução da Fazenda (Pública)? Como eu disse nos idos de 90, e está nos anais do Tribunal, está em acordão por mim redigido na Adin 1098, o calote oficial. Devo não nego pagarei quando puder. Isso é inconcebível.*

Houve muitas manifestações específicas sobre a postura de inadimplemento dos governantes relativamente às condenações judiciais, que expõem a percepção dos operadores do direito sobre o interesse público, o interesse da administração e o interesse do Estado.

*Há um interesse financeiro-político de fazer com que o “caixa” do Governo não diminua. Os direitos da cidadania são colocados em segundo plano. Pouco importa que o Poder Judiciário tenha reconhecido a eficácia e a efetividade desses direitos, cristalizados pela coisa julgada. O que persegue o gerente do Executivo é não pagar a obrigação decorrente do litígio solucionado pelo Poder Judiciário, a fim de que os recursos financeiros a ela destinados sejam utilizados em programas com objetivos, muitas vezes, de cunho eleitoral. Quebra-se, assim, um dos postulados do Estado Democrático de Direito que é o de o Estado garantir, em termos absolutos, a solução pacífica dos conflitos. Aliás, este postulado está expressamente contido no preâmbulo da Constituição Federal. Seja anotado, ainda, que o não pagamento da obrigação firmada pela Justiça pelo Poder Executivo estimula o conflito e gera inquietude no cidadão, inquietude que se potencializa com o inconformismo que lhe invade, por ver o seu direito ser flagrantemente desrespeitado por quem tem o dever constitucional de fazê-lo cumprir. Os privilégios processuais, portanto, ao alcançarem o patamar agora delineado passam a ser tidos como odiosos pelo cidadão brasileiro.*

Adotando a mesma linha de pensamento, outro entrevistado assim se manifesta: “à administração pública ela atua voltada para a sociedade, voltada para os direitos fundamentais, voltada para atender os verdadeiros interesses da sociedade e não do próprio Estado”.

A respeito do interesse público e do interesse da administração, é interessante notar que apenas um considera que são sempre equivalentes: “especificamente em relação aos privilégios processuais da Fazenda Pública entendo que o interesse público e o da Administração Pública são coincidentes”, enquanto outro considera que nunca são coincidentes.

*Estão sempre em campos opostos. O interesse público é composto por vários elementos, entre eles o da pacificação. A obrigação do Estado é, por via do Poder Judiciário e por outros meios de solução de conflitos, impor a paz entre os cidadãos quando ingressam em zona de conflito. Não o de estimulá-los, que é o que ocorre quando se utiliza dos privilégios que a lei lhe outorga.*

A maior parte admite que possam ser distintos e até contraditórios, como expõe um entrevistado:

*O interesse público e o interesse da Administração (Governo) por muitas vezes estão em campos opostos. É só recordar de algumas questões tributárias (verdadeiro interesse individual homogêneo que o Estado não tem qualquer vontade processual de resolver todas as questões ao mesmo tempo). Sem contar com algumas mais traumáticas, em especial o desconto previdenciário dos inativos. É cômodo à Administração Pública ter um aparato moroso para julgar as suas lides (...) o Estado tem todo interesse de que suas lides perdurem no tempo.*

A respeito da confusão existente entre “Governo” e “Estado”, e, conseqüentemente, entre os interesses de ambos, um entrevistado, de forma didática, exemplifica trazendo pequena passagem que vivenciou em Portugal:

*Eu acho que isso mostra como no Brasil a gente tem uma confusão muito grande entre governo e Estado. Eu posso contar rapidamente uma passagem que mostra que essa confusão é uma confusão que aparece em todos os segmentos e já que nós falamos em Portugal, tem a ver com Portugal. Eu fui há alguns anos, há poucos anos, a Portugal pela última vez, foi em 2007, fui com a minha esposa, com meus filhos, fui a passeio, visitar minha família, eu sou filho de português, e como era ... naquele ano se comemora as bodas de ouro dos pais da minha mulher, nós resolvemos levá-los conosco como o filho de imigrantes italianos, enfim, e aí nós estávamos em Portugal com um tio meu, português, que estava ali conosco, passeando conosco, e passamos na frente de um imenso hospital que fica na*

*cidade onde família está localizada, que é uma cidade de porte médio em Portugal que é Vila Nova de Gaia. E nós estávamos ali, passamos na frente daquele hospital, e realmente era um hospital daqueles que parecem de primeiro mundo, que no Brasil certamente seria um hospital particular. E aí o meu sogro quando viu aquilo, um senhor de uma certa idade, virou-se para o meu tio e falou assim: “Este hospital é do governo?” E o meu tio disse: “Não, é do Estado”. Isto mostra bem como nós brasileiros não sabemos muitas vezes identificar o que é uma coisa e o que é outra. Quando o prefeito diz quem contraiu esta dívida não fui eu, foi o prefeito anterior, ele está mostrando bem isso. Ele olha para aquela dívida como uma dívida de governo, quando na verdade é uma dívida de Estado. Quem contraiu aquela dívida foi o município, o prefeito atual é diferente do prefeito anterior mas eles são ambos, e eu vou usar uma expressão que eu gosto muito de usar quando falo de quem exerce funções públicas, eles são ambos ocupantes passageiros de um cargo. Eu uso muito essa expressão com relação a mim mesmo. Eu sei que eu sou só isso. Sou ocupante passageiro de um cargo público, talvez a ocupação que eu exerça vá durar um pouco mais que a de um prefeito, mas eu sou o ocupante passageiro de um cargo e ele também. E ele como ocupante passageiro de um cargo devia levar isso em conta, que ele é o prefeito, mas a dívida não contraída por ele, nem pelo prefeito anterior, mas pelo município.*

Em suma, considera essa corrente, quanto ao argumento do interesse público, que embora efetivamente exista, vem a ser secundário, sendo o interesse público primário não o da Administração, mas o de todos os cidadãos, isto é, o da sociedade.

*É uma visão distorcida porque acaba potencializando o interesse, mas nós temos que distinguir o interesse primário do interesse secundário. O primário é o interesse que diz respeito a todos os cidadãos, na atividade da Administração Pública. O interesse secundário é o interesse da Administração como Administração, na atuação que ela tenha no cenário nacional. Essa distinção é que tem que haver. Agora, eu penso que não há campo propício a se introduzir novos tratamentos diferenciados, e diferenciados considerada geralmente a parte mais fraca da relação processual que é o cidadão. O cidadão ele não litiga com o Estado por bel prazer. É injustificável, por exemplo, que se tenha no STJ e no Supremo, eu não sei a situação da Justiça do Trabalho, porque a Justiça do Trabalho está de certa forma limitada quanto à competência pela liminar deferida pelo Supremo quanto ao (artigo) 114 (da CF), a nova redação decorrente da Emenda Constitucional nº 45, cerca de 70, 75% dos processos envolvendo o Estado. Há alguma coisa errada! E eu penso que o que há de errado é o Estado tripudiando, considerada a posição, considerado o interesse, considerado o direito do cidadão.*

#### 5.4.

#### **Privilégios se justificaram no passado mas não se justificam hoje**

Como acima visto, o embasamento para a existência e manutenção de privilégios para a fazenda pública, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, repousa sempre no “interesse público” em que esta bem se defenda, com maior prazo, maiores vantagens, porque a sua condenação, notadamente ao pagamento de valores, implica em ônus para toda a sociedade. A corrente que percebe tais privilégios como justificados no passado mas não na atualidade, entende que a deficiência na estrutura necessária à defesa da fazenda pública, no passado, justificava a sua existência, o que não mais ocorre já que adequadamente estruturadas a advocacias e procuradorias encarregadas da defesa dos entes públicos, notadamente com relação à União.

