

PRINCÍPIO DA ISONOMIA E OS PRIVILÉGIOS PROCESSUAIS

Agapito Machado

Juiz Federal da 4ª Vara - Ce, Professor da UNIFOR

RESUMO

O trabalho discute a permanência dos privilégios processuais da Fazenda Pública face à Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT

The essay discusses the maintaince of processual privileges for Public Estate in the Federal Constitution.

Muito nos honrou convite do ilustre Professor e Juiz do TRF da 5ª Região, HUGO MACHADO, para, ao lado de estudiosos do Direito Tributário, discorrermos sobre o princípio da isonomia e os privilégios processuais. Destarte, para que essa tarefa seja possível, é indispensável fazamos, inicialmente, a distinção da Fazenda Pública agindo no interesse público/coletivo, vale dizer, no seu jus imperii e na posição de parte em uma relação processual.

Não é novidade dizer que a Constituição Federal de 1988, em seu art 5º, caput, determinou que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Como quem estaria desconfiando de que os conservadores não a aceitariam, o Constituinte só no art. 5º, caput e inciso I, menciona, por duas (2) vezes a palavra iguais e uma (1) vez, a palavra igualdade.

A igualdade constitucional/processual não deve ser interpretada de modo a sempre nivelar o particular ao Poder Público, já que este age em nome de uma coletividade na qual se insere o próprio particular. Assim, um particular jamais poderá exercer o chamado poder de polícia, criar um tributo, decretar uma desapropriação, um estado de sítio etc., próprios do Poder Público.

Portanto, no campo desse interesse público/coletivo, é necessário não se igualar o Poder Público ao particular, sob pena mesmo de se tornar inútil todo o ramo do Direito Administrativo construído que foi ao longo de décadas.

Abstraída, destarte, a atuação do Poder Público no seu jus imperii, bem diferente é a sua posição como parte dentro de um devido processo legal.

Como parte, seja no pólo ativo ou passivo, no devido processo legal, não vemos como se possa, diante do caput do art. 5º da CF/88, continuar admitindo a desigualdade em benefício de uma pessoa jurídica de direito público, tais como: contra ela não ocorrerem os efeitos da revelia, ter direito ao prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer, duplo grau, entre tantos outros privilégios.

Não é possível se interpretar uma lei ordinária senão a partir da Constituição vigente (fenômeno da recepção). Envergonha-nos possa um magistrado se insurgir contra a Constituição de seu País e julgar para agradar a opinião pública ou a quem quer que seja, trazendo, assim, uma enorme insegurança aos jurisdicionados. É muito fácil fazer média com a opinião pública ficando no campo da retórica.

É incrível como possa alguém permanecer fiel às interpretações banidas por uma nova Constituição, se esta, todos sabem, rompe com o ordenamento jurídico anterior. Como foi difícil entenderem alguns Tribunais que os procedimentos imorais de ascensão e progressão funcionais agrediam à Constituição de 1988. Foi preciso esperar quase quatro (4) anos para que o STF, em sua atividade judicial, liquidasse o assunto, atestando a inconstitucionalidade de tais provimentos.

Temos entendido, e não encontramos razões para mudar que, em face do caput do art. 5º da CF/88, foram eliminados todos os privilégios processuais da Fazenda Pública. Todavia, dado o aspecto conservador dos Tribunais, esses pontos de vista não têm sido aceitos em grau de recurso. Compete ao juiz de 1º grau, estudioso, dedicado e sem preocupações outras senão julgar com igualdade e cumprindo a Constituição, trazer interpre-

tações compatíveis com a nova Constituição e, portanto, entendimentos novos ao seu Tribunal. Quem sabe não ocorra o exemplo citado por ELIEZER ROSA in A Voz da Toga, "E aqui um conselho da experiência: não tenha o juiz a lei de cor. Se à força de manejar seu código chegar a decorar seus textos, busque esquecer. Sempre que tiver de aplicar uma lei, abra o código e leia o texto que entende aplicável. Leia-o em momentos diversos, em horas diferentes. Dessa leitura pode surgir inesperadamente uma nova interpretação benéfica. Durante mais de meio século, os tribunais franceses leram o art. 1.382 do Código de Napoleão e o aplicavam tal como lhes soava sua letra. Um grave acidente que vitimou um grande número de operários que ficaram ao desamparo de uma necessária indenização, segundo a doutrina tirada do dito texto, levou um juiz estudioso a uma leitura do revelho artigo. E sem mudar uma só palavra no anoso texto, levou ao seu tribunal uma leitura nova, uma inteligência nova daquele versículo legal. Nesse dia, nasceu para o mundo ocidental a teoria da responsabilidade sem culpa".

