

**5ª Seção – Memória do
Direito Administrativo**

***Section 5 – Retrospective of
Administrative Law***

PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA E PRINCÍPIO DA ISONOMIA

*PROCEDURAL PRIVILEGES OF THE PUBLIC REVENUES
DEPARTMENT AND THE ISONOMY PRINCIPLE*

SÉRGIO FERRAZ

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Rio de Janeiro.

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Constitucional

É¹ de trivial conhecimento que o princípio de igualdade constitui um dos pontos angulares da teoria geral do Direito.

Atentos a essa verdade, nossa preocupação, neste momento, é de levantar algumas reflexões sobre a vigência do aludido princípio, em face dos privilégios processuais da Fazenda Pública.

Nosso tema é lindeiro, ou seja, ele transite entre o Direito Constitucional e o Direito Processual. A rigor, tem todos os seus fundamentos lançados no Direito Constitucional; as irradiações processuais que dele emanam constituem simples derivação de uma série de postulações principiológicas que o nosso texto fundamental propõe e a partir da qual várias soluções do Direito Positivo necessariamente teriam também de seguir.

A concepção do que seja o princípio da igualdade, de qual seja, enfim, o seu conteúdo jurídico, e que haverá de permitir um enfoque científico preciso, pertinente ao problema dos chamados “privilégios” da Fazenda Pública.

A estrutura do Direito Processual reflete o regime constitucional. O regime constitucional mais aberto terá, como consequência, uma estipulação processual mais aberta. Um regime constitucional autoritário seguramente

1. Artigo originariamente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano XIII, n. 3-54, p. 38-43, jan.-jun. 1980.

engendrará um sistema processual também autocrático. E nem poderia ser de outra maneira, por isso que o processo, numa primeira abordagem, surge como um instrumento afiançador da realização das garantias constitucionais. Mas, como instrumento de obtenção da justiça, que é, ele está conectado a considerações fundamentais, de índole constitucional.

Não nos esqueçamos de que se trata de um instrumento jurídico público de tutela. E esta tutela pública será maior quanto mais intensas e efetivas as garantias constitucionais e institucionais.

O processo aparece, portanto, como reflexo necessário da índole da própria Constituição e guarda pertinência com ela, sem que se possa, na verdade, com isso só, afirmar-se que, por esse caminho, se promova efetivamente o ideal de justiça.

Também as Cartas Constitucionais, às vezes, na sua estética pura, são grandes textos e liberdade e na sua vivencia pragmática frustram todas estas aspirações.

Quando pensamos em termos de igualdade como um valor fundamental a nível constitucional (como comum em todo o mundo ocidental) e, portanto, uma obrigação dirigida ao legislador e ao aplicador da lei; quando se pensa, assim, na igualdade não apenas como um cometimento para o legislador (conforme por muito tempo se pensou), mas como um dever que se impõe não apenas àquele que elabora a lei, mas àquele que a vá aplicar, observamos, então, que, para a sua transcrição no processo, há necessidade do estabelecimento de certas regras que garantam a eficácia e a efetividade desse princípio.

Algumas delas poderiam ser sumariamente já aqui lembradas. Assim, ao consagrar a ideia do juiz natural, o que se está, a rigor, estabelecendo é uma pauta de realização do princípio da igualdade: saber-se que só será julgado por aquele que pode ser magistrado, em termos colocados indiscriminadamente, dentro de balizamentos que não se significam elitização ou discriminação inaceitável, perante órgão judicial no qual haverá oportunidade para que as partes terçam suas armas com igualdade.

Assim também se dá por saber que, a uma alegação de alguém, abre-se a oportunidade da contra-alegação (princípio do contraditório); saber que os atos processuais são, de regra, vinculados por uma preocupação de publicidade (princípio da publicidade); saber que os atos processuais devem ser realizados dentro de um prazo de celeridade que torne eficaz a preocupação de realização de justiça; só permitir que um determinado agente público, com competência pré-traçada, dirima a hipótese litigiosa e só possa fazê-lo validamente se fundamentar o seu juízo; admitir que esse pronunciamento não seja único,

Então, há de se concluir não é toda e qualquer desigualdade que viola o princípio da igualdade.