Pode ser assim resumido seu pensamento:

*Os privilégios processuais outorgados à Fazenda Pública, no passado, visavam reforçar o postulado da garantia de preservação do interesse público, tendo em vista que o Estado não estava aparelhado para elaborar, eficientemente, a sua defesa, em face de não possuir estrutura consolidada, ou seja, Procuradorias Jurídicas instituídas e dotadas de profissionais de carreira. Em face desse panorama, os prazos maiores, as vantagens, o veículo de pagamento por precatórios, etc., todos esses privilégios tinham uma aceitação razoável por parte da doutrina e eram acatados, sem restrições, pela jurisprudência.*

*Logo após a promulgação da Constituição de 1988, escrevemos artigo defendendo que, em razão da expressão, .....sem distinção de qualquer natureza....que está no caput do art. 5º da referida Carta ao definir e explicitar os direitos e garantias fundamentais, todos os privilégios processuais que gozavam a Fazenda Pública não tinham sido recepcionados. Outros autores seguiram a mesma linha de pensar. Ocorreu que o STF entendeu diferentemente, pelo que continuou a vigorar a parte do CPC e da legislação extravagante disciplinadora do assunto.*

Aqueles que defendem os privilégios processuais, muitas vezes referidos como prerrogativas processuais, sustentam que o Estado e os cidadãos não são iguais, portanto tratá-los desigualmente, “na medida da sua desigualdade”, não é tratá-los com falta de isonomia, mas sim observá-la. Assim respondem os adeptos da presente corrente:

*Certo é que tratar os iguais, na medida da desigualdade, é cumprir o postulado da igualdade, como a doutrina vem pregando há séculos. Ocorre que esse tratamento de iguais em um mesmo plano tem de ser visto numa linha horizontal. Estamentos*

*sociais com os mesmos valores, as mesmas características, as mesmas necessidades, envolvendo-se no mesmo tipo de relações jurídicas, devem receber tratamento igualitário. O exemplo maior é a propagação dos direitos do empregado em comparação com os direitos do empregador, no exercício de suas atividades econômicas. Os fenômenos da relação empregatícia devem receber tratamento uniforme para todas as partes nele envolvidas. Os fenômenos da relação negocial praticada pelo empregador devem, também, serem observados com base no princípio da igualdade.*

*Não há essa horizontalidade nos privilégios processuais da Fazenda Pública, quando comparados com a disciplina imposta ao cidadão quando em juízo. O estado é de verticalidade, de imposição, de desigualdade flagrante, injusta e malvada. Não se pode deixar de se meditar sobre o fato de que a União, hoje, dispõe para a sua defesa em juízo do maior escritório de advocacia do planeta, integrado por competentes profissionais e administrados com absoluto êxito. A Advocacia Geral da União é exemplo de como deve ser a parte defendida em juízo, em face do zelo, da dedicação, da competência e da persistência com que os seus advogados, sob o comando do Advogado Geral, desempenham a tarefa que lhes foi confiada de estar em juízo defendendo o seu cliente, no caso, a União. Certo é que, em tese doutrinária, o advogado do Poder Público é advogado do cidadão, porque está defendendo os seus interesses. Não é, porém, o que, na maioria dos casos, está sendo observado no Brasil. Quantos legítimos direitos do cidadão, reconhecidos pelo STF, pelo STJ, pelo TST e por outros Tribunais são resistidos pelo Estado? Não há como configurar esse posicionamento como sendo elemento integrante do conceito de interesse público.*

Quanto à possibilidade de crescimento inesperado do volume de processos contra o Estado, levantou-se a possibilidade da advocacia da União, em momentos pontuais de crescimento das demandas – via de regra porque o próprio Estado, de forma massiva, ofendeu direitos individuais – utilizar mecanismos de contratação temporária para fazer face à passageira necessidade, em lugar da utilização de privilégios ou do crescimento da estrutura de pessoal permanente.

Abordando o tema do interesse público, os adeptos desse grupo consideraram que há uma diminuição do alcance da expressão quando invocado pelos defensores dos privilégios, reduzida a interesses orçamentários, quando o interesse público maior – ou primário – está afeto aos direitos e garantias individuais do cidadão.

*O Direito Processual Civil do Século XXI tem sido examinado pelos doutrinadores como tendo necessidade de ser aplicado em harmonia com toda a carga que tem os Direitos Fundamentais de quarta e de quinta geração que potencializam a dignidade humana e a composição dos valores da cidadania. A tendência do Direito Contemporâneo, pelo menos em termos científicos, é de extinguir todo tipo de privilégio e aperfeiçoar o princípio da igualdade processual.*

*O conceito de interesse público até então trabalhado pela jurisprudência foi sempre voltado para satisfazer os interesses orçamentários do Estado. Na época contemporânea, o conceito de interesse público é muito mais amplo e está*

*vinculado aos direitos e garantias fundamentais outorgados aos cidadãos. Em um Estado Democrático de Direito é intolerável que a Fazenda Pública goze de privilégios processuais que resultam em benefícios patrimoniais de larga escala. Não é possível continuar com um sistema que impõe ao cidadão, quando acionado em execução fiscal pelo Estado, o prazo de 3 (três) dias para pagamento da dívida, sob pena de penhora de seus bens, enquanto o Estado, na posição inversa, isto é, de devedor de valores líquidos e certos, tem até 10 (dez) anos para cumprir a mesma obrigação. Panorama com tais características não se conformam com os postulados sustentadores de um Estado que deve ter os direitos e garantias fundamentais do cidadão como meta maior a ser atingida.*

Enfim, para os adeptos desta corrente “certos privilégios se justificavam no passado, mormente pela inexistência de ferramentas ótimas para gestão de pessoas e de procedimentos. Nenhum privilégio hoje em dia se justifica. Pelo estágio atual, o privilégio acarreta desestímulo ao Estado para melhorar sua forma de gerir seus feitos”.

## **5.5.**

### **Privilégios se justificariam, mas os governantes os usam em proveito próprio**

Corrente também minoritária que se revelou na pesquisa é aquela que considera, em tese, justificáveis os privilégios processuais da fazenda pública, desde o seu surgimento. Contudo, assevera que a sua utilização pelos detentores do poder executivo acontece em proveito próprio, não se referindo exatamente aos possíveis casos de corrupção ou desvios assemelhados, mas em proveito político do próprio governante ou de sua agremiação política e/ou partidária. Isto ocorreria, por exemplo, tanto ao se postergar pagamentos, pela via de precatórios não cumpridos, quanto ao se utilizar sempre o último dia dos prazos já dilatados, mesmo sem necessidade para aquele caso concreto, bem como ao se aproveitar de expedientes como o recurso obrigatório para eternizar as demandas.

*Na realidade a razão dessas prerrogativas ou privilégios é o bem comum, o interesse da coletividade. É o que se diz e é o que se deve acreditar, para se justificar esses privilégios. Mais entra um componente que é essa síndrome do brasileiro, na política brasileira, da fulanização do exercício do poder. Ou seja, eles não têm a capacidade de compreender que exercem a administração, ou que deveriam exercer a administração, de forma impessoal. E essas administrações são sempre marcadas pela personificação. Não se fala tanto no culto da*

*personalidade, mas esse culto a personalidade se desenvolve no subterrâneo. Apenas se proibiu que se inaugurassem obras e se colocasse o nome do gestor, mas continua existindo na política brasileira essa síndrome da fulanização do poder. Então nós vivemos esse dilema: se de um lado há uma razão plausível para a concessão dessas prerrogativas ou privilégios com vistas ao bem comum, de outro lado há uma deturpação muito grande, em razão de os detentores do poder não terem noção exata do que sejam essas prerrogativas e para que elas se destinam. Passam então a usá-las em proveito próprio, da própria administração.*

Confrontados com essa realidade, aqueles que se filiam a essa corrente de pensamento se deparam com um dilema ao refletir sobre o modo de justificação da existência e permanência dos privilégios, como expressa um dos entrevistados:

*Como se resolver? Eliminar os privilégios e prerrogativas em detrimento daquilo que originalmente se propunha, o bem comum, o bem da coletividade, para se colocar, para desnudar essa falsa moralidade administrativa? Ou mantê-la a despeito dessa falta de moralidade administrativa?*

A solução encontrada, que se converte em modo de justificação, é pragmática, defendendo que sejam suportados os usos indevidos ou abusivos dos privilégios porque sem os mesmos a situação para a coletividade poderia ser ainda pior. A consideração da possível piora sem os privilégios, deve-se ressaltar, é também exclusivamente de percepção, não se sustentando em qualquer argumento fático ou comparativo.

