

O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública

ÁLVARO MELO FILHO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O princípio da isonomia. 3. Os privilégios processuais da Fazenda Pública.

1. Introdução

A questão subjacente ao tema-título proposto é, na sua essência, a seguinte:

os privilégios outorgados e garantidos, na lei processual, à Fazenda Pública constituem, ou não, afronta e infringência ao princípio da isonomia insculpido na *Lex Magna*?

Assevere-se, preliminarmente, que os problemas jurídicos não se resolvem, de fato, senão com o exame do direito positivo, depuradas, *in casu*, as cogitações históricas, políticas e ideológicas que refogem ao campo de atuação específica dos juristas.

Registre-se, aqui, que o princípio da isonomia configura-se como o aspecto mais árduo e controvertido desse trabalho, não apenas pela multiplicidade de enfoques a que se presta, mas, em especial, pela dificuldade de seu equacionamento na práxis jurídica.

Já os privilégios processuais da Fazenda Pública merecem uma reflexão mais aprofundada, sobretudo numa sociedade dinâmica e em constante processo de transformação, exigindo novas dimensões que permitam substituir uma racionalidade formal por uma racionalidade material.

2. O princípio da isonomia

“O direito nem sempre pode ser abstratamente lógico para poder ser justo. Nem matemático para ser social”. (Costa Manso)

Indissociado da tradição constitucional bra-

Álvaro Melo Filho é Advogado e Professor de Direito da UFC.

sileira, o princípio da isonomia integra todas as anteriores Cartas Magnas. A Constituição do Império de 1824 proclama que "a lei será igual para todos quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um" (art. 179, 13). Já a Constituição Republicana de 1891, no seu art. 72, § 2.º prescrevia: "Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as origens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho". Todas as outras Leis das Leis ulteriores também abriram espaço para o "Todos são iguais perante a lei": Constituição de 1937 (art. 122, 1), Constituição de 1946 (art. 141, § 1.º) e Constituição de 1969 (art. 153, § 1.º).

O princípio da isonomia ou igualdade está atualmente juridicizado no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 quando estabelece que "todos são iguais perante a lei". É bem de ver que a palavra igualdade no *caput* do art. 5.º aparece duas vezes, sem olvidar que a igualdade está também consignada no preâmbulo da atual Constituição.

Topograficamente, o princípio da isonomia ocupa uma posição de proeminência, posto que não é aleatoriamente que o art. 5.º da Lei Maior de 1988 enuncia a igualdade antes mesmo e à frente da explicitação dos setenta e sete incisos sobre direitos e garantias fundamentais que se lhe seguem. E essa hierarquia de importância na região dos princípios constitucionais já era assinalada por Francisco Campos: "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" (in "Direito Constitucional", v. 2.º, Liv. F. Bastos, Rio, 1956, p. 12). Apegou Celso Bastos o atual artigo isonômico "deixou de ser um direito individual tratado tecnicamente como os demais. Passou a encabeçar a lista destes direitos que foram transformados em parágrafo do artigo igualizador".

Historicamente, o princípio da isonomia desenvolveu-se a partir de idéia de justiça. Com efeito, concordam os filósofos que a justiça reusa numa igualdade, pois, como assevera Aristóteles "a justiça é uma igualdade e a injustiça uma desigualdade" (in "Ética a Nicômaco", Livro I, cap. III). Na mesma linha acrescenta

Santo Tomás de Aquino que "a essência da justiça é a igualdade" (in "De Justitia", II, § 61, a.2. ad.2). E não outra a posição de Cabral de Moncada ao prelecionar que "essa idéia de equilíbrio e de perfectibilidade ideal é, ao mesmo tempo, aquilo a que chamamos "justiça" como idéia... Justiça, segundo a idéia, é o mesmo que proporção e portanto igualdade" (in "Filosofia do Direito e do Estado", v. II, Coimbra, 1966, pp. 42/43).

A igualdade dos homens foi consagrada positivamente pela primeira vez no *Virginia Bill of Rights*, de 12.6.1776 (*all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*), foi retomada na Constituição de Massachusetts, de 2.3.1780 (*all men are born free and equal and have certain natural, essential and unalienable rights*) e aperfeiçoada na *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* (*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits - art. 1.º*) e na Constituição francesa de 1791 (escrevia-se no respectivo preâmbulo: *L'Assemblée nationale... abolit irrévocablement les institutions qui blessaient la liberté et l'égalité des droits. Il n'a plus ni noblesse, ni pairie, ni distinctions héréditaires, ni distinction d'ordres...*).

O princípio de igualdade, na sua concepção romântica e nominal, recebeu, de Anatole France, irônico comentário:

"Majestosa igualdade das leis que proibem tanto o rico como o pobre de dormir sob as pontes, de mendigar nas ruas e de furtar um pão".

Não menos sarcástica é a glosa de Stanislaw Ponte Preta:

"Todos são iguais perante a lei. Mas alguns são mais iguais do que outros".

Inserido como um valor fundamental e reproduzido em praticamente todas as Constituições dos diferentes países, e, também, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da isonomia ou da igualdade tem sentidos não necessariamente unívocos, variáveis no tempo, prestando-se a uma pluralidade de conceitos apresentados pelos autores. Por exemplo, o de Raneletti, ao declarar que por "igualdade" se entende igualdade jurídica, isto é, na condição jurídica do cidadão, não igualdade material, de fato, porque aqueles que a natureza faz desiguais não quer o Direito, e nem está no poder dos homens, tornar iguais (*Istituzioni*, pp. 95-96); o de Ruffia, quando ensina

que o princípio da igualdade deve ser entendido não como um nivelamento mecânico de todos os cidadãos, mas como paridade jurídica potencial, de todos os membros de coletividade estatal, como igual tratamento de iguais, e desigual tratamento dos desiguais, na realidade da vida prática (*Lo Stato democratico moderno*, p. 667), ou ainda o de Dabin, quando lapidarmente acentua que “a justiça distributiva, ou, segundo a linguagem dos juristas, o princípio da igualdade perante a lei, deve entender-se não como uma igualdade quantitativa, considerando-se iguais, ou melhor, idênticos todos os cidadãos, devendo, portanto receber todos o mesmo tratamento, mas como uma igualdade proporcional, sendo cada um chamado a participar da distribuição, de acordo com certas regras gerais válidas para todos, mas tiradas da condição das pessoas, de tal sorte que a situações diversas, ou desiguais, correspondam tratamentos proporcionalmente diversos ou desiguais” (*Teorie Generale de l'Etat*, p. 434), ou ainda Bunge, quando assinala que “a igualdade jurídica não tem outro significado que este de uma *generalização objetiva*, que coloca na mesma situação de direito todos aqueles nos quais concorram as mesmas circunstâncias, existindo, destarte, a igualdade jurídica apenas por círculos, ou por categorias, se assim se prefere dizer”, ou, finalmente, João Mangabeira, quando evidencia que “a igualdade consiste sobretudo em considerar *desigualmente situações desiguais*, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais, e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes”.