Fundamental para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que pareça, saber quando é válida a desigualdade. Se soubermos quando podemos desigualar, conheceremos o conteúdo jurídico, determinado fator discriminatório, o que determinará a observância ou a inobservância do preceito de igualdade. Aproximamo-nos, assim, embora não necessariamente pelos mesmos fundamentos, de Livio Paladin (“Il Principio Costituzionale d’ Eguaglianza Giuridica”, Milão, Giufrè, 1965) e Celso Antônio Bandeira de Mello (O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais).

O princípio de igualdade não existe como máxima vazia, mas para realizar o princípio da justiça. *Isto significa que ele não está em perigo quando não se cometam injustiças.*

Diz nossa Constituição que não é válida a discriminação em razão de sexo, idade, cor, raça, religião.

É possível, contudo, que concebamos várias situações em que, não obstante a vedação constitucional de discriminar por cor, raça, sexo, idade, a distinção ocorrerá, exatamente porque a ideia de igualdade não está em choque. Tal se dará sempre que a desigualdade objetiva constitua o único caminho possível para realização do fim que é buscado. Aí, pelo contrário, a velha máxima aristotélica de trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais está sendo observada exatamente na eleição de fatores diacríticos apropriados e adequados: e com isso já mergulhamos no conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Da mesma maneira, podemos imaginar, com grande facilidade, situações extremas opostas: se eu não admitisse, p. ex., que ingressassem numa sala de conferência sobre Direito Constitucional pessoas de raça japonesa, ou da religião israelita, estaria cometendo uma discriminação absolutamente inaceitável, porque a eleição desses fatores é inteiramente irrelevante para o propósito que reúne os assistentes da palestra.

Na verdade, se a lei desigualar, se a sentença desigualar, a desigualdade, ao contrário do que pareça, deflui necessariamente do princípio constitucional de igualdade; a desigualdade não é repelida; o que se repele é a desigualdade injustificada.

Tudo resta, portanto, em lançar com nitidez a razão de ser um fator diferencial. E essa parece ser uma só: são válidas as eleições discriminatórias quando signifiquem o caminho possível, de conexão lógica, para a realização do fim jurídico buscado, desde que esse fim jurídico, por seu turno, tenha agasalho no ordenamento jurídico.

Se assim é, refluamos, agora, para o contexto da hipótese do trabalho. O que é o Estado?

O Estado é uma criação cultural que se radica no mundo político-jurídico e que significa uma instrumentalização de meios para realização de finalidades de interesse público. O Estado existe para este fim, esta é a sua justificação, esta é a sua finalidade.

O que se denomina “Fazenda Pública” é exatamente o conjunto de órgãos que, segundo alguns, se apresenta exatamente como a vivência dinâmica do Estado em juízo; segundo outros, como a personificação fiscal do Estado; segundo outros mais, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer modo, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal. É indiscutível, por isso, que a Fazenda Pública preencha finalidade inteiramente diversas daquelas que motivam o dia-a-dia do cidadão.

Ressalvadas as hipóteses de filantropia, as hipóteses de seres especiais, na verdade, cada um de nós vive o seu dia pensando em obter o maior proveito possível para si, para os seus, desde que não criando, com isso, qualquer violência ou prejuízo para o seu semelhante. O Estado não atua pensando em si, mas pensando na coletividade que o criou.

