

idp

ARTIGOS DE PROCESSO E RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
LATIN LEGUM MAGISTER (LLM)**

ORGANIZADOR
FERNANDO NATAL

AUTORES

RONALD CHRISTIAN ALVES BICCAV
RUDI CASSEL
JOSUÉ DE SOUSA LIMA JÚNIOR
TATIANA LAHÓZ
EVILYNN CÁREN MENDES FARIAS
MARIA GABRIELA CAIXETA LARANJEIRAS
AMANDA ANDRADE SOARES DA SILVA
ADWARDYS DE BARROS VINHAL

Código de catalogação na publicação – CIP

A791 Artigos de processo e recursos nos tribunais superiores / organizador Fernando Natal ; autores Ronald Christian Alves Biccav... [et al]. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2023.
181 f.
ISBN 978-65-87546-13-1

1.Recursos extraordinários 2.Recurso especial 3.Plenário virtual
4.Tribunais superiores I.Título II. Natal, Fernando. III. Biccav, Ronald Christian Alves.

CDDir 341.435

PREFÁCIO

O conhecimento sempre deve ser compartilhado, pois, como já foi dito e eternizado pela saudosa Cora Coralina: “feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”

Não há, desse modo, melhor frase para descrever a presente coletânea.

O fruto de uma combinação exitosa está representado nessa obra: trata-se de uma coletânea de artigos produzidos por dedicados alunos que conseguiram conjugar em um único projeto a experiência prática de suas atividades no Direito e os conhecimentos jurídicos aprimorados durante o “LLM Processo e Recursos nos Tribunais Superiores” do IDP.

O trabalho reúne a seleção dos melhores artigos elaborados durante os instigantes debates promovidos durante o módulo Experience de nosso curso e revelam, com distinção, a capacidade reflexiva dos autores ante os temas escolhidos e aprofundados.

Traz, em seu conteúdo, reflexões interessantes e atuais sobre: a atuação do ente público em juízo, a reclamação constitucional e a utilização cada vez mais frequente do plenário virtual pelos tribunais. Na temática dos precedentes, aborda o incidente de assunção de competência e a objetivação dos recursos extraordinários. Por fim, debate ainda o recente tema da relevância da questão do direito federal no recurso especial.

Encerro a apresentação da obra, agradecendo aos meus alunos pelo carinho e pela afinidade que desenvolvemos ao longo do curso e ao IDP pela confiança que me foi depositada na condução desse trabalho.

Desejo a todos uma proveitosa leitura e espero que os textos publicados sejam profícuos em despertar na comunidade jurídica novas perspectivas sobre os assuntos apresentados.

Professor Fernando Natal Batista

SUMÁRIO

AS PRERROGATIVAS DO ESTADO EM JUÍZO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....	4
PROPOSTA DE MÉRITO AO TEMA 1071 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36
OBJETIVAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E A REPERCUSSÃO GERAL.....	55
BREVES QUESTIONAMENTOS A RESPEITO DA DEMONSTRAÇÃO DA RELEVÂNCIA NO RECURSO ESPECIAL.....	87
O INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	102
A RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DE APLICAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES.....	123
ELA, A RECLAMAÇÃO, VISTA POR UM ADVOGADO: A SENTENÇA MONOCRÁTICA DE PROCEDÊNCIA SEM CITAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA.....	157

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
LATIN LEGUM MAGISTER (LLM)
PROCESSO E RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES
AS PRERROGATIVAS DO ESTADO EM JUÍZO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Ronald Christian Alves Bicca¹

RESUMO

O objetivo do presente texto é discorrer sobre as prerrogativas do Estado em juízo, analisando diversas legislações e levando em conta o Princípio da Igualdade, problematizando a questão. Há muitas questões com as quais se depararam que mereciam uma investigação mais aprofundada, todavia, seria impossível de se concretizar no presente estudo, por seu limite de extensão. Dessa forma, optou-se por demonstrar, de forma genérica, que o tratamento diferenciado e o deferimento de prerrogativas para o Estado, ou entes públicos, em juízo, são usuais nas legislações pátrias, não sendo uma distorção, muito menos um privilégio a previsão de tais predicamentos. No caso, empreendeu-se mais enfoque, quando se tratou de direito comparado, na previsão de um foro diferenciado para julgamento dos feitos dessa natureza, por esse aspecto ser o mais comum nos ordenamentos diversos. Para isso, mencionaram diversas legislações, por exemplo, brasileira, portuguesa, espanhola, francesa, italiana, alemã, dentre outras, visando demonstrar sua previsão em diversos ordenamentos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia de Estado no direito comparado. Ministério Público. Defesa do Estado. A Igualdade como Princípio. O Estado em juízo.

INTRODUÇÃO:

No caso, iniciar-se-á a presente e breve análise pelo Velho Mundo, especificamente por Portugal, onde existe uma Justiça Administrativa e Fiscal por determinação constitucional, sendo que tal Justiça julga matéria própria, ou seja, as que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes de relações jurídicas administrativas e fiscais, considerando jurídico públicas “aquelas em que um dos sujeitos, pelo menos, seja uma entidade pública ou uma entidade particular no exercício de um poder público, actuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido”². Neste sentido, vale salientar que:

Aos tribunais administrativos e fiscais compete a justiça administrativa e fiscal, ou seja, o julgamento das acções e dos recursos desti-

¹ Advogado público e privado, Procurador do Estado de Goiás em Brasília e mestre em História do Direito pela Universidade de Coimbra, <http://lattes.cnpq.br/7076282678263525>, e-mail ronaldbicca@gmail.com
² ANDRADE, José Carlos Vieira de. A Justiça Administrativa. 15ª edição. Coimbra: Almedina, 2016. p. 49.

nados a dirimir os litígios emergentes das relações administrativas e fiscais. Esses tribunais formam uma estrutura hierárquica própria tendo como tribunal superior o Supremo Tribunal Administrativo.³

Desta forma, por previsão constitucional, os Tribunais Administrativos e Fiscais são uma categoria própria de tribunais, sendo que seus juízes formam um corpo único.

Consagrou-se, em tal Justiça, o Princípio da Igualdade das armas entre o recorrente e a Administração, incluindo o pagamento de custas (artigo 189, n.º 1, do CPTA) e o fim das restrições à prova testemunhal, por exemplo, ademais, prevendo a possibilidade da condenação da Administração por litigância de má fé (artigo 6º). Excluem-se, sem prejuízo de determinação legal, a princípio, da Justiça Administrativa, questões decorrentes da atividade de direito puro privado da Administração, por exemplo, na gestão privada de estabelecimentos públicos, ainda que toda atividade esteja sujeita aos princípios de direito administrativo.⁴ Desta forma, a legislação de Portugal, inclui o tema da defesa do Estado como matéria mais ligada ao Direito Administrativo, excluindo-o, nas suas relações jurídico-públicas, do âmbito do processo civil, objeto do presente estudo. Ressalta-se que muitas competências da jurisdição civil, antes da reforma do contencioso administrativo, são atualmente de competência dos Tribunais Administrativos⁴.

No que tange ao Princípio da Igualdade, em Portugal, vale registrar que as desigualdades entre o Estado em juízo e particulares, designadamente quanto aos poderes processuais e prazos, vieram a ser praticamente eliminadas com a Reforma.

Após apontar-se a presença da prerrogativa de foro em diversas legislações, deu-se ênfase ao sistema de prerrogativas brasileiro da Fazenda Pública, procurando demonstrar que, a princípio, tal diferenciação não fere o Princípio da Igualdade, nem outros princípios constitucionais como a razoabilidade, a proporcionalidade e a finalidade. Para tal objetivo, foram analisados alguns benefícios concedidos pelas normas diversas quando se trata do ente público brasileiro em juízo e procurou-se justificar da necessidade de um tratamento diferenciado levando em consideração, inclusive, o direito comparado para demonstrar que não se trata de uma extravagância ou privilégio tal tratamento, desde que fundamentados.

Deixaram de ser tratadas todas as prerrogativas do Estado brasileiro em juízo por ser impossível se abordar questão tão vasta em um trabalho da extensão

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.stj.pt/index.php/internacional/cptlp/204-cptlp-portugal>. Acessado em 10.07.2022.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. op. cit., p. 52.

do presente. Desta forma, selecionaram-se alguns exemplos que acreditam-se relevantes e que permitem visualizar o regime de tratamento diferenciado da Fazenda Pública em juízo no Brasil e, em alguns casos específicos, breves menções a tratamentos em outros países.

O presente assunto é atual e de forte interesse pelo fato de terem ocorridas diversas mudanças neste tratamento que entraram em vigor há pouquíssimo tempo, ou seja, trata-se de um assunto novo e ainda de ser muito explorado, não tendo ainda jurisprudência nem doutrina firmadas sobre as novas previsões legais. O novo CPC entrou em vigor somente em 18 de março de 2016, de acordo com decisão do Conselho Nacional de Justiça.⁵

1. O MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL E A DEFESA DO ESTADO

Como em Portugal não há um órgão de defesa do Estado separado do Ministério Público, como no Brasil, onde há uma Advocacia Pública constitucionalizada nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal, com atribuições diversas do MP, acredita-se ser de interesse do presente estudo abrir-se um tópico para tratar dessa questão, pois quando se refere no presente texto ao Brasil, é notório que os interesses do Estado em juízo são representados pela Advocacia Pública e em Portugal pelo Ministério Público, por determinação do artigo 219 da Constituição da República Portuguesa.⁶

No Brasil, com a promulgação da CF de 1988, houve uma clara delimitação das funções do MP e da Advocacia Pública. O MP que anteriormente acumulava as funções de representante da União Federal em juízo, em acúmulo com fiscal da lei e titular da ação penal, teve o papel de representante judicial da Fazenda Pública vedada pelo inciso IX, do artigo 129 da CF, papel esse atribuído a Advocacia Pública, conforma mencionamos.

Todavia, em Portugal, há muita polêmica em torno do papel do MP em matéria da defesa do Estado. Quando se menciona Estado nesse tópico, estamos mencionando o Estado- Administração. No CPC de Portugal, o MP é mencionado no artigo 21 (Representação do Estado), onde está expresso que “o Estado é representado pelo magistrado do Ministério Público que funcionar junto do Tribunal

⁵ MONTENEGRO, Manuel Carlos. CNJ responde à OAB e decide que vigência do novo CPC começa em 18 de março. Conselho Nacional de Justiça, Brasília, mar. 2016. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco>. Acesso em: 10.07.2022.

⁶ PORTUGAL. Constituição da república portuguesa : VII revisão constitucional [2005]. Lisboa: Parlamento, 2005. Disponível em : <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> Acesso em: 10.07.2022.

competente para a causa”⁷.

Apesar do Ministério Público representar o Estado, muito se critica essa atribuição quando se trata da representação de interesses patrimoniais. Alega-se que esta representação poderia ser feita por advogados ou funcionários e que haveria um conflito entre a autonomia do Ministério Público e a representação do Estado como parte, pois o parquet dependeria de autorizações e orientações de governos, bem como podem ocorrer situações de conflito de interesses entre a Administração com a defesa da legalidade, papel primordial do Ministério Público⁸. O Ministério Público é ator importante na defesa do estado democrático de direito, da democracia, da igualdade e dos direitos do cidadão. Entendemos como legalidade democrática a repressão da ilegalidade, eliminando-se do ordenamento jurídico atos ilegais.

Em Portugal, uma das características essenciais do Ministério Público é seu conjunto vasto de competências e atribuições. De acordo com GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, as diversas funções do Ministério Público podem ser agrupadas em quatro áreas:

Representar o Estado, nomeadamente nos tribunais, nas causas em que ele seja parte, funcionando como uma espécie de Advogado do Estado; exercer a acção penal (...); defender a legalidade democrática, intervindo, entre outras coisas, no contencioso administrativo e fiscal e na fiscalização da constitucionalidade; defender os interesses de determinadas pessoas mais carenciadas de proteção, designadamente, verificados certos requisitos, os menores, os ausentes, os trabalhadores, (...).⁹

Os supracitados Autores ainda sustentam que o exercício conjunto de tantas funções pode causar conflito de interesses e incompatibilidades, uma vez que nem sempre a defesa da legalidade democrática está de acordo com os interesses privados do Estado.

De acordo com Sérvulo Correia, o MP possui funções de três ordens: “(..)da ação pública (...) da coadjuvação do Tribunal na realização do Direito (...) no patro-

7 REIS, Alberto do, Clássicos Jurídicos : Código de Processo Civil Anotado. Vol. I. 3ª ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 56.

8 ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 146.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 830.

cínio judiciário do Estado (...)”¹⁰. Comenta ainda o mesmo autor, a respeito do artigo 219 da CRP, que: “A enunciação de uma competência de representação é extremamente genérica. O texto não diz quais as matérias a que respeitará a representação, nem quais as circunstâncias (...) em que esta se desenvolverá.”¹¹ Por seu turno, Manuel Augusto de Matos afirma que o MP possui duas funções, a de assistência e a de representação¹².

A maior parte da doutrina portuguesa afirma que todas as atuações do MP devem se pautar pela legalidade e imparcialidade. Desta forma, ocorrendo situações em contradição com essa atuação deve o MP ceder a representação do Estado, não o representando quando a pretensão estatal se revestir de ilegalidade. Deve-se acreditar que a melhor solução seria se retirar do MP a atribuição de representação do Estado em juízo para se evitar incompatibilidades entre a defesa dos interesses do Estado-Administração com as funções de magistrado de defesa do interesse público.

O Ministério Público de Portugal é autônomo em face do Poder Executivo e seus membros são magistrados. Por isso, possuem direitos e deveres equivalentes aos dos juízes, havendo, da mesma forma, a previsão da existência de um Conselho Superior do próprio Ministério Público. Assim, conclui-se que a atuação do Ministério Público em Portugal assume funções diversas, posicionando-se no processo de várias formas.¹³

Para corroborar nossa tese da dificuldade de se operar o atual modelo português, ora cita-se um texto que consta do site do MP de Portugal: “O Ministério Público não é órgão da administração pública; não é órgão do poder político, executivo ou legislativo; não é tribunal (apesar de o integrar) nem juiz; não é advogado do Estado”¹⁴. Desta forma, cabe a pergunta: Se o MP com atribuição constitucional de representar o Estado em juízo não é advogado do Estado, quem seria em Portugal?

