

Considerações Finais

“Ora, a grande questão que no Brasil se agita, resume-se na eterna luta da liberdade contra a força, do indivíduo contra o Estado.”

Tavares Basto. *A Província*

O Estado brasileiro é privilegiado quando litiga judicialmente, dispondo de vantagens processuais não disponíveis para o cidadão, sendo esta desigualdade incontroversa, reconhecida tanto por defensores quanto por opositores dos privilégios, cuja divergência reside em situá-la como necessária face à desigualdade substancial entre Estado e cidadão, portanto, tratando desiguais com desigualdade, sem ofender a igualdade de tratamento disposta na Constituição Federal, ou em considerá-la desnecessária, infringindo o mandamento constitucional.

A percepção da maior parte dos operadores do direito indica modos de justificação baseados no interesse público, sendo que cerca de dois terços destes entende que, embora justificados no passado, vários privilégios poderiam ser extintos hoje, sendo este o grupo mais expressivo encontrado. Não houve, entretanto, unanimidade com relação à quais privilégios deveriam ser revogados.

A corrente que entende que nenhum dos privilégios é justificado atualmente representa a segunda maior parcela do universo pesquisado, sendo que três quartos deles consideram tais privilégios como justificados no passado pela anterior deficiência na estrutura necessária à defesa da fazenda pública, enquanto um quarto considera os privilégios como injustificados desde a sua emergência, por ofensivos aos princípios da igualdade e impessoalidade, resguardados constitucionalmente.

Corrente minoritária é aquela que considera, em tese, justificáveis os privilégios processuais da fazenda pública, desde o seu surgimento. Contudo, entende que a sua utilização pelos detentores do poder executivo acontece em proveito político do próprio governante ou de sua agremiação política e/ou

partidária, defendendo, ainda assim, que sejam suportados os usos indevidos ou abusivos dos privilégios porque sem as prerrogativas a situação para a coletividade poderia ser ainda pior.

Especificamente quanto aos privilégios processuais da União, para a maioria dos entrevistados parte deve ser mantida, parte extinta e parte modificada. Nas visões dos operadores do direito com relação aos privilégios de cada natureza, a maioria propugna pela extinção daqueles relativos ao reexame obrigatório e vedação ou limitação de liminares e tutelas antecipadas contra a fazenda pública, e sustenta a manutenção dos concernentes à citação e intimação pessoal e isenção do pagamento de despesas processuais. Quanto às demais prerrogativas, não é possível constatar uma maioria favorável ou contrária, isto porque, no que diz respeito aos privilégios de prazo, alguns consideram que a dilação para a fazenda pública se justifica, mas entendem que deveria ser, no máximo, em dobro, não achando razoável o prazo em quádruplo, outros, embora defendendo a manutenção das prerrogativas de prazo, sustentam que a medida da prorrogação deve ser objeto de discussão, e um terceiro posicionamento se mostra favorável a uma verificação da parte que litiga com a fazenda pública, mantendo o privilégio dos prazos em determinadas situações, mas excluindo-o quando a parte em juízo com a União estiver em condições inferiores para litigar. No que concerne ao pagamento de metade dos juros quando condenada a União, apenas um entrevistado abordou diretamente a questão, e relativamente aos precatórios, os entrevistados se dividiram igualmente em posições contrárias.

A respeito da hipótese da pesquisa, de que a noção de “interesse público” atende a diferentes concepções de Estado, constatou-se, a partir das percepções apresentadas pelos entrevistados, a existência de três concepções distintas, que foram nomeadas de *rousseauiana*, *toquevilleana* e *patrimonialista*, em razão dos seus traços característicos.

A concepção dominante é aquela inspirada em Rousseau. Os operadores do direito que se inserem neste tipo consideram o Estado como representante da vontade geral e entendem que no confronto entre o que é benéfico ao cidadão e o que é benéfico ao Estado deve-se optar pelo segundo, pelo seu interesse público, considerado sempre superior ao particular.

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,¹ quanto os que consideram justificados atualmente apenas parte deles,² 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. Sob a racionalidade *rousseauniana*, 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.

