



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ  
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA - UNIFOR  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CONSTITUCIONAL**

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A COBRANÇA DO CRÉDITO  
TRIBUTÁRIO FEDERAL**

Lina Fiuza Caminha Barbosa

Fortaleza - CE  
Novembro - 2007

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

LINA FIUZA CAMINHA BARBOSA

**O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A COBRANÇA DO CRÉDITO  
TRIBUTÁRIO FEDERAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.

Fortaleza - Ceará  
2007

---

B238d Barbosa, Lina Fiúza Caminha.  
O devido processo legal e a cobrança do crédito tributário federal /  
Lina Fiúza Caminha Barbosa. - 2007.  
141f.

Cópia de computador.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2007.

“Orientação : Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy.”

1. Processo administrativo fiscal. 2. Execução fiscal. I. Título.

CDU 35.077.3:336.2

---

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA – UNIFOR  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL/  
MESTRADO E DOUTORADO

DISSERTAÇÃO

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A COBRANÇA DO CRÉDITO  
TRIBUTÁRIO FEDERAL

*de*

LINA FIUZA CAMINHA BARBOSA

Dissertação aprovada em 17/12/2007

Nota \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – (orientador) – Dr.  
Universidade Católica de Brasília – UCB/DF

---

Prof<sup>ª</sup>. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – (examinadora) – Dr<sup>ª</sup>.  
Universidade de Fortaleza – UNIFOR

---

Prof<sup>ª</sup>. Denise Lucena Cavalcante – (examinadora) – Dr<sup>ª</sup>.  
Universidade Federal do Ceará – UFC

A Deus, pelo alcance de mais essa enorme  
graça.

Ao Vinícius, meu grande amor.

Às mulheres que são minha fonte de  
inspiração e que me ensinaram a jamais  
desistir, Mamãe Ticy, Vovó Ignez, Tia Beta e  
“Mãe” Maria.

## AGRADECIMENTOS

Ao Vinícius, pelo amor, companheirismo, estímulo e compreensão, fontes de entusiasmo nos momentos de desânimo e que foram imprescindíveis para o alcance deste objetivo.

Ao Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por ter aceitado o convite tardio para orientar-me nesta dissertação e por ter me permitido partilhar do seu saber.

À Profa. Dra. Denise Lucena Cavalcante, pelas preciosas sugestões e constante estímulo.

Ao Prof. Marcelo Lima Guerra, pelas ricas conversas que me fizeram refletir sobre o tema do trabalho.

À Profa. Dra. Lília Maia de Moraes Sales, na qualidade de Coordenadora do Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, pelo constante encorajamento dado aos alunos.

Ao Dr. Luis Inácio Lucena Adams, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, pelas pesquisas sobre o tema gentilmente cedidas.

À Dra. Rosangela Silveira de Oliveira, Procuradora-Geral Adjunta da Fazenda Nacional, pela compreensão durante a realização deste trabalho.

Aos colegas da Procuradoria, pelas dicas e sugestões.

Aos servidores da Biblioteca do Superior Tribunal de Justiça, pela ajuda na busca de fontes bibliográficas.

## RESUMO

A dissertação estuda o devido processo legal e a sua dimensão em âmbito de cobrança de créditos tributários federais. Faz-se uma investigação da história do instituto, a partir do direito anglo-saxão. Estuda-se a transposição do modelo para a normatividade brasileira. Identifica-se o conjunto de subprincípios que decorrem do núcleo conceitual do devido processo legal. Desenha-se o processo administrativo brasileiro. Aproxima-se do processo administrativo em sua dimensão fática, mediante o estudo do Decreto nº 70.235, de 1972. Estuda-se a execução fiscal, com base na Lei nº 6.830, de 1980. Aponta-se o conjunto de problemas que o modelo atual sugere. Conclui-se pela necessidade de mudanças no modelo. Apresenta-se o devido processo legal como referencial conceitual que deverá ser respeitado pelo legislador.

Palavras-Chave: Direito constitucional. Devido processo legal. Processo administrativo Fiscal. Execução fiscal.



## ABSTRACT

The thesis studies the due process of law within the pattern related to the collecting of federal taxes. It unfolds an historical overview of the concept, out of the Anglo Saxon normative tradition. It studies the way the concept was imbibed on the Brazilian normative system. It identifies an array of principles which come from the conceptual core of the due process of law. It studies the Brazilian administrative process. It studies the mentioned administrative procedure within the limits of Law # 70.235. It studies the collecting of taxes as specified on Law # 6.830. It indicates an array of problems which are presently concerning the Brazilian authorities. It concludes for the necessity of the conception of a new pattern. It presents the due process of law as a conceptual framework which has to be followed by the lawgiver.

Key Words: Constitutional law. Due process of law. Administrative tax procedure. Tax collecting.

## SUMÁRIO

1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	14
1.1 Antecedentes .....	14
1.2 O devido processo legal no modelo brasileiro.....	21
1.3 O princípio do devido processo legal e o Estado Democrático de Direito.....	24
1.4 A natureza jurídica do devido processo legal.....	27
1.5 O duplo enfoque do devido processo legal .....	31
1.5.1 Aspecto processual ou formal.....	31
1.5.2 Aspecto substancial ou material.....	39
1.5.3 O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.....	43
1.5.4 Princípio da proporcionalidade: fundamento constitucional e subprincípios ..	44
1.6 A aplicação do devido processo legal no processo administrativo.....	47
2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO .....	54
2.1 Considerações gerais.....	54
2.2 Natureza jurídica .....	55
2.3 Princípios do processo administrativo .....	59
3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL.....	67
3.1 O sistema brasileiro de solução administrativa de controvérsia.....	67
3.2 Considerações a respeito do Decreto nº 70.235, de 1972.....	71
3.3 A importância do processo administrativo como meio de solução de conflitos tributários.....	79
4 A DÍVIDA ATIVA FEDERAL.....	84

4.1 A inscrição da dívida ativa da União.....	84
4.2 Considerações acerca da cobrança judicial do crédito tributário federal (Lei nº 6.830, de 1980).....	88
<b>5 A PROPÓSITO DE UM NOVO MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL: NECESSIDADES E LIMITES CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>100</b>
5.1 O papel da tributação no Estado brasileiro.....	100
5.2 A prática de atos de execução fiscal pela Fazenda Pública.....	106
5.3 Limites constitucionais: o devido processo legal.....	121
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS.....	133

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objetivo investigar as cláusulas do devido processo legal e as garantias processuais decorrentes, em face de procedimentos de cobrança de créditos tributários. Tem-se notícia de movimentação normativa no sentido de se conceber um modelo brasileiro de execução fiscal que tenha natureza administrativa. Ainda, cogita-se, ao que consta, modelo eventualmente híbrido, que teria como traço marcante a pulverização do procedimento, em instâncias administrativas e judiciárias. A questão será aqui problematizada, a partir de um campo de pesquisa de âmbito substancialmente constitucional, decorrente de pesquisa bibliográfica e de investigação de problemas e dilemas que têm como eixo temático a cláusula do devido processo legal, ou do *due process of law*, como dá conta locução do direito de expressão anglo-saxônica.

Forte no objetivo desenhado, a dissertação fraciona-se em cinco capítulos. O primeiro passo centra-se nos contornos do *due process of law*. Como será visto, a cláusula do devido processo legal encontra-se prevista no texto constitucional brasileiro de 1988, estando plasmada no inciso LIV, do art. 5º. O excerto dispõe que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de elemento nuclear do Estado Democrático de Direito, sendo um de seus pilares fundamentais que se propõe a garantir a própria dignidade da pessoa humana, tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O devido processo legal, insista-se, é garantia fundamental, considerada como cláusula pétrea, prevista no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal. Veda-se a elaboração de qualquer emenda ao texto, que tenha como resultado obstacularizar seus resultados. Referida garantia, embora pioneiramente tenha sido aplicada a processos judiciais, ganhou incidência junto aos processos existentes no âmbito da Administração Pública. E foi exatamente no campo do Direito Administrativo que encontrou campo fértil para a sua aplicação.

Faz-se um sumário da trajetória histórica do devido processo legal, sem preocupações historiográficas mais verticais. Com foco em problemas vividos pela tradição constitucional inglesa, transportada para a rica colônia na América, esboça-se um levantamento das raízes que informam o instituto. Em seguida, a dissertação preocupa-se com a inserção do devido processo legal no Direito brasileiro. De tal modo, lê-se, com base em Paulo Bonavides e em

Paes de Andrade, a formação histórica do modelo constitucional nacional. O trabalho, então, faz estações nas Constituições brasileiras, desde o liberalismo político que marcou o texto de 1824.

No passo seguinte, vincula-se o devido processo legal ao conceito de Estado Democrático de Direito. A seção apóia-se em J.J. Gomes Canotilho, especialmente. Entre os autores nacionais, o trabalho procura fundamentação conceitual em Pinto Ferreira e em José Afonso da Silva. De tal modo, avança-se para uma tentativa de descrição da natureza jurídica do devido processo legal. Neste passo, a dissertação vincula-se a tentativas de percepção pessoal. Não obstante, autores como Jorge Miranda e Robert Alexy, bem como Ronald Dworkin, suscitam aportes teóricos, sobretudo na concepção de princípios decorrentes da natureza jurídica do instituto aqui estudado.

Na continuidade, enfoca-se o devido processo legal sob uma dinâmica dual. Isto é, há um duplo enfoque do modelo, circunstância que a dissertação pretende alavancar. Aspectos formais e substanciais são identificados. Busca-se aporte em jurisprudência norte-americana e no Supremo Tribunal Federal. Com fundamento em José Albuquerque Rocha, Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery Júnior, dentre outros, pretende-se leitura das garantias constitucionais eventualmente inferidas do devido processo legal. O trabalho segue com as dimensões principiológicas de razoabilidade e de proporcionalidade, junto ao devido processo legal, em sua dimensão substantiva.

E porque a dissertação preocupa-se também com a aplicação do devido processo legal em âmbito de discussões administrativas, concebeu-se um capítulo que tem como núcleo o processo administrativo. Autores de Direito Administrativo são citados. A dissertação concebe, então, narrativa em torno dos princípios que informam processos dessa natureza. Preparado o campo conceitual, avança-se para o processo administrativo fiscal, espécie do gênero processo administrativo. O passo tem como referencial normativo o Decreto nº 70.235, de 1972.

Ato contínuo, investiga-se o crédito tributário, em sua dimensão federal. Estuda-se a situação atual, tal como esta se coloca na prática da Administração Pública federal. A seção é informada por um conjunto de dados estatísticos. Em seguida, indica-se o modelo de execução fiscal, tal como este se apresenta na Lei nº 6.830, de 1980. Apontam-se críticas

que o modelo atual de execução fiscal tem recebido. Boa parte de problemas vivenciados pela Administração federal (que suscitam reflexos nos administrados) é identificada.