10 CORREIA, Sérvulo. A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al. Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.303.

11 CORREIA, Sérvulo. A representação das pessoas colectivas públicas na arbitragem administrativa. In: MIRANDA, Agostinho Pereira de et al. Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo. Lisboa: Universidade Católica, 2015. p. 119.

12 MATOS, Manuel Augusto de. O Ministério Público e a representação do Estado na jurisdição administrativa. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (orgs.). O Anteprojecto de Revisão do CPTA e do ETAF em debate. LISBOA: AAFDL, 2014, p. 248.

13 DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coord.). O Papel do Ministério Público : estudo comparado dos países Latino-Americanos. Coimbra: Almedina, 2008. p. 40.

14 PORTUGAL. Ministério Público : o que é?. Ministério Público. Disponível em: <http://ministerio-publico.pt/o-que-e/> . Acesso em: 10 jul. 2022.

2. A IGUALDADE COMO PRINCÍPIO

O termo princípio tem origem na palavra latina principium que significa o começo, o primeiro instante ou a origem de qualquer coisa. Na acepção jurídica, princípios significam as “normas elementares ou requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa, revelando o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica”¹⁵. Os princípios seriam axiomas mais importantes que as normas jurídicas isoladas, pois seriam os pontos básicos de alicerce do direito.¹⁶ Desta forma, a violação de um princípio toma contornos mais graves que a transgressão de uma norma individual, pois implicaria na ofensa não apenas a um mandamento específico, mas sim a todo um sistema de valores fundamentais.

Há de se fazer distinção entre os princípios políticos, éticos e morais dos princípios jurídicos. Os jurídicos, mesmo que informados pelos valores éticos e morais, são fruto de uma opção por parte de quem tem o poder de elaborar a norma, que possui um caráter impositivo. Quanto aos princípios de direito processual, seriam normas estruturantes do processo judicial, delineando os principais aspectos de seu funcionamento. Registra-se, no caso, que não há conhecimento possível que não seja baseado em princípios, que são pressupostos de verdades, ainda que não experimentados.¹⁷

2.1 O Princípio da Igualdade no Direito Brasileiro

No CPC do Brasil os princípios assumem ainda a tarefa de integrar o ordenamento jurídico, pois foi lhes assegurado uma posição de primazia. No caso, o CPC adotou expressamente os valores e princípios constitucionais quando já no seu artigo 1º dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹⁸ Em síntese, pode-se afirmar que os princípios processuais, como os jurídicos em geral, não podem ser relegados a uma posição de somenos importância, pois informam todo o ordenamento brasileiro com força impositiva.

¹⁵ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 447.

¹⁶ Idem.

¹⁷ NOBREGA, Flóscolo da. Introdução do Direito. 5ª edição. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975. p. 131.

¹⁸ BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

Como no presente trabalho preferiu-se enfatizar ao Princípio da Igualdade, aduz-se que tal princípio encontra-se presente na Constituição do Brasil de 1988 no seu artigo 5º que diz: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.¹⁹ O princípio da igualdade é de reconhecimento universal encontrando-se presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamada pelas Nações Unidas em 1948 e entremeia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tal documento diz em seu preâmbulo: “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.”²⁰

2.2 O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa e na Constituição Italiana

Tal princípio da mesma forma encontra-se presente na maior parte das constituições estrangeiras do mundo livre, a exemplo de Portugal, que consagra o princípio da igualdade no seu artigo 13 quando dispõe que:

Artigo 13.º Princípio da igualdade 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.²¹

O princípio da igualdade da mesma forma está presente na Constituição Italiana em seu artigo 3º que dispõe: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”²²

A respeito ainda da Igualdade, deve-se trazer a lição a respeito do professor J. J. Gomes Canotilho:

19 BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 10 jul. 2022.

20 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>. Acesso em: 10 jul. 2022.

21 PORTUGAL. Parlamento. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> Acessado em 10.07.2022.

22 ITÁLIA. Constituição. Disponível em <http://www.governo.it/costituzione-italiana/principi-fondamentali/2839> Acessado em 10.07.2022.

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o princípio da igualdade. O enunciado semântico do art. 13 – princípio da igualdade – condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo cujos traços mais importantes são os seguintes: 1.1. Igualdade na aplicação do direito – A afirmação – ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas’. A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais (cfr. Ac TC 142/85).²³

Todavia, vale salientar que a verdadeira igualdade de tratamento ocorre quando são tratados igualmente os iguais e desigualmente desiguais, proibindo-se o arbítrio nos critérios. Nesta perspectiva, o “princípio da igualdade exige positivamente um tratamento igual de situações de facto iguais e um tratamento diverso de situações de facto diferentes.”²⁴ Decisões recentes do Tribunal Constitucional de Portugal assinalam que

O princípio da igualdade obriga a que se trate por igual o que for necessariamente igual e como diferente o que for essencialmente diferente, não impedindo a diferenciação de tratamento mas apenas as discriminações arbitrárias, irrazoáveis, ou seja, as distinções de tratamento que não tenham justificação e fundamento material bastante.²⁵

No que se refere ao assunto tratado, ou seja, as prerrogativas processuais deferidas à Fazenda Pública em juízo, desde que as normas que as preveem não ensejem privilégios ou defiram vantagens desproporcionais e desarrazoadas, não se vislumbra ofensa ao Princípio da Igualdade.

3. A FAZENDA PÚBLICA NO BRASIL EM JUÍZO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4ª edição. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 416 e ss.

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. 1ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 338.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes, Op. cit., p. 341

O termo Fazenda Pública possui um significado bastante amplo, tradicionalmente ligado no que se refere às finanças estatais, muito relacionado com o conceito de erário. Todavia, o uso frequente do referido termo no meio jurídico fez seu conceito, no Brasil, ser apresentado como o Estado em juízo, sendo a Fazenda Pública a personificação do Estado.²⁶

Em razão do interesse público presente em sua ação, o Estado em juízo recebe do legislador um tratamento diferenciado, que alguns definem como simples privilégios processuais indevidos. Todavia, a maior parte da doutrina defende a necessidade de se tratar desigualmente os desiguais na medida exata que se desiguam, lembrando das lições de Aristóteles.²⁷

3.1 A Fazenda Pública pode possuir prerrogativas, não privilégios

No escopo do presente trabalho é de grande importância tratar-se da natureza do tratamento distinto que a Fazenda Pública recebe em juízo. Sua importância decorre para analisarmos se tal tratamento fere o Princípio da Igualdade, um dos principais princípios constitucionais e do processo civil. Um privilégio seria ilegal, pois feriria de morte a paridade de armas das partes do processo. Nesse sentido, o CPC, no seu artigo 7º, prevê que

(...)é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.²⁸

Desta forma, tal Código adota expressamente o princípio da isonomia e do contraditório. Contraditório, no caso, no sentido de assegurar a participação e cooperação efetivas e aptas das partes visando contribuir com o proferimento das decisões e com a satisfação do direito de cada um.²⁹ Neste sentido, citamos FRIEDRICH STEIN que diz que

(...)la actividad de las partes se desenvuelve a partir de la esperan-

26 Segundo anota Hely Lopes Meirelles: "A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda" (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 590).

27 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 109.

28 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm Acessado em 10.07.2022.

29 BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

za, justificada por la experiencia de que el propio interés les impulsará a hacer todo lo posible para el esclarecimiento de la cuestión y basándose em que 'el benéfico instrumento llamado juicio contradictorio' garantiza la mejor y más completa iluminación del supuesto de hecho.³⁰

Com apoio em doutrina norte-americana, afirma-se ainda que não há possibilidade de se tratar da igualdade de armas sem abordar o princípio do contraditório. Os dois princípios (direitos) derivam da noção de processo equitativo.³¹ No caso, há o direito de exposição de razões e argumentos com uma igual oportunidade. A igualdade de armas e o contraditório são consequência um do outro.³²

A respeito da ligação entre o contraditório e a paridade de armas, o Tribunal Constitucional de Portugal tem entendido o princípio da igualdade de armas como um inibidor do arbítrio, no sentido de não se admitir distinções de tratamento sem fundamento razoável.³³ Na jurisprudência desse Tribunal, a paridade de armas não impede de se diferenciar o que é essencialmente diferente.³⁴ O Princípio da Igualdade de Armas é uma expressão do Princípio da Igualdade, consagrado no Direito Português no artigo 13 da Constituição da República, e que é ligado ao princípio do contraditório e com o da imparcialidade do juiz, como neutro perante às partes e à lide. No litígio há bilateralidade, sendo que ambas as partes devem estar em pé de igualdade.³⁵ Esta igualdade no processo é uma manifestação do próprio Princípio da Igualdade perante a lei.³⁶

Apesar de no sentido semântico prerrogativa e privilégio serem palavras sinôn-

30 STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio em ambos procesos. Pamplona: Universidad de Navarra, 1973, p. 117.

31 STEPHEN, Subrin; MARTHA, Minow; MARK, Brodin; THOMAZ, Main. Civil Procedure - Doctrine, Practice and Context. New York: Aspen Law & Business, 2000, p. 25 e ss.

32 CONSTANTINO, Di Giorgio. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo civile". Le garanzie, in Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. In: Quaderni di Questione Giustizia, Franco Angeli, 2000.

33 O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, efetivamente no Caso Lobo Machado contra Portugal, decidiu que viola o n.º do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a presença de um Procurador nas sessões de julgamento no Supremo Tribunal Administrativo e no Tribunal Central Administrativo de Portugal, pelo direito a um processo equitativo no acórdão do processo n.º 15764/89, de 20/02/1996. A partir do acórdão Lobo Machado contra Portugal de 20 de Fevereiro de 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996 - I, pp. 195 e ss).

34 ATC 608/99 proferido no processo n.º 473/97.

35 De acordo com o Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão n.º 412/2000: "O conceito de 'processo equitativo' tem sido desenvolvido sobretudo pela jurisprudência da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujo artigo 6.º tem precisamente como epígrafe 'direito a um processo equitativo' e cujo § 1.º dispõe, retirando as palavras do artigo 10.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que 'qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada equitativamente', frase que é repetida no artigo 14.º do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Cívicos e Políticos." <https://dre.tretas.org/dre/1842822/acordao-412-2000-T-de-21-de-novembro> Acessado em 10.07.2022.

36 COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Lisboa: Jornal do Fôro, 1952, p.26.

nimas, no direito um privilégio significa uma distinção desarrazoada, que fere princípios constitucionais e legais. No caso da Fazenda Pública, a distinção de tratamento se faz necessária, pois não fere o princípio da igualdade conferir tratamento desigual a pessoas, entes, sujeitos e organismos levando em conta suas diversidades.³⁷ Desta forma, não é novidade no direito processual o tratamento diferenciado com o intuito de resguardar interesses legítimos. Historicamente pode-se exemplificar que já nas Ordenações Filipinas havia distinções de tratamentos das partes.³⁸

Neste sentido, como a Fazenda Pública quando presente em juízo encontra-se na defesa do interesse público e na defesa de interesses indisponíveis, as eventuais vantagens processuais concedidas à Fazenda Pública possuem fundamento razoável e atende perfeitamente ao princípio da igualdade, na acepção do princípio aristotélico de igualdade. A Fazenda Pública, apresentada pela Advocacia Pública, está na defesa do interesse público, de todos, dos recursos públicos, e não possui a mesma condição de um particular na defesa de seus interesses em juízo. A Fazenda Pública, defendendo o erário, está de fato na defesa das receitas públicas, que é pertencente ao Estado, não ao governante do momento. Quando se condena a Fazenda quem sofre um revés é o erário. Estes recursos atingidos que foram arrecadados em prol do bem comum é uma forma de evidenciar uma superação do interesse particular.³⁹

Atualmente há muitas críticas ao tratamento diferenciado deferido à Fazenda Pública, alguns afirmando que tais prerrogativas foram deferidas em épocas que as procuradorias não eram estruturadas, o que dificultava sua defesa em Juízo. Entretanto, é falta de conhecimento de como funciona a administração pública se defender tais argumentos, pois o Estado é extremamente regulado, burocratizado, grande e sua comunicação dificultada pela formalidade dos atos administrativos. É bom lembrar que o Estado em juízo, em regra, trata com a coisa pública e com direitos indisponíveis.

Ademais, não se deve esquecer que no conceito amplo de Fazenda Pública estão inseridos os municípios, sendo esses, na sua grande maioria pobres e desestruturados e não possuidores de uma procuradoria própria, nem de uma carreira de procuradores municipais, muitas vezes ficando revés. Dessa forma, o

37 CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.27.

38 Segundo Nelson Nery Júnior: "O art. 2º da Lei de 11.9.1830 revogou a disposição constante do Livro III, § IV, nº 12, das Ordenações Filipinas. Referida lei continha dispositivo que obrigava o juiz a conceder ao réu preso, mais 60 (sessenta) dias para preparar a sua defesa, além dos concedidos pelas leis gerais. O Regulamento 737, de 25.11.1850, manteve esse prazo especial para o réu preso em seu art. 739. Esta regra foi repetida na Consolidação das Leis do Processo Civil de Antonio Joaquim Ribas, no art. 295. Posteriormente, tendo em vista o art. 34, nº 23, da CF de 24.2.1891, que dava competência à União para legislar somente sobre direito processual da justiça federal, vigeu no Brasil o período do direito processual dos Estados, onde cada um deles deveria ter o seu próprio sistema processual. Aí também a regra da concessão de prazo especial para o réu preso contestar foi mantida para quase totalidade dos Códigos estaduais." (NERY JUNIOR, Nelson. O Benefício da Dilatação do Prazo para o Ministério Público no Direito Processual Civil Brasileiro In: Revista de Processo, São Paulo, nº 30, abr/jun 1983, p. 109 e ss).