Em parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, v. 49, jul./set.157, afirma, com propriedade, Amílcar de A. Falcão:

“...a igualdade relativamente às coisas, fatos ou situações para ser estabelecida, necessita da fixação prévia de critérios norteadores, que justifiquem, em cada caso, a discriminação ou a assimilação.

É por essa razão que, na incidência do princípio constitucional da igualdade, é mister distinguir entre a igualdade pessoal (*personliche Rechtsgleichheit*) e a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*).

No primeiro caso, já se disse, o princípio constitucional da igualdade, vincula não só o legislador, como o intérprete, de modo que são vedadas quaisquer dis-

criminações pelo fato de pertencer a uma família, a uma confissão religiosa, a uma classe ou a uma camada social.

Já, assim, não é com a igualdade de fatos, coisas ou situações (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aqui, configura-se, apenas, uma norma programática, como tal endereçada ao legislador (*directory provision*): *nur in programmatischen Sätzen Wird man an sie erinnert*.

A assimilação de situações e fatos dependerá, como já se indicou, da determinação de critérios orientadores, consubstanciando-se na formulação de um juízo de valor meramente subjetivo e dependendo, muitas vezes de *preponderância de idéias filosóficas, ou do modo de conceber as coisas...*” (pp. 497 e 498).

O princípio da isonomia pode também ser vislumbrado sob uma ótica puramente *formal* ou ser enfocado sob o prisma *material*.

De um lado, a igualdade *formal* se dá por satisfeita com a pura identidade de direitos e deveres outorgados pelos textos legais às pessoas físicas e jurídicas, e, do outro lado, a igualdade *material* que leva em conta as condições concretas em razão das quais, *hic et nunc*, exercitam os direitos e adimplem os deveres. E o que se busca não é a mera igualdade *formal* diante da lei, mas a *igualdade material* no interior da própria legalidade. Se assim não for “a proclamação constitucional da igualdade será apenas um formalismo hipócrita, mascarando uma desigualdade de fato” conforme elucida Dalmo Dallari.

O conteúdo jurídico do princípio da isonomia consiste em definir em que hipóteses é imperativa a equiparação e em que casos é válido o estabelecimento de desigualdades. Isso significa que é preciso que se conheça, com profundidade, qual o traço de legitimidade que respalda, perante o ordenamento jurídico, determinado fator *discriminatório*, o que implicará na observância, ou não, do preceito da igualdade.

Por exemplo, o elemento diferenciador sexo, que nos termos do ditame constitucional (art. 5.º, I) seria insusceptível de ser utilizado, em qualquer hipótese, como fator de distinção jurídica entre as pessoas. Contudo, é a própria Constituição que, objetivando reforçar o princípio da isonomia, estabelece no inciso XXX do art. 7.º a vedação de pagamento de salário

diferente em razão do sexo do trabalhador. do mesmo modo que o § 5.º do art. 226 estatui que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e a mulher.

Se a proibição de tratamento diferenciado a pessoas de sexos distintos fosse absoluta, as duas normas invocadas seriam desenganadamente redundantes e ociosas. E na verdade não são. A relatividade do princípio vem evidenciada na própria Lei Maior, quando estabelece desequiparações entre pessoas, fundando-se, precisamente, no elemento discriminatório sexo.

Confira-se, assim, que o § 2.º do art. 143 exclui as mulheres da prestação de serviço militar, e o art. 202 assegura às mulheres aposentadoria aos 60 anos de idade (inc. I) ou aos 30 anos de trabalho (inc. II), privilegiando-as em relação aos homens dos quais se exigem 65 anos de idade ou 35 anos de trabalho para fazer jus à aposentadoria.

De sorte que a Constituição não só admite, como contempla expressamente hipóteses de tratamento desigual, o mesmo fazendo diversas leis ordinárias como por exemplo o Código Civil, no art. 246 (bens reservados à mulher que exerce profissão lucrativa), e CLT nos arts. 372 e ss. (proteção especial ao trabalho da mulher).

Outrossim, reconheça-se que legislar consiste, naturalmente, em discriminar situações e classificar pessoas e coisas à luz dos mais diversificados critérios.

“Perquira-se o fator discriminatório *renda*. Alguém ousaria acoiar de inconstitucional a legislação do imposto de renda que isenta do seu pagamento as pessoas de ganho modesto e tributa progressivamente as que auferem rendimentos superiores? Naturalmente que não.

Mas, se dentro de uma mesma faixa de renda, quase todos são tributados pela totalidade de seus ganhos e algumas poucas categorias profissionais, com base em critérios de nenhuma objetividade, são tributadas apenas sobre parcela reduzida de seus rendimentos, aí sim haveria quebra de isonomia, pois que se estará tratando desigual e privilegiadamente a iguais.

Retomando-se a ordem de idéias anterior, não se indigita inconstitucionalidade na legislação da locação residencial, quando se atribuem ao inquilino algumas situações de vantagem sobre o locador. Ou quando a legislação salarial atribui índices mais elevados de aumento às faixas de mais baixa renda.

Verifica-se, assim, ao contrário do que se

poderia supor à primeira vista, que o princípio da isonomia, em grande número de hipótese, de sua incidência, não apenas não veda o estabelecimento de desigualdades jurídicas, como, ao invés, impõe o tratamento desigual, na medida em que o tratamento igual a pessoas que se encontram em situações diferentes constituiria autêntica iniquidade.

O que o princípio da isonomia impede, efetivamente, é que a ordem jurídica promova desequiparações arbitrárias, alcatórias ou mal-inspiradas. Será legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidades valores abrigados no Texto Constitucional” (in Luiz Roberto Barroso, “Igualdade perante a lei”, RDP-78, Ed. RT, S. Paulo, pp. 68/69).

A concepção da igualdade *material* decorre do fato de que tal regra da igualdade não é absoluta. Tal seria “... uma utopia, senão uma visão alucinatória” (Paulino Jacques).

Hans Kelsen teve o ensejo de esclarecer que:

“A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres”.