Pretende-se delimitar os porquês da necessidade de mudança no modelo atual de cobrança do crédito tributário federal. Feito o diagnóstico, sugere-se um prognóstico. Analisa-se o que poderia ser implementado na ordem jurídica brasileira, de modo a conciliar uma maior eficiência nessa cobrança com a obediência aos ditames constitucionais. A dissertação insiste no fato de que mudanças são necessárias. E de modo a propiciar o debate, pretende-se uma prognose de cautelas e de cuidados que o legislador deve tomar, no sentido de se alcançar um modelo que respeite e que se adapte ao princípio do devido processo legal, tema do presente trabalho.

# 1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

## 1.1 Antecedentes

Para se entender o princípio do devido processo legal (denominado na língua inglesa *due process of law*) e o seu contexto na atualidade, faz-se imprescindível, inicialmente, analisar sua origem e desenvolvimento, motivo pelo qual serão abordados aspectos dos Direitos inglês e americano e sua influência na concretização do aludido princípio do ordenamento jurídico brasileiro. Para Adhemar Ferreira Maciel (1997, p. 35), a expressão *due process of law* remonta a mais de cinco séculos antes da era cristã. Segundo o autor:

Na Antígona de Sófocles, peça estreada em Atenas, presumidamente no ano de 441 A.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não escritos, que podiam ser invocados à tirania das leis escritas. Édipo [...], quando descobriu que seus quatro filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vazou seus olhos e passou a vagar pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos, vale dizer, irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político em Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polinices, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não-escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem. Pois bem, essa revolta da Antígona é apontada como sendo o germe do Direito natural, do qual o direito de resistência seria uma variante.

Relatam vários doutrinadores que a origem da expressão *due process of law*, por sua vez, deu-se nas instituições inglesas.

No século V, a Inglaterra foi alvo de invasão pelos saxões, dando ensejo, após batalhas entre os habitantes naturais e invasores pela conquista da terra, à fuga de muitos britânicos, permanecendo na região vários saxões. A estes importava a conquista da terra, da cultura de outro povo, com o intuito de fundar uma nova organização política na terra conquistada (PAMPLONA, 2004, p. 37).

Posteriormente, em 1066, aquele País foi invadido por normandos, estando à frente das tropas Guilherme, também conhecido como *O Conquistador*. Os invasores sofreram

muita resistência dos então ocupantes da terra, tendo-se notícias de que algumas leis e instituições saxônicas sobreviveram ao movimento. Por outro lado, idéias feudais foram infiltradas pelos normandos, que conseguiram dividir as terras entre seus nobres. Instaurou-se a pirâmide feudal, infra-estrutura econômica dos regimes medievais europeus, donde adveio a nobreza inglesa. Como noticia Daniele Anne Pamplona (2004, p. 37-38):

A situação na Inglaterra, nesta época, era bastante clara. De um lado, havia núcleos de saxões insatisfeitos com a submissão aos normandos, que deles tiraram as terras; de outro, os próprios nobres normandos nutriam ferrenha inveja em relação ao poder dos reis. A situação era, portanto, propícia para que as reivindicações dos menos poderosos fossem atendidas. Ora, para os saxões, os nobres normandos e os reis formavam uma hegemonia, restando-lhes somente a submissão ao sistema feudal. Entretanto, entre os nobres e os reis, as duas classes mais poderosas, havia certas diferenças em relação ao poder. Ambas as partes queriam agradar os saxões, que se aproveitavam da situação para conquistar algumas de suas reivindicações. O rei precisava dos saxões para montar o exército, e para tanto se obrigou a fazer-lhes certas concessões. O feudalismo, preservado pelos nobres, era uma forma de oposição à centralização do rei. Os nobres acabavam diminuindo as obrigações dos saxões – vassallos – para conquistar sua simpatia. Os saxões, querendo restaurar a liberdade de que desfrutavam, aproveitaram a exigência dos nobres por uma norma que limitasse o poder do rei, para nela inserir as antigas leis que regiam seu povo.

Foi nesse contexto e com o intuito de pôr termo às disputas entre a Coroa e os barões que, no governo de João Sem Terra, no dia 15 de junho de 1215, foi editada a *Cartha Magna Libertatum*<sup>1</sup>, prevendo, em seu art. 39, o seguinte:

Art. 39 – Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.<sup>2</sup>

Vale salientar que o fato de a redação original do texto ter sido escrita em latim, língua não predominante no meio do povo (já que os saxões tinham como língua o inglês e a

<sup>1</sup> “Fruto de Negociações que duraram mais de seis meses contínuos, a Magna Carta é documento político resultado de crise institucional, que retrata a fraqueza dos negociadores em face do caráter intratável do Rei, além da intransigência dos barões e os duros fatos da administração da Inglaterra no século XIII. Tido como ‘o germe do regime constitucional’, a importância da Magna Carta reside em ser, historicamente, o primeiro documento formal de estabelecimento da supremacia legal sobre a vontade régia; além de ser a base do regime parlamentar britânico e definir uma série de direitos relativos a determinados grupos (principalmente os barões) em face do soberano. Compreendida em seu contexto histórico, a Carta traz significativa e inédita conquista: o poder real, oriundo de causas de nobreza ao longo dos séculos e outrora ilimitado, encontrava restrições ao seu pleno exercício. Porém, o diploma não se limitava exclusivamente a assegurar direitos às classes dominantes, sem qualquer repercussão aos tecidos sociais menos privilegiados. Ao lado de assegurar direitos ao baronato, a Magna Carta previa correspondência desses direitos aos vassallos dos barões e várias garantias a outras classes sociais” (MOREIRA, 2007, p. 220-221).

<sup>2</sup> Na lingual original, latim, “Nullus liber hommo capitur, vel imprisonetur, aut dissaisiatur, aut utlangetur, aut exultetur, aut aliquot modo destruetur, nec super um ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. Na tradução para a língua inglesa, “No free man shall be seized or imprisoned, or striped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by law of the land” (SILVEIRA, 2001, p. 19).



nobreza, o francês), espelha uma sociedade hierarquizada, motivo pelo qual, em virtude da língua, chega-se a se afirmar que a Magna Cartha não servia aos interesses da maioria da população.<sup>3</sup>

A Carta, portanto, reconheceu direitos feudais em resposta às demandas dos barões, além de reparações decorrentes do governo despótico de João Sem Terra, época marcada por atos de tirania e crueldade, por elevação de tributos, desagradando muitos, independentemente da classe social. A anarquia de seu reinado era tão evidente que a ele foi atribuída a decadência da Inglaterra. Para muitos, o Rei “atuou sobre todas as camadas sociais, postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e ao atuar sobretudo desservindo a nobres e humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou” (MIRANDA, 1979, p. 11).

Inicialmente, a expressão *due process of law* surgiu no texto traduzido para o inglês como *law of the land* (lei da terra). Tratando do significado desta locução, Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 7) esclarece que os direitos naturais elencados no bojo do dispositivo legal somente poderiam ser limitados em conformidade com os procedimentos e com o direito comumente aceito. Em outras palavras, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados no *common law*.<sup>4</sup>

A expressão *due process of law*, por sua vez, somente surgiu de forma literal no ano de 1354, quando a Magna Carta foi confirmada sob o reinado do Rei Eduardo III, momento em que o documento foi escrito no idioma inglês, passando a figurar o dispositivo com a seguinte redação: “Nenhum homem de qualquer camada social ou condição, pode ser

<sup>3</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 7) menciona que “a escrituração latina desse pacto de pacificação da nobreza medieval anglo-saxônica deve-se, [...], ao objetivo deliberado de fazê-lo inutilizável à maioria da população como instrumento de proteção dos seus direitos: A Magna Cartha nada mais foi do que um dos inúmeros pactos existentes, no período medieval, entre a nobreza e os reis. Se no futuro ela veio a ser um dos documentos invocados pelo liberalismo, na sua origem nada mais era do que instrumento a beneficiar ínfima parcela da população e o seu texto ficou em latim por mais de duzentos anos, a fim de que o grosso da população não pudesse invocá-la em sua defesa”.

<sup>4</sup> O *common law* cresceu de forma assistemática na cena inglesa. “É um Direito Cosuetudinário (*customary law*) desenvolvido, modificado e às vezes fundamentalmente reorganizado pelos juízes e pelos advogados (*legal profession*) que atuam através dos Tribunais” (SCARMAN, 1978, p. 14). “*En términos muy generales, y con carácter preliminar, puede decirse que el common law es un Derecho de origen judicial. Cuando el common law es aplicable, la fuente normativa a la que deben acudir los jueces para resolver los casos litigiosos que se encuentran sometidos a su consideración, son sentencias dictadas por otros jueces en casos similares*” (RÚA, 1997, p. 22). “A concepção do direito que os ingleses sustentam é, ao contrário da que prevalece no continente europeu, essencialmente jurisprudencial, ligada ao contencioso. O direito inglês, que foi elaborado pelas Cortes Reais, apresenta-se aos ingleses como o conjunto das regras processuais e materiais que essas Cortes consolidaram e aplicaram tendo em vista a solução de litígios” (DAVID, 2000, p. 3).

retirado de sua terra ou propriedade, nem conduzido, nem preso, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo legal”.<sup>5</sup>

Era no Parlamento que o povo inglês depositava sua confiança, motivo pelo qual à cláusula *due process of law* não se deu interpretação no sentido de se tratar de uma limitação a esse Poder, e sim, ao arbítrio dos governantes, não sendo possível invocá-la, à época, com o intuito de questionar a vontade e a validade dos atos do Parlamento.

O que, certamente, não se imaginava naquele momento, por meio daquela declaração de direito da nobreza inglesa frente à Coroa, é que a situação vivida naquele País iria influenciar, sobremaneira, a realidade jurídica de tantos outros, dando ensejo à concretização de princípios eternos capazes de salvaguardar os direitos individuais e da sociedade de um modo geral. A primeira influência deu-se na América do Norte, por volta do ano 1607, quando dissidentes protestantes ingleses aportaram em terras americanas (SILVEIRA, 2001, p. 23).

Os ingleses estabeleceram no território norte-americano treze colônias com Constituições próprias<sup>6</sup> e outorgaram às cortes de justiça a aplicação da lei nos termos da *common law* que havia sido herdada da Inglaterra.<sup>7</sup> A liberdade das mencionadas colônias deu-se em 1783, quando findada a Guerra da Independência, iniciada pelos americanos contra os ingleses, em 14 de julho de 1776. A consequência de tal batalha foi a

---

<sup>5</sup> No idioma inglês, “*That no man of what estate or condition that be, shall be put out of land or tenement, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by due process of law*” (LIMA, 1999, p. 35). “A interpretação da cláusula evoluiu, passando de uma simples garantia de respeito a uma série de liberdades feudais para uma garantia de prevalência da *commom law*” (LIMA, 1999, p. 36).

