

O Princípio da Isonomia e os Privilégios Processuais da Fazenda Pública

SÉRGIO FERRAZ

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

É 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 a 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 transita 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 princípio-lógicas que o nosso texto fundamental propõe, e a partir do 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, é que haverá de permitir um enfoque científico preciso, pertinentemente ao problema dos chamados privilégios da Fazenda Pública.

A estrutura do direito processual reflete o regime constitucional. O regime constitucional mais aberto terá, como conseqüência, uma estipulação processual mais aberta. Um regime constitucional autoritário seguramente engendrará um sistema processual também autoritário. E nem poderia ser de outra maneira, por isso que o processo, numa primeira abordagem, surge como um instrumento garantidor 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 de liberdade, e na sua vivência 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 apli-

gador da lei; quando se pensa, portanto, 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 vá aplicar, observaremos, 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 idéia 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 significam elitização ou discriminação inaceitável, perante órgão judicial no qual haverá oportunidade para que as partes tercem 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 fundamenta o seu juízo; admitir que esse pronunciamento não seja único, ensejando a possibilidade de reexame, desde que este reexame seja provocado fundamentadamente. Eis algumas pautas fundamentais, em que se realiza o princípio da igualdade, no direito processual.

Por que este cuidado inicial? Porque inadvertidamente, em face do tema dos chamados privilégios da Fazenda Pública, se postulam alguns equívocos, quando se invoca, seguramente não com grande adequação, o princípio da igualdade, em teor puramente semântico, como ponto de confronto legitimador da existência ou inexistência desses chamados privilégios, da sua extensão, dimensão e profundidade.

Na verdade, é preciso ainda uma vez refluir para o princípio da igualdade. E o que é o princípio da igualdade?

Em caráter de generalização, ele só se encontra fundamentalmente lançado a partir da Revolução Francesa e da norte-americana.

Na verdade, a Declaração de Direitos do Homem e a Constituição americana lançam com nitidez, e com todas as letras, a idéia de igualdade. Não que a igualdade só tenha surgido como preocupação nessa ocasião; evidentemente, já sobre o assentamento da idéia da igualdade se estruturava, ao menos de estética jurídica, todo o arcabouço estatal da antigüidade grega, por exemplo.

Mas tal como entendemos hoje, com a amplitude e a dimensão, com a profundidade que damos à idéia de igualdade, ele é uma criação historicamente detectada, por primeira vez, nas leis que surgem a partir dos movimentos sediciosos apontados.

E isso se dá porque vinha o mundo de uma experiência de concentração de poder, de absolutização de mando, de tal maneira eloqüente que, a um certo momento, havia nítida cisão entre os indivíduos. Alguns mandavam e a grande maioria obedecia, e alguns mandavam por só direito de nascimento ou religião. E outros obedeciam simplesmente porque a eles nada se lhes reconhecia.

Sabemos que a opressão verificada na França, na época do absolutismo e que, de alguma sorte, foi transposta para a época colonial dos Estados Unidos, até o momento da sua independência, tornou-se tão sufocante que, necessariamente, se acusaria a explosão que determinaria o aparecimento de uma nova etapa histórica, a qual, exatamente por influxo de determinados fatores agudos, haveria de caracterizar-se, ao menos no seu início, pela afirmação de princípios absolutamente antinômicos àqueles que até então vinham sendo observados.

Se o absolutismo impunha uma estrutura concentracionária de poder e de forças, todo movimento filosófico, estatal, sociológico, econômico, político, cultural, etc., que surgisse como reação a essa estrutura, até então observada, haveria de enfatizar, ao menos em letra de forma, uma pregação de um liberalismo absoluto, talvez até inconseqüente como cedo se demonstrou; mas o liberalismo, com toda a sua corte de subfenômenos, haveria de ser a tônica marcante daquela primeira etapa de afirmação de princípios antinômicos aos que, até então, vinham sendo observados e impostos.

Todos os homens são iguais entre si, todos os homens são iguais perante a lei. Essa idéia, elevada a um nível de acepção, praticamente romântica, do princípio de igualdade, cedo, infelizmente, se viu tragicamente desmentida.