E na mesma trilha elucidava Suarez que *imponer a todos cargos iguales sin tener en cuenta las fuerzas y posibilidades de cada uno, es también contrario a la razón y la justicia*.

Se matematicamente igualdade é a expressão da relação entre duas quantidades equivalentes, juridicamente seu conceito pode e deve ser expresso como fez Rui Barbosa, emprestando-lhe o conteúdo consistente em tratar igualmente os iguais, mas desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. E di-lo claramente em clássica citação:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se

acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou desiguais com igualdade seria desigualdade flagrante, e não igualdade real" ("Oração aos moços", *Escritos e discursos seletos*, Ed. José Aguilar, Rio, 1960, p. 685).

Geraldo Ataliba, ao tratar da cláusula da *equal protection of the laws*, sustenta que

"as aparentes desigualdades, encontradas nas leis, hão de ser meios e modos de corrigir ou superar diferenças existentes entre pessoas ou situações, ou medidas tendentes a promover igualdade jurídica, onde contingências sociais, naturais, econômicas, geográficas etc., ensejem configurar-se desigualdade, de tal modo que a imparcialidade da lei ou do Estado importaria verdadeira consagração e oficialização de tais desigualdades. (in "República e Constituição", Ed. RT, S. Paulo, 1985, p. 135).

Nesta perspectiva o princípio da igualdade jurídica absoluta é retórico e utópico, conquanto não elimine as desigualdades que persistem debaixo do manto formal da igualdade jurídica. Vale dizer, a igualdade jurídica levada às raias do absolutismo é modelo implantador de desigualdades extremas e desequilíbrios manifestos em relação às pessoas físicas ou jurídicas, pois não atenta para a natureza das coisas ou situações fáticas. E, neste quadro delineado, qualquer tratamento jurídico paritário ou igualitário, longe de corrigir as situações de discriminação, viria a consolidá-las ainda mais. Por exemplo, profundamente infratora do princípio da isonomia seria a norma tributária que exigisse um imposto de renda fixo, incidente sobre os rendimentos auferidos no ano anterior, cuja prestação fosse quantitativamente idêntica para todos os contribuintes, independentemente do valor desses rendimentos. E tanto mais odiosa seria a norma quanto mais gravoso fosse o tributo, representativo de leve encargo para os ricos e de insuportável dever para os pobres, pois excluiria do peso fiscal apenas as pessoas que não obtivessem qualquer rendimento. Na verdade, o que é juridicamente relevante no caso concreto é a mensuração da capacidade contributiva, ou seja, o que deve preponderar não é a tributação igual, em termos de sacrifício, mas justamente a tributação desigual, também em termos de sacrifício na repartição da carga tri-

butária. Do mesmo modo, estaria maculado o princípio da igualdade, sob o ângulo substancial, se a lei trabalhista, por exemplo, determinasse a atribuição dos mesmos deveres e encargos a crianças e adultos, doentes e sãos.

Recorde-se, aqui, o depoimento autorizado de José Afonso da Silva ao penetrar na intimidade da isonomia:

"Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando, em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí por que o legislador, sob o impulso das forças criadoras do direito - como nota George Sarotte - teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais: o direito do trabalho é um exemplo típico" (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", 5ª Ed. RT, S. Paulo, 1989, p. 190).

Manoel Gonçalves F. Filho assim enfrenta a temática:

"O imperativo do tratamento desigual dos que estão em situação desigual na medida em que se desigual impõe, por exemplo, ao legislador o estabelecimento de leis especiais, que protejam determinadas categorias. Para isto, editam-se leis destinadas a amparar os economicamente fracos: os trabalhadores, os mal alojados, os inquilinos, e assim por diante. Ocorre, porém que a apreciação dessas desigualdades que devem ser compensadas ou reparadas é sujeita a critérios políticos. Desse modo, certas minorias, politicamente fortes, se avantajam, criando-se em seu benefício não apenas regras que ponham termo a uma desigualdade, mas que muitas vezes, passam a beneficiá-las de modo a torná-las verdadeiramente privilegiadas. Está nisto, sem dúvida, um desvio. O legislador há de estabelecer tratamento desigual para situações desiguais, mas, se tratar desigualmente situações que não são desiguais, o que sucede quando beneficia desarrazoadamente determinadas categorias, incide em inconstitucionalidade.

Por outro lado, o princípio da igualdade que, como se viu, se impõe do próprio legislador, *a fortiori* obriga o Judiciário e a Administração na aplicação que dão à lei.

Da consagração constitucional da isonomia resulta a regra hermenêutica de que sempre se deverá preferir a interpretação que iguale, não a que discrimine.

A igualdade perante a lei não exclui, em resumo, a desigualdade de tratamento indispensável em face da particularidade de situações. As distinções, *porém, devem ser as rigorosas e estritamente necessárias, racionalmente justificadas, jamais arbitrárias. E, como exceções, têm de ser interpretadas restritivamente*” (grifos meus) (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, v. 1.º, pp. 27-28, Saraiva, 1990).

Avançando no tema explicita José Cretella Jr. que “ao lado do princípio de igualdade perante a lei, as Constituições colocam o princípio de igualdade para a admissão aos cargos públicos, ambos direitos fundamentais, consagrados pela técnica da absoluta horizontalidade de tratamento pelo Estado. Nem privilégios, sem prerrogativas, nem distinções. Nem todos os cidadãos são iguais, em si e por si, ocorrendo desigualdades derivadas das aptidões pessoais, nunca de classe, de sexo, de convicção política, de crença religiosa, de raça. Os chamados *tratamentos desiguais em razão do “status”*, constantes de lei, são prerrogativas que não ofendem o princípio da isonomia” (*Comentários à Constituição de 1988*, v. I, pp. 98-99, Forense Universitária, 1989).

É de observar, pois, que o critério relativo ao princípio da igualdade, ao fazer-se jurídico, deixou de ser o radical-aritmético para ser o geométrico-proporcional de Aristóteles, cifrado na regra de que os iguais por natureza devem ser tratados igualmente e os desiguais de forma desigual. Aliás, a “fórmula aristotélica” de igualdade proporcional, igualdade diferenciada ou relativa, é que faz da própria desigualdade um complemento indispensável, de que não pode prescindir, na lição de Paulo Bonavides (*in* “Política e Constituição”, Forense, Rio, 1985, p. 302).

Nessa mesma diretriz assinala Hugo Machado que “a verdadeira igualdade reside, indubitavelmente, na proporcionalidade. Não pode haver maior iniquidade do que tratar igualmente

pessoas desiguais” (*in* “Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988”, p. 36).