<sup>6</sup> “[...] essas Declarações de Direitos das colônias norte-americanas, após transformadas estas em Estados-membros daquela pioneira federação, por seu status de norma superior (*parlament law*) e, desse modo, oponíveis a todas as instituições governativas, inclusive e sobretudo ao Poder Legislativo, constituem verdadeiros *Bill of Rights*, de eficácia jurídico-positiva ainda mais elevada do que o de seu congênere inglês, editado que foi na esteira da revolução gloriosa comandada por Cromwell, em 1688. Tal se deve porquanto a evolução constitucional britânica, travada na resistência do Parlamento frente à autoridade monárquica, acabou desaguando na supremacia parlamentar, vista lá como símbolo do regime democrático da maioria e, quando depois alcançado o sufrágio universal, como afirmação do próprio povo contra o arbítrio da monarquia. O Parlamento reluzia, assim, aos olhos de um inglês, como a casa da liberdade e das grandes aspirações da sociedade. Já nos Estados Unidos da América, tanto no período colonial quanto após a independência, preponderava um nítido preconceito contra o Poder Legislativo [...]” (CASTRO, 2005, p. 12).

<sup>7</sup> Paulo Fernando Silveira (2001, p. 23) dá notícia da força da Magna Carta na vida dos primeiros ingleses estabelecidos na América, transcrevendo narrativa de Louis B. Wright, inserida em sua obra *Magna Carta The Tradition of Liberty*: “Bem no fim do século XVII, quando Sr. Francis Nicholson, um arbitrário governador de Virgínia, entendeu de atirar alguns colonos na cadeia sem o devido processo legal, ele foi acusado de ter violado as previsões da Magna Carta. Alguns deles tiveram a liberdade de dizer-lhes que tal procedimento era ilegal e não justificável num país que tinha a felicidade de ser governado pelas leis inglesas, como reportou o historiador Roberto Varveley, de quem se ouviu dizer que eles não tinham nenhum direito às liberdades dos cidadãos ingleses e ele enforcaria a todos que presumivelmente lhe opusessem colocando a Magna Carta sobre seus pescoços”.

transformação das colônias em Estados, livres e independentes. Ressalte-se que, na vigência do período beligerante, as Colônias adotaram os denominados *Artigos da Confederação* como legislação, os quais fundavam uma associação frágil entre os Estados soberanos, criando um poder central com poderes limitados (SILVEIRA, 2001, p. 24).<sup>8</sup>

Diante da impossibilidade de os Estados permanecerem naquela situação de instabilidade, sentiu-se a necessidade de se promover uma revisão nos referidos *Artigos da Confederação*. A almejada revisão foi além, tendo sido fundado um novo sistema de governo, oportunidade em que foi redigida a Constituição Americana de 1787. Nesse contexto, foi reinstituída uma república democrática e representativa e criada a repartição entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo sido, também, inaugurado o federalismo<sup>9</sup>, criando-se um poder central único e fortalecido, sem anular, por outro lado, os poderes dos Estados periféricos naquilo que lhes dizia respeito (SILVEIRA, 2001, p. 24).<sup>10</sup>

Após a elaboração de emendas à prefalada Constituição, denominadas de *Bill of Rights*, restou positivado o princípio do *due process of law*, por meio da Emenda nº 5, cujo teor dispunha o seguinte:

Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita por duas vezes à mesma ofensa, colocando em risco sua vida ou parte do corpo; nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, nem ser privada da vida, liberdade e propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para o uso público sem justa compensação.<sup>11</sup>

Por volta de 1866, com o término da guerra civil, o Congresso americano, diante de disparidades constantes das Constituições dos Estados, e visando a uniformizar certos dispositivos, sobretudo no que pertine à garantia dos direitos de cidadania e liberdades

<sup>8</sup> As Constituições coloniais da América do Norte, via de regra, traziam em seu bojo um rol de declarações de direitos com similaridade com o *Bill of Rights* inglês, positivando a proteção de direitos considerados naturais do homem, como vida, propriedade e liberdade (PINHEIRO, 2002, p. 1324).

<sup>9</sup> Paulo Fernando Silveira (2001, p. 24) noticia que foi neste momento que se inaugurou no mundo o federalismo, como forma equilibrada de repartição centralizada do poder.

<sup>10</sup> Inovações advindas do texto constitucional em análise advieram, quais sejam: a) a atribuição de um poder político ao Judiciário, como poder independentemente e com legitimidade para anular leis do Legislativo e atos internos do Executivo; e, b) a participação do povo no Judiciário, por meio do júri (SILVEIRA, 2001, p. 25).

<sup>11</sup> Na língua original, “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger, nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation*” (SILVEIRA, 2001, p. 28).

civis<sup>12</sup>, aprovou a Emenda nº 14, ampliando o campo de aplicação do devido processo legal, o qual passou a ser utilizado em face dos textos constitucionais estatais, em caso de atentado ao povo em seus respectivos dispositivos legais. A proteção à coletividade frente aos atos normativos estaduais restou fortalecida, determinando a aludida Emenda o que se segue:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.<sup>13</sup>

A Emenda nº 5, portanto, protegia os direitos individuais dos abusos do governo federal, ao passo que a Emenda nº 14 trouxe o devido processo legal como uma garantia federal contra a ação arbitrária estadual que viesse a intervir nos direitos individuais, passando toda espécie de legislação estadual à sujeição da Corte Suprema, sempre que se levantasse a questão de ser ou não ela essencialmente justa (RODRIGUES, 1958, p. 95).<sup>14</sup>

Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 10), ao analisar de forma comparativa a cláusula do devido processo legal nas duas nações, Estados Unidos e Inglaterra, menciona que “enquanto no direito inglês o *due process of law* não vinculava o Poder Legislativo, em face do princípio da supremacia do Parlamento, as colônias da América do Norte conferem ao princípio maior extensão, por vincular todos os poderes do Estado”.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 25) relata que a Emenda nº 14, assim como as de nºs 13 e 15, destinaram-se, fundamentalmente, a garantir os direitos de cidadania e as liberdades civis (*civil liberties*) aos escravos de cor negra. Iniciava-se a longa trajetória do povo americano em direção à igualdade racial.

<sup>13</sup> Em inglês, “*All Persons born or naturalizes in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdictions the equal protection of the laws*”.

<sup>14</sup> Paulo Fernando Silveira (2001, p. 30) comenta que “O direito americano – diferentemente do inglês – constitui um sistema híbrido, eis que além de ter Constituição escrita, rígida, só em parte recepcionou as regras do *common law* (princípios de justiça, necessidade, privilégios longamente reconhecidos como essenciais à busca da felicidade, difamação e privacidade, padrões de restrições raciais, etc.) que se aplicam ao lado da lei positiva (*statutes*), normalmente a nível local. Mas não serve mais como limitadora da ação do direito estadual, podendo ser suplantada pela lei. Modernamente, a *common law* vem perdendo força, por ser substituída pela legislação escrita, ou por estar submetida ao confronto com os direitos fundamentais estabelecidos *no bill of rights*”.

<sup>15</sup> Para Luis Felipe Valerim Pinheiro (2002, p. 1324), “A diferença entre o *Bill of Rights* inglês e o americano resultou no tratamento que a cláusula do *due process of law* obteve em cada nação, abrindo asa para que, nesta última, este standart constitucional obtivesse uma maior concreção jurídica das garantias fundamentais”. Ainda o autor (2002, p. 1325): “Na Inglaterra, o *Bill of Rights* foi erigido como uma vitória do Parlamento, como legítimo representante da coletividade e das grandes aspirações sociais sobre a monarquia. Enquanto isso, nos Estados Unidos, houve uma grande resistência ao Departamento Legislativo na época colonial, pois esta Casa, defendendo os interesses da metrópole Inglaterra, impunha pesados ônus econômicos e sobre a liberdade dos colonos. Neste contexto, a partir da independência dos Estados Unidos, esta nação organizou seus poderes de forma que os abusos do Poder Legislativo pudessem ser contidos pelo Judiciário”.

Embora este trabalho não tenha por enfoque direto a questão do controle de constitucionalidade de leis, não há como deixar de mencioná-lo no presente contexto. É que, conforme já abordado, na Inglaterra, o Parlamento era tido como o legítimo representante da coletividade, que depositava confiança naquele Poder como protetor dos direitos do povo.<sup>16</sup>

Nos Estados Unidos, por sua vez, os Estados, quando emancipados politicamente e em reunião na federação, cuidaram de coibir os excessos do Poder Legislativo, valendo-se, para tanto, de dois mecanismos importantes, quais sejam: o controle judicial da constitucionalidade das leis (*judicial review*)<sup>17</sup> e o veto presidencial no processo de elaboração de leis. Os americanos, portanto, acataram os mesmos direitos individuais consagrados na formação anglo-saxônica, ao mesmo tempo em que enalteceram o instituto da revisão judicial dos atos legislativos, repudiando leis britânicas que eventualmente pudessem violar suas liberdades fundamentais. Tal fato implicou, diferentemente da realidade inglesa, na preponderância do Poder Judiciário americano sobre o Legislativo na função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas, facultando-lhe o direito de expurgar normas contrárias ao texto constitucional pátrio (CASTRO, 2005, p. 18).

Tratando sobre as diferenças essenciais entre os *Bill of Rights* inglês e norte-americano, Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 20) faz referência à doutrina de Bernard Schwartz:

---

<sup>16</sup> “Na Inglaterra, por exemplo, pela lei ou *statute*, o Parlamento poderia abolir até mesmo os mais veneráveis documentos constitucionais, a exemplo da Magna Carta ou do *Bill of Rights*. Todavia, por força da ‘rigidez sociológica’, que imprime autêntica imutabilidade a esses documentos calcados na pujança de tradições seculares, resta impensável que a atuação parlamentar pudesse ser exercida para levar ao descrédito os tesouros jurídico-institucionais do país” (CASTRO, 2005, p. 14).