Tão logo promulgada a CF/88, já entendíamos que os privilégios pro-cessuais (não confundir com jus imperii) da Fazenda Pública haviam desaparecido, especialmente agora com o advento da Lei Complementar, bipartindo o Ministério Público com a Advocacia Geral da União (CF/88, art. 131 e parágrafo único) e em breve o surgimento também da Lei Complementar (art. 134 da Cf/88) da Defensoria Pública. Assim também entenderam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci in "Constituição de 1988 e Processo", Saraiva, Pág. 41, e o Juiz José Augusto Delgado, agindo na qualidade de jurista, para quem "não há mais lugar para a existência de privilégios e proibições processuais. Desapareceram todos: prazo em quadruplo para contestar e em dobro para recorrer; o privilégio disposto no art. 20, § do CPC; não há mais obrigação de se sujeitar ao duplo grau decisões judiciais contra a Fazenda Pública; tratamento diferenciado ao Ministério Público, quando ele age como parte; é descabida a exigência de pessoas privadas de cauções processuais do tipo previsto no art. 835 do CPC; não se pode mais exigir o depósito para a ação rescisória dos particulares; inexistem, no processo de execução, os dispositivos que desigualam as partes, a exemplificar os artigos 599, 600 e 601 do CPC; a mulher casada pode apresentar queixa- crime sem o consentimento do marido, estando revogado o art. 35 do CPP" (in A SUPREMACIA DOS PRINCÍPIOS NAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO CIDADÃO).

O que é necessário ser entendido, de uma vez por todas, é o fato de que o jurisdicionado particular não tem culpa alguma de somente mais de 4 (quatro) anos após promulgada a CF/88, venha a ser editada Lei Complementar bipartindo o Ministério Público e a Advocacia Geral da República e assim eliminando a complexidade e a concentração dos serviços antes apenas nas mãos de um órgão. Que se criem cargos para atender ao acúmulo

de serviços na área da Justiça, da Fazenda Pública, do Ministério Público e Defensoria Pública. O Constituinte deu essa solução, mas o legislador ordinário permaneceu inerte por mais de quatro (4) anos, aspecto este meramente extra-jurídico. Assim, com a devida vênia, não temos a felicidade de concordar com o ilustre jurista Nelson Nery Júnior (in Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, RT, 1922, Págs. 42/43) com o argumento conservador, eis que anterior à CF/88, de que "a concessão de benefício de prazo no processo à Fazenda Pública, e ao Ministério Público é da tradição do direito brasileiro, sendo medida de equidade, dada a imensa carga de serviços desses órgãos", até porque o Ministério Público se caracteriza pela unidade e indivisibilidade (CF/88, art. 127), mormente em matéria de direito que se repete na Justiça, sendo objeto de contestações padronizadas via computador, isso sem se cogitar da utilização da ação cível pública que substitui milhares de processos individuais e facilita sobremaneira a missão do Ministério Público. Assim, não vemos como se continuar invocando "tradição de nosso direito à concessão de tais privilégios processuais", até porque é essa malsinada "tradição" que não tem permitido os Tribunais evoluírem, curvando-se ao conservadorismo em prejuízo do jurisdicionado.

Demais disso, se os Procuradores das pessoas jurídicas de direito público, mesmo diante da bipartição das funções do Ministério Público e Advocacia Geral da União e em breve da Defensoria Pública, bem como da utilização da ação cível pública, ainda tiverem dificuldades em obter os elementos para defesa em Juízo, por parte de seus órgãos, que então responsabilizem os responsáveis por tais órgãos. O que não se justifica é transferir uma culpa da administração ao jurisdicionado já tão penalizado por ela. Temos dito, ainda, que o Judiciário está assoberbado de processos porque o Poder Público não cumpre bem sua função e em casos considerados simples fica preferindo ser acionado e onerando o próprio povo com a sucumbência a ser paga, o que é um absurdo. A prova disso está em que o Governo, recentemente, preferiu contratar diretamente profissionais da área jurídica para fazerem sua defesa em juízo, sem se sujeitar à licitação, já que esta, ao contrário, estava selecionando profissionais incompetentes que somente lhe deram maior prejuízo.

