

## AINCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO COMPUTO DE PRAZO CONCEDIDO AOS DEFENSORES DA UNIÃO

Guilherme von Müller Lessa Vergueiro

As múltiplas disputas tributárias travadas pelos contribuintes sofreram recentemente um revés legislativo. Não fossem todos os privilégios concedidos à União e a seus defensores, o art. 20 da Lei nº 11.033/2004 ampliou os prazos que os Procuradores da Fazenda Nacional possuem para se manifestar nos autos. Vejamos, pois, o dispositivo em comento:

Art. 20. As intimações e notificações de que tratam os arts. 36 a 38 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, inclusive aquelas pertinentes a processos administrativos, quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, *dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista*, (grifos nossos)

O dispositivo mencionado modificou substancialmente o regime de prazos. Muito embora não tenha modificado a dimensão genérica dos prazos, ele alterou a data de início dos mesmos, o que importa, *de forma indireta*, numa ampliação do seu lapso temporal.

Em vez dos prazos terem início com a intimação dirigida ao Procurador da Fazenda Nacional, ou, como sustentam alguns, da data da juntada do mandado aos autos, o prazo *agora* somente começa a fluir a partir do instante em que o Procurador da Fazenda Nacional retirar os autos, o que, diga-se de passagem, é um momento altamente incerto e que muitas vezes tende a demorar.

Sob a ótica jurídica, vislumbramos neste privilégio uma clara ofensa ao primado da isonomia, ao lado de acutilar os princípios da moralidade e da proporcionalidade.

A isonomia é um dos princípios que merecem maior destaque dentro do cenário constitucional, pois a idéia da igualdade rompe com a antiga divisão social por castas, impondo tratamento igualitário a todos. A igualdade, por assim dizer, é um dos pilares do sistema democrático.

A Constituição de 1988 a encartou com grande destaque no *caput* do art. 5º, que trata dos direitos e garantias individuais, com os seguintes dizeres:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

A igualdade, devido à sua posição de premência no Texto Constitucional, erradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, influenciando toda e qualquer norma produzida. Paulo César Conrado observa com grande propriedade a subordinação do Direito Processual Civil ao princípio da igualdade. Vejamos suas palavras:

O Código de Processo Civil, já sabemos, é diploma que se põe hierarquicamente abaixo da Constituição, cuidando de disciplinar o nascimento, o desenvolvimento e a extinção das relações jurídicas processuais em nível ordinário. Em vista de tal relação de subordinação, é de todo necessário que as diretrizes constitucionais venham refletidas naquele *codex*, sejam tais diretrizes de índole geral, sejam específicas, sob o risco de se consubstanciar uma daquelas situações (franamente repudiadas pela consciência jurídica) de violação da

Lei Maior, que só fazem importar a desestabilidade do sistema do Direito Positivo, na exata medida que revelam um desencontro entre as peças que o compõem e que, por princípio, deveriam guardar absoluta consonância entre si, tudo em homenagem à própria estrutura sistêmica do Direito.<sup>1</sup>

Feitas essas considerações, devemos dizer que uma das melhores vozes da doutrina que deu a exata dimensão do primado da isonomia pertence a Celso Antonio Bandeira de Mello. A corriqueira idéia de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade foi decididamente aperfeiçoada. A inovação trazida pelo renomado doutrinador consiste em verificar se o critério que deu azo à distinção é coerente com os ditames constitucionais e legais.

Na área tributária, a igualdade foi empregada para ora ratificar a exigência desigual de tributos e ora para invalidar a cobrança de determinados tributos. Como exemplo disso, podemos citar o tratamento tributário menos gravoso às microempresas e empresas de pequeno porte. O que a princípio poderia representar uma ofensa à igualdade, tem no art. 179 da CF sua justificativa e, por conseguinte, seu critério autorizador.

De outro lado, nada justifica o tratamento desigual de Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL) atribuído às diferentes espécies de empresas prestadoras de serviços, uma vez que o § 9º do art. 195 da CF apenas autoriza tratamento desigual em razão da diferença de atividade econômica, o que poderia acontecer entre as empresas do ramo comercial, industrial, de prestação de serviços e da área financeira, mas nunca entre suas subespécies. *Dentro desse contexto é que a igualdade deve ser cotejada.*

1. *Introdução à teoria geral do processo civil*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59.