Esqueceram-se os formuladores, com tanta generosidade, da idéia de igualdade, de que o complexo social se informa de vários fatores, entre os quais o econômico; e se não há possibilidade de uma igualização econômica, a formulação jurídica da igualdade se vê logo viciada e impossibilitada de concretizar-se efetivamente.

Por isso passamos a constatar, a início timidamente, e depois, cada vez mais eloqüentemente, o Estado assumindo a posição de parte moderadora na crise social, não mais chamando tão ostensivamente para si o poder de mando, mas funcionando como um tutor incumbido de editar leis que compusessem as desigualdades evidentes do caldo sócio-econômico, em que estavam mergulhadas as populações, e fazê-las cumpridas.

Surgem então as formulações de intervencionismo estatal, que vão afinal confluir em profundas alterações no próprio pensamento jurídico. Isso vai determinar, por exemplo, o aparecimento do Direito de Trabalho, com o papel regrador do Estado num campo que parecia ser o da absoluta liberdade individual, qual seja, a doutrina das obrigações. Se admitíssemos que todos os seres são iguais, todos teriam a mesma valência, e não se poderia admitir qualquer papel de interferência ou de regramento. A interferência e o regramento significam que, por sobre o princípio de igualdade ideal, está repousada realmente a idéia de igualdade real. Já dizia ARISTÓTELES que a igualdade consiste em tratar desigualmente os desiguais, e igualmente os iguais.

O princípio da igualdade está disseminado por várias regras de Direito Processual. E como se coloca, em face disso, a problemática dos privilégios da Fazenda Pública? Porque se a igualdade constitui exatamente uma negação de prerrogativas desiguais, se a idéia de igualdade implica um cancelamento de privilégios, que são os privilégios da Fazenda Pública? Afinal, representam eles, ou não, uma quebra ao princípio de igualdade?

Todos são iguais perante a lei. Esta é regra fundamental do nosso Direito Constitucional. Quando se afirma "todos", poder-se-ia tão apenas pensar nas pessoas naturais. Na verdade seria uma solução profundamente equivocada se a ordem jurídica criou a categoria pessoa jurídica, essa se apresenta no mundo do direito com as mesmas características, potências, deveres e obrigações fundamentais da pessoa física, até porque sabemos que não persiste, na ciência do direito, a velha crença de que a pessoa jurídica só seria sujeito de direito por uma atribuição específica do ordenamento jurídico, contrariamente ao que ocorreria com cada um de nós, que seríamos sujeitos de direito por natureza, exatamente por termos nascidos e sermos seres racionais. Na verdade só somos sujeitos de direito em razão de uma atribuição normativa, da mesma maneira que acontece com as pessoas jurídicas. Tanto assim é que, em vários momentos da história dos povos, seres humanos não são pessoa de direito, como o escravo ou o prisioneiro de guerra não foi em certo momento; como o nascituro é ou não é, dependendo do regime de direito positivo; como também aquele que tem os seus direitos civis ou políticos cassados. Enfim, há toda uma série de colocações em que a atribuição do ordenamento jurídico retira, ou concede, à pessoa natural a qualidade de sujeito de direito.

Ora, isso é exatamente a mesma coisa que acontece com a pessoa jurídica. A pessoa jurídica também só tem vivência no mundo de direito porque, em vista de uma atribuição normativa, lhe é reconhecida esta capacidade. Isso significa que ontologicamente não há distinção, no mundo do Direito, entre pessoa natural e pessoa jurídica.

Em conseqüência, é evidente que a regra constitucional, quando comina que todos são iguais perante a lei, não está dirigida apenas à pessoa natural, mas a toda a categoria de ente denominado **pessoa**, seja coletiva, seja individualmente considerada.

Mas o que significa ser igual perante a lei? Continua de pé, ainda, esse problema.

Sem um enfrentamento ainda imediato deste tema, vamos fazer um elenco de alguns dos mais comuns privilégios processuais da Fazenda Pública; é claro que, para fazer este elenco, há necessidade de assentar, inicialmente, o que se entende por privilégios, **in casu**. Trata-se de uma posição de supremacia jurídica reconhecida a um determinado sujeito, em superioridade aos demais que se lhe antepõem. O privilégio está ligado, portanto, a uma posição preferencial: a alguém se atribui mais direito, mais poder, mais força ou uma preferência em face do regramento do ordenamento positivo.