Ao assinalar que “o próprio das leis é *desigualar* situações”, Celso Antonio B. de Mello (*in* RTDP, 1/93, pp. 79-83) em trabalho sobre o Princípio de Isonomia, com sua habitual lucidez e extraordinária clareza lista alguns exemplos de desequiparações permitidas:

a) Se acaso um candidato do *sexo masculino* pretender inscrever-se para um concurso público destinado a preencher cargo de polícia feminina, certamente ser-lhe-á vedada a inscrição, sem que se considere que está sendo violado o art. 5.º e seu inciso I da Lei Maior, (p. 80)

b) a norma que estabelecesse ficar reservado apenas às pessoas de *alta estatura* fazer parte da guarda de honra em cerimônias militares de grande pompa (com exclusão, portanto, dos mais baixos) seria perfeitamente compatível com o cânone da isonomia; (p. 81)

c) não haverá ofensa alguma ao princípio da isonomia se um centro de pesquisas desportivas estivesse realizando testes, mediante seleção pública, para perquirir se o biotipo da *raça negra* (ou da *raça branca*), influencia no nível de desempenho atlético conforme a modalidade de esporte, e, por isso mesmo negasse inscrição a candidatos alheios à *raça* pesquisada; (p. 81)

d) seria perfeitamente harmônica com a regra da isonomia e não configuraria discriminação em face de convicção política a rejeição que um partido político de centro-direita fizesse à filiação de um notório comunista em seus quadros ou, reversamente, a recusa que um partido comunista opusesse ao ingresso de um centro-direita professo e confesso; (p. 81)

e) não se faz *tábula rasa* do preceito igualitário quando se isenta do pagamento do imposto de importação o automóvel hidramático para uso de paraplégico (p. 83), ou quando se reduz substancialmente alíquota sobre automóveis adquiridos por motoristas profissionais para sua utilização exclusiva como táxi.

Desde que não colida com os valores enrustados na Lei Magna e que, concomitantemente, não resulte na exaltação de desvalores jurídico-constitucionais, nada obsta desigua-

lar entre categorias de pessoas (físicas ou jurídicas, públicas ou privadas) ou situações visando sempre a concretizar a igualdade real ou material.

É um erro crasso supor que o princípio da isonomia possa impedir que se criem desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. O legislador tem exatamente esta função, na sua criação: classificar pessoas, bens e valores, segundo as inúmeras variáveis fáticas, tais como qualificação profissional, montante da renda percebida, para lhes poder atribuir consequências jurídicas as mais diversas. A lei, quanto aos indivíduos, quase sempre atende as diferenças de profissão, de atividade, de particularidades específicas exigidas para o exercício de determinadas funções, de situação econômica, etc; e quase sempre também distingue a natureza, a utilidade, a raridade dos bens, excepcionalmente colhendo no mesmo comando todos os indivíduos ou todos os bens, e valores. E essas distinções são amparadas no agrupamento natural e racional desses indivíduos, bens, valores e fatos, essenciais ao processo legislativo e absolutamente não ferem o princípio da igualdade.

Repousa aí a relatividade do princípio, que vai variar segundo as opções do legislador para poder distinguir as plúrimas situações heterogêneas da vida e regulá-las segundo o critério político prevalente na conjuntura.

Aliás, nem podia ser diferente, vez que se chegaria à absurda conclusão de que o Estado estaria cerceado no seu exercício do poder normativo, se o processo legislativo fosse impedido de estabelecer essas diferenças.

A lei pode, portanto, tratar igualmente os iguais e os desiguais, ou desigualmente os desiguais, se quiser; não pode, porém, é tratar desigualmente os iguais.

De outra parte, informa a *American and English Encyclopedia of Law* (v. X, p. 302, verbete *Due Process of Law*, de autoria do jurista Magrath) que, nos Estados Unidos, uma lei, aplicável somente a um grupo ou classe de indivíduos, depende, para que seja considerada constitucional, de que preencha dois requisitos: 1.º) que compreenda no seu âmbito todos os que se encontram ou que venham a se encontrar em igual situação; 2.º) que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa" (*apud* San Tiago Dantas, *Problemas de Direito Positivo*, Forense, Rio, 1953, p. 46).

Já a Corte Constitucional da Itália, em decisão de 18.04.67, afirmou sua competência para decidir sobre a racionalidade (*ragionevolezza*) das limitações opostas pelo legislador ordinário ao princípio da igualdade "esclarecendo que o citado princípio de igualdade deve considerar-se infringido ou frustrado somente no caso de que se constate irracionalidade do tratamento diferenciado preestabelecido pelo legislador no exercício de seu discricionário poder normativo" (Biscaretti di Ruffia, in *Diritto Costituzionale*, Ed. Jovene, Napoli, 1969, n.º 233, p. 719).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, somente "há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando *pretende tomar o fator "tempo" - que não descansa no objeto - como critério diferencial.*

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimenes, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" (*O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Ed. Malheiros, 3ª ed., São Paulo, 1993, pp. 47-48).

De acordo com Celso Bastos, "o conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisto: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja as finalidades a que a lei se preordena. É o princípio da isonomia que pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que

nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras que deveriam sê-lo.

Mais uma vez resulta claro que o problema da isonomia só pode ser resolvido a partir da consideração do binômio elemento discriminado / finalidade da norma" (in "Comentários à Constituição do Brasil", v. 2.º, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1989, p. 9).

Nesse contexto de idéias constata-se que violenta o princípio da igualdade a lei que trate desigualmente pessoas, coisas ou situações, com base em fatores estranhos a essas mesmas pessoas, coisas ou situações. É a hipótese da lei fixando em 25% o imposto de renda dos indivíduos nascidos nos meses pares e em 30% o dos nascidos nos meses ímpares; de fato, o mês do nascimento é estranho e externo aos contribuintes, é neutro em relação a eles. É possível, porém, a lei conceder isenção do imposto de renda apenas aos nascidos há mais de 65 anos; na hipótese, estará sendo levada em consideração, para o tratamento diferenciado, a idade do contribuinte (e as conseqüências dela derivadas: dificuldade de ampliação da renda, necessidade de tratamentos médicos mais freqüentes, etc.).

O tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas. É que, em assim sendo, a discriminação será gratuita, desarrazoada, sem sustento racional. E exemplo a distinção de vencimentos entre servidores públicos, determinada pelo sexo (o sexo, conquanto seja um fator diferencial entre servidores, nenhuma ligação lógica pode ter com uma maior ou menor remuneração). No entanto, é perfeitamente ajustada ao princípio da igualdade a concessão de licença a servidores, quando do nascimento de seus filhos, com prazos distintos para homens (5 dias) e mulheres (120 dias); o benefício em favor da mulher se justifica por ser ela quem dá à luz e amamenta.