*Eu me proponho esse dilema para responder o seguinte: se do jeito que está à coisa está ruim, se não temos esses privilégios eu tenho a impressão que a derrocada é total. Então é aquela história, dos males o menor. Se hoje os nossos gestores não têm essa exata dimensão dos privilégios que são conferidos a pessoa jurídica, e nem tem noção de que na administração deve vigorar aqueles princípios do artigo 37 da Constituição, princípios básicos de uma excelente gestão da administração pública, eu prefiro manter esses privilégios em defesa, enfim, daquilo que eu entendo que seja a razão deles, a preservação da coletividade, e aí temos que por vezes tolerar essas artimanhas que nos observamos com frequência, na demora, no pagamento dos precatórios, numa dívida que se estende demasiadamente...*

Há também os que pensam e sugerem que se estabeleça uma nova postura do governante relativamente às demandas, pela via do estímulo às possibilidades de acordo.

*Eu acho que uma coisa não exclui a outra, esse interesse do governante em postergar ao máximo não é um interesse legítimo, do ponto de vista da sociedade,*

*mas é um dado de fato, o outro interesse também, é claro que a sociedade tem interesse em que não haja aí, que digamos o sistema de previdência social, que a Previdência seja bem defendida nas causas, para que não haja o que já houve, quanto desvio. Agora o que se tem que abordar nesse interesse é o seguinte, é a postura do administrador de ir sempre a juízo para contestar, para empurrar com a barriga, ou seja, o que eu já abordei na primeira fase das perguntas, porque não ter uma cultura de acordo, na só de não ter uma cultura de não resolver as questões extrajudicialmente, no nível administrativo, ou, quando em juízo, de não haver acordo. E veja que a nossa própria legislação ela é muito pobre nisso, ou seja, ela cuidou tanto de estabelecer prazos, reexame necessário, o regime de precatório, mas ela não trata, por exemplo, ou trata há muito pouco tempo, porque tem tido alguma iniciativa nesse sentido, da possibilidade de haver acordo em juízo, tem uma lei que estabeleceu os limites, eu acho que se aplica até à Justiça do Trabalho.*

Deste modo, os privilégios processuais da fazenda pública, que consideram justificáveis desde o seu surgimento, poderiam deixar de ser utilizados pelos governantes em proveito próprio.

## 5.6.

### **Considerações sobre as visões encontradas**

Inicialmente é interessante destacar que significativa parte dos entrevistados, apesar de lidar, de algum modo, com os privilégios da fazenda pública, reconheceu nunca pessoalmente ter refletido com maior profundidade sobre o tema, alguns preferindo ressaltar sua percepção como cidadão, como nesse exemplo: “Olha, eu vou te falar mais como cidadã, ou como alguém que tenha algum tipo de ideologia na cabeça, do que, propriamente, como operadora do direito. Porque, efetivamente, esse é um tema sobre o qual eu nem, nunca, refleti”.

Alguns ressaltaram que a falta de maior reflexão sobre os privilégios da fazenda pública não era apenas individual, mas geral, comum à maior parte dos operadores do direito, que não refletem sobre o conteúdo material das prerrogativas, acostumando-se a elas porque já tradicionais, ou porque, como destaca um entrevistado, “nós temos ascendência lusa, em que se prioriza muito a autoridade e nem tanto o conteúdo. Contanto que se cite alguém que esteja popularizado e desfrute de autoridade no meio jurídico, é o suficiente para que a opinião dele alcance uma certa dimensão na nossa profissão”.

Deve ser registrado também que, embora não se constituísse em hipótese do trabalho, era considerado como indubitoso que os privilégios processuais provocavam significativos atrasos no término dos processos, retardando sua marcha e sentença de mérito.

As visões surgidas, entretanto, apenas em parte corroboraram esse entendimento, como se pode constatar a seguir pelos seguintes depoimentos:

*Se você pensar, pelo menos é o sentimento que eu tenho, como operador, essa demora do processo ela não decorre, por exemplo, dos prazos em dobro, não é isso que atrasa o processo. O fato do prazo, em vez de ser de oito dias ser de dezesseis, não é isso que ao final vai resultar. A quantidade de processos vai influir muito mais na demora do que esses prazos em si. E outro gargalo que me parece complicar a situação é a execução contra a Fazenda, aí realmente eu acho que talvez alguns desses privilégios não se justifiquem. A questão dos prazos não me parece que é isso que provoque a lentidão da Justiça. Então são falsas questões que aparentemente, ah o prazo, não é isso que no final, se você for ver bem, um processo que dura, durou, está lá na vara previdenciária há oito anos, se você for contar desses oito anos o que que resultou do prazo contado em dobro? Trinta, sessenta, noventa dias no máximo. Não me parece ser esse o fator preponderante.*

*Eu acho que o problema realmente não é tanto desses prazos, não está, eu acho que o problema não está na legislação processual, esse problema. É um problema de organização do sistema de Justiça, ou seja, a demora, a demora que causa eu acho que ela não está nos privilégios processuais. Isso causa demora, causa, mas não é o fator determinante. Eu acho que o fator determinante é a forma com que a Justiça está organizada, falta de coletivização, problema da massificação, falta de conciliação com o Estado, falta de uma justiça administrativa, então se juntar isso aí é isso que leva a essa demora e não as prerrogativas processuais, porque se você for somar os prazos em dobro no final do processo. Aliás não é só no processo, pega um processo trabalhista que durou cinco anos, imagina se você contar todos os prazos que foram concedidos nesse processo, quanto que dá? Você vai ver que é, não chega nem a 10% do tempo que ele demorou. Por que demorou? Demorou porque tem uma audiência agora e outra daqui a oito meses, porque não tem pauta. Mas o prazo da parte mesmo, ainda mais na Justiça do Trabalho que a rigor não tem prazo no processo de conhecimento, se for a idéia de concentração você aí tem prazo para apresentar defesa na primeira audiência, e já a sentença sairia logo depois.*

*Penso que não (retardam a prestação jurisdicional), pois para o atendimento às próprias decisões judiciais é preciso que a administração pública promova, naquele assunto, a sistematização de atendimento com vistas a dar cumprimento de forma igualitária às necessidades públicas. (...) penso que o sistema processual atual aliado à ausência de meios técnicos e materiais constituem óbice a uma justiça em tempo justo ! Aqui incluem-se processos onde haja ou não participação de ente público.*

Assim, embora seja indiscutível que os privilégios provocam algum atraso na marcha processual, também é ponto pacífico que alguns, como aqueles de

prazo, tem influência muito menor do que outros fatores estruturais do próprio Judiciário. Por outro lado, alguns privilégios, tais como reexame obrigatório e precatório, tem grande repercussão na demora do processo, provocando atrasos de anos. Finalmente, outros, como a vedação e limitação de liminares e tutelas antecipadas, embora não tenham repercussão na demora do processo, tem consequência no retardamento da obtenção de uma providência judicial que pode resguardar ou conceder o direito pleiteado pelo cidadão.

Do mesmo modo, aqueles que acreditam que as prerrogativas não trazem atrasos significativos ao processo, pensam que a revogação delas não o tornaria nem mais célere, nem mais eficaz, quer no processo civil, quer no processo do trabalho.