Nesse sentido, devemos ponderar que a maioria da doutrina entende que o tratamento privilegiado atribuído à Fazenda Pública, por meio do art. 188 do CPC, consistente no prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, afigura-se razoável, ante a possibilidade da formação de litisconsórcios bastante amplos, o que dificultaria sua defesa.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, ao tratarem do princípio da isonomia perante o Direito Processual Civil, assentam que a diferença de tratamento entre as partes deve ser *rigorosamente a necessária para alcançar o equilíbrio*, sendo qualquer excesso altamente condenável. Ouçamos suas vozes:

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial. [...] No processo civil, encontram-se prerrogativas, como as concedidas à Fazenda e ao Ministério Público, instituídas com vistas ao interesse público e em razão da natureza e organização do Estado. [...] *Mas a tarefa de equilibrar processualmente os litigantes que não se encontram em igualdade de condições é delicada. As prerrogativas não devem superar o estritamente necessário para restabelecer o equilíbrio. Por isso, freqüentemente a doutrina considera inconstitucional o tratamento privilegiado dispensado às partes.*<sup>2</sup>

O Ministro Domingos Franciulli Neto, por sua vez, sustenta que nos dias de hoje não mais se justifica o privilégio estabelecido

2. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 52-3. (grifos nossos)

pelo art. 188 do CPC. Em síntese, recomenda sua revogação, uma vez que sob sua ótica o comando viola o princípio da igualdade. Vejamos suas palavras:

Atualmente não se justifica seja prestigiado princípio dessa natureza, com a atual redação do art. 188 do Código do Processo Civil. Em geral, contam os entes públicos com procuradores aprovados em concurso público de provas e títulos e departamento jurídico organizado, o que, a despeito da quantidade de causas em que atuem, garante a defesa do interesse público, sem a necessidade de se lhes conferir tratamento privilegiado em relação à parte contrária.<sup>3</sup>

Feitas tais ponderações, devemos verificar se o privilégio introduzido pelo art. 20 da Lei nº 11.033/04 agride a igualdade.

Muito embora a maioria da doutrina endosse o privilégio do prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, temos na figura do Ministro Domingos Franciulli Neto a grande voz que predica tal prerrogativa atualmente afigurar-se inconstitucional, pois o critério que criou essa diferença não mais persiste nos dias de hoje.

Não obstante fazermos coro com essa assertiva, é verdade ser esse um tema bastante subjetivo, ficando a inconstitucionalidade derivada disso acomodada naquilo que Celso Antonio Bandeira de Mello chama de *zona cinzenta*.

A desigualdade quando não é desmedida (*zona de certeza positiva*), quando não é extrema, não salta aos olhos tanto quanto aquelas que causam espanto à primeira vista, afigurando-se, portanto, mais difícil de ser diagnosticada.

Em que pese a desigualdade posta no art. 188 do CPC se enquadrar nessa categoria (*zona cinzenta*), temos que o novo privilégio

3. *A prestação jurisdicional*. Campinas: Millennium, 2004. p. 111.

atribuído aos defensores da União é, sem sombra de dúvidas, uma medida sem critério idôneo que a justifique e, portanto, uma desigualdade não amparada pelo nosso sistema constitucional.

É bem verdade que a legislação não ampliou a duração do prazo *per se*. Contudo, ao modificar o cômputo do início do prazo, firmando que o prazo só começa a fluir a partir da retirada dos autos pelo defensor da União, aumentou *obliquamente* em muito os prazos, pois o prazo, que começaria a contar da intimação ou da juntada do mandado aos autos, somente tem início no momento em que o defensor da União retirar os autos do Cartório.

Evidentemente, o defensor da União, sabendo que o prazo somente se inicia quando ele retira os autos, também sabe que é ele quem decide, em última análise, quando o prazo começa.

Nesse sentido, a nova disposição processual, ao colocar nas mãos do defensor da União a data de início dos prazos, sendo que essa prerrogativa deveria continuar em poder da própria função jurisdicional, importa, na verdade, na atribuição de um verdadeiro *cheque em branco* da Administração aos seus defensores, significando, na essência, um privilégio para a própria Administração.

Assim, estamos convictos de que esse benefício atenta contra a igualdade, na medida em que coloca em evidente desigualdade os defensores das partes envolvidas na lide tributária, *sem que exista critério idôneo que o justifique*.

Nem se alegue que os defensores da União possuem diversas ações, sendo assim recomendável tal garantia em prol do interesse público. É certo que a regra do art. 188 do CPC, somado ao início do prazo fluir do recebimento da intimação ou da sua juntada aos autos, *mais do que ajusta essa pseudo-relação de inferioridade*, sendo o novo privilégio uma medida inapropriada.