Mas não é só. O que se dizer, por exemplo, de um Procurador de uma pessoa jurídica de direito público precisar de sessenta (60) dias para contestar uma ação que envolve matéria unicamente de direito, se sequer necessitará de pedir aos órgãos a ele subordinados qualquer dado fático? E, após proferida a decisão, necessitar de 30 (trinta) dias para recorrer?

O princípio da isonomia necessita ser efetivado para não ficar no mero campo da retórica. A propósito da importância desse princípio, trazemos à baila o entendimento do mestre em Direito Tributário José Souto Maior Borges, "verbis":

"1.1 o princípio da isonomia não corresponde a uma norma igual em eminência a outra qualquer, ou mesmo aos outros princípios, no contexto constitucional. A análise do seu conteúdo revelará a sua insigne posição, que lhe realça decisivamente o significado normativo, em comparação com os outros princípios e normas constitucionais. Com surpreendente perspicácia, Francisco Campos já advertira o intérprete e aplicador da Constituição para a eminência da isonomia no confronto até mesmo com os outros princípios constitucionais: A cláusula relativa à igualdade diante da lei vem em primeiro lugar na lista dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Não foi por acaso ou arbitrariamente que o legislador constituinte iniciou com o direito à igualdade a enumeração dos direitos individuais. Dando-lhe o primeiro lugar na enumeração, quis significar expressamente, embora de maneira tácita, que o princípio da igualdade rege todos os direitos em seguida a ele enumerados (Direito Constitucional, vol. 2º, Rio Livraria Freitas Bastos, 1956, Pág. 12).

1.2 Essa transcrição, de magistério ainda hoje atualíssimo, fornece a pedra de toque para a exegese do texto concernente aos direitos e garantias fundamentais discriminados na Constituição Federal de 1988. Deveras: na ordem de sua hierarquia substancial, isto é, de importância da matéria constitucionalmente regulada (e que nada tem a ver com a hierarquia formal, sintática, entre normas supra e infraordenadas), os princípios constitucionais, tais como a federação, a república (art. 1º caput) e a tripartição do poder (art. 2º), acentuam a sua proeminência no contraste com as restantes normas, p. ex., o art. 87, parágrafo único, III, que dá ao Ministro de Estado competência para elaborar relatório anual da gestão de seu ministério. Esse privilegiamento constitucional é acentuado pela própria insuscetibilidade à reforma de alguns desses princípios, sobretudo a forma federativa de Estado, a separação de poderes e os direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º).

1.3 Pois bem: na região dos princípios constitucionais observa-se essa hierarquia de importância mesmo entre essas normas princípio. Porque não é aleatoriamente que o art. 5º, caput, da CF de 1988 enuncia a isonomia antes mesmo e à frente da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que institui. Dessa posição "topograficamente" eminente da isonomia resulta uma proeminência substancial desse princípio: ele penetra, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo

normativo: "rege todos os direitos em seguida a ele enunciados", na lição de Francisco Campos".

"1.6 Igualdade diante da lei não é expressão equivalente a igualdade em direitos e obrigações, porque a igualdade diante da lei poderia ser arditosamente entendida como uma igualdade apenas formal. No sentido de que nada adiantaria quanto ao conteúdo da lei. Não a igualdade substancial. Pois é para espancar esses ardis hermenêuticos que a Constituição Federal, em mera aparência de redundância, enuncia, já no item I do art. 5º, a igualdade de homens e mulheres em direitos e obrigações.

Já aí se manifesta o caráter substancial desse direito. Não se trata de mera igualdade formal diante da lei, mas de igualdade substancial no interior da própria legalidade. Esta é a morada da isonomia. Incumbe-lhe a custódia do princípio-dos-princípios constitucionais, a isonomia".

"2.1 Há duas formas distintas - nitidamente distintas, posto em geral inapercebidas de positivação de igualdade jurídica. A primeira delas é a igualdade diante da lei. Esta pode existir até mesmo quando a igualdade não corresponda ao conteúdo da lei. A igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade, em todas as situações que lhe forem subsumidas, da conduta humana à norma de conduta: "Com efeito, a chamada "igualdade" perante a lei não significa qualquer outra coisa que não seja a aplicação legal, isto é, correta, da lei, qualquer que seja o conteúdo que esta lei possa ter, mesmo que ela não prescreva um tratamento igualitário, mas um tratamento desigual" (Kelsen, A Justiça e o Direito Natural, Coimbra, Armênio Amado, 1963, p. 79).