*A minha resposta é NÃO (seriam mais eficazes). Quantos processos, que envolvem apenas particulares, são também eternizados! Embora possamos fazer uma ou outra crítica a essa ou aquela norma processual, a verdade é que o processo, seguido exatamente consoante as regras e prazos estabelecidos em lei, mesmo utilizando todos os recursos colocados à disposição das partes, não demoraria mais de dois anos. É só fazermos um levantamento de todos os passos possíveis de um processo que verificaremos que ele não ultrapassaria aquele prazo. Não estou iludida. Já fiz esse levantamento, no que diz respeito ao processo do trabalho, observando estritamente todos os prazos previstos (48 hs. para a citação, cinco dias para a audiência, trinta dias para uma eventual perícia, cinco dias para vista às partes, 48 hs. para reinclusão do processo em pauta e encerramento da instrução, dez dias para a sentença, oito dias para o recurso e mais oito para contra-razões, etc...). Mesmo tendo como parte a Fazenda Pública, esses prazos não são muito alterados.*

Em seguida, apesar de também não se constituir em hipótese do trabalho, outra premissa tida inicialmente como indubitável – o cidadão, em razão das dificuldades que os privilégios processuais impõe aos jurisdicionados, opta por não litigar com o Estado, ressalvadas causas mais expressivas que compensem a desigualdade de tratamento - não foi verificada com a prevalência inicialmente prevista, a partir das visões apresentadas pela maioria dos entrevistados.

Entre os que não concordam com a premissa, assim sustentaram dois dos entrevistados:

*Tenho um reparo a fazer na premissa contida na questão 6. Deveras, não creio que seja pensamento corrente de que não vale a pena litigar contra o Estado. Bem ao contrário, ao menos no âmbito da Justiça Federal, creio que a realidade é bem outra, na medida em que a cada plano governamental federal, a cada tributo inconstitucional, a cada atitude arbitrária do Estado, milhares, senão milhões de*

*demandas são ajuizadas. Foi assim no Plano Collor I e II, Plano Bresser, nas compensações de tributos, etc.*

*Assim, ao menos no âmbito da Justiça Federal, creio que a demora dos litígios sejam na maioria das vezes devido ao imenso volume de demandas ajuizadas, em decorrência de arbitrariedades do Estado-Executivo ou mesmo em face de leis inconstitucionais que atentam contra a liberdade ou patrimônio do cidadão. O problema da demora dos processos, então, não se dá pelo fato de a Fazenda ter esta ou aquela prerrogativa.*

*De qualquer forma, esta situação tende a melhorar bastante ao longo dos anos, na medida em que as ações coletivas forem ganhando cada vez mais lugar na prática judiciária. Também o aumento da edição de súmulas vinculantes, após a pacificação jurisprudencial de determinadas questões tem servido nos últimos tempos para reduzir o volume de demandas no âmbito da Justiça Federal.*

*Não creio que os privilégios processuais sejam empecilho para a efetividade ou mesmo celeridade dos processos judiciais movidos contra o Estado. Certamente, se os sucessivos governos não fossem agentes catalisadores de tantas leis inconstitucionais, reduzir-se-iam em muito os litígios envolvendo a Fazenda Nacional e o Judiciário Federal poderia exercer suas funções dentro de um nível razoável de litígios.*

Por outro lado, em razão da imensa desigualdade entre o particular e o Estado no processo judicial, outros operadores percebem a premissa como verdadeira. Entre eles podemos destacar o que sugere que a dificuldade enfrentada por alguns cidadãos ao litigar com a União cria um desestímulo a que outros o façam:

*Fazendo uma pesquisa de campo, ele (Boaventura de Souza Santos) chegou à conclusão que muitas vezes o acesso do hipossuficiente, ele não é tão efetivo, e muitas vezes ele não chega ao Judiciário, até por conta de experiências mal sucedidas de vizinhos, de amigos que sofreram determinadas derrotas, que não foram tão bem assistidos. Então aquilo cria uma reação dele e uma aversão a ir a juízo. Então, quando nós passarmos essas barreiras materiais, aí sim nós teremos um acesso efetivo. Então, partindo dessa idéia, eu acho que, a partir do momento em que todos, talvez, percebam, e todos, talvez, tenham a consciência de que podem ter, não só um efetivo acesso processual, mais um efetivo acesso material a jurisdição, eu acho que, talvez, essa percepção de que alguns benefícios não justificam talvez diminua.*

Interessante, ainda nessas considerações iniciais, destacar a posição de um dos entrevistados, que entende que pode ter havido mudanças, bem como que outras poderiam ocorrer, mesmo sem alteração dos textos legais, pelas razões que apresenta:

*Eu acho que dentro do processo mudou ou pode ter mudado. Porque que eu digo que pode ter mudado, porque se a gente olhar para o que está escrito nos códigos, não mudou tanto ou não mudou quase nada quando a gente pensa no Estado. Mas*

*quando a gente pensa na visão científica do processo que se tem hoje, principalmente a partir dessa escola instrumentalista do processo, que no Brasil é majoritária, aí mudou muito. E me parece que a grande dificuldade que a gente ainda enfrenta hoje no Brasil é trazer essas idéias que academicamente foram muito bem desenvolvidas, desde os trabalhos de Barbosa Moreira, de Candido Dinamarco, de Ada Pelegrini Grinover, de Kazuo Watanabe, até o que se produziu mais recente, para a prática dos tribunais. Às vezes eu tenho a sensação de que muitos magistrados, e aí eu vou jogar na conta dos magistrados, porque o advogado está ali para defender o interesse do cliente dele, isso eu tenho que jogar na conta dos magistrados. Muitos magistrados tem uma espécie de dupla personalidade, especialmente os que tem atividade acadêmica, porque ele chega na sala de aula e para os seus alunos ele fala da importância dos princípios, ele fala que nós vivemos uma era pós-positivista, que o direito é principiológico, que o princípio é vetor hermenêutico, que a regra só se legitima a partir dos princípios, e cita Alexis, cita Dworkin, e quando ele vai para o gabinete dele, indefere por falta de amparo legal. E a sensação que eu tenho é que ele da porta do gabinete para dentro tem uma personalidade e da porta do gabinete para fora tem outra. Eu tenho procurado sempre na minha prática na judicatura trazer para o exercício da jurisdição aquilo que eu sempre preguei em sala de aula e nos trabalhos que escrevi, defendendo esta postura instrumentalista, de um juiz ativo, eu supero vícios formais se a finalidade do ato foi alcançada, o objetivo é produzir um resultado justo. Eu penso que é assim que nós devemos fazer. E se nós atuarmos assim, a mudança do texto da lei se torna menos importante.*

Feitos estes registros, passa-se à hipótese inicial.

### 5.6.1.

#### **Sobre a existência de diferentes concepções de Estado em circulação no Brasil, das quais são os operadores do direito portadores**

A principal sugestão da pesquisa era a de que a noção de “interesse público” atende a diferentes concepções de Estado. Esta hipótese - sobre a existência de diferentes concepções de Estado em circulação no Brasil, das quais seriam os operadores de direito, conscientemente ou não, portadores - se verificou no trabalho de campo.

A partir das percepções apresentadas pelos entrevistados, constatou-se a existência de três concepções distintas, que foram classificadas como *rousseauiana*, *tocquevilleana* e *patrimonialista*, em razão dos seus traços característicos. São elas expostas a seguir.

### 5.6.1.1.

#### Do tipo rousseauiano

A primeira concepção, hegemônica no contexto atual, é a que tem em Rousseau sua inspiração. Os operadores do direito que se inserem neste tipo consideram o Estado como sinônimo de vontade geral.