A igualdade, impende ressaltar, não pode ser tomada em seu sentido literal, pois, como proclama Manoel Gonçalves F. Filho "a justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais".

Para Gomes Canotilho "o princípio da igualdade contém uma diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual e desigualmente aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação

das várias situações como iguais e desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais". Disto não discrepa a jurisprudência quando ressalta que a igualdade, constitucionalmente imposta, significa proporcionalidade, isto é, reclama do legislador tratamento desigual de situações desiguais e tratamento homogêneo de situações idênticas.

Observe-se que esse tema, que se impregna de relevo indiscutível, foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal (Mandado de Injunção n.º 58), em ementa assim plasmada:

"O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação normativa.

Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do poder público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a civa de inconstitucionalidade". (in RDA, v. 183, p. 143)

Convém aduzir que "o princípio da igualdade é violado, quando não se encontra um motivo racional que resulte da natureza das coisas, ou de qualquer modo, evidente para a diferenciação legal.... enfim, quando a determinação deve ser classificada de arbitrária" (BV erfGE 1, 14, 52).

Friauf correlaciona o princípio da isonomia com a "teoria das peras e das maçãs: maçãs não são peras, e, assim, se devem tratar juridicamente as maçãs de modo diferente de como se tratam as peras.

Mostra-se alguma diferença: forma, sabor, cor, etc., e, sem maior exame, daí se tira a conclusão automática de que, em razão das dife-

renças existentes, será permitido um tratamento desigual, que, de qualquer modo, não parecerá arbitrário”.

O que num caso concreto é igual ou desigual não se pode estabelecer abstratamente ou de modo geral, mas apenas através de recurso ao sistema e aos princípios de determinado ramo jurídico. Assim, no direito penal, importa abranger todos os criminosos, nada importando se eles são ricos ou pobres. No direito militar, importa abranger as pessoas capazes: os doentes podem ser tratados de modo diferente de como se tratam os sadios. No direito tributário, a capacidade de contribuição fiscal e econômica desempenha um papel especial. Quem não tem essa capacidade deve ser tratado de modo diverso de como se trata o que a tem. De qualquer modo, seja qual for o ramo jurídico, se a diferenciação legal atende a um interesse público legítimo, ela não é violadora do princípio da isonomia.

Não pode passar despercebido o fato de que o princípio da isonomia só é infringido se um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de natureza e de tal peso que possam justificar o tratamento desigual. O que importa é que haja uma atuação racional, técnica ou eticamente fundada, que não se discrimine para discriminar.

Exsurge, neste ponto, a lição insuperável de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade deferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação lógica não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição” (*O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., S. Paulo, Ed. Malheiros, 1993, p. 17).

A reta aplicação do princípio da isonomia, segundo os conceitos expostos, exige a intervenção do Estado para proteção dos economicamente fracos nas relações contratuais em geral, ou, a chamada “proteção do contraente débil”. Assim, a liberdade de contrato deve ser colocada ao abrigo dos economicamente mais fortes, justificando-se, portanto, as restrições que visem a restabelecer o equilíbrio das vontades. Os contratos de trabalho e as diretrizes contratuais estatuidos no Código de Defesa do Consumidor decorrem de regulamentações es-

tatais, compensando as desigualdades fáticas existentes através do tratamento desigual de situações desiguais, sem que absolutamente se rompa, antes atendendo-se, o princípio de igualdade, traduzindo o conceito exato da justiça, e da igualdade desde que vise, na expressão de Dabin, ao “restabelecimento do equilíbrio entre o forte, seja nas trocas privadas, seja a respeito dos benefícios ou encargos da vida social”. Impõe-se destacar, a propósito, que para Sarotte “estas desigualdades só estão de acordo com a justiça desde que as leis ou a sua aplicação não criem diferenças ou discriminações contrárias aos grandes princípios do direito”.

O acesso a cargos públicos, indica o bom senso, é reservado aos candidatos que apresentem certos requisitos mínimos de idade, cultura geral, conhecimentos especializados, aptidão natural para as funções etc. Não configura, portanto, quebra ou derrogação do princípio da igualdade, na aplicação deste, que a escolha para tais cargos, mediante concurso público, recaia nos cidadãos que apresentam maiores méritos e mais destacadas condições de capacidade (art. 37, I, da Constituição Federal). Nesse passo, realça-se o voto do saudoso Ministro Aliomar Baleeiro, segundo o qual “a faculdade de exigir requisitos de acesso aos cargos públicos não briga com os princípios da igualdade e acessibilidade por força de conveniência específica do cargo, como a diplomação em certo curso, idade para determinadas funções e, até mesmo, grande vigor físico, ou QI acima do normal” (in *RDA*, pp. 185/101). O que a lei não pode exigir nem tomar em consideração são requisitos de fortuna, nascimento, classe social, religião, crenças políticas, naturalidade de certa região do país, pois, nesse caso, estar-se-ia em face de privilégios, isto é, condições inacessíveis a certos cidadãos, os quais o próprio conceito de igualdade desde logo exclui. A propósito, para C. Shmitt a igualdade perante a lei significa não só aplicação igual da lei emanada, mas também garantia contra exceções e privilégios, seja qual for a forma de que se revistam. E mais. Só é possível falar em igualdade onde exista, pelo menos, uma pluralidade de casos, isto é, onde exista uma regra geral.

Os auxílios e subvenções estatais são justificados quando atendem, primordialmente, ao interesse público, inobstante, subsidiariamente, beneficiem o dos particulares, como no caso das isenções de tributos a certas atividades de alcance social e as subvenções a certos empre-

endimentos de interesse social, aqui concretizando o exato conceito de isonomia ou igualdade: tratamento diferenciado das situações diferentes, ou seja, compensam evidente desigualdade criando outra desigualdade.

Do mesmo modo, não constitui ofensa ao princípio da isonomia a organização de serviços de assistência e previdência estatal destinados a pessoas ou classes necessitadas, ou ainda que se encontram numa relação mais direta com a consecução dos fins estatais, de que são exemplos os hospitais e os institutos de previdência. Realiza-se, aqui, a concepção de Staub para quem "aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério de sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério de sua desigualdade".

Averbe-se que, estando presente o interesse público (por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade) como expressão daquilo que interessa ao público, "há justificativa racional, isto é, fundamento lógico para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento construído em função da desigualdade proclamada".