É possível compreender a posição majoritária a partir da inversão da lógica dos direitos descrita por Marshall, apontada por José Murilo de Carvalho como uma das nossas dificuldades no esforço para construir o cidadão brasileiro:

Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da sequência de Marshall, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

(...)

Uma consequência importante é a excessiva valorização do Poder Executivo. Se os direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo ou estava fechado ou era apenas decorativo, cria-se a imagem, para o grosso da população, da centralidade do Executivo. O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação de um Executivo forte está sempre presente, e foi ela sem dúvida uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo, no plebiscito de 1993. Essa orientação para o Executivo reforça longa tradição portuguesa, ou ibérica, patrimonialismo. O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior das hipóteses como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação. Como vimos, até mesmo uma parcela do movimento operário na Primeira República orientou-se nessa direção; parcela ainda maior adaptou-se a ela na década de 30. Essa cultura orientada mais para o Estado do que para a representação é o que chamamos de “estadania”, em contraste com a cidadania.³

A visão mais complacente com relação ao Estado também pode ser apreendida na clivagem de uma sociedade que, como sustenta Carvalho, “passou a se organizar para garantir os direitos e privilégios distribuídos pelo Estado” (2008,

¹ V. item 5.1.

² V. item 5.2.

³ CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 11ª ed., 2008, p. 219-221.

p.223) .

A maior parte dos entrevistados que possuem a percepção *rousseauniana*, contudo, externa concomitantemente uma visão no sentido da diminuição dos privilégios existentes, todavia não porque sejam desprovidos de justificativa, mas pela mera consideração de que haverá cada vez maior eficiência para a defesa dos interesses da União em juízo, deixando os privilégios progressivamente de ser necessários. Outros operadores, embora prevendo uma desnecessidade, articulam o futuro dos privilégios com a sua visão de Estado, entendendo que a tendência será a de um Estado Mínimo, que terá como consequência a diminuição das suas prerrogativas processuais.

Entre os operadores do direito, o tipo *rousseauniano*, considerados todos os seus matizes, representou a concepção hegemônica no contexto atual.

A segunda concepção de Estado em curso entre os operadores entrevistados é a do Estado democrático. Para esse tipo, aqui denominado *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, não desrespeitada, mas 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.

Para a concepção *tocquevilleana*, o interesse público é, 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.

Entre os operadores do Direito, o tipo *tocquevilleano*, representou a segunda concepção em circulação socialmente, no contexto atual.

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. A defesa dessa linha de pensamento considera que o administrador público regularmente eleito, sendo agente político do Estado, age 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.

Para que se possa compreender essa visão, é necessário chamar a atenção para a centralidade do poder executivo no Brasil, bem como a recíproca identificação dele com o Estado, como destacado por Renato Boschi e Maria Regina Soares da Silva:

É notória a centralidade do Poder Executivo na engenharia institucional republicana no Brasil, particularmente a partir dos anos 30, quando se define um modelo de desenvolvimento econômico centrado no eixo urbano-industrial e marcado por forte intervencionismo estatal. (...) Fica a impressão de que o Poder Executivo encarnaria o próprio Estado, sendo este talvez o traço fundamental na interpretação da lógica de todo o período.

(...)

Uma forte associação do Estado com o Poder Executivo enseja, na literatura, debates relacionados quer à instabilidade das instituições da democracia representativa quer a debilidade da sociedade civil. A uma visão que reduz o Estado ao Poder Executivo tenderia a corresponder (...) baixa capacidade de iniciativa de diferentes segmentos da sociedade civil, ...⁴

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

Em síntese, 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 *rousseauiana* 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.

⁴ BOSCHI, Renato R.; LIMA, Maria Regina Soares de. O Executivo e a Construção do Estado no Brasil. Do Desmonte da Era Vargas ao Novo Intervencionismo Regulatório. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2002. p. 197-198.

Se somarmos os que defendem a extinção de todos os privilégios, com os que entendem devam ser revogados alguns, compreendendo os do tipo *tocquevilleano* e parte dos *rousseauianos*, é possível concluir que mais de 70% do universo de entrevistados estão de acordo com a extinção de vários privilégios.