Aparentemente, portanto, o privilégio representa exatamente uma negação da própria igualdade perante a lei; onde houvesse privilégio, não haveria igualdade, e vice-versa.

Lembremos só alguns dos seus exemplos mais importantes. Por exemplo, o prazo para defesa do artigo 188 do nosso Código de Processo Civil; é indiscutível que há uma distinção de tratamento entre o particular e a Fazenda Pública. O particular tem um prazo reduzido, em face daquele que é deferido à Fazenda Pública.

A justificativa que os autores, de maneira praticamente unânime, apresentam, para este tipo de tratamento, repousa no dado da complexidade de atuação da Fazenda Pública, dia a dia tão mais ampla que perdeu em celebridade. Não obstante, é indiscutível que, por mais desagradavelmente lento que seja seu movimento, a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que lhe não são próprios, mas sim da coletividade que a criou. Retomando uma velha idéia de DUGUIT, o Estado existe para prestar serviços públicos e só se justifica nesse momento. Então, por definição, na idéia de Fazenda Pública existe toda uma estrutura fisiológica e anatomicamente conformada para realização de tarefas e satisfação aos interesses coletivos. Por isso, a concessão de um prazo favorecido para a Fazenda Pública se defender representa, na verdade, um caminho de viabilização para que consiga, dentro do seu ritmo possível, uma resposta aos interesses da coletividade, quando provocados em sede judicial.

Alguns outros privilégios habituais da Fazenda Pública, apenas a mencionar: o de pagar despesas processuais tão apenas a final; o de não estar obrigada ao depósito, que é de exigência na ação rescisória; também o tratamento específico que se lhe dá, com referência à verba honorária, que perde a característica de conseqüên-

cia automática e tarifada da sucumbência e fica repousada, de certa maneira, numa faixa discricionária na quantificação do juiz. Esta própria condição de eficácia da sentença, que é o duplo grau de jurisdição; o preceito processual, quando trata do duplo grau de jurisdição, submete a essa condição específica de eficácia da sentença, em primeiro lugar aquelas sentenças proferidas em tema de relevância para a família; e em seguida, estende-a, sem consideração quanto à matéria debatida, portanto, indistintamente para todos os assuntos, para as causas, em que vencida a Fazenda Pública. Cria-se, como lembrava ADA GRINOVER (**Os princípios constitucionais e o processo civil**) um duplo critério. Ora, é a relevância da matéria, ora é o tipo, a natureza do sujeito vencido, que determina a submissão da sentença ao procedimento de duplicação jurisdicional, para que, afinal, se aperfeiçoe o mandamento judicial definitivamente dirimente da hipótese litigiosa.

Indiscutivelmente há um tratamento diversificado. É claro, é nítido que a Fazenda Pública, em todos esses momentos, goza de uma posição diversa daquela que aos particulares é reconhecida. Resta saber se isto implica, ou não, quebra do princípio de igualdade. E aí chegamos à questão culminante.

Retomemos a lição aristotélica; igualdade consiste em tratar igualmente os iguais, desigualmente os desiguais. Quem os iguais, quem são os desiguais?

O próprio conceito constitucional cria uma perplexidade, que a nível tão apenas literal seria insuperável. Diz a Constituição: todos são iguais perante a lei. Acontece que a tarefa lógica da lei é desigualar, ao colocar, no plano genérico, uma desigualação que incidirá concretamente, dizendo que a alguns se atribua o direito em certas circunstâncias e, a outros, o dever da observância desse direito.

Enquanto não existe o comando jurídico, tudo resta no campo da especulação intelectual; a partir do momento em que a regra jurídica é gerada, ela desigualar no mundo objetivo. E o juiz, quando atua, pratica uma segunda desigualação.