Deflui-se desse labor exegético que o princípio da isonomia não proíbe que a lei estabeleça distinções, até porque a lei não existe para criar igualdade e sim para disciplinar desigualdades. O que se proíbe na lei é o *arbitrio*, ou seja: proíbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, vale dizer, sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objetivo, constitucionalmente relevantes. Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais. É proíbe ainda a *discriminação*, ou seja: as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjetivas. Quer isso dizer que o princípio da isonomia permite ao legislador fazer discriminações que atendam situações desiguais (a "desisonomia seletiva" a que alude Ives Gandra), desde que o critério discriminatório não seja arbitrário, mas esteja fundado em razões valiosas, de ordem econômica e/ou social.

3. Os privilégios processuais da Fazenda Pública

"Determinados privilégios impostos pelos interesses públicos em favor de entes estatais não violam o princípio da igualdade". (Pinto Ferreira)

A partir de um elenco exemplificativo de normas atributivas de privilégios processuais

instituídos em prol da Fazenda Pública, enfrenta-se a questão se tal legislação é "discriminatória", "arbitrária" e se importa em vulneração do princípio da isonomia.

Eis alguns dos ditames legais, de natureza processual, que concedem "privilégios" à Fazenda Pública:

a) prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar - art. 188 do CPC;

b) parâmetros diferenciados para que o juiz fixe os honorários de advogado, por apreciação equitativa, quando for vencida a Fazenda Pública - art. 20, § 4.º do CPC;

c) dispensa do adiantamento ou prévio pagamento das despesas de atos processuais a requerimento da Fazenda Pública (art. 27 do CPC e art. 39 da Lei n.º 6.830/80);

d) obrigação de sujeitar ao duplo grau de jurisdição a sentença proferida contra a União, o Estado e o Município e a que julgou improcedente a execução de dívida da Fazenda Pública (art. 475, II e III do CPC);

e) intimação ao representante da Fazenda Pública será *sempre* pessoal (art. 25 da Lei n.º 6.830/80), enquanto o advogado do executado é normalmente intimado pela imprensa;

f) vedação legal para que a Fazenda Pública faça o depósito prévio de 5% do valor da causa para promover ação rescisória (art. 488, parágrafo único do CPC);

g) só a Fazenda Pública pode requerer a produção de provas independentemente de tê-lo feito na petição inicial (art. 6.º, § 3.º da Lei n.º 6.830/80);

h) a Fazenda Pública está dispensada de preparo para a interposição de recursos (art. 511 do CPC);

i) a substituição de bens penhorados pela Fazenda Pública independe de qualquer ordem de enumeração (art. 15, II da Lei n.º 6.830/80);

j) os créditos contra a Fazenda Pública não são objeto de execução forçada, em face da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, daí ser objeto de peculiar disposição constitucional (art. 100 da *Lex Magna*), que prevê o seu pagamento, mediante a apresentação dos

precatórios e à conta de verbas próprias, devendo ser pleiteados na forma estatuida no art. 730 do CPC.

A relevância do princípio da isonomia foi captada pelo Código de Processo Civil cujo art. 125, I determina competir ao juiz quando dirigir o processo, assegurar às partes igualdade de tratamento, ou, como expõem Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco:

“ A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma inscrita no art. 5.º, caput, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Assim, o art. 125 do Código de Processo Civil proclama que compete ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento; e o art. 9.º determina que se dê curador especial ao incapaz que não o tenha (ou cujos interesses colidam com os do representante) e ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa. No Processo Penal, ao réu revel é dado defensor dativo e nenhum advogado pode recusar a defesa criminal. Diversos outros dispositivos, nos códigos processuais, consagram o princípio da igualdade” (Teoria Geral do Processo, p. 54).

Arruda Alvim (in “Manual de Direito Processual Civil”, Ed. RT, S. Paulo, v. I, pp. 285/286) ao tratar dos princípios informativos do processo, com reflexo profundo no tempo e nos prazos, elencou o da paridade de tratamento das partes no processo, visando, em todos os aspectos, a conceder aos litigantes sempre uma igualdade de oportunidades. Ensina o festejado autor que “o princípio da paridade de tratamento inspira-se em princípio político-jurídico fundamental do Direito moderno: o da igualdade de todos perante a lei. Se todos são constitucionalmente iguais, perante a lei, projetada esta idéia no processo, o legislador processual tem, necessariamente, que propiciar um tratamento igual aos autores, de um lado, e aos réus, de outro, ou seja, todos os autores serão igualmente tratados, e, assim todos os réus (igualdade formal) e tendendo, quanto possível, atualmente, para a própria igualdade entre o autor e o réu, antagonista daquele (igualdade substan-

cial)”.

Contudo, exemplos há ao longo da legislação processual onde está consagrada a aplicação do princípio da isonomia, tratando-se desigualmente no processo os desiguais a fim de ensejar equilíbrio processual, que de outro modo não existiria. Assim, quando a Lei n.º 1.060/50 outorga ao necessitado o benefício da isenção da taxa judiciária, das despesas processuais, dos honorários dos advogados e perito, além da atribuição de defensores públicos às pessoas cuja situação econômica se revele precária, configura não a quebra, mas a materialização do princípio da isonomia, de modo a garantir uma igualdade efetiva de acesso dos cidadãos aos Tribunais. pois, ninguém desconhece que o alto custo dos serviços judiciários, já a priori representa causa de discriminação, desestimulando e até inibindo o recurso à Justiça das pessoas desprovidas de meios.

Por isso mesmo, Couture sentencia que *lo costo de la justicia es, por si mesmo, su instrumento de desigualdad.*

Nesse diapasão não se pode acoiimar de arbitrárias as desequiparações processuais da Fazenda Pública cujo tratamento diferenciado não importa em favorecimentos desmedidos nem implica em vantagens exageradas, dado que não ultrapassa os limites próprios do conteúdo jurídico do princípio da isonomia.

Acresça-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública insculpidos na legislação não derruem o princípio da isonomia e têm resistido bem às críticas que lhe têm sido assentadas, conquanto:

a) são normas postas por exigência de interesse público ou social e não no interesse privado, até porque não encontra aplicação nas relações privadas;

b) são normas de caráter geral em que a prerrogativa ou privilégio não pode ser fruído por alguém em caráter exclusivo e individual, daí não se poder cogitar de desequiparações injustificadas;

c) são normas de ação que não afastam nem afetam as garantias processuais constitucionais do juízo natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, entre outras.