<sup>17</sup> O controle de constitucionalidade no Direito americano foi inaugurado através da decisão da Suprema Corte no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, sendo considerando a maior contribuição norte-americana ao Direito Constitucional. Através desse julgado, declarou-se o princípio da supremacia do Poder Judiciário, indicando o *judicial review* ou controle pelo judiciário da constitucionalidade das leis. O mentor de tal concepção foi o Juiz Marshall, tendo sido sua decisão política. Marshall contornou um confronto direto com o Presidente norte-americano, não deixando, todavia, de criticá-lo, mascarando um recuo inevitável, com um ato de afirmação contra o partido no poder. Em 1801, nos últimos dias do governo de J. Adams, Marbury foi legalmente nomeado juiz de paz no distrito de Columbia. O presidente Jefferson implementou o *spoils system* e ordenou que seu secretário de governo, Madison, não desse posse a Marbury. O preterido requereu ordem de *mandamus* contra Madison, que não se defendeu. Jefferson ameaçou a Corte com um *impeachment*, caso o pedido de Marbury fosse deferido. Marshall astutamente inverteu o exame da ordem das questões, declarando que Madison agiu ilegalmente ao não dar posse a Marbury, cuja nomeação para o cargo de juiz fora perfeita e legítima. Porém, a Suprema Corte não tinha competência para reconduzi-lo ao cargo, porque o pedido lhe fora diretamente feito, com base no art. 13 da lei judiciária de 1769. Segundo Marshall, competência era matéria estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada por uma lei judiciária. Era, assim, inconstitucional e nulo o art. 13 dessa lei, que atribuía à Corte Suprema competência originária para expedir ordens de *mandamus*. Marshall censurou Jefferson, criticou Madison, deu razão a Marbury, porém recusou-se a implementar a decisão com base na inconstitucionalidade da lei judiciária de 1769 (CHRISTIANSON, 1994, p. 68-71).

O conceito de declaração de direitos (*Bill of Rights*) inglês em 1689 tende a obscurecer este fato. Todavia, exceto pelo nome, o estatuto de 1689 pouco tem em comum com o documento americano posterior. Em primeiro lugar, o *Bill* inglês foi aprovado, como lei, pelo Parlamento e estava, assim, em sentido jurídico, sujeito a ser emendado ou revogado à discriminação da legislatura que a criara. A noção americana de um *Bill of Rights* incorpora garantias de liberdade individual a um documento constitucional no qual se define e limita as áreas de legitimidade da ação legislativa. Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, foi o primeiro *Bill of Rights* moderno, desde que foi o pioneiro em usar uma Constituição escrita para imunizar direitos individuais dos ventos cambiantes dos caprichos legislativos.<sup>18</sup>

É de se concluir que, “enquanto o *Bill of Rights* inglês simboliza a vitória do Parlamento sobre a monarquia, o norte-americano expressa uma conquista supralegal da sociedade sobre o Estado como um todo cuja implementação é confiada ao Poder Judiciário como depositário fiel das liberdades individuais” (CASTRO, 2005, p. 21).

## 1.2 O devido processo legal no modelo brasileiro

A Constituição Imperial de 1824, influenciada pelo liberalismo político, cuja ingerência do Governo sobre a sociedade era ínfima e excepcional, embora não tenha elencado, expressamente, o princípio do devido processo legal, trouxe em seu bojo dispositivos contendo princípios, atualmente identificados como corolários daquele princípio, quando estabeleceu, exemplificativamente, que “Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ela prescripta” (art. 179, XI).

Nessa Constituição vigorava a existência do Poder Moderador, considerado absoluto e a chave de toda a organização política, o qual era exercido pelo Imperador.

Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2006, p. 106) salientam que:

O Poder Moderador da Carta do Império é literalmente a constitucionalização do absolutismo, se isto fora possível. O artigo 101 estabelecia a competência do Imperador, como titular desse poder, que lhe fixava nove atribuições, a saber: ‘nomear senadores, convocar assembléia geral extraordinária nos intervalos das sessões legislativas, sancionar os decretos e resoluções da assembléia geral, aprovar e suspender interinamente as resoluções dos conselhos das províncias, prorrogar ou adiar a assembléia geral e dissolver a Câmara dos Deputados, bem como fazer a livre nomeação e demissão dos ministros de Estado, suspender magistrados em determinados casos, perdoar ou mitigar penas e conceder anistia em caso de urgência’.

<sup>18</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 20) registra que o texto transcrito foi retirado da dissertação de mestrado de Wanda Vianna Direito, com o título *Aspectos da Proteção Jurídica dos Direitos Individuais e Difusos*, aprovada no Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, em novembro de 1987, encontrável na Biblioteca da referida Universidade.

Com a proclamação da República, que se deu em 15 de novembro de 1889, foi promulgada a Constituição de 1891, que instituiu o federalismo<sup>19</sup>, inserindo no ordenamento jurídico pátrio direitos e garantias já prescritos na Constituição Imperial, como a isonomia e a instituição do Júri<sup>20</sup>, não trazendo menção expressa ao princípio do devido processo legal.

Notadamente no que pertine às garantias processuais penais, mencionado texto constitucional referiu-se, pioneiramente, à garantia da ampla defesa (BARBOSA, 1993, p. 29), com os meios e recursos a ela essenciais, assim como à cláusula proibitiva da prisão sem prévia formação da culpa (art. 72). Foi também por meio dessa Constituição que surgiram poderes independentes do Judiciário, o qual, segundo Paulo Fernando Silveira (2001, p. 35), nunca adquiriu a sua dignidade constitucional, nem se apresentou forte, imperando a ausência de controle entre os três Poderes, comandando o Executivo a nação, sem freios institucionais.

Inaugurado o Estado Social brasileiro por meio da Constituição Republicana de 1934, cuja vigência foi efêmera, foi instituída a nova Declaração de Direitos, inovando o texto, ao prever, dentre outros institutos, o mandado de segurança (art. 113, nº 33)<sup>21</sup> a ser utilizado todas as vezes que houvesse “direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 325-327), urgindo registrar que, novamente, não se fez menção expressa ao princípio do devido processo legal.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> “Não obstante a adoção do princípio federalista pela Carta de 1891, os Estados-membros ganharam autonomia legislativa apenas no concernente ao direito processual (art. 34, nº 23), limitando-se, insignificadamente, à atuação da União. Esse fato demonstrou que o governo federal foi sempre avesso à descentralização democrática do poder, não permitindo que Estados administrassem seus problemas locais com verdadeira autonomia. Revelou, ainda, a falta de liderança patriótica nacional, conduzindo as forças políticas, como sempre, para o despotismo centralizador” (SILVEIRA, 2001, p. 35-36).

<sup>20</sup> “A fonte de inspiração dessa carta política foi a Constituição americana de 1787. Contudo, em vez de ser um documento sintético, vago e impreciso, lavrado em linguajar simples, para ser compreendido e memorizado pelo povo, enfeixando apenas os princípios fundamentais, de modo a permitir, flexivelmente, através de paulatina interpretação judicial, sua constante vinculação à realidade concreta de vida, presente e futura, com vigor permanente, ou pelo menos, ensejando poucas emendas, a exemplo do paradigma seguido, enveredou-se para o casuísmo, tentando abranger, inutilmente, todas as hipóteses possíveis, prometendo alguns direitos a serem futuramente conferidos por lei e, com isso, tornou-se impraticável e não obedecida. [...]. De cunho formal, essa segunda Constituição também estava em descompasso com a realidade de seu tempo, ao formular princípios e outorgar direitos que jamais foram efetivamente concretizados” (SILVEIRA, 2001, p. 33-34).

<sup>21</sup> Com o surgimento do mandado de segurança, houve a separação da aplicação elástica do habeas corpus, que passou a ser utilizado somente contra a violação da liberdade de locomoção (SILVEIRA, 2001, p. 37).

<sup>22</sup> Neste momento, foram estabelecidas garantias do processo criminal, a saber: prestação da fiança; abolição de tribunais de exceção; vedação à retroatividade *in pejus*; garantia de personalidade da pena; proibição de penas de banimento, de morte, de prisão perpétua (BARBOSA, 1993, p. 30).

Em 10 de novembro de 1937, foi outorgada uma nova ordem constitucional no País, por meio de um documento cujo intuito era institucionalizar um regime autoritário, implicando na não divisão das funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sofrendo este último um aniquilamento na sua competência, na medida em que restou impedido de conhecer atos governamentais por força do disposto no art. 170<sup>23</sup> do aludido texto (BASTOS; MARTINS, 1991, p. 306-307).<sup>24</sup>

Para Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2006, p. 350):

O texto de 1937 e sua legislação complementar ou conseqüente colidiram com os princípios montesquianos da distribuição dos poderes e enfraqueceu-se pela ausência do plebiscito que a deveria cevar ao julgamento da Nação e pela falta de controle jurisdicional pela marginalização do Poder Judiciário. Estatuto do poder, como a designou Georges Burdeau, construído para diminuir ou reger as crises sociais, políticas e econômicas, uma Constituição não sobrevive se não se alimenta da alma popular, tendo nela origem, e não se ajusta através dos tempos às transformações que o mundo impõe.

Foi com a redemocratização do País e com o fim do estado de exceção, vigente desde o golpe de estado de Vargas, em 1937, que adveio a Constituição de 1946. Nela foram positivados direitos e garantias individuais, ampliando-se o rol de liberdades civis, sendo considerada, após o texto constitucional de 1988, a Constituição mais democrática do Brasil, cujo teor foi elaborado em bases democráticas, com a representação, ainda que deficiente, do próprio povo (SILVEIRA, 2001, p. 40-41).

Na Declaração de Direitos inserida no mencionado texto constitucional, foi inserto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 141, § 4º), ainda que diferentemente daquele previsto na Constituição Federal de 1988, por meio do qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, não havendo, por outro lado, referência expressa ao devido processo legal.

As Constituições de 1967 e 1969 (Emenda nº 1), por sua vez, não trouxeram maiores novidades no que pertine ao tema do presente trabalho, tendo sido mantidas as mesmas garantias e direitos insculpidos no texto máximo anterior, que, diga-se de passagem, não

---

<sup>23</sup> Art. 170 - “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os Juízes e Tribunais.”

<sup>24</sup> Nas palavras de José Afonso da Silva (2007, p. 83), “A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrados nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. Vinte e uma emendas sofreram essa Constituição, através de leis constitucionais, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe de governo”.



foram respeitados, considerando-se que a Carta foi outorgada após o Golpe Militar, de 31 de março de 1964.

Com o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, instrumento mais autoritário da história política brasileira (SILVA, 2007, p. 88), restaram suspensos os direitos políticos e garantias constitucionais, tendo sido, inclusive, retirada do Judiciário a competência para apreciar os atos revolucionários.<sup>25</sup>

E foi nesse cenário ditatorial que, através da Emenda Constitucional nº 26, de 17 de novembro de 1985, convocou-se a Assembléia Nacional Constituinte, representante da sociedade que repugnava o poder arbitrário da ditadura militar, tendo sido promulgada a CF, de 1988, ainda em vigor.

A Carta Magna de 1988 ampliou, significativamente, o rol dos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, pioneiramente, inseriu de forma expressa o princípio do devido processo legal, preconizando, em seu art. 5º, inciso LIV, que “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, estabelecendo, ainda, que “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

A importância dada ao princípio do devido processo legal no texto constitucional de 1988 é evidente, na medida em que foi inserido no rol dos direitos individuais e coletivos, estando o mesmo salvaguardado como cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV), sendo vedada a elaboração de qualquer emenda ao texto com o objetivo de aboli-lo.