Isto acontece considerando tanto aqueles que sustentam que o interesse público hoje é inexistente para certos privilégios, como os que entendem que o 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. Mesmo entre os *rousseauianos*, de forma até certo ponto surpreendente, alguns avançam 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.

A maioria apontada sugere que estamos caminhando no sentido de não mais considerar que devemos superproteger os valores da União, estados e municípios, o que não seria uma desconstrução efetuada pela primeira vez no nosso ordenamento jurídico.

É interessante notar que a partir de 1939, quando da unificação federal do direito processual, o reexame obrigatório visava proteger valores considerados extremamente sensíveis e de interesse maior, cabendo, nessa ordem, nas sentenças que declarassem a nulidade do casamento, naquelas que homologassem desquite amigável e, finalmente, nas proferidas contra União, estados ou municípios.⁵ Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, apenas a terceira hipótese subsistiu,⁶ retirando do casamento a proteção que pairava acima do plano dos demais bens a serem judicialmente protegidos.

É possível verificar, ainda, que os defensores da existência e manutenção dos privilégios processuais da União encontram-se imbuídos dos elevados

⁵ Em 1939, o Decreto 1608 voltou a unificar ordenamento processual civil brasileiro, que a partir de 1942, pelo art. 31 do Decreto-lei n. 4.565, teve acrescentado parágrafo único ao seu art. 822, *in verbis*:

“A apelação necessária ou ex-officio será imposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença.

Parágrafo único – haverá apelação necessária

I - das sentenças que declararem a nulidade do casamento;

II – das que homologam desquite amigável;

III – das proferidas contra União, o Estado ou o Município”.

⁶ Art. 475, da Lei nº 5.869, de 11/1/1973.

propósitos de evitar que o Estado perca quando não deve perder, bem como de evitar que o cidadão ganhe quando não deve ganhar. Ocorre que em razão da desigualdade de tratamento, o preço a ser pago pela sociedade é também elevado, suportando uma estrutura processual que parece feita para impedir que o Estado perca quando deve perder e o particular ganhe quando deve ganhar, porque os custos adicionais de se litigar com o Estado, de toda ordem, só podem ser suportados por aqueles que podem sustentar um processo por muitos anos, não estando entre estes o cidadão comum.

Embora minoritária entre os operadores do direito entrevistados, a evolução da doutrina, jurisprudência e legislação relativa aos privilégios processuais permite sugerir que é crescente a consideração de que deve a administração pública atuar voltada para a sociedade, para a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, para atender, quando aparentemente em confronto os interesses do Estado com os verdadeiros interesses da sociedade, estes últimos, porque o interesse público prevalente nesse caso é o do cidadão e não o do Estado, que, por outro lado, nunca pode ser confundido com eventuais interesses do estamento governamental.

Em síntese, esta dissertação sustenta o diagnóstico da convivência entre formas distintas de justificação dos privilégios processuais da União, bem como a ideia de que as justificativas democráticas prevalecem sobre as patrimonialistas, em um movimento concomitante à democratização da própria sociedade brasileira, que pode ser saudado como se inserindo na primeira das espécies mencionadas por Joaquim Nabuco.⁷

Contextualizada a fundamentação dos privilégios processuais e apresentados os modos de justificação do tratamento desigual observado na relação entre Estado e sociedade no processo judicial, encerra-se a presente dissertação, cuja matéria prima foi a *percepção* dos operadores, com um verso de Fernando Pessoa, do poema “Esta velha angústia”:

“Pois o que é tudo, senão o que pensamos de tudo?”

⁷ “Há duas espécies de movimento em política – um de que fazemos parte supondo estar parados, como o movimento da Terra, que não sentimos; outro, o movimento que parte de nós mesmos. Na política são poucos os que têm consciência do primeiro; no entanto, esse é, talvez, o único que não é pura agitação” (NABUCO, Joaquim. *Minha Formação*. 13. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999, p. 118).