*Eu tenho a impressão que talvez isso esteja associado à percepção do próprio Estado. Eu acho que até, digamos, desde a virada do XVIII para o XIX, quando surge a idéia de um Estado que tenha uma função específica, que é uma função de garantir ordem e segurança, para que as pessoas... Um Estado liberal, para que as pessoas possam estabelecer suas trocas mercantis em paz. O Estado tem essa exclusiva tarefa, poder de policia. Agora, a medida...é (cada uma abre mão de parte de sua liberdade), mas eu nem to pensando no Leviatã, eu estou pensando mais em David Hume, Adam Smith, Ricardo, mais James Mill, John Stuart Mill, Jeremy Bentham. Todo o liberalismo que está lá na virada do XVIII para o XIX que acha que o Estado tem essa função fundamental de manter a paz. Manter a paz para que o mercado, a lógica econômica, através de seus processos, de seus agentes, de seus critérios, de seus cálculos de custo/benefício, façam com que a sociedade vá à diante. Ai quando você chega no final do XIX, começa a ter essa percepção, especialmente em função das lutas dos movimentos coletivistas protecionistas, começa a aparecer essa percepção de que essa mão invisível não funciona lá, pelo menos de maneira a equilibrar essas relações, como se supunha, não é? Então é preciso que o Estado intervenha, que o Estado intervenha para favorecer os mais desfavorecidos, digamos. Claro (algo parecido com o que se vive hoje). Eu acho que é um pouco isso, não é? Quer dizer, o resultado dessa crise agora é o que? Saiu bem da..., porque é que a gente não repetiu 29? Porque a gente aprendeu com a tragédia de 29, que, diante de uma crise dessas proporções, só os Estados tem a capacidade de lidar com elas. Então como a gente já sabia, todos os Estados, na hora que a crise se deflagra, todos os Estados, de forma maciça, intervém, cada um de um jeito, dependendo de suas questões internas mais específicas. Eu não sou economista mais eu vi a China, que já tem um Estado poderosíssimo, mas encaminhando a economia pra cá e não para acolá, coisa que ela já faz não é? A China sempre faz. É o capitalismo de Estado, digamos. Agora, os Estados Unidos intervindo fortemente, no sentido de liberar recurso para isso e para aquilo, e não para aquilo outro, o Brasil resolvendo colocar dinheiro e crédito na mão de uma fatia da população, para impedir que o crescimento econômico caísse demais, enfim, e todas essas alternativas das mais variadas, pelo visto, deram efeito, quer dizer, foram interessantes no sentido de..., está todo mundo, uns mais rápidos, outros menos, mais está todo mundo começando a sair do buraco, não é? O que os economistas são unânimes em afirmar que não aconteceria se os Estados não estivessem intervindo muito fortemente. Então eu acho que o ápice desse processo de intervenção é depois da segunda guerra mundial, com a criação do Estado Providência. Então eu acho que há uma certa coincidência histórica entre esses períodos. Quer dizer, a questão do interesse público, o Estado providencia, o Estado Bem Estar, quer dizer, o tema do interesse publico é central. A questão dos direitos coletivos, a questão de um Estado que intervém para favorecer os mais desfavorecidos, um certo olhar mais cuidadoso, mais prioritário em relação à esfera do publico em comparação com a esfera do privado. Então eu não sei. Tenho a impressão que há ai um..., se esses*

*privilégios aparecem, mais ou menos, nessa época, acho que talvez... eles crescem não é? Porque eu acho também que crescem todas essas posições, que são muito mais favoráveis a uma intervenção... O Estado deixa de ser modesto, deixa de ser mínimo, e passa a ser mais atuante e protetor.*

Para Rousseau, deve-se buscar o que é “vantajoso ao Estado” em lugar do que pode ser vantajoso “a tal homem”, pois embora considerasse a liberdade como bem supremo, a “vontade geral”, isto é, aquela que é dirigida para o bem comum, para o interesse público, possui “uma força real, superior à ação de qualquer vontade particular.”<sup>1</sup> Assim, a alienação total do cidadão ao Estado não o faz ter menos liberdade, porque a alienou em observância a uma lei que ele mesmo prescreveu, na condição de integrante do corpo social e partícipe do contrato social.

Com base nesse referencial, os integrantes dessa corrente, na qual se incluem tanto aqueles que entendem que os privilégios se justificaram no passado e se justificam hoje,<sup>2</sup> quanto os que consideram justificados atualmente apenas parte deles,<sup>3</sup> articulam seus modos de justificação. O Estado precisa de privilégios, pelo menos parte deles, porque mesmo quando está no processo judicial não deixa de representar a vontade geral, que necessita de cautela superior à de qualquer particular.

*Tratamento diferenciado da fazenda pública, genericamente considerado, especificamente da própria União, consideradas algumas questões... Em primeiro lugar, nesse sentido, eu tenho por bom o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Creio que o princípio republicano nos autoriza a revestirmos a presumida tutela, inclusive entre o judicial, da coisa pública com os meios necessários para isso e acho que há razões inclusive de ordem operacional e orçamentária. É aí justamente que nós precisamos saber que modelo de Estado queremos. E que não pode ser algo decidido em todo o aspecto simplesmente quantitativo. Estado Maior, Estado Menor, Máximo, Mínimo, etc., se os serviços públicos são adequados...*

*Nós sabemos que, num país de tantas carências, atividades meio - como advocacia pública - não devem absorver um montante muito expressivo de gastos operacionais e de gastos com o pessoal. Então, é... E ao mesmo tempo sabermos que, nas controvérsias, concerne a há interesses dos cidadãos – famílias, empresas – e da coisa pública, se é bem verdade que, por vezes, a administração se defronta com os “Davi”, com os pequeninhos, também é verdade que outras vezes, outras tantas vezes, a fazenda pública se defronta com grandes grupos econômicos, grandes interesses corporativos e, portanto, grandes bancas de advocacia, que tem*

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 13.

<sup>2</sup> V. item 5.1.

<sup>3</sup> V. item 5.2.

*verdadeiros exércitos não é? De advogados, consultores, estagiários, etc. Se se quer que enquanto a atividade meio a advocacia pública tenha uma estrutura enxuta, compatível com o país se não pobre, empobrecido como o nosso, não é possível que um pequeno corpo de advogados da república, da coisa pública ... (atue sem os privilégios processuais).*

Com relação ao futuro, os filiados a essa linha de pensamento se dividem entre os que acham que os privilégios aumentarão, os que pensam que serão mantidos como estão e os que acreditam que terão progressiva diminuição, mas tendo sempre em comum a futura existência de prerrogativas processuais justificadas. Sob a racionalidade *rousseauiana*, os privilégios processuais do Estado se justificam já que este consubstancia o bem comum, a *res pública*, sendo esse o modo de justificação para todos.

A menor parte dos que se inserem nessa lógica acredita que os privilégios tenderão a aumentar.

*Eu acho que ou fica como está ou aumenta, porque eu tenho cada vez mais a percepção de que, não só aqui mais ao redor do mundo, a gente acaba de entrar em uma fase em que haverá muito menos espaço político para um Estado menos interventor.*

*A minha percepção é num sentido de que, a partir de agora, estarão mais legitimadas as ações do Estado, no sentido de intervir mais, pensando na questão do interesse público, regular mais, intervir mais. Tenho um pouco essa impressão. Acho que a saída, a forma como essa crise econômica está sendo resolvida, me parece apontar nessa direção. Agora, se a gente olha para o Brasil nesse cenário, que é um país marcado por tanta desigualdade, eu acho muito difícil qualquer pessoa ter qualquer sucesso, inclusive do ponto de vista eleitoral, se não considerar seriamente a necessidade de um Estado distribuidor de políticas públicas, distribuidor de benefícios sociais, que tenha, um pouco, esse papel de atuar no sentido de distribuir mais renda.*

*A tendência é juntar essas duas coisas, não é? Um Estado mais interventor, portanto, um Estado que quando está litigando tem privilégios, por conta da questão do interesse público. Agora, eu também não me importo de mudar de opinião se eu for bem informada sobre o que, na prática, efetivamente, esses privilégios significam. Como eu te disse, foi uma resposta intuitiva, de alguém que não tem muita informação sobre, digamos, as conseqüências concretas desses privilégios no âmbito do processo. Eu não tenho. E*

*Então, intuitivamente, como eu acho que o Estado,... eu estou do lado político que acredita que o Estado precisa intervir, e, especialmente, numa sociedade tão desigual como a brasileira, eu estou associando um Estado forte a um Estado que tem privilegio.*

O segundo menor número de entrevistados dessa linha acredita que os privilégios serão mantidos no futuro, sem a introdução de novas prerrogativas, “porque o Estado representa a coletividade e as carreiras públicas nem sempre são

absolutamente estruturadas como são as bancas privadas. Daí a necessidade de resguardar a *res pública*, inclusive através de prerrogativas processuais”.