### **1.3 O princípio do devido processo legal e o Estado Democrático de Direito**

A CF de 1988 dispõe, em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito.

Pinto Ferreira (1989, p. 37) afirma que democracia é “o governo constitucional das maiorias, que, sobre a base da liberdade e igualdade, concede às minorias o direito de representação, fiscalização e crítica no Parlamento”. Observa, ainda, que “a expressão

---

<sup>25</sup> “Nada precisa ser dito sobre a falta de respeito às liberdades civis nesse período, que alcançou seu auge no início da década de 70, quando os adversários políticos do regime ditatorial simplesmente desapareciam nos porões da tortura administrada pela terrível polícia política” (SILVEIRA, 2001, p. 42).

*Estado Democrático de Direito* significa a subordinação do Estado à lei e à Constituição votada livremente pelo povo” (FERREIRA, 1989, p. 32).

Para Maria Helena Diniz (1998, p. 52), democracia pode ser definida sob os seguintes prismas: a) forma de governo em que há a participação dos cidadãos; b) influência popular no governo através da livre escolha de governantes pelo voto direto; c) doutrina democrática; d) povo; e) sistema que procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular; e, f) estado político em que a soberania pertence à totalidade dos cidadãos. Segundo a autora, a democracia participativa é aquela em que “o povo delega poder de governar a seus representantes, eleitos por voto direto e universal”.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 119-121), a democracia, num Estado Democrático de Direito, realiza-se por meio de um processo de convivência social, numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, devendo ser exercido diretamente ou por meio de representantes legais. Caracteriza-se por ser participativa e pluralista, pressupondo a convivência de opiniões e pensamentos divergentes. Enfatiza que o princípio da legalidade, assim como no Estado de Direito, também corresponde a um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, havendo a submissão à “lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais”. Salieta, ainda, que para se entender a dimensão do significado do Estado Democrático de Direito não é suficiente a mera união formal do Estado Democrático com o princípio do Estado de Direito<sup>26</sup>, “consistindo, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera [...]”.

Na doutrina de Canotilho (1991, p. 422-423), o princípio do Estado Democrático de Direito está supedaneado em outros princípios, a saber: a) princípio da soberania popular; b) princípio da representação popular; e, c) princípio da participação política, intensificando-se a otimização das participações dos homens no processo de decisão.

O autor português (1991, p. 422-423) afirma que o princípio da soberania popular está alicerçado em cinco dimensões. A primeira diz respeito ao domínio político, por meio do qual homens dominam homens, domínio este que deve ter como fonte de origem a

<sup>26</sup> José Afonso da Silva (2006, p. 112-113) afirma que as características delimitadoras do Estado de Direito são as seguintes: a) submissão e garantia do Estado ao império da lei; b) divisão de poderes; e, c) o enunciado e a garantia dos direitos individuais. Acrescenta Geraldo Ataliba (1998, p. 120) que, além da submissão à lei, deve haver submissão à jurisdição.

legitimação, tratando-se esta da segunda dimensão. O povo constitui a terceira dimensão, que deve ser o titular da soberania ou do poder. A soberania popular constitui a quarta dimensão desse princípio, a qual deve ser informada, *materialmente*, pelos “princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes, e *procedimentalmente* dotada de instrumentos vinculadores de um *processo político* livre”. A última dimensão seria uma constituição material, formal e procedimentalmente legitimada, fornecedora do plano organizatório da democracia.

A representação como componente do princípio do Estado Democrático apresenta três postulados, quais sejam: “1) exercício jurídico, constitucionalmente autorizado, de ‘funções de domínio’, feito em nome do povo, por órgãos de soberania do Estado; 2) derivação direta e indireta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular; 3) exercício do poder com vista a prosseguir os fins ou interesses do povo” (CANOTILHO, 1991, p. 423).

Para Canotilho (1991, p. 435), o princípio do Estado de Direito e o princípio do Estado Democrático de Direito são princípios estruturantes que devem ser compreendidos como princípios concretos, consagrados numa ordem jurídico-constitucional em determinada situação histórica. Afirma, ainda, o autor que, da mesma maneira que os direitos fundamentais são considerados como elemento constitutivo do Estado de Direito, também o são de um Estado Democrático.

É nesse contexto que o princípio do devido processo legal foi positivado na CF de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, na qualidade de garantia fundamental<sup>27</sup>, donde se pode concluir que referido princípio é considerado como um elemento constitutivo do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, imprescindível na efetivação desse Estado, constituindo-se um de seus pilares fundamentais, garantindo a própria dignidade da pessoa humana, tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Sobre a natureza jurídica do devido processo legal, *vide* as considerações elencadas no tópico seguinte.

<sup>28</sup> “Assim, concebido o Estado brasileiro como ‘Estado Democrático de Direito’, o princípio do devido processo legal insere-se na idéia de democracia, como veículo da justiça e dos direitos fundamentais, estando à disposição, por exemplo, de cidadãos prejudicados, e outras minorias, apto a produzir uma mudança de política, e até uma mudança de poder. Opera-se uma modificação funcional do princípio que, de instrumento de defesa frente ao Estado, passa a elemento impulsionador da democracia frente ao respectivo governo” (LIMA, 1999, p. 187).

## 1.4 A natureza jurídica do devido processo legal

A Constituição Federal de 1988 inseriu topologicamente o devido processo legal no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais. Diante disso, surge um questionamento: saber se o devido processo é classificado como um direito ou como uma garantia.

É certo que essa distinção é desconsiderada por alguns autores, em face do próprio texto constitucional ter inserido direitos e garantias no teor do art. 5º, sem estabelecer critérios distintivos das duas categorias. Não obstante tal fato, entende-se imperiosa uma breve reflexão.

A doutrina diverge a respeito do tema, pois, apesar de parecer, conceitualmente, simples definir direitos e garantias, como dimensões distintas, pensa-se que, na prática, elas complementam-se, na medida em que não raro os direitos fundamentais exprimem-se por uma norma garantia, estando nela subtendidos.

Segundo Sampaio Dória (1953, p. 767-768):

Em acepção geral, direitos e garantias constitucionais são sinônimos. Em sentido estrito, porém, direitos e garantias se distinguem. São, por exemplo, direitos: o de vida, a liberdade de ir e vir, a liberdade de consciência, a liberdade de imprensa, a igualdade, o de associação, o de trabalho, o de propriedade. São garantias dos direitos: o habeas-corpus, o mandado de segurança, a proibição de ser alguém sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior, e na forma por ela regulada [...]

Os direitos existem por imperativos da via humana, e por si mesmos. As garantias poderiam não existir, se não existissem os abusos de poder.

Paulo Bonavides (2004, p. 526) distingue as duas categorias, entendendo que a garantia corresponde a um meio de defesa que se coloca diante do direito, mas que com esse não se pode confundir. Segundo o autor (2004, p. 532):

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria Constituição (acepção lata) como garantias dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna, portanto, remédios jurisdicionais mais eficazes para a salvaguarda desses direitos (acepção estrita).

Na primeira acepção, as garantias são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional contra fatores desestabilizantes, sendo em geral a reforma da Constituição, nesse caso, um mecanismo primordial e poderoso de segurança e conservação do Estado de Direito, o mesmo se dizendo também do estado de sítio e de outros remédios excepcionais, fadados a manter de pé, em ocasiões de crise e instabilidade, as bases do regime e o sistema das instituições.

Na segunda acepção já não se trata de obter uma garantia para a Constituição e o direito objetivo na sua totalidade, mas de estabelecer uma proteção direta e imediata

aos direitos fundamentais, por meio de remédios jurisdicionais próprios e eficazes, providos pela ordem constitucional mesma.

Salienta Jorge Miranda (2000, p. 95) que:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos persistem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusnaturalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

De acordo com a diferenciação feita pelos constitucionalistas, poder-se-ia classificar um devido processo, justo e equitativo, como uma garantia fundamental, representando um meio de preservar, reconhecer e cumprir direitos subjetivos dos indivíduos. O devido processo legal manifesta-se, também, através de outras garantias, para as quais se busca assegurar eficácia concreta e imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF de 1988). Para Canotilho (2003, p. 274):

Do princípio do Estado de direito deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado ao direito e de realização do direito. Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designadas por garantias gerais de procedimento e processo.

O devido processo legal é também comumente identificado na doutrina como um princípio constitucional. Diante de tal fato, poder-se-ia indagar se é compatível a coexistência desses dois qualitativos, garantia e princípio; já apresentando uma resposta a eventual questionamento nesse sentido, é de se dizer que sim. O devido processo legal deve ser entendido como uma garantia fundamental que, assim como outras garantias e direitos previstos na Carta Magna, funciona e atua como um princípio constitucional.<sup>29</sup>

Nesse contexto, abre-se um parêntese para breves comentários sobre a teoria de Robert Alexy a respeito da posição dos princípios no ordenamento jurídico.

De acordo com Alexy (1993, p. 87), as normas jurídicas estão divididas entre duas categorias distintas, quais sejam: regras e princípios.

<sup>29</sup> “[...] relevância na conformação do processo judicial desempenham os chamados direitos judiciais ou direitos processuais fundamentais [...]. Estes direitos garantem, tal como os outros direitos e liberdades, posições jurídicas subjetivas e possuem, por consequência, a natureza de direitos de defesa perante os poderes públicos. Tal como muitos outros direitos, transportam, também uma dimensão objectivo-institucional, funcionando como princípio jurídico-objectivo para a conformação da organização dos tribunais e do processo judicial” (CANOTILHO, 1990, p. 193).

As regras são normas com uma estrutura fechada, por meio da qual certa conduta vem comandada, ou seja, qualificada como obrigatória, proibida ou permitida. Em outras palavras, as regras representam uma prescrição de determinada conduta como devida (*estatuição* ou *conseqüência jurídica*), ligada à indicação de condições fáticas que, uma vez ocorridas, implica na incidência da aludida prescrição concretamente (*hipótese legal*). São, portanto, as regras mandados definitivos. Para Dworkin, cujas idéias foram recepcionadas por Alexy, “as regras são aplicadas ao modo do tudo ou nada (*all-or-nothing*), no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida ou é a regra válida e a conseqüência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. No caso de colisão entre regras, uma delas deve ser considerada inválida” (ÁVILA, 2006, p. 659).