Demais disso, o legislador processual, ao disciplinar as desigualdades outorgando privilégios à Fazenda Pública, adotou “como critério diferenciador algo que esteja razoavelmente

relacionado com a finalidade da diferenciação imposta” (Hugo Machado). Ressalte-se, a título de ilustração, que a jurisprudência constitucional portuguesa tem também proclamado que a isonomia processual dos jurisdicionados “não impõe a absoluta uniformidade de regimes jurídicos para todos os cidadãos, qualquer que seja a situação em que se encontrem, permitindo diversidade de regimes justificada por diferença de situações...” (cf. Acórdão de 3 de março de 1977, estampado no BMJ, 269:194).

Quando o Código Processual Civil e a Lei n.º 6.830/80 atribuem à Fazenda Pública vantagens processuais sobre o litigante particular, como ocorre nos dez exemplos arrolados, procuram o atingimento de uma igualdade efetiva, de fato (igualdade substancial) e não apenas e tão-somente a igualdade jurídica (a isonomia meramente formal). *dai porque José Carlos Barbosa Moreira* (in *Revista de Processo*, v. 37, p. 141) preleciona que “é razoável considerar que a desigualdade formal, aí, espelha uma desigualdade substancial e, por conseguinte, a rigor não se choca - mas, ao contrário, se harmoniza - com o postulado da igualdade”.

O mesmo José Carlos Barbosa Moreira (in *Revista de Processo*, v. 44, pp. 176/185), no trabalho intitulado *La Igualdad de las Partes en el Proceso Civil* destaca três formas ou exteriorizações da igualdade no plano processual:

a) É indispensável, antes de tudo, que ambos os litigantes possam nutrir alguma esperança de vencer; e, mais ainda, que possam confiar na vantagem prática da vitória. A igualdade das partes se traduz aqui, por IGUALDADE DE RISCOS; (p. 177)

b) no desenvolvimento da atividade processual, a tônica da problemática recai sobre a IGUALDADE DE OPORTUNIDADES ou “de chances”. Ou seja, há que se assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito; (p. 178)

c) é imprescindível garantir aos litigantes a IGUALDADE DE TRATAMENTO pelo órgão judicial. Isto exige, antes de tudo, que a conformação do procedimento não fique sujeita ao arbítrio do juiz, sem que se ajuste ao modelo previamente instituído pela lei para os processos em geral (p. 178).

E os privilégios processuais da Fazenda

Pública não lesionam a igualdade *de riscos, de oportunidades* ou *de tratamento*, ou seja, não implica em quebra do princípio da isonomia na sua dimensão processual e no plano concreto, até porque não estão desprovidos de fundamento racional. Vale dizer, os privilégios processuais da Fazenda Pública visualizados, sob a ótica processual, como interesses coletivos e públicos representam o direito do maior número, e, por isso mesmo, quando em confronto com os interesses individuais e privados, estes cedem àqueles, em atenção ao direito da maioria. Com efeito, os favores processuais à Fazenda Pública existem, também, em razão da complexidade da máquina administrativa estatal, que não dificulta maior vigilância de seus interesses (que são os da coletividade) como ao particular que só demanda episodicamente.

O privilégio ou a supremacia jurídica da Fazenda Pública vincula-se à idéia de mais poder, mais força ou uma preferência face ao regimento processual vigorante. E, segundo Sérgio Ferraz (in *RDP*, vs. 53/54, p. 41) “*aparentemente*, portanto, o privilégio representa exatamente uma negação da própria igualdade perante a lei: onde houvesse privilégio, não haveria igualdade, e vice-versa”. Contudo, o acatado Sérgio Ferraz apressa-se em desfazer tal ilação, *asseverando que é indiscutível que “a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio mas, sim, da coletividade que a criou”*. Depois arremata que “na idéia de Fazenda Pública existe toda uma estruturação fisiológica e anatomicamente conformada para a satisfação dos interesses coletivos”. E a jurisprudência pátria já se consolidou no sentido de que só fere o princípio da isonomia quando o *discrimen* legal redundar em preconceito ou discriminação, longe de preservar o interesse público, configurando-se como arbitrário, abusivo, desarrazoado, sem qualquer lógica ou plausibilidade.

Por isso o Supremo Tribunal Federal já firmou orientação jurisprudencial de que “a igualdade perante a lei que a Constituição Federal assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não compreende a União e as demais pessoas de direito público interno, em cujo favor pode a lei conceder privilégios impostos pelo interesse público sem lesão à garantia constitucional” (in *RF*, 201/118).

Significa ser no interesse público que se radica o traço determinante de legitimidade fundamentadora, perante o ordenamento jurídico,

do fator discriminatório que identifica a observância do princípio da isonomia, pois é nítido que a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio mas, sim, da coletividade que a criou.

Semelhante jurisprudência mansa e pacífica tem acolhimento indiscrepante no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho que reiteradamente há decidido que:

“PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO INTERNO. Reexame obrigatório das decisões que lhe sejam total ou parcialmente contrárias. Em alguns casos, a existência de interesse público relevante torna obrigatória a reapreciação da matéria julgada no juízo de primeiro grau. É o que ocorre nas hipóteses do Decreto-Lei n.º 779 de 1969 com relação à União, aos Estados, Municípios, Autarquias ou Fundações de direito público que não explorem atividade econômica. Os privilégios instituídos no referido Decreto-Lei não se chocam com o princípio de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, previsto no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, pois o que se visa com este princípio é o tratamento de igual forma para todos que estejam em idêntica situação, prevenindo o cidadão contra o arbítrio e a discriminação públicos, o próprio constituinte permite que o legislador infraconstitucional estabeleça tratamento diferenciado ao dizer, no art. 173, § 1.º (Constituição Federal) que só estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, quando explorem atividade econômica. Assim, caracterizadas as hipóteses previstas no Decreto-Lei n.º 779, de 1969, as sentenças só produzem efeitos depois de confirmadas pelo Tribunal”. (RR - 41735/91, in DJU de 16.04.93, seção I, pp. 6555-6).

Tanto isso é verdade que o TST consolidou no seu Enunciado n.º 303:

“Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da Constituição Federal de 1988, decisão contrária à Fazenda Pública”.