A maior parte dos entrevistados que possuem a percepção *rousseauniana*, contudo, externa a visão de diminuição dos privilégios, não porque sejam desprovidos de justificativa, mas pela mera consideração de que haverá maior eficiência para a defesa dos interesses da União em juízo, deixando os privilégios progressivamente de ser necessários.

*No momento atual está havendo um movimento doutrinário contrário, pelo que acredito que haverá, sim, uma mudança legislativa restringindo as prerrogativas até então obtidas pela Administração Pública. Todavia, não podemos nos apegar, exclusivamente a uma visão privatista, com preconceitos em face da Administração Pública. O direito processual instrumentaliza o direito material logo, o direito processual deve estar atento às peculiaridades de cada um dos titulares do direito pretendido e resistido. Querer tratar igualmente o ente particular e o ente público, processualmente, é desvirtuar-se do direito do direito material a que ele (direito processual) adjetiva. Entendo que a paridade do público e privado é impossível, mesmo em sede processual. A neutralidade seria mais um reflexo tendencioso do que impessoal e abstrato.*

Outros operadores, embora prevendo uma desnecessidade, articulam o futuro dos privilégios com a sua visão de Estado, entendendo que a tendência será de um Estado Mínimo, que terá como consequência a diminuição das suas prerrogativas processuais.

*Eu tenho, nessa tentativa de fazer esse exercício, vislumbrando esse cenário de um Judiciário respondendo ou mais ágil, que a gente tem uma tendência não de crescimento. Acho que crescimento nós chegamos a um limite, eu acho que até, talvez, não sei se existe alguma (inaudível), não parei para estudar isso, para estudar muito a doutrina, mas eu acho que isso está naquele modelo também de Estado Social, de Estado “paizão” e que também leva para ele mesmo os benefícios. A partir desse modelo também de diminuição do Estado, talvez a tendência, e eu não vejo uma tendência jamais de expansão, então essa eu corto, eu acho que nós temos que pensar aí sempre, ainda mais pensando num Estado mais respondendo, eu veria (tendência) de manutenção com tendência de diminuição, como essas duas nos casos que a gente já mencionou já vem pontualmente corrigindo,<sup>4</sup> talvez aquilo que é imponderável, o imponderável a gente vem corrigindo, para tentar reduzir isso para aquilo que a gente pode pensar em razoabilidade. Então eu vejo uma tendência de diminuição. Crescimento, não vejo nenhuma possibilidade.*

---

<sup>4</sup> O entrevistado se refere à modificação na legislação que estabeleceu das duas exceções ao privilégio do reexame obrigatório.

Embora isolados, merecem ser destacados dois pontos de vista pelo diferente enfoque que emprestam à questão. Um entrevistado, referindo-se a uma perceptível tendência do legislador em valorizar as decisões de primeira instância, restringindo hipóteses de cabimento de recursos, menciona “que alguns benefícios podem vir a diminuir, mais não em razão da desnecessidade da União ter benefícios, mais sim em razão da valorização do primeiro grau de jurisdição”.

Enquanto o segundo, embora dentro da lógica *rousseauuniana*, admite a racionalização da atividade administrativa, inclusive com descentralização, considerando incoerente que o mesmo Estado que promove reformas administrativas dentro dessa filosofia, invoque o modelo centralizador e burocrático para justificar a necessidade de certos privilégios processuais.

*Não há como deixar de me surpreender que, hoje, enquanto busca o Estado despir-se de sua capa de príncipe, com as chamadas reformas administrativas, para assumir posturas privatísticas, ao mesmo tempo ainda invoque o antigo modelo público centralizador e burocrático para justificar a maioria dos privilégios processuais.*

Na chave *rousseauuniana* da vontade geral, estabelecadora do pacto social autocomposto, encontram-se, portanto, justificados os privilégios processuais do Estado, para os que se identificam com essa visão, não encontrando ou admitindo fratura na igualdade das partes ou no equilíbrio que deva existir entre Estado e sociedade.

Entre os operadores do Direito, o tipo *rousseauuniano*, considerandos todos os seus matizes, representou a maior parte do universo de entrevistados, sendo a concepção hegemônica no contexto atual.

#### **5.6.1.2.**

##### **Do tipo *tocquevilleano***

A segunda concepção de Estado em curso no Brasil, com evocação em Tocqueville, é a do Estado democrático.

De acordo com Raymond Aron, “Tocqueville não pode conceber que a liberdade dos modernos tenha como fundamento e garantia a desigualdade de

condições, desigualdade cujos fundamentos intelectuais e sociais desapareceram”<sup>5</sup>.

Assim, para o tipo considerado *tocquevilleano*, a desigualdade não pode servir de fundamento para qualquer valor, inclusive para o principal dentre eles, a liberdade, devendo prevalecer a circunstância democrática da igualdade, salvaguardada pelas instituições.

Desse modo, quando o Estado se encontra como parte no processo judicial não está no exercício das suas funções típicas, não sendo justificado qualquer tratamento concessivo de vantagem diferente e superior às regras estabelecidas para os particulares.

*Em primeiro lugar, quando a Administração Pública comparece a juízo, comparece despojada do predicado da soberania. Comparece como parte e mola mestre do processo é o tratamento igualitário daqueles envolvidos na relação processual. Não há, assim, uma ótica diferenciada por parte do Estado Juiz. (...) É uma visão míope quanto à proteção do Estado. A proteção do Estado e o zelo pela coisa pública não decorrem desse fator que para mim é um fator de desequilíbrio na disputa no processo.*

Para a concepção *tocquevilleana*, o interesse público seria, na realidade, o interesse do cidadão, generalizado por efeito da lei. Por essa razão quando os interesses do Estado são considerados preponderantes quando em comparação com os dos particulares, o interesse público, na realidade, está sendo inobservado. Sustentam os adeptos dessa linha de pensamento que justificável seria o eventual estabelecimento de privilégios processuais para o cidadão, quando litiga com o Estado, e não o oposto.

*O processo judicial brasileiro, não obstante a cientificidade doutrinária que o cerca, continua amarrado a muitas entidades manuelinas, filipinas e afonsinas. Não tem regras democráticas em que as necessidades do cidadão são colocadas em primeiro plano. É um processo voltado para atender, primeiramente, os objetivos do Estado, colocando o cidadão em segundo plano. As idéias de sua democratização não chegaram, ainda, na consciência do legislador. Este, infelizmente, atende sempre à vontade do Estado (ou melhor dos que comandam o Poder Executivo).*

Há também subdivisões, como, por exemplo, aquela que, no âmbito da

---

<sup>5</sup> LESSA, Renato. *Liberdade e predação – De como as intenções podem ser falsificadas pelo seu sucesso*. In “Presença”, Revista de Política e Cultura, nº 11. Rio de Janeiro: CPDC, 1988. p. 20-37.

racionalidade *tocquevilleana*, distingue os que acreditam que os privilégios nunca se justificaram e os que sustentam que se justificaram no passado, quando era mais difícil a defesa dos interesses do Estado em juízo em razão da transferência da capital do Rio de Janeiro para a distante e incipiente Brasília, mas hoje são injustificáveis diante da adequada estrutura da advocacia da União.