Os princípios, por sua vez, são normas que apresentam uma estrutura aberta que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e reais existentes. São, portanto, mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo a medida do cumprimento das possibilidades reais e jurídicas (ALEXY, 1993, p. 87).<sup>30</sup> Os princípios exigem do aplicador do direito uma atividade valorativa ao optar por qual das possibilidades que se revelam possíveis deve ser escolhida, utilizando, para tanto, o que denominou Alexy de ponderação.<sup>31</sup> E aqui calha a indagação de Marcelo Lima Guerra (2004, p. 86-87) sobre o que viria a ser esse *algo*, cuja realização (na maior medida possível) é ordenada por um princípio. Conclui o autor, embora Alexy não o diga textualmente, que o *algo* “vem a ser um *valor*, o qual, justamente por ser *ordenado*, revela-se como um *fim da ação humana*”.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> No original: os princípios “ordenan que se realize algo en la mayor medida posible, en relación com las posibilidades jurídicas y fácticas” (ALEXY, 1993, p. 86).

<sup>31</sup> “Segundo Alexy, o que o conceito de ponderação destaca é que nenhum princípio pode, de maneira absoluta e por si só, pretender ter uma precedência absoluta sobre outro princípio – até mesmo porque os princípios não se manifestam isoladamente sem as regras. Por essa lógica, o autor reconhece nas decisões do Tribunal Constitucional alemão uma regra constitutiva de ponderações, consistente na afirmação de um princípio na proporção inversa da não-satisfação ou de afetação de outro, compensando assim o afastamento daquele no caso concreto: esta é a lei da ponderação, capaz de tornar a própria ponderação um processo racional. [...] De modo correspondente, Alexy formula o que chama de Lei de Colisão, afirmada a partir do resultado de um princípio em favor de outro, pelo que surge simultaneamente uma regra que irá reger o caso” (ALBUQUERQUE, 2006, p. 35).

<sup>32</sup> Para Humberto Ávila (2004, p. 70), “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”. As regras, por sua vez, “são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exigem a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhe dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção dos fatos”. Esse mesmo autor (2006, p. 659) afirma que, segundo a teoria de Dworkin, “Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contém fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios. Daí a afirmação de que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), demonstrável na hipótese de colisão entre os

Outra distinção entre as espécies de normas jurídicas apresentadas pelo autor alemão diz respeito às hipóteses de conflito. Quando se está diante de situações em que regras estão em conflito (antinomia jurídica), a solução é obtida por critérios apresentados no próprio sistema jurídico, aplicando-se somente determinada regra e excluindo-se a outra. Mencione-se, nesse contexto, a teoria de Norberto Bobbio (1999, p. 91 e seguintes), para quem as antinomias de regras resolvem-se por meio de três critérios, a saber: a) critério cronológico, mediante o qual *lex posterior derogat priori*; b) critério hierárquico, que determina que lei superior derroga inferior (dispositivos constitucionais sobrepõem-se às leis ordinárias, exemplificativamente); e, c) critério da especialidade, que proclama que lei especial derroga lei geral.

No caso de antinomia de princípios, não há como se invalidar qualquer deles. O aplicador do direito, ainda que privilegie em determinado caso concreto certo princípio em detrimento do outro, não poderá deixar de considerá-los igualmente válidos, salientando-se que a colisão entre princípios somente ocorrerá no momento de serem concretizados, na medida em que não contêm previsões específicas e sim o reconhecimento de fins.<sup>33</sup>

Canotilho (1991, p. 179) ressalta que “há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa”, princípios estes que se traduzem “no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos”.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar que o devido processo legal encontra-se na Constituição Federal brasileira como uma garantia fundamental, na condição de cláusula pétrea (art. 60, §4º) que goza de aplicabilidade imediata, tendo sido positivada como um princípio. E estando tal princípio em conflito com um outro, há que se socorrer o aplicador

princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior sobrepõe-se ao outro, sem que este perca sua validade”.

<sup>33</sup> Salienta Willis Santiago Guerra Filho (2005, p. 69-73) que “Uma das características dos princípios jurídicos que melhor os distinguem das normas que são as regras é a sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática, que dê suporte à incidência de uma norma jurídica”. Os princípios, “na medida em que não disciplinam nenhuma situação jurídica específica, considerados da forma abstrata como se apresentam para nós, no texto constitucional, não entram em choque directamente, são compatíveis (ou ‘compatibilizáveis’) uns com os outros. Contudo, ao procurarmos solucionar um caso concreto, que não é resolvido de modo satisfatório aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo dos princípios envolvidos no caso, logo se percebe que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo, em rota de colisão. A decisão tomada, em tais casos, sempre irá privilegiar um (ou alguns) dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia”. Em situações como essa, “para se evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, e termina aniquilando os dois, deve-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o ‘princípio dos princípios’: o princípio da proporcionalidade”.

do direito do sistema da ponderação entre os princípios colidentes, vindo um a prevalecer em detrimento do outro, naquele caso concreto.

Embora se possa entender que o devido processo legal corresponde a um direito e não a uma garantia, o que não se afigura um absurdo, diante da diferença, por vezes, imperceptível entre essas duas categorias, tal fato não implica em maior importância prática, na medida que, como dito, a própria Constituição Federal confere o mesmo tratamento aos direitos e garantias fundamentais.

## 1.5 O duplo enfoque do devido processo legal

O devido processo legal, originariamente, denotava apenas a idéia de princípio assecuratório da regularidade do processo<sup>34</sup>, sendo nesse sentido que vigorou na Inglaterra na época de seu surgimento, ingressando, em seguida, nas Cartas coloniais da América do Norte. Além disso, inicialmente, aplicava-se somente à jurisdição penal, estendendo-se a todas as relações processuais, abrangendo o processo civil<sup>35</sup> e, consoante se abordará adiante, o processo administrativo, também.

Atualmente, o devido processo legal tem sido aplicado no direito americano sob um duplo enfoque, processual ou formal e substancial ou material. Essa cláusula visa a proteger interesses atinentes à liberdade e a demais bens considerados como indispensáveis à preservação da dignidade da pessoa humana, insculpida no texto constitucional pátrio como fundamento do Estado Democrático de Direito.<sup>36</sup>

### 1.5.1 Aspecto processual ou formal

<sup>34</sup> Exemplificando a aplicação originária do princípio do devido processo legal no processo criminal no direito americano, Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 30) relata a existência de proibição de edição de *bill of attainder* (que seria o ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento em que seja assegurada a ampla defesa) e de leis retroativas; direito a julgamento por júri; proibição de mais de um julgamento pelo mesmo fato; vedação da auto-incriminação forçada; direito a um julgamento rápido e público por júri imparcial e com competência territorial predeterminada; direito de defesa e ao contraditório, dentre outros.

<sup>35</sup> Tratando sobre o princípio do devido processo legal no âmbito do processo civil, Ada Pellegrini Grinover (1973, p. 40) explica que “a possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição equitativa de meios e possibilidades processuais, colocam ambas as partes em posição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo. [...]. O conteúdo da cláusula (*due process of law*), no processo civil, subsume-se na garantia da ação e da defesa em juízo”.

<sup>36</sup> “Enquanto se deva reconhecer, genericamente, que o devido processo legal substantivo protege as pessoas da ação do governo que afete a vida, liberdade ou patrimônio de modo substantivo, o conceito adjetivo do devido processo determina a natureza do procedimento exigido que o governo deve seguir, ao determinar que uma pessoa apresente em juízo ou se defenda, num determinado período de tempo, antes que a vida, liberdade ou patrimônio desta pessoa sejam atingidos” (COLE, 1997, p. 35).



Assim como mencionado acima, na sua gênese, o princípio do devido processo legal era aplicado tanto na Inglaterra quanto nos Estados Unidos somente sob o enfoque processual, assegurando-se o direito a um processo regular e justo, sem questionar a substância ou o conteúdo dos atos do Poder Público.

Paulo Fernando Silveira (2001, p. 242) elucida o que se pode entender como devido processual legal processual, afirmando que:

refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei, ou do regulamento, viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se ao conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica [...].

Sob o enfoque processual, deve o destinatário desse princípio atentar para o modo de ação e para os mecanismos resguardados na lei durante o tramitar processual, garantindo um procedimento justo. Pelo aspecto formal, não se atém o aplicador do direito ao conteúdo material do ato, detendo-se, apenas, à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo e a ordem judicial são executados, focando, sempre, no procedimento utilizado.<sup>37</sup>

E foi restrito apenas ao aspecto processual que o *due process of law* perdurou por quase um século (até 1856). Notícia Antonio Roberto Sampaio Dória (1986, p. 13-14) que:

Dentro do direito inglês, revela referir apenas, [...], a última e significativa derivação da cláusula do *due process of law*, ocorrida no século XVII, quando Carlos I, como resultado de suas dispendiosas guerras no continente, se viu compelido a decretar um empréstimo compulsório considerado ilegal. A cinco nobres, que se recusaram a curvar à exação, o rei os fez prender, através de simples ordens emitidas em conformidade a uma vetusta prerrogativa do soberano.

Dos debates que então se travaram no Parlamento, resultou, sob a inspiração de Sir Edward Coke, na Câmara dos Comuns, a célebre *Petition of Rights* de 1628, segundo a qual entre as garantias compreendidas no Capítulo 39 da Magna Carta se inseria também a de que ninguém poderia ser preso sem a evidência de uma justa causa (*without any cause showed*).

No Brasil, observou-se a aplicação desse princípio no processo penal, no qual o Estado, como titular do direito de punir, instituiu um procedimento a ser observado pelas autoridades públicas previamente à imposição de qualquer medida restritiva de liberdade, sendo, portanto, no campo dos interesses contidos na liberdade que o devido processo legal começou a vingar no sistema jurídico brasileiro (LIMA, 2000, p. 193). “Com o passar dos

<sup>37</sup> “O aplicador do direito deve estar atento para não atingir quaisquer dos interesses protegidos pela garantia, sem antes trilhar certos caminhos” (LIMA, 2000, p. 190).

anos, aos litígios da esfera civil, também passou-se a aplicar o devido processo legal, contribuindo para isso a posituação constitucional do direito de ação, desde 1946, e a própria reforma nas leis processuais no ano de 1973”.<sup>38</sup>

Com a constante presença invasiva do Estado na esfera individual foi que a aplicação do devido processo legal passou a incidir, também, no âmbito administrativo, passando a ser considerado um norte nas manifestações do Estado, notadamente, no que pertine às relações entre este e a sociedade. Houve resistência a este fato, “porque se o devido processo legal na tutela judicial referia-se aos procedimentos estipulados pelo legislador, no campo administrativo estes procedimentos sempre foram escassos, deixando o Estado livre para intrometer-se na esfera individual” (LIMA, 2000, p. 194).

Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>39</sup>, ainda se referindo à Constituição Federal de 1969, retrata o entendimento daquela Corte no sentido de que o direito à ampla defesa não se aplica a processos que tramitam perante a Administração Pública:

A ampla defesa a que se refere o art. 153, §15 da Constituição não é de ser entendida como prévia defesa, perante a Administração, salvo se houver a respeito expressa previsão legal ou regulamentar. A ampla defesa prevista na norma constitucional é a defesa em juízo.