Não é a primeira vez que o legislador aquinhoa a União com privilégios processuais que atentam contra a igualdade. No passado, o prazo para o Ministério Público e a Fazenda Pública interpor

ação rescisória foi ampliado de dois anos para quatro, nos termos da Medida Provisória nº 1.577/99.

Nelson Nery Junior, ao tratar dos privilégios processuais sobre a ótica da igualdade, assevera que a modificação tendente em atribuir prazo em dobro para interpor ação rescisória é exagerada e, portanto, ofensiva à igualdade. Vejamos suas lições:

Para obviar todos esses inconvenientes, a lei concede à Fazenda Pública e ao Ministério Público o benefício do prazo em quádruplo para responder (art. 188, CPC). Consoante já vimos, antes de caracterizar ofensa ao princípio constitucional da igualdade de partes, o benefício de prazo vem constituir-se como afirmação e efetivação do princípio, traduzindo-se como *medida de equidade*, pois trata partes desiguais (Fazenda Pública e Ministério Público) desigualmente, atuando em prol da igualdade substancial de que já falamos.

O mesmo não se pode dizer da revogada redação do art. 188, inciso I, do CPC, que era dada pelo art. 1º da Medida Provisória 1.798-3, que conferia o prazo em dobro para o ajuizamento de ação rescisória, quando os autores fossem o MP, a Fazenda Pública, as autarquias ou as fundações públicas. Isto porque não há justificativa plausível para aumentar-se de 2 (dois) para 4 (quatro) anos o prazo para o ajuizamento de ação rescisória (art. 495 do CPC), quando o autor for um dos entes aos quais a lei dá essa prerrogativa. O acúmulo de serviço e o número baixo de servidores e funcionários não justificam a concessão de mais dois anos, além do prazo legal de dois anos para todos, para a elaboração de petição inicial de ação rescisória. Correta a decisão do plenário do STF (ADIIn 1910-1), ao suspender a vigência do art. 1º da MP 1.798-3, que criara esse privilégio para os entes públicos

que menciona. Reeditada, a MP 1.798-5 (DOU 04.6.1999, p. 45) não repetiu as alterações aos arts. 188 e 485 do CPC, obedecendo-se à decisão do plenário do STF.<sup>4</sup>

Como bem sublinhado pelo autor, no passado foram interpostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade - n° 1.753-2 e n° 1.910-1 - em que prevaleceu a tese de que o aumento do prazo para ajuizar ação rescisória não vinha lastreado numa justificativa razoável, o que, somada aos outros privilégios existentes, toma a medida absolutamente exagerada e, por isso, inconstitucional.

Na ADIN n° 1910-1, o Ministro Sepúlveda Pertence foi o relator do acórdão, no qual posteriormente o Plenário do STF, à unanimidade, pugnou pela inconstitucionalidade do privilégio processual inovado. Vejamos os fundamentos que lastrearam a decisão, a partir de excerto da ementa:

3. A igualdade das partes é imanente ao *procedural due process of law* quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetusdez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a conseqüência perversa

---

4. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 46-7.

de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

4. No caminho da efetivação do *due process of law* - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de Direito democrático a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste.

Diante de todo o exposto, somos da opinião de que a nova prerrogativa concedida (art. 20 da Lei nº 11.033) é claramente ofensiva à igualdade, *pois aquinhoar supostamente o mais fraco em excesso não significa, na verdade, igualar as partes, mas desequilibrar a relação às avessas*.

Afora isso, temos que o privilégio concedido aos defensores da União também acutela os primados da proporcionalidade e da moralidade pública.

A moralidade é um corolário do Estado Democrático de Direito, no qual se exige dos atos administrativos uma adequação mínima de conteúdo, pois uma discrepância muito grande entre o ato editado e o fim colimado é condenável. Marcelo Figueiredo, trilhando esse rumo, assenta que “o legislador não é totalmente livre para fixar o conteúdo normativo da lei. Em última instância, o conteúdo da lei encontrar-se-ia ‘previamente definido’ pela Constituição”.<sup>5</sup>

Do inciso LXXIII do art. 5º da CF, no qual se encontra inserta a prescrição relativa à moralidade, deflui-se também que o ato que obedece à moralidade é um ato proporcional. Esse é o vínculo que liga os dois preceitos.

5. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 114.