39 MORAES, José Roberto de, Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (coordenadores). Direito Processual Público: a fazenda pública em juízo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89 e ss.

interesse público ficaria desprotegido se não houvesse um cuidado especial das normais para a questão de um tratamento diferenciado.

3.2 O foro privilegiado

Uma importante prerrogativa deferida à Fazenda Pública em juízo é o denominado foro privilegiado, ou seja, a previsão de uma diferença na regra de competência do juízo. Uma distinção importante a se fazer é a competência das justiças estaduais da Federal. No caso da União Federal, a competência para julgamento dos seus feitos é tratada pela Constituição Federal nos seus artigos 109 e 110.

No que se refere ao artigo 109 da Constituição Federal, em seu inciso I, trata-se de competência absoluta *ratione personae*, pois a fixação da competência da Justiça Federal se dá pela presença da União, autarquia ou empresa pública federal como autoras, ré, assistentes ou oponentes, exceto na causas de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.⁴⁰

Vale ressaltar que não basta a União ter interesse econômico na causa para se firmar a competência da Justiça Federal, deve esta ser autora, ré, assistente ou oponente. O interesse jurídico exige sua presença nessas condições. Esta é a regra geral, todavia, tal preceito comporta exceções que não caberiam ser tratadas no presente trabalho, por sua extensão.

3.3 O foro dos Estados-Membros e dos Municípios brasileiros em juízo

No que se refere aos Estados e aos municípios, entes federados como a União, assim definidos pela Constituição Federal, não houve por parte da Carta Magna a criação de uma justiça especializada para o julgamento dos seus feitos, como foi previsto para o caso da União. Destaca-se que no caso dos Estados e Municípios a Constituição deferiu competência aos Estados de legislarem sobre sua organização judiciária (artigo 96, II, alínea d). Em consequência disso, os Estados introduziram dentro de sua organização judiciária uma competência na forma de varas especializadas para questões referentes à Fazenda Pública.

Trata-se de competência *ratione personae*, sendo constitucional e legal a definição de varas especializadas para o processamento e o julgamento de questões que envolvem pessoas jurídicas de direito público estaduais e municipais. Cumpre ressaltar que a atribuição deferida aos Estados somente permite a atração da competência para as varas especializadas, não permitindo aos Estados modificarem as regras de competência territorial definidas pelo CPC.

Neste caso, a causa deve ser julgada observando a competência territorial, mas sendo distribuída para a vara competente nesse território definida para os julgamentos dos feitos da Fazenda Pública, na forma da respectiva lei de organização judiciária⁴¹. Desta forma, como a regra é se demandar no domicílio do réu,

⁴⁰ PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 68.

⁴¹ PEREIRA, Hélio do Valle. Op. cit., p. 67 e ss.

tal prerrogativa é amenizada em favor do particular, sendo um critério razoável que atende plenamente o princípio da igualdade, da finalidade e da proporcionalidade.

4. O ESTADO EM JUÍZO NA FRANÇA, ESPANHA, PORTUGAL, ITÁLIA E ALEMANHA

No Direito Comparado podem-se citar exemplos de diversos ordenamentos europeus que subtraem à Justiça Comum, em regra, as causas que seja parte a Administração Pública. Alguns, inclusive, confiam tais julgamentos a órgãos que não fazem parte do Poder Judiciário, mas sim do próprio aparelho administrativo, o exemplo dessa situação é o contencioso administrativo francês cujos órgãos possuem ligação com a Administração Pública, não se situando na Justiça Comum, sendo seu órgão de cúpula o Conseil d'État, não a Cour de Cassation. Tal diferença é em consequência da presença do Estado no processo, não necessariamente na condição de parte.

O Conselho de Estado da França funciona como supremo tribunal administrativo sendo o juiz final das atividades e questões que envolvam: o poder executivo, autoridades locais, autoridades independentes, instituições públicas, organizações com o poder público. O *Conseil D'État* na jurisdição administrativa possui competência *para*

Juge administratif suprême, le Conseil d'État est le juge ultime des activités des administrations: pouvoir exécutif, collectivités territoriales, autorités indépendantes, établissements publics, organismes disposant de prérogatives de puissance publique.⁴²

O Conselho de Estado assegura a unidade da jurisprudência administrativa, pois todas as disputas que envolvam uma pessoa pública (Estado, regiões, departamentos, municípios, instituições públicas) ou privada responsável por um serviço público (tais como associações profissionais, federações desportivas) atrai (a menos haja lei em contrário) a competência dos tribunais administrativos e, portanto, em última análise, do Conselho de Estado.⁴³

Igualmente ocorre no Direito Italiano, no qual existe separação entre a Justiça ordinária e a Justiça Administrativa. Situação semelhante ocorre na Espanha onde há uma estrutura especial para o exercício da jurisdição quando presente na causa a Fazenda Pública.

Em Portugal, a Constituição Portuguesa determina ainda a existência de uma categoria diferenciada de tribunais administrativos e fiscais.⁴⁴ A princípio se cria o contencioso administrativo, para que se fossem apreciadas ações dos particulares em face de atos que considerassem ilegais da Administração Pública.

42 FRANÇA. Conselho de Estado. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration> Acessado em 10 jul. 2022.

43 FRANÇA. Conselho de Estado. Disponível em <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions/Juger-l-administration> Acessado em 10.07.2022.

44 CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. 8ª ed. Lisboa: Âncora, 2005. p. 283.

De acordo com SÉRVULO CORREIA, o Contencioso Administrativo pode ser conceituado como “a instituição caracterizada pelo exercício, por uma ordem jurisdicional administrativa, de jurisdição administrativa segundo meios processuais predominantemente específicos.”⁴⁵

Entretanto, houve diversas modificações legislativas desde 2002, sendo que estas passaram a admitir o contencioso administrativo português como uma verdadeira justiça administrativa, sendo-lhe

(...) concedidos novos poderes que lhe permitem não só apreciar a legalidade dos actos como de condenar a Administração à prática de actos, estabelecer prazos para o efeito e até substituir à Administração, adotando providências de execução das suas decisões.⁴⁶

Na Espanha, os Tribunais Contenciosos Administrativo são os que

(...) conocerán de las pretensiones que se deduzcan em relación com la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley e com los Decretos legislativos em los términos previstos em el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad com lo que establezca la Ley de esta jurisdicción.⁴⁷

Na Alemanha, da mesma forma, há três sistemas diferentes do comum para o processo e julgamento de questões que envolvam a Fazenda Pública: “(a) a Verwaltungsggerichtsbarkeit (jurisdição administrativa), (b) a Finanzgerichtsbarkeit (jurisdição financeira) e (c) a Sozialgerichtsbarkeit (jurisdição social), cada uma sendo regida por legislação própria.”⁴⁸

Desta forma, pode-se claramente constatar que em diversas legislações estrangeiras a Fazenda Pública possui um tratamento diferenciado dos particulares. Em regra, em matéria de Direito Comparado, não há igualdade entre particulares e o Estado nos ordenamentos jurídicos nacionais.

45 CORREIA, Sérvulo. Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa: Lex, 2005. p. 34.

46 BRITO, Wladimir, Lições de Direito Processual Administrativo, Coimbra: Coimbra, 2005. p. 10. Observa-se que em Portugal, “não obstante os tribunais administrativos constituírem a jurisdição comum com competência em matéria de litígios emergentes de relações jurídico-administrativas, não constituem uma jurisdição exclusiva no que respeita aos conflitos emergentes de tais relações. Na verdade, as leis atribuem aos tribunais judiciais a resolução de diversos tipos de litígios decorrentes de relações jurídicas deste espécie, como sucede com o contencioso dos actos notariais e registrais, com o contencioso das contra-ordenações e com os litígios relativos aos montantes das indenizações devidas por expropriações por utilidade pública”. (CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. 8ª ed. Lisboa: Âncora, 2005. nº 93, p. 283 e ss).

47 GUASP, Jaime ; ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. 7ª ed. Tomo I. Madrid: Aranzadi S.A, 2005. p. 106.

48 ALEMANHA. Judiciário. Disponível em https://www.justiz.nrw.de/Gerichte_Behoerden/fachgerichte/index.php Acessado em 10.07.2022.

5. DOS PRAZOS E DA INTIMAÇÃO PESSOAL DA FAZENDA PÚBLICA DO BRASIL

Dentre as diversas prerrogativas que a Fazenda Pública possui em juízo, ora se destacam os prazos diferenciados e a intimação pessoal. O art. 183 do CPC no seu caput prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações gozam de prazos em dobro em todas as suas manifestações processuais, seja a título de parte ou interveniente. No seu § 1º, incluiu-se a previsão da intimação pessoal.⁴⁹

Tal previsão se justifica com o objetivo de se proteger o interesse público, principalmente o erário, apesar de existirem correntes doutrinárias que defendem que tais diferenças com o tempo deverão ser extintas ou diminuídas devido à crescente organização e estruturação da uma advocacia pública. Com efeito, com o passar do tempo, prerrogativas que no presente momento podem não ferir o princípio da igualdade, podem-se tornar anacrônicas, desproporcionais, ilegais e até mesmo inconstitucionais. A nosso ver todas as vezes que se deferir privilégios e não prerrogativas, a norma infraconstitucional eiva-se de inconstitucionalidade.⁵⁰

De acordo com o disposto no artigo 238 do CPC a “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.⁵¹ Desta forma, a citação é o meio pelo qual o réu é cientificado que há uma demanda proposta em face de si, em que se efetiva sua chamada para vir a juízo defender-se. Com a citação o réu adquire a condição de parte.⁵² Para atingir tal mister, o artigo 246 do CPC prevê que a citação possa se efetivar por diversas formas, ou seja, pelos correios, por oficial de justiça, pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório, por edital ou por meio eletrônico, conforme regulado em lei.⁵³ A regra geral, no casos dos autos físicos, ou de papel, é de que a citação se realize pelos correios, para qualquer comarca do Brasil, nos termos do artigo 247. De acordo com o enunciado da Súmula 429 do Superior Tribunal de Justiça, exige-se o aviso de recebimento.⁵⁴

No caso da citação da Fazenda Pública, quando for ré, exige-se sua citação seja procedida por oficial de Justiça, perante o órgão de Advocacia Pública que a representa, nos termos do artigo 242, § 3º do Código de Processo Civil. A diferença de tratamento, neste caso, se justifica pelas exigências da burocracia interna da

49 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 39 e ss.

50 Com a progressiva organização da Advocacia Pública essas prerrogativas tendem a ser tornar privilégios na visão de alguns juristas. O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em questão referente à Defensoria Pública diz: “Por isso, em casos como este parece-me deva adotar-se a construção da Corte Constitucional alemã no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, por vir a ser tornar inconstitucional, não o sendo, porém, enquanto as circunstâncias de fato não se apresentarem com a intensidade para que se tornem inconstitucionais.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 334).

51 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm Acessado em 10.07.2022.

52 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 87.

53 A Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial, admitindo a comunicação de atos processuais por meio eletrônico, nos termos e nas condições ali previstos.

54 Súmula 429 do Superior Tribunal de Justiça: “A citação postal, quando autorizada por lei, exige o aviso de recebimento”.

Administração Pública, pois os atos administrativos são formais, por isso o ato de comunicação processual exige maiores cuidados, a fim de evitar extravios e desconroles, incluindo a citação nessas formalidades. Por sua vez, a citação da Fazenda Pública por meio eletrônico exige-se o cadastramento do ente público no Poder Judiciário, como previsto no artigo 1.050 do CPC, dependendo da acessibilidade da íntegra dos autos ao ente respectivo.

Em relação a Fazenda Pública não cabe a Teoria da Aparência. A citação contém nota de pessoalidade⁵⁵, ou seja, deve ser feita pessoalmente, sendo neste caso mais uma diferença de tratamento aos particulares. De toda forma, vale ressaltar que o comparecimento espontâneo supre o vício de citação. Desta forma, a Fazenda Pública possui de duas formas para ser citada, ou por oficial de Justiça na pessoa de seu representante legal, ou por meio eletrônico, observando-se o disposto na Lei n.º 11.419/2006.

De acordo com o artigo 269 do CPC a “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”⁵⁶. Uma considerável inovação do atual CPC, no que diz respeito ao tratamento diferenciado da Fazenda Pública em Juízo, foi a previsão da intimação pessoal perante o órgão da Advocacia Pública, por carga, meio eletrônico ou remessa. Tal previsão encontra-se no artigo 269, § 3º do CPC. Todavia, a intimação pessoal não dispensa a necessidade de se publicar os atos no Diário Oficial, em atenção ao princípio da publicidade, sendo que a publicação no órgão oficial, prevista no artigo 272 do CPC é meio de intimação inaplicável à Fazenda Pública.

Tal distinção de tratamento em relação a intimação pessoal é antiga reivindicação da Advocacia Pública, pois muitos prazos eram perdidos em decorrência da falta de tal previsão devido ao fato do Advogado Público ficar na dependência de setores administrativos para recebimento de todas as intimações em todos os processos. Agora com a intimação pessoal o próprio profissional da Advocacia Pública será pessoalmente intimado, eliminando-se grande fator de prejuízo na defesa da Fazenda em Juízo.

Entretanto, o prazo em dobro não se aplica a todos os casos. A presente situação está prevista expressamente no § 2º do art. 183 do CPC quando diz que “não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público”⁵⁷. Um destes casos é o prazo comum a todos os interessados previsto na Lei 4.717, de 29 de junho de 1965, a Lei da Ação Popular. Nos termos do seu artigo 7º, IV, o prazo de contestação é de 20 dias prorrogáveis por mais 20, a requerimento do interessado, se houver difícil produção de prova.

Outra exceção da prerrogativa da contagem em dobro é nos prazos dos Juizados Federais e nos Juizados da Fazenda Pública. Em tais órgãos não se aplicam

55 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo Civil e da Sentença. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 279.

56 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm Acessado em 10.07.2022.