Nos Estados Unidos, o devido processo legal teve papel controlador no conteúdo das decisões da Administração Pública. “Por fora da política judicial de controle intensíssimo sobre todas as formas de atuação da autoridade constituída, capazes de ocasionar restrições à vida, à liberdade e à propriedade, passou a garantia do *due process of law* a operar como filtro de legalidade do poder de polícia do Estado, em particular no campo do poder *regulamentar* de polícia, que se tornou a grande fonte de produção normativa do Estado contemporâneo” (CASTRO, 2005, p. 36).

E, conforme já mencionado, foi por meio da CF de 1988 que restou positivado o devido processo legal, advindo desse princípio seus corolários, sendo assegurado ao litigante, em qualquer esfera (cível, penal e administrativa), o contraditório e a ampla defesa,

<sup>38</sup> Maria Rosynete Oliveira Lima (2000, p. 196) noticia a aplicação do devido processo legal em 1981, quando “o Ministro Cordeiro Guerra do Supremo Tribunal Federal deparou-se com um caso, no qual o litisconsorte necessário em uma ação de mandado de segurança não havia sido citado para integrar o litígio, havendo decidido que não era lícito impedir que o terceiro participasse do devido processo legal, ou seja, ele reconheceu que o processo exige que o beneficiário ou afetado, pelo ato impugnado, seja chamado ao feito (artigo 47 do Código de Processo Civil brasileiro). E, não se observando esta regra procedimental, o feito devia ser anulado a partir daquele momento.”

<sup>39</sup> STF, Recurso Extraordinário nº 75.251-PR, Relator: Ministro Aldir Passarinho, julgado em 26 de outubro de 1982, RTJ 104:1098.

consoante preconiza o art. 5º, inciso LV, do atual texto constitucional: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Observa-se, pois, que a satisfação da garantia do devido processo legal exige, não só um procedimento conducente a uma decisão final em determinado processo, como também um autêntico processo, com todas as garantias do contraditório e da defesa.

Analisado sob a perspectiva processual, define-se o devido processo legal por meio de garantias processuais elencadas no texto constitucional e em regramentos esparsos, com o intuito de ordenar o procedimento a ser seguido pelo destinatário da norma, sempre visando a salvaguardar o melhor direito ao litigante.

Nelson Nery Júnior (2004, p. 60), em obra que versa sobre os princípios do processo civil na Constituição brasileira, inicia afirmando que:

bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.

A doutrina processualista não apresenta um rol definitivo dos corolários do devido processo legal, sendo aqui mencionados, em linhas gerais, aqueles aludidos pela maioria.

Como primeira garantia processual oriunda do devido processo legal, pode-se mencionar o princípio do juiz natural, ligado à idéia de imparcialidade da autoridade julgadora, atributo imprescindível à defesa e proteção do interesse da coletividade. Essa garantia tem estrutura tridimensional, significando que: 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção<sup>40</sup> (art. 5º, inciso XXXVII, da CF de 1988); 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei (art. 5º, inciso LIII, da CF de 1988); e, 3) o juiz competente tem de ser imparcial (NERY JÚNIOR, 2004, p. 97-98).

Da mesma forma, não poderá haver administrador denominado *ad hoc*, ou órgão colegiado *post facto*. Tal fato tem por escopo salvaguardar a segurança jurídica,

<sup>40</sup> “Tribunal de exceção é aquele designado ou criado por deliberação legislativa ou não, para julgar determinado caso, tenha ele ocorrido ou não, irrelevante a existência prévia do tribunal. Diz-se que o tribunal é de exceção quando de encomenda, isto é, criado *ex post facto*, para julgar num ou noutro sentido, com parcialidade, para prejudicar ou beneficiar alguém, tudo acertado previamente. Enquanto o juiz natural é aquele previsto abstratamente, o juiz de exceção é aquele designado para atuar no caso concreto ou individual” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 98).

assegurando que aquele designado para decidir determinada controvérsia há que ter sido investido anteriormente, através de diploma normativo, tendo, tanto o juiz quanto o administrador, competência prévia para tanto.<sup>41</sup>

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, estando contemplados nessa norma não só os direitos individuais como também os difusos e coletivos.

Para Nelson Nery Júnior (2004, p. 132), esse princípio não garante, apenas, a apreciação do direito pelo Judiciário, e sim uma tutela jurisdicional adequada, de modo que, quando essa se fizer urgente, deve o juiz, preenchidos os requisitos legais, concedê-la, “independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente”, sendo a lei infraconstitucional que impedir a tutela adequada ofensiva ao princípio constitucional em análise.<sup>42</sup> Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 431), “não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a Jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação”.

A Constituição brasileira de 1969, em seu art. 153, §4º, previa uma espécie de condição a esse princípio, autorizando lei infraconstitucional a exigir o prévio esgotamento da via administrativa para que se pudesse propor ação em juízo.

O atual texto constitucional não estabelece condição nesse sentido, não se admitindo exigência de esgotamento da via administrativa para que se possa recorrer ao Poder

<sup>41</sup> “A competência deve preexistir ao fato, e não ser atribuída apenas para dada situação. Faça-se ressalva, é claro, da mudança legal de competências para situações em geral, e não para a específica. Ou, ainda, a comissões que tenham de ser formadas para situações singulares” (FIGUEIREDO, 2004, p. 423). Para Nelson Nery Júnior (2004, p. 101), “O princípio do juiz natural se aplica, igualmente, no processo administrativo. Fala-se, aqui, em princípio do julgador natural, dimensão do princípio constitucional do juiz natural no direito administrativo. Qualquer que seja a matéria submetida ao julgador administrativo, este deverá ter sido pré-constituído na forma da lei e ser imparcial para o julgamento. Este preceito vale tanto para o processo administrativo disciplinar como também para os demais processos administrativos (v.g., processo sancionador de imposição de sanções administrativas aos administrados, processo de licitação, etc.)”.

<sup>42</sup> “No atual ordenamento constitucional pátrio, persistem, entretanto, duas limitações expressas ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Uma delas diz respeito às punições disciplinares militares, conforme o art. 142, §2º, da Constituição Federal [...], que não podem ser objeto de *habeas corpus*, e cuja vigência tem sido reiteradamente afirmada pelo STF. [...] Outra hipótese de vedação do acesso ao Poder Judiciário, ainda que parcial, está prevista no art. 217, §1º, da Constituição Federal, que dispõe: ‘O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei’. Segue o §2º do mesmo artigo estatuinte que ‘A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final’. [...] Note-se que a obrigatoriedade de sujeição das partes a tal contencioso administrativo só prevalece pelo prazo de sessenta dias. Isso quer dizer que, se nesse interregno, a justiça desportiva não proferir decisão final, o interessado poderá recorrer ao Poder Judiciário” (POZZA, 2006, p. 252).

Judiciário, exceto no que pertine às ações relativas à disciplina e às competições esportivas, consoante determina o art. 217, §1º.

Esse princípio consagrou a unidade de jurisdição no sistema jurídico brasileiro<sup>43</sup>, de modo que as decisões proferidas na seara administrativa não gozam do atributo de coisa julgada, podendo ser revistas pelo Poder Judiciário.<sup>44</sup>

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, são também oriundos do devido processo legal.<sup>45</sup>

O exercício do contraditório confere ao litigante a garantia de participar da integralidade do processo, judicial ou administrativo, exercendo o direito de influenciar ativamente na decisão a ser formada no decorrer do processo, colaborando os interessados na atividade instrutória; daí a denominação de “colaboradores necessários”, apresentada por Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco (1996, p. 43). O contraditório “consiste basicamente no direito que têm as partes de participar ativamente das atividades processuais, vez que são os destinatários de seus efeitos” (ROCHA, 1996, p. 90).<sup>46</sup> A ampla defesa, por sua vez, é tida como um direito amplo, de modo que, sempre que um processo albergar conflitos de interesses, deve ser oportunizado às partes o direito de rebater condutas, fatos e argumentos que possam inviabilizar a sua pretensão.

Os litigantes têm o direito de deduzir no processo suas pretensões e de demonstrar, por meio de provas, a existência de seu direito, de modo paritário. “As versões sobre fatos e teses jurídicas produzidas por uma das partes devem sujeitar-se à manifestação da outra parte. O contraditório exige que isso ocorra com rigoroso equilíbrio, opondo-se equitativa e uniformemente as razões de ambas as partes” (RIBAS, 2003, p. 43).

<sup>43</sup> Sobre a unidade de jurisdição no Direito brasileiro, remete-se o leitor para o capítulo 3, do presente trabalho.

<sup>44</sup> “A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, [...]” (SILVA, 2007, p. 431).

<sup>45</sup> Charles D. Cole (1997, p. 38), explicando que processo é “devido” nos Estados Unidos, menciona que “[...] o devido processo legal requer que os indivíduos que tenham aquele direito à vida, liberdade ou patrimônio, o qual está sendo indevidamente afetado, sejam intimados, de forma que tenham oportunidade razoável para ir à corte e se defender contra o ato governamental. Além disso, é geralmente reconhecido que um requisito elementar e fundamental do devido processo em qualquer procedimento que tenha finalidade judicial, é a notificação razoavelmente calculada, em quaisquer circunstâncias, para intimar partes interessadas na pendência da ação e permitir a elas a oportunidade de apresentar suas objeções”.

<sup>46</sup> “Por contraditório deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requererem para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos” (NERY JÚNIOR, 2007, p. 172).

Egon Bockmann Moreira (2007, p. 294), tratando do contraditório no processo administrativo, salienta que:

O princípio do contraditório confere ao processo administrativo a característica de uma atividade dialética que exige o estabelecimento de premissas claras fixadas logo quando de sua instauração (de impossível modificação unilateral posterior), com plena compreensão quanto ao sentido e alcance das palavras, textos legais e as conseqüências de uma eventual imputação, instruído e irradiado por um espírito de abertura e possibilidade de acolhida dos argumentos alheios.

[...]

O contraditório configura a garantia de ser cientificado com clareza não só da existência do processo, mas de tudo o que nele ocorra, podendo o particular manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais, gerando, em conseqüência, o dever do órgão julgador apreciar tais intervenções e tomá-las em conta ao proferir sua decisão.

[...]

Frise-se que o contraditório não alberga mero dever processual de intimação das partes envolvidas, mas também os desdobramentos substanciais desse dever. Seria inócua mera garantia formal, que não assegurasse resultados concretos ao processo. Assim, somente serão válidas as decisões que motivadamente apreciarem cada uma das manifestações dos administrados.