Isso significa que o Estado é um ente profundamente diferente do particular. Quando a Fazenda Pública comparece em juízo, na verdade, não se está em face de iguais. Se a sua submissão perante a norma substantiva é idêntica à do particular – apanágio do Estado de Direito – na órbita processual, meio ambiente para viabilizar a pretensão principal, as desigualdades objetivas terão de ser, contudo, refletidas. Quando o Estado comparece a juízo ele não é apenas um autor, um réu, um assistente, um oponente, um litisconsorte; enfim, ele não é tão apenas isso, Ele está comparecendo em juízo levando consigo toda uma carga de interesse pública, toda uma carga de interesse coletivo, que é a própria razão de ser da sua existência. Inclusive se podemos figurar na relação processual como adversários do Estado, no final das contas, ao menos indiretamente, somos interessados naquilo que venha ser obrigado o Estado a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira seremos atingidos, mesmo se vencedores, pois de qualquer modo o nosso interesse estará indissolúvelmente ligado àquilo que venha a ser ditado à parte Estado. Ora, se os interesses contrapostos não são iguais – e na verdade não são – os chamados “privilégios” da Fazenda Pública não constituem quebras ao princípio da igualdade.

Não vejo quebra ao princípio da igualdade, p. ex., no prazo privilegiado para defesa, e não vejo porque há que se dar a este ente extremamente complexo a possibilidade de responder adequadamente pelo que faz, pelo que fez;

porque ele arrasta, no que faz e no que fez, o interesse da coletividade, e não só o do responsável direto pelo ato público.

Isso não implica na negação de outras regras que a Constituição mesma, indistintamente, endereçou a todos os entes, inclusive o Estado.

Quando a Constituição afirma que não se admitirá o juiz de exceção, ela cria um preceito que iguala o Estado e o particular; quando ela afirma a ampla possibilidade de defesa – e, portanto, consagra o princípio do contraditório – obriga para Estado e particular; quando ela obriga que as manifestações de inconformidade, as manifestações recursais do Estado venham fundamentadas, está aplicando o princípio da igualdade; quando dá publicidade a todos os atos processuais, não reserva de segredo os atos praticados pelo Estado, está a Constituição determinando, também, um tratamento igualitário. Em todos esses casos, a igualdade real e a igualdade ideal confundem-se, porque a observância desses comandos não impede a realização dos fins desse ente, denominado “Estado”.

A busca do equilíbrio, do equilíbrio filosófico, é a razão de ser do princípio de igualdade. O conteúdo jurídico do princípio de igualdade é exatamente lançado na admissibilidade de fatores discriminatórios que sejam lógicos e coerentes, para a realização dos fins das normas jurídicas; os privilégios da Fazenda Pública constituem reconhecimento à existência de diversidades tão profundas, nesse ente, que, na verdade, não está em jogo a ideia de igualdade. Naquilo em que os fins últimos dos seres envolvidos na relação jurídica não requerem instrumento particular de viabilização jurídica, o tratamento paritário se impõe, como nos últimos exemplos, há pouco citados.

Advirta-se, por derradeiro, que este tema ficou tão apenas aflorado, nas suas linhas fundamentais. Trata-se, sem sombra de dúvida, do tema mais inquietante e mais rio de todo o processo constitucional. Ele lança luzes definitivas sobre todo um arcabouço jurídico, sobre toda uma sistematização política; conseqüentemente, ele é a pedra de toque que define se estamos ou não num ambiente jurídico-político digno de ser vivido.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A isonomia entre as partes e a Fazenda Pública no projeto de novo CPC, de Ronaldo Campos e Silva – *RePro* 208/243-255 (DTR\2012\44722);
- As prerrogativas processuais da Fazenda Pública e vicissitudes quanto aos prazos diferenciados previstos no art. 188 do CPC, de Leonardo José Carneiro da Cunha – *RT* 844/69-84 (DTR\2006\179);
- O prazo mais benéfico para a Fazenda Pública à luz do Código Civil de 2002, de Gustavo Tepedino – *Soluções Práticas* 1/539-558 (DTR\2012\419); e
- Prerrogativas processuais da fazenda pública e princípio da isonomia, de Ivani Contini Bramante – *RePro* 117/365-383 e *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário* 7/917-939 (DTR\2004\549).