57 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm Acessado em 10.07.2022.

os prazos em dobro previstos no CPC, sendo comuns. Esta previsão encontra-se na Lei 10.259 de 2001 que dispõe:

Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias⁵⁸.

De igual modo, de acordo com o artigo 7º da Lei 12.153/2009,

Não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive a interposição de recursos, devendo a citação para a audiência de conciliação ser efetuada com antecedência mínima de trinta dias.⁵⁹

Para o depósito do rol de testemunhas, o prazo para a Fazenda Pública da mesma forma não é contado em dobro. O artigo 455 do CPC prevê a obrigatoriedade do comparecimento da testemunha para depor em juízo. O rol das testemunhas de acordo com o § 4º do artigo 357 deve ser depositado em prazo comum fixado pelo juiz. Tratando-se, no caso, de prazo comum judicialmente fixado, a presença do ente público não obriga a contagem do prazo em dobro a seu favor. Presupõe-se que ao fixar tal prazo o magistrado já levaria em conta a presença da Fazenda Pública no feito.

No caso de embargos à execução fundada em título extrajudicial pela Fazenda Pública, da mesma forma não há contagem do prazo em dobro. Não se dá pelo fato da Fazenda ser citada para embargar no prazo de 30 dias. Como há um prazo específico para a Fazenda previsto em lei não há que se falar em prazo em dobro. Da mesma forma, está disposto no artigo 535 do CPC a previsão para a Fazenda Pública proceder impugnação no prazo de 30 (trinta) dias. Dispõe o artigo 535:

A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir(...)⁶⁰

Nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, que provocam o controle abstrato de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, não se conta o prazo em dobro para a Fazenda Pública. O procedimento de tais ações está regulado na Lei 9.868, de 10 de novembro

58 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10259.htm Acessado em 10.07.2022.

59 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 48.

60 BRASIL. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm Acessado em 10.07.2022.

de 1999, e não consta tal previsão. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, contam-se prazos comuns para a Fazenda Pública nesses tipos de ação.⁶¹

Muito se indagou se o Estado estrangeiro teria o tratamento previsto do artigo 183 do CPC dispondo do prazo em dobro, conforme ali previsto. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar a respeito do assunto e decidiu que não se aplicam aos Estados estrangeiros o tratamento diferenciado previsto em tal artigo, portanto, seus prazos em juízo são comuns, não em dobro.

⁶²O STJ alegou que os Estados estrangeiros se defendem contratando advogados particulares. O Autor não concorda com esta posição do STJ, pois enxerga-se que os Estados estrangeiros possuem mais dificuldade para se defenderem, pela grande distância de seus centros de decisões.

Outra exceção é o prazo para agravo interno de decisão do Presidente do Tribunal na suspensão de segurança. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de pronunciar sobre a questão e entendeu que o prazo em dobro não é aplicável ao agravo interno em suspensão de segurança, pois o prazo para interposição de agravo interno contra a decisão do presidente do tribunal que indefere o pedido de suspensão é específico da Fazenda Pública.⁶³

Sobre o prazo da Fazenda Pública em relação a responder a ação rescisória, há controvérsias. Há doutrinadores que defendem que como o prazo é judicial, o artigo 183 não se aplicaria.⁶⁴ Todavia, este não é o entendimento tanto do Supremo Tribunal Federal⁶⁵, quanto do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶, que entendem que a apresentação da resposta pela Fazenda Pública deve ser diferenciada, aplicando-se a prerrogativa de prazo.

Outra questão que se indaga é sobre a possibilidade ou não de se cumular o benefício do prazo em dobro previsto no artigo 183 do Código de Processo Civil com a outra benesse deferida no artigo 229 do mesmo Código, ou seja, a contagem do prazo em dobro no caso de um litisconsórcio passivo com procuradores diferentes. Como o novo Código de Processo Civil não mais prevê prazo em quádruplo para a Fazenda Pública, deve-se pensar não ser possível a cumulação das regras, pois haveria um desvio de finalidade. No caso, a Fazenda Pública possuiu a regra do artigo 183, tendo o prazo em dobro em suas manifestações, não podendo cumular tal tratamento com outros benefícios de prazos.

No que diz respeito ao mandado de segurança, cujo procedimento foi regulado pela Lei 12.016/2009, quando a Fazenda Pública é notificada para apresentar informações, essa não possui prazo em dobro, pois o prazo para prestá-las é específico, de dez dias, não deve ser, portanto, contado em dobro. Todavia, nos

61 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, ADI 2.130-AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001, DJ 14.12.2001.

62 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (3ª Turma). AG 297.723/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000, DJ 14.08.2000.

63 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, SL 172 AgRg-ED, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 09.12.2010, DJe 09.02.2011.

64 FERRAZ, Cristina, Prazos no Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 120.

65 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (1ª Turma). RE 94.960/RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 24.11.1981, DJ 08.10.1982.

66 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (6ª Turma). REsp 363.780/RS, Rel. Min. Paulo Galotti, j. 27.08.2002, DJ 02.12.2002.

recursos em mandado de segurança, a Fazenda Pública dispõe dos prazos em dobro previstos no artigo 183 do Código de Processo Civil.⁶⁷

No ajuizamento de ação rescisória, nos termos do artigo 975 do Código de Processo Civil, a Fazenda Pública não possui a prerrogativa prevista no artigo 183 do CPC, ou seja, essa não possui o prazo em dobro para propor a ação rescisória, que deve ser ajuizada no prazo de 2 (dois) anos, contado do trânsito em julgado da decisão.⁶⁸ A respeito do tema, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade de medida provisória que objetivava estender o prazo para 5 (cinco) anos para a Fazenda Pública propor a ação rescisória e decidiu pela inconstitucionalidade da medida, por ferir o princípio da igualdade das partes, sendo este imanente ao procedural *due process of law*.⁶⁹ A única hipótese especial de prazo para interposição para ação rescisória para em favor da Fazenda Pública está prevista no artigo 8º-C da Lei 6.739, de 5 de dezembro de 1979, ou seja, na hipótese de transferências de terras públicas rurais, cujo prazo é de 8 (oito) anos. A referida hipótese se justifica pelo grave problema das terras públicas no Brasil.

Em relação aos prazos diferenciados para a Fazenda Pública, deve-se acreditar que sua previsão não fere o Princípio da Igualdade, nem da razoabilidade, todavia, deve-se verificar-se a legitimidade dos fins desse tratamento especial. Nunca se devem editar normas absurdas que deferem privilégios ou que elegem uma causa inexistente como justificativa, pois se assim fizer, estará o legislador violando a exigência de vinculação à realidade. A razoabilidade deve ser utilizada na edição das normas.⁷⁰

No caso, o advogado público não pode recursar demanda, ao contrário do advogado privado. Assim, o advogado público sempre trabalha com grande volume de trabalho e não ter prerrogativas de prazos seria desconsiderar essa desigualdade, dentre outras, prejudicando com certeza a defesa do ente público.

Para finalizar, observa-se que no CPC de Portugal, levando em consideração ser impossível de se afastar toda a desigualdade pela própria natureza das partes, procurou-se atenuar em relação aos prazos diferenciados para o Ministério Público permitindo a extensão do benefício a qualquer das partes, se o juiz vislumbrar a necessidade, nos termos do artigo 569, n.º 4 e 5 do referido diploma.⁷¹

6. A REMESSA NECESSÁRIA: IMPORTANTE PRERROGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA NO BRASIL

Outro tema de bastante interesse, quando se trata da Fazenda Pública em juízo,

67 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Corte Especial). EREsp 180.613/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, DJ 17.12.2004.

68 RÊGO, Bruno Moura de Moraes. Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001. p. 51 e ss.

69 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Pleno, ADI 1.753 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.04.1998, DJ 12.06.1998.

70 ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios Jurídicos: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102 e ss.

71 RODRIGUES, Fernando Pereira. Noções Fundamentais de Processo Civil. Coimbra: Almedina, 2017. p.45.

é a hoje denominada remessa necessária pelo artigo 496 do CPC. No estudo da origem histórica de tal instituto, outrora denominado recurso de ofício, identificou-se seu surgimento no processo penal medievo, com raízes fortes em Portugal, utilizado como uma proteção a figura do réu, quando condenado à pena de morte.⁷² Todavia, para alguns doutrinadores, o reexame necessário teria surgido na Roma Antiga, desenvolvendo-se com a sua cristianização, com o intuito de evitar injustiças ou erros nos julgamentos. Com a Revolução Francesa (1789), teria sido erigido à condição importante para o exercício da democracia.⁷³

A remessa necessária exige que as sentenças proferidas nas hipóteses elencadas pelo CPC devam ser apreciadas por órgão colegiado, independentemente da interposição de recurso, para que produza seus efeitos. Por isso, alguns doutrinadores defendem que tal remessa tenha a natureza jurídica de condição de eficácia da sentença⁷⁴. É oportuno salientar que há figuras similares em ordenamentos jurídicos de diversos outros países estrangeiros.⁷⁵

6.1 Hipóteses de cabimento da remessa necessária

A remessa necessária somente se aplica às sentenças que julgam o mérito contra a Fazenda Pública, ou seja, contra a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e suas autarquias e fundações pública, inclusive suas agências que são consideradas autarquias especiais. Com exceção das ressalvas previstas no artigo 496 do Código de Processo Civil, toda decisão de mérito proferida contra a Fazenda Pública deve sujeitar-se à remessa necessária, ainda que seja apenas relativa a honorários advocatícios.⁷⁶

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que somente se admite a remessa necessária às sentenças relativas ao mérito. Muito já se debateu sobre esse assunto, pois o texto legal dispõe que a remessa necessária é cabível quando a sentença for proferida contra a Fazenda Pública, não constando no texto a palavra mérito. Se a Fazenda for autora da ação e o processo for extinto sem resolução do mérito o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é da mesma forma, ou seja, que não há sentença proferida contra a Fazenda Pública,

72 BARROS, Ennio Bastos de. Os Embargos Infringentes e o Reexame Necessário. Revista Forense, São Paulo, abr/jun, 1976, p. 254 e ss.

73 CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.

74 ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 625.

75 Conforme Araken Assis: "O reexame necessário tem institutos correspondentes no direito comparado. A herança comum representada pelo Código Filipino introduziu o recurso ex officio na América hispânica, em matéria penal, sob a designação de "consulta". Não o ignora, igualmente o processo civil. A obrigatória elevação da sentença de interdição ao tribunal, em "consulta" recebeu previsão nos estatutos de processo das províncias argentinas de Entre Rios (art. 616) e de Jujuy (art. 416). Neste último, posteriormente, se inspirou o legislador federal para introduzir a figura da "consulta" nos arts. 253 e 633 no Código Nacional, também contra a sentença de interdição, inexistindo apelação voluntária. O art. 386 do CPC da Colômbia acolhe nas sentenças condenatórias da Fazenda Pública – outra vez o legado filipino ressaí em vigor e persistência –, ou que decretam a interdição, dentre outros casos. É verdade que, sob a abrangente de "consulta", variam profundamente as fórmulas legislativas, às vezes desfigurando os traços essenciais do instituto. No direito uruguaio, por exemplo, a par da "apelación automática" – equivalente, a rigor à apelação ex officio e a "consulta" ao tribunal, que, no abalizado juízo de Enrique Véscovi, "solo tine fines de control administrativo de la actividad jurisdiccional, pero no modifica la sentencia, ni afecta la coza juzgada". ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 922.

76 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 186 e ss..

não havendo, no caso, necessidade de remessa necessária.⁷⁷ Há uma ideia que ao Judiciário cabe resolver o mérito da causa, que deve prevalecer sobre a forma e isso reflete em todo o sistema, tanto em matéria das prerrogativas, quanto na legitimidade e nas nulidades.

Na ação popular, a remessa necessária não se aplica em relação a sentença que julga procedente o pedido, mas à sentença que a julga improcedente e que a extingue sem a solução do mérito. Assim prevê o artigo 19 da Lei 4.717/1965.

A sentença concessiva de mandado de segurança somente transita em julgado depois de reexaminada pelo órgão colegiado. No caso, o § 1º do artigo 14 da Lei 12.016/2009 prevê que concedida a segurança, é caso de remessa necessária. No mandado de segurança, há previsão de remessa necessária da sentença de procedência independentemente da condição da parte, ou seja, não há necessidade que a decisão seja contra ou a favor da Fazenda Pública. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não se aplicam as hipóteses da remessa necessária ao mandado de segurança sob o argumento de que a norma processual deve prevalecer em detrimento da norma geral.

Da mesma forma, cabe remessa necessária da sentença que acolhe como procedentes os embargos à execução fiscal, no todo ou em parte. No caso de execução não fiscal não cabe a remessa necessária. O inciso II do artigo 496 prevê que cabe a remessa necessária no caso de embargos acolhidos em execução fiscal. Se a execução fiscal tiver sido extinta por razões de mérito fruto de acolhimento de exceção de pré-executividade a sentença da mesma forma sujeita-se à remessa necessária, vez que a situação se assemelha ao julgamento de procedência de embargos do devedor.⁷⁸

Se a sentença for proferida em demanda que a Fazenda Pública figurar como assistente simples do réu, não é o caso de remessa necessária, a não ser que haja pessoa jurídica de direito público na condição de ré. No caso, a remessa se daria não pelo fato da Fazenda Pública ser assistente simples do réu, mas, sim, por haver outro réu ente público.

No caso de sentença arbitral, da mesma forma, não há necessidade de remessa necessária. As pessoas jurídicas de direito público podem submeter-se à arbitragem nos termos do § 1º da Lei 9.307/1996, acrescido pela Lei 13.129/2015. Por se tratar de convenção, não há necessidade de remessa necessária, pois não há sentença contra a Fazenda Pública na questão.

O artigo 496 do Código de Processo Civil prevê, em seus §§ 3º e 4º situações em que a remessa necessária haverá de ser dispensada pelo juiz. A primeira hipótese é em condenação for de valor líquido e certo inferior a 1000 (mil) salários mínimos para a União, suas fundações e autarquias, a 500 (quinhentos) salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, os Municípios que são capitais do

77 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA(2ª Turma). AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, j.05.11.2013, DJe 07.03.2014.