*Certo é que tratar os iguais, na medida da desigualdade, é cumprir o postulado da igualdade, como a doutrina vem pregando há séculos. Ocorre que esse tratamento de iguais em um mesmo plano tem de ser visto numa linha horizontal. Estamentos sociais com os mesmos valores, as mesmas características, as mesmas necessidades, envolvendo-se no mesmo tipo de relações jurídicas, devem receber tratamento igualitário. (...) Não há essa horizontalidade nos privilégios processuais da Fazenda Pública, quando comparados com a disciplina imposta ao cidadão quando em juízo. O estado é de verticalidade, de imposição, de desigualdade flagrante, injusta e malvada. Não se pode deixar de se meditar sobre o fato de que a União, hoje, dispõe para a sua defesa em juízo do maior escritório de advocacia do planeta, integrado por competentes profissionais e administrados com absoluto êxito. A Advocacia Geral da União é exemplo de como deve ser a parte defendida em juízo, em face do zelo, da dedicação, da competência e da persistência com que os seus advogados, sob o comando do Advogado Geral, desempenham a tarefa que lhes foi confiada de estar em juízo defendendo o seu cliente, no caso, a União. Certo é que, em tese doutrinária, o advogado do Poder Público é advogado do cidadão, porque está defendendo os seus interesses. Não é, porém, o que, na maioria dos casos, está sendo observado no Brasil. Quantos legítimos direitos do cidadão, reconhecidos pelo STF, pelo STJ, pelo TST e por outros Tribunais são resistidos pelo Estado? Não há como configurar esse posicionamento como sendo elemento integrante do conceito de interesse público.*

Entre as manifestações dos que se inserem nessa corrente, merece destaque para um questionamento seminal: por que sendo a Advocacia Geral da União e a Defensoria Pública da União, sendo ambos órgãos do mesmo Estado, estão, até a presente data, tão desproporcionalmente estruturadas, com absoluta prioridade para a primeira?

Embora a resposta a esta questão possa ensejar uma nova pesquisa, não há como se deixar de observar que a Advocacia Geral da União defende o Estado em juízo, enquanto a Defensoria Pública da União defende o cidadão necessitado de assistência judiciária contra, muitas vezes, o Estado.

Também a diferença na estrutura propiciada ao ministério público, em todos os seus ramos, e aquela na qual se encontram as defensorias públicas da União e dos estados nos quais existem, desfavorável às últimas, é objeto de manifestação:

*Agora, o Estado ainda está a dever ao cidadão quanto à assistência judiciária e*

*também jurídica àqueles que não possam contratar o advogado sem prejuízo do seu próprio sustento. Refiro-me à situação das defensorias públicas. Por que as defensorias públicas não estão estruturadas como está o Ministério Público? Não vejo causa de se ter aí uma ênfase maior quanto ao Ministério Público que é o Estado acusador, enquanto o defensor (público) é o Estado defendendo o cidadão e o cidadão menos afortunado.*

Nesse sentido, pode-se dizer que para os que adotam a chave *tocquevilleana* da liberdade fundada na igualdade, este *status quo* de assimetria nas estruturas dos órgãos estatais somente é possível porque predomina socialmente a perspectiva individualista – aqui não exatamente no sentido afirmativo - da (não) participação, pois, diferentemente do interesse bem compreendido encontrado por Tocqueville na sociedade americana, entre nós o associativismo é atrofiado, possuindo as esferas do público e do privado uma forma de articulação tensionada, marcada por concessão de direitos “de cima para baixo”, facilitando a aceitação de direitos estabelecidos “de cima para cima”.

A origem dessa dinâmica pode ser compreendida segundo o pensamento de Oliveira Vianna, que constituiu a base do projeto modernizador de Getúlio Vargas a partir de 1930, bem como dos rumos autoritários do chamado Estado Novo a partir de 1937. Para Vianna, os regimes autoritários europeus - e brasileiro, com a revolução de 1930 -, são decorrentes do desinteresse e da apatia política do povo, necessitando um líder político, possuidor de um idealismo orgânico, que represente e realize o interesse coletivo, principalmente em um país, como o Brasil, com economia ainda marcadamente agrícola e atrasado desenvolvimento. Considera ele que: “Nós, na verdade, nunca, nunca tivemos Governo praticamente democrático... o nosso povo-massa... realmente nunca governou: sempre recebeu de cima, do alto... a lei, o regulamento, o código, a ordem administrativa, a cédula eleitoral, a chapa partidária.” (1987).

Isto é, no caso brasileiro o Estado deveria guiar a sociedade, diferentemente de outras sociedades, maduras, que dirigem o Estado.

Seu argumento é conhecido: considera que, no Brasil, o poder político e econômico resultante da grande propriedade rural desenvolveu uma cultura de clãs, em torno do senhor de engenho. Portanto o apelo a um Estado forte tinha como objetivo conter o particularismo dos senhores e atingir uma sociedade liberal, nos moldes da inglesa.

Assim, para Oliveira Vianna, o autoritarismo não era um fim, mas um meio

de se atingir o liberalismo democrático anglo-saxão, que ele admirava, mas acreditava não poder ser alcançado pela mera importação das instituições lá vigentes. Na sua concepção, o liberalismo brasileiro jamais seria da luta do indivíduo contra o Estado, mas antes um projeto de intervenção do Estado, com o fito de propiciar a autonomização do indivíduo, viabilizando uma sociedade liberal, ensejadora da democracia liberal. De certa forma, esse é o seu paradoxo, que talvez seja ainda, em alguma medida, a da modernização brasileira.

Feitas essas considerações, ressalte-se que, entre os operadores do Direito, o tipo *tocquevilleano*, de perspectiva liberal, representou a segunda concepção em circulação socialmente, no contexto atual.

### 5.6.1.3.

#### Do tipo patrimonialista

A terceira concepção é a que se extrai da obra de Raymundo Faoro e se concentra no tema do Estado Patrimonial. Nesse caso, o interesse motivador dos privilégios processuais, o alegado “interesse público”, seria, na verdade, interesse do estamento governamental, que a ele atribui a condição de interesse majoritário e público sob o fundamento de que quem governa realiza o programa de governo com base no qual foi eleito.

Faoro interpreta o Brasil emprestando ênfase à questão do Estado. "A longa caminhada dos séculos na história de Portugal e do Brasil mostra que a independência sobranceira do Estado sobre a nação não é a exceção de certos períodos, nem o estágio, o degrau para alcançar outro degrau, previamente visualizado."<sup>6</sup> Ela seria simplesmente a regra, de certa forma ainda não excepcionada.

Apresenta inicialmente os fundamentos sociais “e espirituais” (2001, p.32) que determinaram a formação do Portugal “medieval” (2001, p.38) como “Estado patrimonial” e não feudal, negando um regime de características feudais nas origens do Estado brasileiro, pela inexistência de vassalagem. Analisando a

---

<sup>6</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3. ed., 6. Reimp (2006). São Paulo: Globo, 2001, p. 836.

camada que comanda a economia, junto ao rei, afirma que:

*A realidade do Estado patrimonial, afastada a situação feudal, que ensejaria uma confederação política, amadureceu num quadro administrativo, de caráter precocemente ministerial. A direção dos negócios da Coroa exigia o trato da empresa econômica, definida em direção ao mar, requeria um grupo de conselheiros e executores, ao lado do rei, sob a incontestável supremacia do soberano. (2001, p.60).*

Esta corporação de poder se estrutura, para Faoro, em um estamento, no sentido *weberiano*, isto é, de cunho sóciopolítico. Seu matiz não é econômico, razão pela qual não se constitui em uma classe. O “descobrimento” e a colonização são levados a efeito como empreendimento estatal, administrado por este estamento. A estrutura patrimonialista portuguesa foi trazida para o Brasil, sendo a propriedade individual concedida pelo Estado, tornando-se parte de nossa política. Inspirando-se em Max Weber, sustenta que o que se deu no Brasil foi um capitalismo politicamente orientado, que atribui ao “Estado patrimonial” e seus funcionários – primeiro os altos funcionários da Coroa e depois, no período republicano, aqueles que cercavam o chefe de Estado - características de um estamento burocrático, impedindo a consolidação de uma ordem burguesa efetiva.