O renomado constitucionalista Gomes Canotilho, ao tratar do princípio da proporcionalidade registra que o mesmo encontra amparo em três sub-princípios: (i) princípio da conformidade ou adequação de meios, (ii) princípio da exigibilidade ou da necessidade e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Aproveitando essas diretrizes, podemos verificar que o princípio da conformidade ou adequação dos meios exige que a medida adotada seja razoável com o fim colimado. Nos dizeres de Gomes Canotilho, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção. [...] Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.<sup>6</sup>

Refletindo sobre esse prisma, devemos dizer que o objetivo da norma é assegurar que a União tenha tempo suficiente para se manifestar nos autos em que é parte. Contudo, atribuir o início do prazo ao seu alvedrio é medida absolutamente excessiva, pois isso significa *indiretamente* que seu defensor possui o prazo que lhe aprouver, o que é desmedido.

O aumento do prazo pode se dar de dois modos. O *direto* consiste em aumentar o próprio prazo dos recursos, que atualmente já é em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar. O *indireto* consiste em aumentar a data de início do prazo ou, como ocorreu no caso em tela, delegar essa prerrogativa inteiramente à própria parte.

Para ilustrar a questão, vejamos um exemplo. Depois de publicada uma sentença, parcialmente procedente, em 01.8.2005, a autora tem quinze dias para apelar, prazo que se finda em 16.8.2005. O prazo da União, além de se iniciar apenas com a data do recebimento da intimação ou, para alguns, da juntada do mandado aos autos, fica agora, com o advento desse novo privilégio, *ao inteiro*

6. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 262.

*dispor dos defensores da Administração, simbolizando, destarte, um privilégio inidôneo.*

No período entre a publicação e a retirada dos autos, como o processo é público, o defensor da União pode consultá-los, fazer anotações, pesquisar, requerer fotocópias, refletir sobre a questão demandada, sem, contudo, dar início ao cômputo do prazo.

Além disso, temos que o privilégio concedido não se compactua com o princípio da necessidade, pois todo ato administrativo deve ser o menos lesivo possível. Uma vez constatada que a finalidade poderia ser alcançada por outro meio igualmente eficaz, é certo que a medida é inconstitucional.

No caso em tela, temos que não existe necessidade alguma desse novo privilégio, pois o cômputo do prazo da União não se inicia com a publicação, mas por meio do recebimento do mandado de intimação ou, como pretendem alguns, da sua juntada nos autos, o que, por si só, é mais do que suficiente para garantir que a União se manifeste no processo de forma adequada.

É bem verdade que a União representa os interesses de toda a coletividade. Por isso, justificam-se algumas vantagens ou privilégios. Contudo, isso não significa que a União deva ter privilégios que transformam aqueles que litiguem em seu desfavor em meros súditos. Como dissemos, aquinhoar o mais fraco em excesso é cometer o mesmo desequilíbrio que tratar de forma igual partes desiguais.

Por fim, devemos sublinhar que o privilégio também não se escoima de inconstitucionalidade frente à proporcionalidade em sentido estrito, pois o fim colimado, ou seja, a proteção processual da União, já se encontra muito bem cuidado pelo binômio: (i) prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar e (ii) início do prazo a partir da intimação ou, para alguns, da juntada do mandado aos autos.

Assim, a proteção da União já está bem tratada pelo conjunto de prerrogativas acima expostas, não sendo necessário o novo privilégio

concedido. Nos dizeres de Gomes Canotilho, não existe uma *justa medida* entre o meio e o fim perseguido.

Além do mais, não se tem conhecimento de que os defensores da União tiveram recentemente seu contingente reduzido, assim como também não se tem notícia de que os mesmos estão a perder prazos por acúmulo processual, causando assim danos ao Erário.

O que acontece nos dias de hoje é justamente o contrário. Os defensores da União, os quais, quando da edição desses dois privilégios, supostamente careciam dessas prerrogativas, atualmente não mais precisam das mesmas. Como muito bem salientou o ilustre Ministro Domingos Franciulli Neto, atualmente a Fazenda Pública está muito bem aparelhada e conta com número de servidores suficiente, o que toma os privilégios concedidos, outrora constitucionais, inconstitucionais nos dias atuais.

Dessa forma, não resta dúvida de que, sob a ótica da moralidade e da proporcionalidade, a nova prerrogativa andou mal, o que, adicionado à violação da igualdade, fortifica a inconstitucionalidade do art. 20 da Lei nº 11.033.