78 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA(2ª Turma). REsp 1.385.172/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j.17.10.2013, DJe 24.10.2013.

Estados e suas autarquias e fundações e a 100 (cem) salários mínimos para os restantes dos Municípios e suas autarquias e fundações. Estão excluídas igualmente as sentenças proferidas em sede de execução fiscal, cujo valor seja inferior a esses mesmos limites, considerando, no caso de reunião de várias execuções, de cada dívida individualmente.

A remessa necessária, da mesma forma, não é cabível quando a sentença tiver fundamento em entendimento firmado em casos repetitivos ou em súmula de tribunal superior. O artigo 928 do CPC considera casos repetitivos a decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas e em recursos especial e extraordinário repetitivos.

No caso de haver recomendação por súmula ou instrução normativa de não de interposição de recurso voluntário pelo órgão da Advocacia Pública respectivo a remessa necessária deverá ser dispensada pelo juiz. Acerca da possibilidade da previsão de dispensa obrigatória por negócio processual, não há essa possibilidade por falta de previsão legal, pois os negócios jurídicos processuais devem ser situados num espaço permitido pelo legislador, não sendo este o caso.

É oportuno ressaltar que, para que se efetive a remessa necessária, o magistrado deve fazer determinação expressa na própria sentença. No caso de não ocorrer a remessa em casos que a lei exige, não se opera o trânsito em julgado da sentença, podendo o presidente do tribunal competente avocar os autos para que seja processada e julgada a respectiva remessa.⁷⁹

No que tange ser possível ou não a interposição de recurso especial em face de acórdão proferido em sede de remessa necessária, o STJ firmou o entendimento que não há preclusão lógica na ausência da apelação, sendo possível a interposição de recurso especial contra acórdão que julga reexame necessário.⁸⁰ No caso, não se avalia a vontade na remessa sendo a falta de sua interposição um ato-fato, ou seja, independe de vontade. Esta observação é importante pelo fato estar presente no CPC o prestígio da autonomia da vontade das partes.⁸¹

Na doutrina portuguesa, deve-se registrar a lição de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA:

Ao contrário do que se poderia pensar, o reforço do papel do juiz consagrado no CPC não significa uma diminuição do espaço para a actuação concertada das partes em processo. O processo civil é um instrumento de que o Estado se serve para a administração da justiça, pelo que não é compreensível um juiz indiferente ao resultado do processo. Mas o processo civil não deixa de ser um processo

79 "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege". (Súmula 423 do Supremo Tribunal Federal).

80 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Corte Especial). REsp905.771/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29.06.2010, DJe19.08.2010.

81 DIDIER JR, Fredie, Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil, In: CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.), Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 19 e ss.

no qual as partes têm uma ampla autonomia, pelo que as mesmas, isoladamente ou em conjunto, possuem amplos poderes de conformação do processo em tudo o que não contenda com interesses de terceiros ou com os poderes do juiz. Aliás, é da conjugação da actuação consensual das partes com o exercício pelo juiz dos seus poderes que se pode esperar um impulso decisivo para o aggiornamento da prática processual civil portuguesa.⁸²

Na doutrina espanhola, afirma-se que a vontade é requisito processual em muitos ordenamentos jurídicos, sendo requisito subjetivo de atos processuais civis na Espanha. De acordo com JAIME GUASP & PEDRO ARAGONESES,

(...)son los que exigen, para que el acto procesal produzca su eficacia normal, que el autor del mismo o, más ampliamente, la persona o personas que en él intervienen puedan realmente verificar el acto em cuestión y quieran de hecho llevarla a cabo, lo cual equivale a decir que hay dos requisitos subjetivos básicos: la aptitude y la voluntad.⁸³

Acredita-se que a remessa necessária é um instituto muito importante para assegurar a certeza nas decisões que envolvam interesse público. Afinal, a coisa pública é de todos e sua preservação é imperativo legal e constitucional. Portanto, quanto mais segura e certa for a decisão que trata do interesse público mais se atenderá o interesse geral da coletividade.

7. O REGIME DE PRECATÓRIOS NA EXECUÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA DO BRASIL

Como os bens públicos são impenhoráveis, não há expropriação na execução intentada em face da Fazenda Pública, devendo os pagamentos decorrentes de tais demandas submeterem ao regime de precatórios, previsto no artigo 100 da CF. A execução contra a Fazenda Pública pode ter fundamento num título judicial ou em um título extrajudicial. No caso de ser título judicial, há cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, nos termos dos artigos 534 e 535 do CPC. Sendo o título extrajudicial propõe-se a execução determinada pelo artigo 910 do CPC. Nas duas hipóteses, é necessário observar-se o regime de precatórios ou de requisição de pequeno valor - RPV previsto no artigo 100 da CF. Os precatórios serão expedidos pelo juiz da execução, na forma da lei.

Cabe ao juiz da execução, ou ao que determinar o cumprimento de sentença, a

82 INSTITUTO PORTUGUÊS DE PROCESSO CIVIL. Sanação da ilegitimidade singular por acordo das partes. Blog do IPPC. Disponível em <https://blogippc.blogspot.pt/2015/02/sanacao-da-ilegitimidade-singular-por.html> Acessado em 10.07.2022.

83 GUASP, Jaime; ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. 7ª ed. Tomo I. Madrid: Editorial Aranzadi S.A, 2005. p. 318 e ss.

elaboração do precatório e o seu encaminhamento para o presidente do Tribunal respectivo com responsabilidade de repassá-lo ao ente devedor para sua inclusão no orçamento. Esta atividade do presidente não possui natureza jurisdicional, segundo entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, mas administrativa. No caso, incorre em crime de responsabilidade o Presidente do Tribunal que por ato omissivo ou comissivo tentar frustrar ou retardar a liquidação de precatório. Os pagamentos requisitados até 1º de julho de cada ano deverão ser pagos até o final do exercício do ano seguinte, nos termos do artigo 100, § 5º da Constituição Federal, com valores devidamente atualizados.⁸⁴

Apesar de existir um regramento constitucional e legal para pagamento do precatório, a maioria dos entes públicos não paga de acordo com as determinações das normas sobre o tema. Mesmo havendo a possibilidade de sequestro diretamente no patrimônio do ente público e de intervenção federal⁸⁵, caso não haja o adimplemento no ano seguinte⁸⁶, o Supremo Tribunal Federal não tem entendido dessa forma, pois vem chancelando por suas decisões o pagamento atrasado, flexibilizando as regras previstas sobre a questão, exigindo-se, por exemplo o descumprimento voluntário.⁸⁷ Então, pode-se afirmar que a intervenção federal foi condicionada à prova do descumprimento voluntário e intencional do ente público, o que dificulta bastante sua efetivação.

Diante de tal situação de inadimplemento generalizado, a Emenda Constitucional 30/2000 extinguiu a antiga prática de se expedir precatórios complementares como compensação da demora no seu pagamento, pois agora há previsão de sua atualização até a data de seu efetivo pagamento. Atualmente, não há possibilidade de expedição de precatório complementar, uma vez efetuado o pagamento. Há ainda a previsão de juros de mora pela demora, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.⁸⁸

Outra medida prevista tendo em foco que se resguarde o titular do precatório contra qualquer medida discriminatória que fira o princípio da igualdade, um dos norteadores tanto da Constituição, quanto do CPC, é a possibilidade de sequestro prevista na CF, quando houver preterição da ordem cronológica dos precatórios. Destarte, os credores preteridos no pagamento de precatórios poderão pleitear a medida de sequestro tendo em vista o recebimento da quantia certa devida, nos termos do § 6º do artigo 100 da CF.⁸⁹ A respeito do tema opinaram no mesmo sentido, tanto LUIZ GUILHERME MARINONI, quanto SÉRGIO CRUZ ARENHART.⁹⁰

Desta forma, há previsão de mecanismos constitucional e legais para se coibir o não pagamento dos precatórios ou que se privilegie determinadas pessoas

84 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Método, 2013, p. 1098.

85 STOCO, Rui. Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios. Vol. 739. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 74 e ss.

86 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 410.

87 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, IF 1.317, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 01.08.2003.

88 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 127439/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 02./08/2013.

89 CANTOARIO, Diego Martinez Fevenza. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: o direito à execução das decisões judiciais após a Emenda Constitucional 62. Curitiba: Juruá, 2014. p. 243.

90 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 411.

em detrimento de outras. Apesar de haver previsão de diversos meios para se garantir a igualdade entre os credores da Fazenda Pública, deve-se recordar que há casos com necessidade de tratamento distinto, já que é um imperativo do Princípio da Igualdade que se deve tratar desigualmente os desiguais, assim sendo, pode-se prever diferenciações desde que observadas a finalidade e a proporcionalidade da previsão.

Por isso, o §1º do artigo 100 da Constituição Federal fez previsão de preferência, por exemplo, no pagamento de créditos alimentícios, razão pela qual estes créditos possuem uma ordem distinta, a princípio mais célere que os créditos gerais. Outra modalidade de tratamento diferenciado diz respeito aos débitos de pequeno valor da Fazenda Pública, que não se submetem ao regime de precatórios. O § 3º, do artigo 100 da CF determina expressamente que

(...)o disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.⁹¹

No plano Federal, o valor fixado como sendo de pequeno valor está previsto no § 1º do artigo 17, combinado com o caput do artigo 3º da Lei 10.259/2001 que estabeleceu como teto o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, cumprindo cada ente federado fixar um valor em lei. Ainda, a CF, no § 12, do artigo 97 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que, enquanto os Estados e o Distrito Federal não instituem suas respectivas leis, o teto será de 40 (quarenta) salários mínimos e para os Municípios 30 (trinta) salários mínimos.

Deve-se acreditar que o atual modelo, apesar das suas dificuldades, atende a finalidade da cautela que se deve ter com o trato da coisa pública e com a estabilidade da administração que, assim, pode planejar e remanejar seu orçamento levando em conta os valores dos precatórios. Permitirem-se penhorar valores nas contas correntes do tesouro ou penhorar os bens do Estado que possui finalidades sociais, traria o caos total na administração, prejudicando todos os setores da sociedade pela insegurança e falta de possibilidade de se planejar pagamentos e de se eleger prioridades.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se demonstrar que o deferimento de prerrogativas para o Estado em juízo é usual nas legislações pátrias em geral e acreditamos esta ser a melhor medida, devido ao interesse público envolvido na questão. A Igualdade não pode ser confundida com igualitarismo, nem ser uma palavra talismã que tudo se justifica, não levando em conta as desigualdades decorrentes da própria natureza das coisas.

⁹¹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal> Acessado em 10.07.2022.

No Brasil, com a entrada em vigor do Novo CPC, as prerrogativas da Fazenda Pública receberam novos contornos, todavia, na prática, não se verificaram importantes alterações nas prerrogativas do ente público em juízo, pois o que houve, na maioria dos casos, foi se firmar no CPC o entendimento já consolidado nas questões pelos tribunais, mas nenhuma mudança que pode se dizer brusca ou que alterou o sistema de prerrogativas. O que houve, em muitos casos, foi desburocratização ou facilidades para a celeridade dos processos com mecanismos de auto composição e eliminação de entraves como uma generalizada remessa necessária no âmbito das execuções fiscais por exemplo.

Apesar de demonstrados diversos benefícios que a Fazenda Pública possui em juízo, amplamente criticados por supostamente ferir o princípio da igualdade, não se vislumbra tal ocorrência. Entretanto, deve-se acreditar que a melhor solução seria a existência de uma possibilidade de flexibilização na aplicação das normas e o deferimento de algumas prerrogativas avaliadas no caso concreto. Apesar da Advocacia Pública ter se desenvolvido muito desde a Constituição de 1988 ainda há muito a se desejar em matéria de estrutura e de prerrogativas para enfrentar em juízo forças políticas e interesses econômicos. Por isso, a necessidade de uma vigilância maior quando se trata dos recursos públicos que podem ser drenados na forma de processos judiciais desproporcionais e de valores vultosos. No caso, um verdadeiro estelionato ou enriquecimento ilícito mediante processo. O processo visa atender a finalidade de dar a cada um o que é seu, não podendo ser um meio escuso de promoção de interesses não republicanos, no sentido de coisa pública. Além disso, nos municípios brasileiros, na sua quase totalidade, o sistema de defesa em juízo é precário, não havendo na esmagadora maioria uma carreira de advogado público concursada.

Deve-se reafirmar ainda a necessidade do sistema de defesa do Estado e dos recursos públicos serem tratados de forma cuidadosa, por se tratarem de direitos indisponíveis e do interesse geral.

Apesar de demonstrados diversos benefícios que a Fazenda Pública possui em juízo, amplamente criticados por supostamente ferir o princípio da igualdade, não se vislumbra tal ocorrência. Entretanto, deve-se acreditar que a melhor solução seria a existência de uma possibilidade de flexibilização na aplicação das normas e o deferimento de algumas prerrogativas avaliadas no caso concreto. Apesar da Advocacia Pública ter se desenvolvido muito desde a Constituição de 1988 ainda há muito a se desejar em matéria de estrutura e de prerrogativas para enfrentar em juízo forças políticas e interesses econômicos. Por isso, a necessidade de uma vigilância maior quando se trata dos recursos públicos que podem ser drenados na forma de processos judiciais desproporcionais e de valores vultosos. No caso, um verdadeiro estelionato ou enriquecimento ilícito mediante processo. O processo visa atender a finalidade de dar a cada um o que é seu, não podendo ser um meio escuso de promoção de interesses não republicanos, no sentido de coisa pública. Além disso, nos municípios brasileiros, na sua quase totalidade, o sistema de defesa em juízo é precário, não havendo na esmagadora maioria uma carreira de advogado público concursada. Deve-se reafirmar ainda a necessidade do sistema de defesa do Estado e dos recursos públicos serem tratados de forma cuidadosa, por se tratarem de direi-

tos indisponíveis e do interesse geral.