Na ótica apresentada por Faoro, base para análise do interesse motivador dos privilégios processuais do tipo *patrimonialista*:

*O PATRIMONIALISMO, organização política básica, fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, como aparelhamento racional, mas da apropriação do cargo — o cargo carregado de poder próprio, articulado com o príncipe, sem a anulação da esfera própria de competência.<sup>7</sup>*

Sustenta o mesmo autor que no Brasil predominou sempre o poder central, embora as distâncias, o isolamento das propriedades rurais e as riquezas nelas geradas, tenham fortalecido o poder local. Adverte porém que estes eram:

*Efeitos inevitáveis, decorrentes do isolamento geográfico, da extensão da costa, capazes de gerar núcleos de autoridade social, sem que a administração real permitisse a consolidação da autonomia política. Tudo está longe do feudalismo, da aristocracia territorial, dos monarcas latifundiários. Olhos vigilantes,*

---

<sup>7</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3ª ed., 6ª reimp. São Paulo: Globo, 2006, p.102.

*desconfiados cuidavam para que o mundo americano não esquecesse o cordão umbilical, que lhe transmitia a força de trabalho e lhe absorvia a riqueza. O rei estava atento ao seu negócio (2001, p.159).*

Faoro apresenta outra tese, qual seja a de que o poder político não era exercido nem para atender aos interesses das classes latifundiárias, nem àqueles das classes burguesas, incipientemente constituídas, mas sim em causa própria, pelo estamento burocrático. Esse grupo social, que dominava a máquina política e administrativa do país, dela se apropriava para gerar *poder, prestígio* e riqueza.

Cuida-se diretamente, no tipo ora classificado, das duas primeiras possibilidades, e, indiretamente, da terceira.

Este estamento burocrático tinha origem na formação do Estado português, por ocasião da chegada dos primeiros portugueses ao Brasil, se transformando naquilo que depois Faoro chamaria de o “*patronato político brasileiro*”. Sua essência era o que Weber denominava de “*patrimonialismo*”, uma forma de dominação política tradicional típica de sistemas centralizados que, na ausência de um contraponto, evoluiu para uma forma moderna de patrimonialismo burocrático-autoritário, em lugar das formas de dominação que predominaram nos países capitalistas da Europa Ocidental.

Nas palavras de Schwartzman, citado por Eduardo Raposo ao mencionar que os Estados modernos formados sem a presença de revoluções burguesas podem ser considerados patrimoniais:

*Este patrimonialismo moderno, ou “neopatrimonialismo”, não é simplesmente uma forma de sobrevivência de estruturas tradicionais em sociedades contemporâneas, mas uma forma bastante atual de dominação política por um “estrato social sem propriedades e que não tem honra social por mérito próprio”, ou seja, pela burocracia e a chamada “classe política”. (Schwartzman, 1998, p. 45-46)<sup>8</sup>*

A defesa dos privilégios processuais, por parte dos adeptos da linha de pensamento classificada como de tipo *patrimonialista*, considera que, ressalvados eventuais atos de desvio de conduta tipificados criminalmente, como corrupção ou

---

<sup>8</sup> RAPOSO, Eduardo. “O pensamento político de Max Weber e as concepções weberianas da sociedade brasileira”. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; e JORGE, Wladimir Lombardo (org.). *Curso de Ciência Política: grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 365.

prevaricação, ou considerados ilícitos administrativos, a exemplo de contratação sem concurso ou licitação pública, o governante, à frente do Poder Executivo, enquanto administrador público regularmente eleito, opera sempre com a presunção de interesse público no exercício dos seus atos, porque sempre destinados, direta ou indiretamente, à coletividade, não sendo diferente quando se encontra em juízo.

Enfatizando essa posição e respondendo a indagação se, no que diz respeito especificamente aos privilégios processuais da fazenda pública, o interesse público e o interesse da administração (governo) são sempre coincidentes ou podem estar em campos opostos, respondeu um dos operadores taxativamente que: “Especificamente em relação aos privilégios processuais da Fazenda Pública entendo que o interesse público e o da Administração Pública são coincidentes”.

A possibilidade de existência e continuidade dessa visão patrimonialista possui um traço cultural, identificado por um dos entrevistados, facilitada pela disseminada visão de superioridade e onipotência que se tem do governante.

*Isso remete aquela questão de que o nosso passado imperial está sempre presente, não é? Quer dizer, a presidência da república não deixa de ser majestade. Nós temos um culto ao presidente muito similar ao culto ao imperador, e isso está até no inconsciente coletivo do brasileiro. Elege-se um presidente e se prestam todas as honrarias como se fosse uma majestade do império. É na posse (o “beija mão”)... é demais. E daí até hoje, como nós não nos livramos dessa síndrome coletiva de submissão ao poder absoluto, do império que tivemos durante muito tempo na nossa história, ainda se tem um Congresso com essa mesma síndrome de submissão. E aí se pergunta: Ele teria autonomia ou autoridade o suficiente para votar contra o governo? Nós temos visto aí, escândalos e mais escândalos. E isso não só nesse governo, isso se insere em todos os governos. É uma questão de cultura, que talvez demande muito tempo para que possamos depurá-la. De modo que eu não ligo, necessariamente, ao regime ditatorial, ou um regime mais forte, mais sim a própria cultura do político, e a própria cultura disseminada na sociedade, em relação a um passado de império que não nos desligamos por inteiro. Conscientemente, sim, fazemos essa distinção, não raro chamamos os conceitos republicanos, agora eles estão na moda, o pactus republicanus, não é? Mais tudo de boca para fora, porque no inconsciente coletivo ainda temos essa reminiscência imperial. Por isso é que eu acho que até nem é um Estado mais forte ou um Estado democrático, ambos os Estados, ou ambos os regimes, se submetem a essa mesma estrutura de poder já há muito tempo voltada, e que talvez, para desconstituirmos, precisamos levar mais tempo adiante.*

Também a manutenção dos privilégios processuais que se assenta no tradicionalismo de tipo “assim é porque sempre foi” pode ser compreendida com base em Faoro, já que para ele o patrimonialismo se institucionalizou no mesmo

tipo de domínio cuja legitimidade se assenta na tradição, mencionando um dos entrevistados:

*Eu acho assim, nesse ponto eu acho que essa, talvez até pela formação tradicional acadêmica, eu nunca parei para repensar, e aí vem um erro que a gente já tem, dos operadores, é que o positivismo nos empurra a não pensar. É porque sempre foi e não pensar, pelo menos na regra geral, sempre foi assim e vamos, como chegam outros é mais do mesmo e vamos embora.*

Aos que possam se surpreender com os ecos desse passado aparentemente longínquo, Faoro observa que "de D. João I a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo", diz ele no capítulo final de sua obra (2001, p. 819), acrescentando que "dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada em um tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo – assim é porque sempre foi." (2001, p. 819).

Conclui Faoro que, em lugar de renovação, nossa ancestralidade portuguesa nos propiciou velhos quadros e instituições anacrônicas, frustrando o desabrochar de um mundo novo. Em suas palavras: "Deitou-se remendo de pano novo em vestido velho, vinho novo em odres velhos, sem que o vestido se rompesse nem o odre rebentasse" (2001, p.837).

Assim, a apreensão do *patrimonialismo* como fenômeno, que entre nós possui um caráter tradicional, revela estamentos governamentais equipados com o instrumental retrógrado de um estágio político e social que teima em sobreviver.

Como visto, a existência, manutenção e contínuo crescimento dos privilégios processuais da fazenda pública no Brasil, com destaque para os da União, é possível graças a formas de justificação que se articulam em torno das diferentes concepções de Estado apresentadas: a *rousseauuniana* e a *toquevilleana*, principalmente. A perspectiva patrimonialista, também presente entre os operadores do Direito, embora mais discreta, completa o conjunto de concepções ideais sobre o Estado brasileiro, sendo a concepção com menor quantidade de adeptos no contexto atual.