Infere-se, então, que os privilégios processuais de concessão de prazo favorecido para defesa e recurso para a Fazenda Pública, ou o

fato de pagar despesas processuais tão apenas ao final da ação ou ainda de estar desobrigada do exigível depósito prévio na ação rescisória tornam evidente que a Fazenda Pública, em todos os momentos processuais alberga um interesse público, daí porque goza de um tratamento diverso dos particulares. Tal desigualdade, contudo, não afronta o princípio da isonomia, posto que, na verdade, se a lei desigualar, se a sentença desigualar, a desigualdade, ao contrário do que pareça, resulta necessariamente do princípio constitucional da igualdade; a desigualdade não é repelida: o que se rechaça é a desigualdade injustificada, carente de conexão lógica para a realização do fim jurídico buscado, sobretudo quando este fim jurídico e estes privilégios têm lugar reservado e assento no ordenamento processual vigente.

Por relevante para a inquietante e rica temática, traz-se à colação a expressiva e indestrutível argumentação do Prof. Sérgio Ferraz (in RDP pp. 53/54), *verbis*:

“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 outros mais, 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 preencha finalidades inteiramente diversas 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, etc 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 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 indissoluvelmente 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*" (p. 42).

Ajusta-se como uma luva a hipótese *subexamine* a colocação de Pimenta Bueno para quem "a lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania". (*apud Celso Antonio B. de Mello, op. cit., p. 18.*)

Nesse passo, avulta com todo vigor a enfática lição do Ministro José Celso de Mello para quem "o tratamento discriminatório se legitima *juridicamente* em virtude de *pressupostos* lógicos e objetivos que justificam, racionalmente, a desequiparação operada".

Estes subsídios doutrinários encontram ressonância e amparo na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal que, no RE n.º 83.432 - SP (in RTJ - 94/209), assim decidiu:

"Não ofende o princípio da isonomia aplicável à igualdade das partes no processo, o conferimento de tratamento especial à Fazenda Pública, o que se faz em atenção ao peso e superioridade de seus interesses em jogo".

O Ministro Leitão de Abreu, relator do processo, deixou claro no seu voto que "a Fazenda é a Fazenda, não podendo ao interesse dela, que é público, nivelar-se o interesse, meramente privado, do contribuinte. Logo legítimo, na espécie, o privilégio com que se forra o interesse

público, privilégio que não é inédito, pois encontra, no campo processual, símiles numerosos.

É inegável que o interesse público prefere ao interesse privado e que, em nome dessa preferência, a ordem processual cuida, em certos pontos, de oferecer à Fazenda Pública posição mais favorecida do que a prevista, em situação *análoga, para o comum das partes*. Tais são os casos do recurso de ofício, dos prazos processuais, dos honorários de advogados, além de outros, sem falar de regalias de que goza, em outros campos jurídicos, como a concorrente à prescrição.

Em nenhuma dessas hipóteses se trava, no entanto, o *iter* processual do contribuinte. Se a prerrogativa, assegurada à Fazenda, lhe confere, na contenda processual, posição favorecida, o favor não é tal que impeça a outra parte de prosseguir no exercício do seu direito subjetivo de ação". (p. 211)

Na sua motivação o Ministro Rafael Mayer destacou "que a supremacia da administração pública e do poder público em relação aos administrados tem diversas manifestações e estas que se exercem nos procedimentos judiciais fluem do mesmo princípio. Na verdade, não se poderia, somente neste caso, quando tantas são as espécies em que se criam privilégios para a Fazenda Pública, em atenção à supremacia do poder público em relação aos administrados, e aos superiores interesses da Administração, considerar-se inconstitucional o dispositivo sob color de tratamento desigual, quando na verdade são desiguais as partes em causa. (p. 213)

Já o Ministro Soares Muñoz tomou evidente que "mais do que o princípio da igualdade, o processo, principalmente o processo civil, é informado pelo princípio do contraditório, que dá às partes iguais oportunidades". (p. 213)

Nas suas razões o Ministro Moreira Alves averbou "que não há violação do princípio da isonomia, tendo em vista a circunstância de que, a meu ver, não ocorre, no caso, a igualdade de situação das partes, que é pressuposto necessário para que esse princípio se aplique". (p. 214)

Por sua vez, demonstrou o Ministro Djaci Falcão que os privilégios processuais em favor da Fazenda Pública não afrontam ao princípio da isonomia e aduziu:

"As diversas espécies de igualdade jurídica, compreensivas da igualdade civil, política, social, fiscal e jurisdicional, não se inserem num igualmente aritmé-

tico e absoluto. Contudo, o princípio de tratamento igual para todos pressupõe a existência de uma identidade de situações. Onde não há uma identidade de condições e circunstâncias não há que invocar o sedutor postulado jurídico da igualdade. Não se pode considerar violado o princípio da igualdade inserida no art. 153, § 1.º, da Constituição Federal, quando se assegura às pessoas de situações desiguais direitos, prerrogativas e vantagens desiguais. Este o alcance finalístico dessa declaração de direito”.

Com propriedade acentuou o eminente Des. Gonçalves Santana:

“Está definitivamente firmado que não se equipara ao particular a Fazenda Pública. A relevância do interesse público, por estar preservado, separa-a, na sua natureza, do particular.” (f. 47). (p.216)

À vista do sentido, do alcance e do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, e com lastro nos inúmeros fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, verifica-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública constituem instrumentação dos meios para realização de finalidades de interesse público e reconhecimento de diversidades, que, não infirmam, mas, ao revés, confirmam que o princípio da isonomia não existe como igualdade ideal ou

como “fórmula vazia” (*Leerformel*), mas para realizar o princípio de justiça, onde se busca o equilíbrio social e a igualdade real e substancial. Vale dizer, o princípio da isonomia “muito longe de representar o domínio da forma abstrata sobre as exigências vitais, a hipocrisia da uniformização sobre a autenticidade das diferenças criadoras, é a verdadeira garantia para a evolução harmônica da humanidade, cuja grande riqueza, como bem disse Teilhard de Chardin, é feita pela unidade de suas diferenças” (Fábio Comparato, in *RTDP* 1/93, p. 78).

Ex positis, não é demais repetir-se que as disposições legais que outorgam privilégios processuais à Fazenda Pública conformam-se com o princípio isonômico consagrado na Constituição, mesmo porque o princípio da igualdade realiza-se no dispensar tratamento desigual aos desiguais e tratamento igual aos iguais. Em síntese, os privilégios processuais da Fazenda Pública sintonizam-se com o preceito isonômico na medida em que não são incompatíveis com os valores encartados e reconhecidos no Texto Constitucional. Demais disso, retirando-se da temática qualquer “idealismo utópico” não há que cogitar de favoritismos nem de perseguições, além de estribar-se numa “relação de pertinência lógica” justificável que torna congruente os privilégios processuais da Fazenda Pública com o princípio da isonomia.