É muito antiga a noção que o todo vem antes das partes, remontando esta ideia a Aristóteles que já falava sobre o primado do interesse público, onde haveria a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessidade de subordinação e até, se for o caso, de supressão, do segundo ao primeiro bem como deve ser irreduzível o bem comum à soma dos bens individuais.⁹² O interesse público é identificado com a noção de bem comum e reveste-se de valores na medida que se preocupa com a dignidade do ser humano. O interesse é público porque beneficia a coletividade administrada, não os entes que a exercem a atividade. A supremacia do público não significa que os interesses do Estado em juízo devem sempre se impor em face dos interesses dos indivíduos. No caso, o Estado são todos e não um ente destacado com vida alheia aos administrados. Por isso que o sistema que prevê prerrogativas processuais da Fazenda Pública em juízo atende o Princípio da Igualdade no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. No mundo civilizado há um sistema de prerrogativas do Estado em juízo, conforme já demonstrado quando se discorreu acerca Direito Comparado. Isto significa que há um consenso geral desta necessidade, não constituindo um privilégio odioso ou indevido. Todavia, a forma que se apresentam estas prerrogativas devem ser adaptadas aos tempos e as necessidades com razoabilidade, proporcionalidade e tendo em vista a finalidade, que é a defesa do interesse público e do erário.

O alto grau de litigiosidade envolvendo a Fazenda Pública é outro fator que dever ser levado em consideração. No Brasil, o ente público é o maior réu, tanto em termos numéricos, quanto em termo de valores e a não observação de tal premissa pode destruir o erário em prejuízo de todos. A *res publica* não pode ser tratada como *res nullius*. Além do mais, deve-se reconhecer ainda que seria um terrível erro, levando em conta o princípio da separação dos poderes, não se permitir ao Poder Executivo defender suas opções político-administrativas de forma eficiente, onde a Administração Pública estivesse totalmente desprotegida pela lei, sob pena de se instaurar um governo da magistratura. O governo deve se pautar pela legalidade, mas exercido por quem foi escolhido nas urnas, na forma da Constituição e do ordenamento jurídico.

As prerrogativas são uma forma de abrandar a não criação de foros administrativos, no âmbito da própria administração, para julgamento de causas que envolvam o Estado, como se pode claramente vislumbrar no exemplo da legislação da França no que tange ao assunto. Na França, a interferência do Judiciário em matérias e assuntos da Administração Pública são bem menores, preservando a autonomia dos Poderes com mais intensidade, mesmo havendo um sistema de freios e contrapesos. No Brasil, há uma grande interferência e ativismo judicial em matéria administrativa, pois muitas vezes o Judiciário decidindo políticas públicas em substituição de outros poderes.

Para se tratar das prerrogativas do Estado em juízo, apesar de se defender, neste trabalho acadêmico, que as prerrogativas estatais, simplesmente por existirem,

⁹² BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 24 e ss.

não ferem o princípio da igualdade, acredita-se que a melhor medida é a construção da Corte Constitucional da Alemanha “(...)no sentido de considerar que uma lei, em virtude das circunstâncias de fato, pode vir a se tornar inconstitucional, não o sendo porém enquanto as circunstâncias de fato não se apresentar com a intensidade para que se tornem inconstitucionais.”⁹³ Esta forma seria uma solução para se analisar no seu tempo e na realidade do momento o que seria inconstitucional e abusivo e o que seria legítimo, no sentido de proteção do interesse público.

Para finalizar, cite-se MARIA JOSÉ CAPELO, a qual aponta um caminho para se pensar nos grandes desafios do processo civil, incluindo o tratamento do Estado em juízo, quando mostra que a forma da evolução e adaptação das leis ao interesse público pode estar implícita no próprio CPC, quando, a respeito dos Códigos do Brasil e de Portugal, afirma:

No que diz respeito a técnica legislativa, em ambos os Códigos, o processo civil, é regulado mediante a utilização de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais. Esta técnica exigirá um grande esforço na eleição dos critérios concretizadores e densificadores. O desafio é grande tanto para os práticos como para os teóricos⁹⁴

Interessante assinalar, levando em consideração os exemplos das diversas prerrogativas que o Estado brasileiro possui em juízo, que a referida solução já está sendo colocada em prática, pois observa-se que, por exemplo, no caso do reexame necessário e dos prazos, o entendimento de se deferir ou não a prerrogativa se deu, muitas vezes, na sua aplicação não por uma previsão legal expressa, mas, sim, por interpretação, ou seja, levando em conta a situação concreta da igualdade, razoabilidade, finalidade e proporcionalidade para se deferir ou não a prerrogativa prevista em lei genericamente.

Desta forma, o CPC, alicerçado pela Constituição, princípios, bom senso, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, permite que se adapte o processo civil para enfrentar os novos desafios que sempre surgem com o passar do tempo, adaptando as soluções às novas realidades ou ao zeitgeist, sem que se procedam a contínuas, intermináveis e desnecessárias modificações legislativas no ordenamento jurídico para se resolver situações que podem ser solucionadas com as normas já existentes.

93 MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 334.

94 CAPELO, Maria José. Principais novidades sobre provas no Novo CPC Português. Palestra proferida no Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, na cidade de Coimbra, em 25 de fevereiro de 2016.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A Justiça Administrativa. 15ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

ARENHART, Sérgio Cruz, MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios Jurídicos: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROS, Ennio Bastos de. Os Embargos Infringentes e o Reexame Necessário. Revista Forense 254, São Paulo, vol 60, abr/jun, 1976.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRITO, Wladimir. Lições de Direito Processual Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.). Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. II. 3.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CANTOARIO, Diego Martinez Fevenza. Execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: o direito à execução das decisões judiciais após a Emenda Constitucional 62. Curitiba: Juruá, 2014.

CAPELO, Maria José, Principais novidades sobre provas no Novo CPC Português. Colóquio Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 25 de fev de 2016.

- CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. 8ª ed. Lisboa: Âncora, 2005.
- CONSTANTINO, Di Giorgio. Le garanzie, in Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile. In: Quaderni di Questione Giustizia, Franco Angeli, 2000.
- CORREIA, Sérvulo. Direito do Contencioso Administrativo. Lisboa: Lex, 2005.
- CORREIA, Sérvulo. A reforma do contencioso administrativo e as funções do Ministério Público: separata de Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CORREIA, Sérvulo. A representação das pessoas colectivas públicas na arbitragem administrativa: separata de Estudos de Direito da Arbitragem em homenagem a Mário Raposo. Lisboa: Universidade Católica, 2015.
- COUTURE, Eduardo. Introdução ao Estudo do Processo Civil. Lisboa: Jornal do Fôro, 1952. CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- DIAS, João Paulo; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (coordenadores). O Papel do Ministério Público: estudo comparado dos países latino-americanos. Coimbra: Almedina, 2008.
- DIDIER JR. Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. Blo do IPPC. Disponível em <https://blogippc.blogspot.pt/2015/02/sanacao-da-ilegitimidade-singular-por.html>. Acessado em: 10 jul. 2022.
- FERRAZ, Cristina. Prazos no Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GUASP, Jaime, ARAGONESES, Pedro. Derecho Procesal Civil. 7ª Ed. Tomo I. Madrid: Editorial Aranzadi S.A, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MATOS, Manuel Augusto de. O Ministério Público e a representação do Estado na jurisdição administrativa: o anteprojecto de revisão do CPTA e do ETAF em debate. Lisboa: AAFDL, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson, O Benefício da Dilatação do Prazo para o Ministério Público no Direito Processual Civil Brasileiro In: Revista de Processo, São Paulo, nº 30, 1983.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo:

Método, 2013.

NOBREGA, Flóscolo da. Introdução do Direito. 5ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

PEREIRA, Hélio do Valle. Manual da Fazenda Pública em Juízo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RÊGO, Bruno Moura de Moraes. Ação Rescisória e a Retroatividade das Decisões de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.

RODRIGUES, Fernando Pereira. Noções Fundamentais de Processo Civil. Coimbra: Almedina, Coimbra, 2017.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

STEIN, Friedrich. El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio em ambos procesos. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1973.

STEPHEN, Subrin; MARTHA, Minow; MARK, Brodin; THOMAZ, Main. Civil Procedure: Doctrine, Practice and Context. New York: Aspen Law & Business, 2000.

STOCO, Rui, Os precatórios judiciais e a intervenção no Estado ou Municípios. Revista dos Tribunais. 739: 70-85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REIS, Alberto do. Clássicos Jurídicos: Código de Processo Civil anotado. Vol. I. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Nulidades do Processo Civil e da Sentença. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional de Portugal

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 608/99. Processo n.º 473/97. Relator: Paulo Mota Pinto. Lisboa: Tribunal Constitucional de Portugal. 09.nov.1999. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19990608.html> Acesso em: 10 jul. 2022.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n.º 412/2000. Proc.º nº 975/98. Rel.: Cons.º Luís Nunes de Almeida. Lisboa: Tribunal Constitucional de Portugal. 04.out.2000. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20000412.html> Acesso em: 10 jul. 2022.
Supremo Tribunal Federal

BRASIL. Superior Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário 94.960/RJ.

Relator: Min. Rafael Mayer, 24 nov 1981. Diário da Justiça 08.10.1982.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Pleno, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.753 MC/DF, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 16 abr. 1998, Diário da Justiça 12.06.1998.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Pleno, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 2.130-AgR/SC, Relator: Min. Celso de Mello, j. 03.10.2001, Diário da Justiça 14.12.2001.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Intervenção Federal 1.317, Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Diário da Justiça 01.08.2003.

BRASIL. Superior Tribunal Federal, Pleno, Suspensão de Liminar 172 AgR-ED, Relator: Min. Cezar Peluso, j. 09.12.2010, Diário da Justiça eletrônico 09.02.2011.

Superior Tribunal de Justiça

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Agravo 297.723/SP, Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 08.06.2000, DJ 14.08.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma). Recurso Especial 363.780/RS, Relator: Min. Paulo Galotti, j. 27.08.2002, DJ 02.12.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Corte Especial). EREsp 180.613/SE, Relator: Min. Eliana Calmon, j. 17.11.2004, DJ 17.12.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial 905.771/CE, Relator: Min. Teori Zavascki, j. 29.06.2010, Diário da Justiça eletrônico 19.08.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 127439/PR, Relator: Min. Castro Meira, Primeira Seção, Diário da Justiça eletrônico 02./08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2ª Turma). Recurso Especial 1.385.172/SP, Relator: Min. Eliana Calmon, j. 17.10.2013, Diário da Justiça eletrônico 24.10.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 335.868/CE, Relator: Min. Herman Benjamin, j. 05.11.2013, Diário da Justiça eletrônico 07.03.2014.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

Ac. - Acórdão

ADI - Ação Declaratória de Inconstitucionalidade AG - Agravo

AgRg - Agravo Regimental

AREsp - Agravo em Recurso Especial ATC - Acórdão do Tribunal Constitucional

CF - Constituição Federal do Brasil

CPC - Código de Processo Civil

CPTA - Código de Processo nos Tribunais Administrativos CRP - Constituição da República Portuguesa

IF - Intervenção Federal MC - Medida Cautelar MP - Ministério Público

RE - Recurso Extraordinário REsp - Recurso Especial

SL - Suspensão de Liminar

STF - Supremo Tribunal Federal STJ - Superior Tribunal de Justiça

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
LATIN LEGUM MAGISTER (LLM)
PROCESSO E RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Proposta de mérito ao Tema 1071 do Supremo Tribunal Federal

Ronald Christian Alves Bicca¹

RESUMO

A partir da demonstração da função da repercussão geral no ordenamento processual brasileiro, percebe-se a relevância da questão discutida no Tema 1071 do Supremo Tribunal Federal, ainda sem julgamento de mérito, o que impactará em todas as esferas da Administração Pública, notadamente quanto aos efeitos da superveniência do regime de previdência complementar para servidores públicos que tiverem ingressado antes de sua instituição. O presente artigo pretende demonstrar, com suporte no § 16 do artigo 40 da Constituição da República de 1988, qual a interpretação mais adequada, desenhada pela legislação, doutrina e outros julgados que discutiram a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Servidor público. Regime próprio de previdência. Regime de previdência complementar. Tema 1071 do STF.

INTRODUÇÃO:

O Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral a um recurso extraordinário que interessa a servidores e gestores de todas as esferas da Administração Pública. Numerado como Tema 1071, nele se analisa qual o significado de serviço público para a aplicação dos efeitos limitadores da previdência complementar àquele que tiver ingressado antes de sua instituição.

Na questão apresentada, discute-se a possibilidade de se diferenciar entes federativos, ainda que o § 16 do artigo 40 da Constituição da República não tenha feito essa distinção.

Ao longo do desenvolvimento que integra os próximos capítulos, apresentam-se o contexto que desencadeou o Tema 1071, a importância da tese a ser fixada, bem como o complexo normativo e doutrinário que contornam o tema, a partir de pesquisa legislativa e doutrinária.

Também integram a análise a decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tópico, apontada na manifestação que reputou constitu-

¹ Advogado público e privado, Procurador do Estado de Goiás em Brasília e mestre em História do Direito pela Universidade de Coimbra, <http://lattes.cnpq.br/7076282678263525>, e-mail ronaldbicca@gmail.com

cional e reconheceu repercussão geral ao recurso extraordinário, e julgados de primeiro e segundo graus que discutiram a tese.

Ao final, sem a pretensão de esgotar o tema e as múltiplas abordagens possíveis, a conclusão apresenta a proposta de resolução de mérito que parece mais adequada ao caso e à regra constitucional que disciplina a matéria.

1. FUNÇÃO DAS TESES DA REPERCUSSÃO GERAL

O artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil², vincula as decisões de juízes e tribunais aos acórdãos produzidos pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de recurso extraordinário, que somente é admitido quando – além de reputada a questão constitucional – há o reconhecimento da repercussão geral³ da matéria, sob a perspectiva econômica, política, social ou jurídica⁴.