A rigor, a igualdade diante da lei somente postula que a aplicação da lei corresponda sempre à sua incidência. Daí o seu caráter formal: nada prescreve sobre a igualdade como o conteúdo da própria lei aplicada. A tônica é aí na inexceptualidade da aplicação concreta da norma, sempre que ocorrentes os seus pressupostos fáticos.

2.2 Não é essa contudo a única igualdade a que se refere o art. 5º da Constituição Federal. Porque esse dispositivo trata da igualdade não só ante a lei, mas também como um conteúdo da legislação que lhe é integrativa. Vincula-a, numa relação sintática de supra e subordinação, no tocante à predeterminação do seu conteúdo, isto é, o próprio âmbito material de validade da norma (igualdade na lei, igualdade contenuística - diria, Pontes de Miranda). De tal sorte que,

se desconsiderado o preceito constitucional, o ato legislativo ou administrativo de sua aplicação incorrerá em inconstitucionalidade. A igualdade na lei é igualdade material; somente existe quando a lei prescreve, ela própria, um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições, "matéria" do ato legislativo.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, não enuncia apenas e igualdade formal de todos diante da aplicação da lei. Não se circunscreve a anunciar o direito à reta aplicação da lei tributária, entendida essa retitude como a adequação entre norma de conduta e conduta normada; adequação a ser procedida no ato-de-aplicação pelos juizes e tribunais. Tal limitação, um amesquinamento do princípio, somente poderia prevalecer se o art. 5º estancasse a formulação do direito à isonomia na parte inicial do enunciado: "Todos são iguais perante a lei" (e não na lei).

2.3 Um dos mais delicados se não o mais delicado problema da exegese da isonomia consiste na prefixação dos seus limites, isto é, a caracterização das discriminações que são constitucionalmente toleradas e as que não o são. Sejam quais forem esses limites (que aqui não cabe determinar) pode-se concluir pela extrema amplitude do significado normativo do direito à isonomia como conteúdo da lei porque o próprio art. 5º é logo a seguir expresso: a igualdade não é só diante da lei. Ela se completa pela expressa interdição constitucional: "Sem distinção de qualquer natureza". Já aí a Constituição Federal vincula o conteúdo da legislação integrativa, esclarecendo em que consiste o igual tratamento. Trata-se da consistência material da própria igualdade. Quando se considera que a igualdade é princípio dirigido primariamente à legislação integrativa da Constituição Federal, há de concluir-se que a lei deve incluir a igualdade, a indistinção "de qualquer natureza" como um conteúdo seu, um componente material e pessoal do seu âmbito de validade normativa" (in PRINCÍPIO DA ISONOMIA E SUA SIGNIFICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, RDP - 93, Págs. 35/37).

A interpretação da legislação ordinária há de ser feita, sempre, em face da Constituição e a Brasileira, promulgada em 1988, ao dispor no art. 5º, caput e inciso I que "todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza, eliminou todos os privilégios processuais das pessoas jurídicas de direito público, sobejando apenas a posição de superioridade do Poder Público quando este agir no chamado jus imperii. O magistrado não tem outra alternativa senão cumprir a Constituição. É seu dever. E mais: não deve julgar fazendo média ou apenas para agradar e se notabilizar como "bonzinho".

"Na verdade, embora com atividades restritas, os juízes possuem opiniões pessoais sobre assuntos políticos. O bom julgador, no entanto, é aquele que consegue deixar sua formação política em segundo plano, no momento do julgamento e colocar acima dela a preservação da ordem jurídica" (SANCHES, Sidney, Ministro-Presidente do STF, in O Judiciário deve cumprir e fazer cumprir a Constituição SM 25/6/92).

O Juiz não julga a lei; julga com a lei; aplica-a, se ela não é inconstitucional, mesmo discordando de sua possível injustiça. Salvo em mandado de injunção, o juiz brasileiro só tem função legislativa negativa (STF - Rp. 1451-7-DF, DJU 26.6.88, Pág. 16113). Somente se repelida, estreme de dúvida, a presunção *juris tantum* de constitucionalidade da lei, é que o juiz afasta a sua incidência mantendo a Constituição. Todavia, se a Constituição é iníqua, injusta e anacrônica, aqueles que a elaboraram/promulgaram (Deputados e Senadores) que a revoguem. Mas ninguém tenha a ousadia de pedir ao juiz que descumpra a Constituição de seu País.