Então, há de se concluir, que 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 do princípio de igualdade. Isso significa, é preciso que se conheça, com profundidade, qual o traço de legitimidade que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório. Isso determinará a observância ou inobservância do preceito de igualdade. (Aproximamo-nos, assim, embora não necessariamente pelos mesmos fundamentos, de LIVIO

PALADIN: Il principio costituzionale d'Esguaglianza Giuridica, Milão, A. A. Giuffrè, 1965, e **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: O conteúdo jurídico do princípio de igualdade**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

Saber se o fator discriminatório é válido, ou não, coloca, logo em pauta, uma outra questão também de ambiência jusfilosófica profunda e da maior importância, qual seja a de saber qual a finalidade do princípio da igualdade.

Efetivamente, os princípios jurídicos não existem tão apenas como afirmações de máximas, que ressoem bem ao ouvido. O princípio filosófico-jurídico não é estipulado tão apenas por amor à arte ou ao culto da palavra. Ele tem de preencher uma finalidade. O direito existe como valor, que tende à realização de um determinado ideal; e esse ideal é o atingimento da justiça. O Direito existe como uma estruturação cultural, que só se justifica desde o momento em que cumpra a sua vocação, que é a realização do ideal de justiça.

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 cometem 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 idéia de igualdade não está em choque. Tal se dará sempre que a desigualdade objetiva constitua o único caminho possível, para a realização do fim que é buscado. Aí, pelo contrário, a velha máxima aristotélica, de tratar 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, por exemplo, que ingressassem numa sala de conferências 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 desiguala, se a sentença desiguala, 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 para 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 de 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 um 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 mais outros, como sinônimo de Estado; mas, de qualquer maneira, sempre será uma conjugação de aparatos de ordem estatal. É indiscutível, por isso, que a Fazenda Pública preenche finalidades 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.

Isto 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 público, 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 também naquilo a que venha ser obrigado o Estado, a cumprir, em razão do ditame judicial. De alguma maneira seremos atingidos, mesmo se vencedores, pois de qualquer maneira o nosso interesse estará indissolúvelmente ligado àquilo que venha a ser ditado à parte Estado. Ora, se os interessados contra-

trapostos não são iguais, e na verdade não são, os chamados privilégios da Fazenda Pública não constituem quebras ao princípio da igualdade.

Não vejo quebra no princípio da Igualdade, por exemplo, 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 a negação de outras regras que a Constituição mesmo, 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, ela obriga para Estado e particular; quando ela obriga que as manifestações de inconformidade, as manifestações recursais do Estado venham fundamentadas, ela 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 se confundem, 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 fatos 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 idéia 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 rico 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.

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985

PODER JUDICIÁRIO

Supremo Tribunal Federal

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 100.352-9-RJ

PRIMEIRA TURMA

Relator : O Sr. Ministro Néri da Silveira
Recorrentes : José Resende de Castro Monteiro e sua mulher
Recorridos : João Stepansky e outra

Ação demolitória. Condomínio. *Obras feitas por um dos condôminos, em apartamento localizado no último pavimento (14.º), transformando a unidade, com o acréscimo, num tipo duplex, após ter obtido autorização para levantar o nível do telhado, a fim de possuir "um campo visual mais amplo, por baixo" e efetuar reparos no teto para evitar infiltrações. A obra não transformou o telhado do edifício, coisa de uso comum, em coisa de utilização exclusiva do condômino. Não resultou, outrossim, da obra, modificação na fachada do edifício, nem decorreu qualquer embaraço ou incômodo aos demais condôminos, quanto ao uso das partes comuns do edifício. Acórdão que considerou esses fatos e, também, não resultar da demolição da obra benefício a quem quer que seja, concluindo no sentido de recusar a demolitória, assegurando, porém, aos condôminos indenização "pelo equivalente ao acréscimo do valor da sua fração ideal, do terreno, em decorrência da construção". Lei n.º 4.591, de 16-12-1964, arts. 3.º, 10, incisos I e IV, e 19; Código de Processo Civil, art. 127. Não se configurou negativa de vigência a esses dispositivos legais. Não prequestionamento das demais normas tidas como vulneradas, incidindo as Súmulas 282 e 356. Recurso extraordinário não conhecido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (37), 1985