Embora seja criticável a subsunção da *ratio decidendi* a uma tese simples, consideradas as complexidades fáticas e jurídicas de cada caso, é evidente a importância que o tema adquire no sistema processual brasileiro (que empresta ao civil law procedimentos do sistema de precedentes do common law), por isso “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida”⁵.

Analisada a questão, os efeitos se estendem aos processos em tramitação que versarem sobre questão idêntica. Aos tribunais, por exemplo, impõe-se a negativa de seguimento a recurso excepcional que discuta questão constitucional com recusa preexistente de repercussão geral ou se oponha a “acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral”⁶. Por outro lado, devem encaminhar “o proces-

2 Código de Processo Civil: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;”

3 Constituição da República de 1988: “Art. 102 [...] § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

4 Código de Processo Civil: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.”

5 Código de Processo Civil: “Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso. Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.”

6 Código de Processo Civil: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: I – negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercus-

so ao órgão julgador para realização do juízo de retratação”, quando o acórdão recorrido divergir da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal.⁷

Isso não dispensa ao intérprete a demonstração do enquadramento da hipótese em julgamento aos contornos apresentados pela Corte Constitucional, fundamentando adequadamente sua aplicação ao caso concreto. Para tanto, não pode se limitar à invocação da tese, sem a comprovação de que o processo apresenta as mesmas premissas que levaram à conclusão analisada sob a repercussão geral. ⁸Tal apresentação – aderência, distinção ou superação –, por se tratar de precedente vinculante e sob pena de nulidade⁹, deve restar evidente na justificação da decisão – sentença ou acórdão – que orientar-se pela tese assentada pelo Supremo Tribunal Federal, consoante o artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.¹⁰

A função substancial dessas formalidades não é a supressão do livre convencimento do juiz, mas atribuir ao ordenamento a unidade e a segurança jurídica que decisões conflitantes não permitem (em temas julgados pelas cortes de vértice), em prejuízo da confiança do jurisdicionado na coerência no sistema de justiça e na previsibilidade do provimento judicial.

É nesse cenário que se insere o Tema 1071.

2. O TEMA 1071

O Tema 1071 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal tem por *leading case* o Recurso Extraordinário nº 1050597. Na origem (processo nº 5001263-63.2016.4.04.7116), o autor propôs ação de procedimento comum – em maio de 2016 – contra o Instituto Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Sul e a União, distribuída à 1ª Vara Federal de Cruz Alta e convertida em procedimento do Juizado Especial Cível na Seção Judiciária do referido estado.

Em síntese inicial, relatou ter ingressado no serviço público estatutário municipal em 22 de agosto de 2008 e nele permaneceu até 16 de maio de 2013. Em 17 de

são geral;”

7 Código de Processo Civil: “Art. 1.030. [...] II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;”

8 VIANA, Antonio Aurélio de Souza. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

9 Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”

10 Código de Processo Civil: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

maio de 2013, tomou posse no cargo efetivo federal, mas foi surpreendido com a limitação da base de cálculo de sua contribuição – do regime próprio de previdência social (RPPS) – ao valor equivalente ao teto de benefício do Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

A razão para tanto, segundo se discute no processo, foi a desconsideração do tempo de ente federativo diverso da União para os fins do § 16 do artigo 40 da Constituição da República de 1988, na redação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998. Em outras palavras: a ressalva dirigida aos servidores que tenham ingressado no serviço público antes da instituição do Regime de Previdência Complementar (no caso do Poder Executivo, antes de 4 de fevereiro de 2013) não contempla mudança de ente federativo, a exemplo da migração do município para a União.

Os réus justificaram a exclusão do tempo de serviço público em outro ente federativo, ainda que sem interrupção, pelo que consta dos artigos 1º, §1º, e 2º, inciso II e parágrafo único, da Orientação Normativa nº 8, de 1º de outubro de 2014, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 2 de outubro de 2014, da Secretária de Gestão Pública (SEGEP) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG)¹¹, assim redigidos:

Art. 1º Ficam estabelecidas orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração federal (SIPEC) quanto ao correto entendimento a ser adotado no que tange ao regime de previdência complementar instituído pela Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, especificamente quanto ao ingresso de servidores públicos oriundos de outros entes da federação e servidores públicos egressos de carreiras militares.

§ 1º Consideram-se servidores egressos de outros entes da federação, para os fins de que trata esta Orientação Normativa, aqueles oriundos de órgãos ou entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios que passaram a ocupar cargo público federal do Poder Executivo federal. [...]

Art. 2º Estão sujeitos ao regime de previdência complementar de que trata a Lei nº 12.618, de 2012, e conseqüentemente, terão suas contribuições previdenciárias submetidas ao limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social:

¹¹ A Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 8, de 2014, foi revogada pela Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 2, de 13 de abril de 2015, publicada no DOU de 17 de abril de 2015, mas a disciplina quanto ao ponto permaneceu idêntica.

I- os servidores públicos federais que ingressaram ou ingressarem em cargo público efetivo no Poder Executivo federal a partir de 4 de fevereiro de 2013;

II- os servidores públicos federais egressos de órgãos ou entidades de quaisquer dos entes da federação mencionados no § 1º art. 1º desta Orientação Normativa que ingressaram ou ingressarem em cargo público efetivo do Poder Executivo federal a partir de 4 de fevereiro de 2013; [...]

Parágrafo único. O disposto nos incisos II e III deste artigo aplica-se inclusive aos servidores que tenham tomado posse e entrado em exercício no respectivo órgão ou entidade federal sem solução de continuidade com o vínculo anterior.

Após os trâmites regulares do feito, os pedidos foram julgados improcedentes em sentença de setembro de 2016. Em recurso inominado, a sentença foi mantida pela 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio Grande do Sul, em dezembro do mesmo ano.

Inconformado, o autor interpôs recurso extraordinário, admitido e remetido ao Supremo Tribunal Federal, sendo designado como relator o Ministro Edson Fachin. Em 31 de outubro de 2019 (acórdão publicado em 12 de outubro de 2020), seguido à unanimidade, o relator reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral, sob as premissas seguintes:

A controvérsia em tela consiste na definição do termo “ingressado no serviço público”, à luz do art. 40, § 16, do Texto Constitucional, para fins de definição do direito de opção do servidor público federal, oriundo de cargo público de outro ente da federação, ao novo regime de previdência complementar ou pela permanência no antigo, visto que não há referência expressa no dispositivo constitucional a qualquer ente federado.

Em outras palavras, trata-se de se definir o alcance da expressão “ingressado no serviço público”, para fins de opção quanto ao regime de previdência a ser adotado, considerando-se ou não o vínculo anterior com o serviço público distrital, estadual ou municipal.

Registre-se que esta Suprema Corte já enfrentou a situação dos au-

tos em sessão administrativa realizada em 29.11.2017, nos autos do Processo Administrativo 353.844, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, ocasião em que se reconheceu a “possibilidade de manutenção do regime previdenciário dos servidores oriundos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que, sem interrupção, ingressaram no Supremo Tribunal Federal após a criação da FUNPRESP-JUD”.

Na manifestação que reconheceu a repercussão geral, entre outras abordagens próprias ao caso, o Ministro Edson Fachin faz referência à posição administrativa da Corte, adotada em 2 de novembro de 2017, em sentido contrário ao julgado recorrido, ou seja, considerando o ingresso nos entes federativos diversos como tempo de serviço público para a finalidade do § 16 do artigo 40 da Constituição da República.

Para se compreender esse cenário constitucional, é necessária uma visão breve das alterações da Lei Maior e do seu significado.

3 SÍNTESE HISTÓRICA

O regime próprio de previdência social do servidor público (RPPS), previsto no artigo 40 da Constituição da República de 1988, passou por várias mudanças, desde sua redação original.¹² Embora se esteja na versão da Emenda Constitucional nº 103, de 2019, os aspectos que importam ao conhecimento do plano normativo se mantêm desde 1998.

Com efeito, a possibilidade de instituição de regime de previdência complementar (RPC) aos servidores públicos foi estabelecida pela Emenda Constitucional 20, de 1998, que inseriu os §§ 14 e 15¹³ no artigo 40 da Constituição da República de 1988¹⁴.

Nesse caminho, os servidores que ingressassem no serviço público (em sentido lato) antes da publicação do ato de instituição do RPC, não seriam submetidos à disciplina dos §§ 14 e 15, pois foram imunizados pelo § 16 do artigo 40.¹⁵

12 O regime próprio de previdência do servidor público foi objeto das emendas constitucionais nº: 3, de 1993; 20, de 1998; 41, de 2003; 47, de 2005; 70, de 2012; 88, de 2015; e 103, de 2019.

13 O § 15 sofreu alteração com a EC 41/2003.

14 Constituição da República de 1988: “Art. 40 [...] § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art.

201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)”

15 Constituição da República de 1988: “Art. 40 [...] § 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. (Incluído

Como se constata desse contexto normativo, o limitador de benefício (e consequente base de cálculo da contribuição previdenciária) foi autorizado, desde que em funcionamento o regime suplementar, garantindo-se aos que tivesse ingressado no serviço público a manutenção das regras anteriores, a menos que optassem expressamente pelo novo regime. Essa a razão da ressalva do § 16 à aplicação dos §§ 14 e 15 aos servidores antigos.

A Lei 12.618/2012, que em nenhum dos seus artigos contrariou essa orientação¹⁶, autorizou a criação das fundações de previdência complementar do servidor público federal encarregadas de administrar os planos de previdência complementar dos servidores, denominadas Funpresp-Exe, Funpresp-Leg e Funpresp-Jud (art. 4º). No seu artigo 26¹⁷, estabeleceu o prazo de 240 dias para o início do seu funcionamento, após a publicação da aprovação pelo órgão fiscalizador; no artigo 31¹⁸, determinou que em até 180 dias seriam criadas as fundações.

Esclarecendo o momento em que a opção do parágrafo único do artigo 1º se tornaria realidade, o artigo 30 da referida lei considerou a data de publicação – pelo órgão fiscalizador – da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios.

No caso do Poder Executivo, o teto do RGPS passou a ser aplicado a partir de 4 de fevereiro de 2013, data da publicação no Diário Oficial da União da Portaria MPS/PREVIC/DITEC nº 44, de 31 de janeiro de 2013.

O que parecia simples para os servidores que ingressaram antes da publicação mencionada no parágrafo acima, considerando a clareza do § 16 do artigo 40 da Constituição, tornou-se sujeito a interpretações divergentes quanto à amplitude da ressalva aos servidores egressos de entes federativos diversos da União. Disso resulta o Tema 1071, em análise pelo Supremo Tribunal Federal.

5 QUE TIVER INGRESSADO NO SERVIÇO PÚBLICO

Para se compreender o alcance da ressalva do § 16 do artigo 40 da Constituição, é preciso conhecer a sua literalidade, que afirma:

Art. 40. [...]

§ 16 – Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar.

pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)”

¹⁶ Nesse sentido o parágrafo único do artigo 1º e o artigo 3º inciso II, da Lei 12.618/2012.

¹⁷ Lei 12.618/2012: “Art. 26. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão entrar em funcionamento em até 240 (duzentos e quarenta) dias após a publicação da autorização de funcionamento concedida pelo órgão fiscalizador das entidades fechadas de previdência complementar.”

¹⁸ Lei 12.618/2012: “Art. 31. A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud deverão ser criadas pela União no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da publicação desta Lei, e iniciar o seu funcionamento nos termos do art. 26.”

Nos §§ 14 e 15 do artigo 40, na redação (vigente na época da instituição do regime complementar) da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, consta:

Art. 40. [...]

§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

A regra é clara, não se submete aos efeitos limitadores de contribuição e benefício, equivalente ao teto do RGPS, o servidor “que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar”.

A omissão em qualificar onde se deu o ingresso, portanto sem diferenciar entes federativos, não representa lacuna carente de interpretação. Antes, define que essa diferenciação não é possível.

Tanto é verdade que, ao decidir o processo administrativo nº 353.844 em sessão plenária de 29 de setembro de 2017, portanto antes da afetação do Recurso Extraordinário nº 1050597 (Tema 1071), o Supremo Tribunal Federal aplicou a reserva constitucional para seus servidores egressos dos estados, municípios e do Distrito Federal.

Do voto do relator, extraem-se os seguintes trechos, constantes da ata da referida sessão administrativa:

A redação do caput do art. 40 da Carta Política constitui um norte interpretativo inicial. Um topos dentro do sistema jurídico argumentativo.

Referido dispositivo, ao instituir, para os servidores titulares de cargos efetivos, um regime de previdência de caráter contributivo e solidário mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, o faz, de maneira indistinta, para os integrantes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. E, em nenhum dos vinte e um parágrafos, se indica, de forma veemente, se esses servidores deverão ser tratados diferenciadamente a depender do ente federativo a que se encontrem vinculados.

Pelo contrário. Após indicar, na cabeça do art. 40, que estava a se referir aos servidores da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o texto constitucional somente volta a se referir aos indivíduos atingidos pela norma como “servidores públicos”, o que permite compreender que em momento algum o legislador pretendeu fazer distinção entre entes da Federação para esse fim. [...]

Como se vê, o termo “serviço público” é empregado, tanto por um como por outro, de forma genérica, donde se tira que, inexistindo restrição clara ou específica exigência de vinculação a determinado ente federativo, o sentido a ser conferido à expressão em comento deverá ser o mais largo possível.

Ante todo o exposto, alinho-me à manifestação lançada nos autos pelo saudoso Ministro Teori Zavascki para assentar que os servidores ocupantes de cargo efetivo egressos de outros entes da Federação – estados, Distrito Federal e municípios – que ingressarem no Supremo Tribunal Federal, sem solução de continuidade, depois de implantado o Funpresp-Jud, cujo marco temporal é a publicação da Portaria PREVIC nº 559 (DOU de 14/10/2013), que regulamenta o Plano de Benefícios do Judiciário da União, do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público, devem ser mantidos no Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) sem a limitação ao teto do regime geral, sendo-lhes facultado, entretanto, exercer a opção do art. 40, § 16, da Constituição Federal para aderir ao regime de previdência complementar.

Qualquer dúvida remanescente sobre esse procedimento parece ficcional, porque as regras constantes da esfera infraconstitucional são igualmente evidentes.

De fato, a combinação legislativa sobre os limites temporais não deriva de alternativas sutis à leitura do § 16 do artigo 40 da Lei Maior, que é de redação fácil; se outros passos fossem necessários, combinam o artigo 4º, inciso I, da Lei 10.887/2004¹⁹, com os artigos 1º, § 1º, 3º, inciso II, e 30 da Lei 12.618/2012²⁰.

Os destaques – nas regras acima – esclarecem: o servidor, que tenha ingressado no serviço público antes da instituição do respectivo Regime Complementar, não será submetido ao teto contributivo e de benefício do RGPS (regime do artigo 201 da Constituição).

É o caso do paradigma do Tema 1071, pois o servidor ingressou no serviço público estatutário municipal em 22 de agosto de 2008 (sem previdência complementar), portanto antes de 4 de fevereiro de 2013, momento vinculativo aos efeitos do regime de previdência complementar (RPC) na esfera federal. No município ele permaneceu até 16 de maio de 2013 e foi empossado em 17 de maio do mesmo ano, sem interrupção do vínculo efetivo, no cargo estatutário do Instituto Federal de Educação Tecnológica do Rio Grande do Sul.

A expressão “correspondente” inserida no § 16 do artigo 40 da Carta Magna apenas confirma a proteção ampla, porque resguardou todos os que entraram para o serviço público quando não havia correspondente Regime de Previdência Complementar. A relação de correspondência não é com a existência ou não da previdência suplementar para o cargo federal, quando da posse neste, mas da existência ou não para o cargo em que “tiver ingressado” (passado); do contrá-

19 Lei 10.887/2004 (alterada pelo artigo 29 da Lei 12.618/2012): Art. 4º. A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidentes sobre: I – a totalidade da base de contribuição, em se tratando de servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo e não tiver optado por aderir a ele;”

20 Lei 12.618/2012: “Art. 1º. É instituído, nos termos desta Lei, o regime de previdência complementar a que se referem os §§ 14, 15 e 16 do art. 40 da Constituição Federal para os servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, suas autarquias e fundações, inclusive para os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e do Tribunal de Contas da União. 1º Os servidores e os membros referidos no caput deste artigo que tenham ingressado no serviço público até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar poderão, mediante prévia e expressa opção, aderir ao regime de que trata este artigo, observado o disposto no art. 3º desta Lei. (...) Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público: I – a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios; e II – até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal. [...] Art. 30. Para os fins do exercício do direito de opção de que trata o parágrafo único do art. 1º, considera-se instituído o regime de previdência complementar de que trata esta Lei a partir da data da publicação pelo órgão fiscalizador da autorização de aplicação dos regulamentos dos planos de benefícios de qualquer das entidades de que trata o art. 4º desta Lei.”

rio, a proteção do § 16 restaria esvaziada

Veja-se que o art. 4º da Lei 10.887, de 2004, em aplicação conjunta com os artigos 1º e 30 da Lei 12.618, de 2012, não deixa dúvida de que o teto do Regime Geral será obrigatoriamente aplicado àqueles que ingressarem no serviço público após a data de funcionamento da fundação de previdência.

Em outras palavras: somente os novos servidores públicos, assim como aqueles que manifestem expressamente a adesão ao novo regime, ficam sujeitos a um limite nas suas contribuições sociais para a previdência, podendo, facultativamente, realizar recolhimentos complementares para as entidades fechadas de previdência complementar, cuja criação foi autorizada pela Lei 12.618, de 2012.

É dizer: na submissão do servidor aos efeitos dos §§ 14 e 15 do artigo 40 da Constituição, sem observar o ingresso anterior no serviço público estatutário municipal como cláusula protetora, viola-se diretamente o § 16 do mesmo artigo da Lei Maior.

6 ENTE FEDERATIVO DIVERSO

A Administração Pública, nos termos dos artigos 18 e 37 da Constituição Federal, abrange a Administração Direta e Indireta, que compreende os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios²¹. A Lei Maior ainda dispõe que é vedado aos entes federativos criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si, de forma que todos devem ser tratados como iguais.²²

Os servidores públicos sujeitos a estatuto próprio são submetidos a algumas regras previstas na Constituição, devendo obedecer, entre outras, às exigências de concurso público para ingresso (37, II) e à proibição de acumular cargos, empregos e funções. Por fim, o artigo 40 da Constituição da República dispôs de Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) para os titulares de cargo efetivo de cada ente federativo. Dessa forma, o tempo estatutário junto aos órgãos de outros entes federativos é formalmente qualificado como serviço público.

21 Constituição da República de 1988: "Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. [...] Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

22 Constituição da República de 1988: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si."

Na redação que importa à solução do Tema 1071, o § 9º do artigo 40 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, vigente até a Emenda Constitucional nº 103, de 2019), afirmava que “o tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria”.

Em outro plano, o artigo 103, inciso I, da Lei nº 8.112, de 1990, não deixa dúvida de que o tempo em estados, municípios e Distrito Federal é contabilizado inteiramente “para efeito de aposentadoria e disponibilidade”, ou seja: em matéria previdenciária não há qualquer divergência legislativa, mesmo no plano infraconstitucional, sobre a impossibilidade de exclusão da filiação anterior ao RPPS.

Não se trata de mero cômputo, mas de averbação de tempo de serviço público contínuo para aposentadoria, com base na totalidade da remuneração contributiva. Nesse sentido, afirma Ivan Barbosa Rigolin:

Pelo inc. I, conta-se assim, para disponibilidade e aposentadoria, o tempo de serviço público estadual e distrital. Tal não é mais que mera repetição do § 3º do artigo 40 da Constituição Federal de 1988. Significa que todo e qualquer tempo, sob qualquer regime jurídico, prestado por qualquer atual servidor federal, será necessariamente computado em favor deste para efeito de aposentadoria ou concessão de disponibilidade remunerada, às expensas da União. Trata-se de um dispositivo nesses termos incondicionado, e que, portanto, não poderá sofrer restrições do corpo da lei – a L. 8112 – ou de outras leis, e menos ainda em regulamentos.²³

Ao tratar da questão, o Parecer GM nº 13, expedido pela Advocacia-Geral da União e aprovado pelo Presidente da República, com publicação no Diário Oficial da União do dia 13 de dezembro de 2000, por isso vinculante da Administração Pública, fixou que a mudança de cargos, sem perda de vínculo, resguarda os direitos previdenciários dos servidores de quaisquer dos entes federativos. No referido parecer, adotado pelo então Advogado-Geral da União, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acerca da interpretação do art. 40 da Constituição Federal, restou consignado que:

21. O constituinte utilizou a expressão – servidores públicos – e o termo – servidores – de maneira a abranger o pessoal de quaisquer

²³ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

segmentos da Federação, até porque os tempos de serviço são contados reciprocamente para efeito de aposentadoria (cfr. o § 3º e o § 9º do art. 40 da Carta, nas redações atribuídas pelas Emendas Constitucionais ns. 3/93 e 20/98). É prescindível desenvolver esforços interpretativos com o intuito de demonstrar a juridicidade dessa assertiva, porquanto é de fácil percepção e deveras remansosa.

22. O Art. 3º tem a finalidade de preservar direitos daqueles que, na data da promulgação da Emenda Constitucional n. 20, que integra, detinham a qualidade de servidores públicos, diferenciando-os no respeitante ao pessoal que venha a ingressar no serviço público depois de tal marco, o qual se submete à nova disciplina, de ordem constitucional, menos benéfica que a então vigente.

Vê-se que o Parecer GM nº 13/2000, ao interpretar o art. 3º da Emenda Constitucional nº 20, definiu que a expressão “servidores públicos” englobaria os servidores públicos *lato sensu*, ou seja, abrangeria os servidores públicos de todos os entes da Federação. Assim, pode-se inferir que o termo “serviço público” constante no § 16 do art. 40 da Constituição Federal (redação dada pela mesma emenda) também deve ser interpretado de forma ampla.

Logo, ainda que uma visão sistemática seja desnecessária à resolução da causa veiculada pelo Tema 1071, ela conforta a tese vertida no recurso extraordinário, admitido sob o rito da repercussão geral.

7 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A igualdade aparece como garantia individual fundamental, previsto no caput do artigo 5º da Constituição da República de 1988²⁴. Ainda que sua dimensão se desdobre em interpretações complementares, especialmente quanto ao critério de distinção entre desiguais, há convergência na conclusão de que ao intérprete não é dado instituir *discrimen* quando a lei não o faz.²⁵

Na concepção de Ruy Samuel Espíndola²⁶, os princípios constitucionais “expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores éticos e so-

24 Constituição da República de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

25 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 2. ed. São Paulo: RT, 1984. p. 59.

26 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: RT, 1999. p. 75.

ciais como fundantes de uma ideia de Estado e Sociedade”.

E no enunciado de Robert Alexy²⁷, “se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”.

Elevada a princípio, a isonomia vincula a exegese das regras constitucionais e se revela à Administração Pública também pelo dever de impessoalidade da gestão, previsto no caput do artigo 37 da Carta Política.²⁸

Comentando o princípio da impessoalidade, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁹ afirma que:

19. Nele se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-
tosas. (...) O princípio em causa não é senão o princípio da
igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37,
caput, da Constituição.

Sobre a juridicidade que deve pautar os atos do Poder Público, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/DF, reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça contra o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, ao argumento do atendimento dos princípios do caput do artigo 37, entre eles o da impessoalidade.

Diz a ementa do julgado, nos trechos que interessam ao momento (e refletem a discussão ocorrida no acórdão):

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. [...] A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e atratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito

27 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.

28 Constituição da República de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

29 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 102.

temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.³⁰

Sob esse enfoque, a leitura do § 16 do artigo 40 da Constituição, em análise no Tema 1071, evidencia a inexistência da distinção na regra, ainda que em uma leitura superficial. Por isso, o afastamento dos egressos dos estados, Distrito Federal e municípios significa impor limitação arbitrária não prevista, em desequiparação ilegítima.

8 JULGADOS SOBRE A QUESTÃO DO TEMA 1071

Em paralelo, a questão envolvida no Tema 1071 foi discutida em várias ações judiciais suscitadas pela resistência de vários órgãos da União, para os quais

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Tribunal Pleno). ADC nº 12/DF, Ministro Relator Carlos Britto, julgado em 16/02/2006, publicado no DJ de 1º/09/2006, p. 15

o cargo estatutário de ente federativo diverso não atende a expressão “que tiver ingressado no serviço público” do § 16 do artigo 40 da Constituição, apta a afastar os efeitos automáticos da superveniência do regime de previdência complementar.

Houve o deferimento de tutelas de urgência (Varas Federais do DF e TRF1 em agravos de instrumento) e subsequentes sentenças de procedência, para manter os servidores nessas condições com a garantia de terem ingressado no serviço público antes do correspondente RPC.

A título de exemplo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal Néviton Guedes, deferiu o pedido de tutela antecipada recursal no agravo de instrumento nº 0066208-44.2013.4.01.0000, em decisão de 12 de fevereiro de 2014, cujos principais trechos seguem abaixo:³¹

Segundo se extrai da redação do art. 3º da Lei n. 12.618/2012, a aplicação do limitador máximo para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União indica expressamente que ele atinge apenas os servidores que tiverem ingressado no serviço público (sem qualquer referência à esfera de poder), a partir do início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, independentemente de sua adesão ao plano de benefícios e até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal.

Assim postos os fatos, evidencia-se que a lei não fez qualquer distinção a respeito da origem do vínculo com o serviço público para efeito de aplicação de suas disposições legais, não havendo plausibilidade jurídica para a Administração promover essa interpretação restritiva. [...]

Em superveniente sentença no processo 0056428-65.2013.4.01.3400, origem da decisão colacionada, os pedidos foram julgados procedentes para manter os servidores egressos de entes federativos diversos da União na ressalva do § 16

³¹ No mesmo sentido, do TRF1, as decisões proferidas no: Agravo de Instrumento nº 0004118-63.2014.4.01.0000/DF, relator convocado Juiz Federal Cleberson José Rocha; Agravo de Instrumento nº 0051276- 51.2013.4.01.0000/DF, relator Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam

do artigo 40 da Constituição da República.

9 CONCLUSÃO

No sistema de precedentes brasileiro, com suas peculiaridades processuais, o Tema 1071 tem o potencial de resolver questão fundamental que afeta todos os servidores públicos que ingressaram no serviço público antes do correspondente regime de previdência complementar.

Para tanto, considerando a ausência de distinção no § 16 do artigo 40 da Constituição da República, não importa para a interpretação da regra que o servidor tenha ingressado em cargo estatutário dos municípios, estados ou Distrito Federal, para depois ingressar na União.

Logo, os pedidos vertidos no Recurso Extraordinário nº 1050597, em que veiculado o Tema 1071 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, devem ser providos, com a consequente reforma do acórdão recorrido, oriundo de Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para o julgamento de procedência do quanto requerido na petição inicial constante do processo 5001263-63.2016.4.04.7116.

A tese a ser fixada deve refletir, inequivocamente, que não cabe distinguir entre entes federativos para a finalidade do § 16 do artigo 40 da Constituição da República, importando para tanto a data de ingresso no primeiro cargo estatutário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa (1988). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 de agosto de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADC nº 12/DF, Ministro Relator Carlos Britto, julgado em 16/02/2006, publicado no DJ de 1º/09/2006, p. 15

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática de igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sistema brasileiro de precedentes. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 6. ed. São Paulo: RT, 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 2. ed. São Paulo: RT, 1984.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.
MORAIS, Michel Martins de. Reforma da previdência: o RPPS da União à luz da EC nº103/19: teoria e prática. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

NÓBREGA, Tatiana. Maurício Roberto de Souza. O regime previdenciário do servidor público. 2. ed. São Paulo: Foco, 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARUFFO, Michele. Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial : limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIANA, Antonio Aurélio de Souza. Precedentes: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2018.