Para exercer o contraditório e a ampla defesa, há que ser assegurada ao interessado a efetiva publicidade dos atos processuais.<sup>47</sup> Relaciona-se, também, com aquelas garantias o princípio da igualdade, exigindo-se que se confirmem aos interessados as mesmas oportunidades, recebendo as manifestações processuais o mesmo tratamento. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “Em consonância com o princípio da igualdade das partes e do contraditório, sempre que for carreado aos autos documento novo relevante para a decisão, deve ser concedida à parte contrária, contra ou em face da qual se produza a prova, oportunidade de manifestação a respeito”.<sup>48</sup> No mesmo sentido é a ementa de outro acórdão deste Tribunal, segundo a qual: “O princípio do contraditório traduz a bilateralidade do processo, ou seja, assegura às partes isonomia processual e igualdade de condições”<sup>49</sup>, de modo que é dele oriundo o direito de produção de provas necessárias à demonstração da pretensão da parte.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> “O princípio da publicidade tende a garantir a tranqüilidade das partes, afastando as dúvidas e desconfianças que geralmente cercam as atividades secretas, senão furtivas propiciadoras de ilegalidade e quebras de honestidade ou do decoro. De outro lado, a publicidade enseja o controle social do desempenho, pelos juízes, de suas atribuições” (CINTRA, 2000, p. 244).

<sup>48</sup> REsp 256.164-DF, Relator Ministro Fernando Gonçalves, publicado no DJU, de 15 de abril de 2002, p. 268.

<sup>49</sup> REsp 15.134-SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, publicado no DJU, de 7 de março de 2005, p. 281.

<sup>50</sup> “Não pode ficar imune a tais garantias o direito à prova, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o momento da verificação concreta e da síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito ao contraditório” (GRINOVER, 2007, p. 31).

O princípio da motivação das decisões<sup>51</sup> também relaciona-se diretamente com o contraditório, permitindo, assim, que a parte irresignada manifeste-se de forma adequada. Especificamente no processo administrativo, a motivação é de extrema importância como forma de controle da atividade estatal. Para Lucia Valle Figueiredo (2004, p. 53), “A motivação atende às duas faces do *due process of law*: a formal – porque está expressa no texto constitucional; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou da injustiça de uma decisão administrativa”.

O princípio do duplo grau de jurisdição é também mencionado pela doutrina como decorrente do devido processo legal, embora não expressamente insculpido constitucionalmente. Segundo José de Albuquerque Rocha (1994, p. 54), “Consiste o duplo grau no direito da parte sucumbente de acudir a outro órgão jurisdicional, com idêntico poder e amplitude de conhecimento do órgão recorrido, para que este dite nova decisão da precedente”. Para Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco (1996, p. 74-75), “o princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso”. Acrescentam, ainda, os autores, que “o principal fundamento para a manutenção do princípio do duplo grau é de natureza política: nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles”, notadamente aqueles emanados do Poder Judiciário, cujos membros não são sufragados pelo povo, tendo, portanto, menor representatividade.

O duplo grau de jurisdição administrativo, embora não haja determinação na CF de 1988 afirmando-o, decorre da mesma fonte constitucional, bem como de imposições de caráter lógico e da analogia, de modo que quando a Constituição assegurou aos litigantes e aos acusados o direito de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, assegurou, logicamente, o princípio do duplo grau de jurisdição também na esfera administrativa. Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 113) manifestam-se nesse sentido:

[...] após uma leitura mais correta, mais cuidadosa, contextualizada, do pré-falado art. 5º, LV, da CF, e considerando a regra de hermenêutica segundo a qual as implicações de direito devem ser interpretadas extensivamente, será forçoso aceitar que o vocábulo ‘recurso’, constante do mencionado dispositivo constitucional, tem, efetivamente, o significado de garantia de reexame da decisão proferida em processo administrativo ou judicial.

Para Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 438), “o direito ao *duplo grau* ou à revisibilidade é inerente ao contraditório e à ampla defesa, ou seja, o direito à revisão do

<sup>51</sup> O princípio da motivação também encontra-se assinalado no segundo capítulo desta dissertação, para o qual se remete o leitor.

decidido singularmente, quer sejam atos administrativos, que atinjam o administrado, quer sejam em processos sancionatórios e/ou disciplinares”. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 458), a revisibilidade “consiste no direito do administrado recorrer de decisão que lhe seja desfavorável”, ressalvados os casos em que o processo administrativo tenha sido iniciado por autoridade administrativa do mais alto escalão ou se perante ela tiver sido proposto, situação em que “o interessado mais não poderá senão buscar as vias judiciais”.

Também passou a ser requisito do devido processo legal a duração razoável do processo judicial e administrativo e os meios que garantam a sua celeridade (art. 5º, inciso LXXXVII). Embora positivado somente em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, o direito à duração razoável do processo já dispensava formulação expressa, sendo inerente ao devido processo legal o direito à prestação da tutela jurisdicional e administrativa efetiva e prestada em tempo útil.

### 1.5.2 *Aspecto substancial ou material*

Foi formulada nos Estados Unidos a teoria do *substantive due process*, mediante a qual o devido processo legal seria utilizado, não só sob o enfoque processual, mas também como garantia contra o arbítrio dos legisladores, tendo essa teoria surgido, notadamente, em virtude do sentimento de proteção aos direitos fundamentais de índole jusnaturalista que deveriam ser respeitados pelo Estado.<sup>52</sup>

De acordo com o jurista americano Charles D. Cole (1997, p. 38-39):

O conceito de devido processo substantivo é uma teoria pela qual o governo é limitado quanto ao modo pelo qual ele pode afetar a vida, liberdade ou patrimônio de alguém, com o conceito estabelecendo limitações substantivas à autoridade regulamentadora governamental. Essencialmente, o devido processo substantivo é uma teoria pela qual o judiciário olhará para a substância das leis para ver se o poder legislativo excedeu em sua autoridade. Assim sendo, o devido processo substantivo é o conceito pelo qual o judiciário revê com independência a legislação para determinar se o governo usou os meios apropriados, i. e., se a legislação promulgada tem uma relação razoável com um fim governamental legítimo.<sup>53</sup>

<sup>52</sup> Para Paulo Fernando Silveira (2001, p. 180), desde o fim do século XVIII, “o substantivo devido processo legal aflorou com toda força, de modo a sustentar a liberdade de contratar, protegendo as corporações, então em franca ascensão, a bem dizer imunizando a economia da atividade legisladora sensivelmente contrária à filosofia (dominante na época) do *laissez-faire*, ao argumento de que o mercado não deve ser regulado por lei do congresso, mas sim pela lei geral da oferta e da demanda”.

<sup>53</sup> “*Under the substantive due process doctrine, it is not the business of government to interfere with what people a person chooses to associate with, the kind of work one wants to do, where one wants to travel, or whom one might want marry. These basics freedoms are not specifically mentioned in the Constitution or the Bill of Rights, but they are protected by substantive due process* (BENNETT, 1999, p. 97).



Noticiam John E. Nowak e Ronald D. Rotunda (1991, p. 356) que o primeiro embate judicial em que foi aplicado o devido processo legal sob o enfoque substantivo foi o caso *Wynehamer v. People* (1856), julgado pela Corte de Nova Iorque, no qual foi anulada lei daquele Estado que proibia a venda de bebidas alcoólicas e determinava o confisco das mercadorias dessa natureza já compradas, tendo aquela Corte entendido que o confisco afetaria o direito de propriedade salvaguardado constitucionalmente. Menciona também Charles Fried (2004, p. 172) o caso *Dred Scott v. Sandford* (1856), julgado pela Suprema Corte americana, entendendo esta que uma lei que retira de um cidadão a propriedade sobre seus escravos, pelo fato de levá-los a outro território, é arbitrária e não razoável, sendo, por conseguinte, violadora do devido processo. O diploma legal objeto de discussão era uma lei do Território de Missouri, de 1820, que proibia a escravidão e a servidão involuntária, salvo em caso de punição por crime pelo qual a parte tenha sido regularmente condenada.

Entre 1888 e 1937, a Suprema Corte americana passou a invalidar leis que viessem a restringir a liberdade econômica, por considerar que restrição nesse sentido não estaria relacionada a um fim governamental legítimo. Diante disso, por julgar a Corte que a regulamentação trabalhista e outras medidas econômicas não eram fins legítimos do governo e por entender que o governo deveria controlar o mínimo possível o mercado econômico, muitas leis disciplinadoras desses assuntos foram consideradas inválidas (COLE, 1997, p. 39).<sup>54 55</sup>

<sup>54</sup> Segundo John E. Nowak e Ronald D. Rotunda (1991, p. 360-361), “*The economic, social, and intellectual thought of the late nineteenth century persuaded the Court that it must do more to protect business interests from encroaching governmental control. The idea of substantive due process became the most viable concept for the Court to adopt as a legal theory to protect industry from government regulation*”. Como exemplo dessa postura da Corte americana, tem-se o caso *Railroad Commission* (1886), no qual entendeu a Justiça estadunidense que o Estado não poderia editar norma estabelecendo preços baixos a companhia de estrada de ferro que implicasse no transporte de pessoas sem qualquer remuneração, o que configuraria confisco de propriedade privada, sem justa compensação e sem o devido processo legal (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 360). No caso *Lochner v. New York* (1905), a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei daquele Estado que limitava a quantidade de horas de trabalho de padeiros, considerando arbitrária e desnecessária a interferência do Estado nas relações em que há liberdade contratual entre empregado e empregador, liberdade esta protegida pela emenda catorze, da Constituição americana. A lei, segundo a Suprema Corte, teria infringido “*the freedom of master and employee to contract with each other in the relation to their employment*” (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 362). A decisão não foi unânime, tendo a minoria, representada pelo juiz Holmes, entendido que se estava querendo impor teorias pessoais a respeito de política econômica ao Estado de Nova Iorque, não permitindo a Constituição americana conduta nesse sentido. Segundo o juiz divergente, a Corte somente poderia considerar uma lei inválida quando “*a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law*” (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 363). Esse caso é sempre mencionado pela doutrina americana (PERRY, 1994, p. 165; ORTH, 2003, p. 102), sendo-lhe conferida importância tamanha a ponto de se denominar a fase em que a Suprema Corte decidiu nesse sentido como *Lochner Era*.

<sup>55</sup> “*The substantive due process test could be easily stated: the government had to employ means (legislation) which bore some reasonable relation to a legitimate end. As the doctrine had developed, it held that any law which the justices did not believe related to a legitimate end and was void because government had no power to enact this limitation of liberty. Similarly, no matter how temperate the legislation might seem to others, it would*

Nesse contexto, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, baseando-se na idéia do *laissez-faire*, segundo o qual o desenvolvimento é mais bem fomentado com a menor participação do Estado nos negócios de natureza privada (BARROSO, 2004, p. 220).

Mas não foi só nesse sentido que a Suprema Corte daquele País firmou a utilização da cláusula do devido processo legal como fundamento de suas decisões. No início do século XX, a Corte apreciou e julgou casos que tinham como objeto leis que intervinham na atividade econômica e que, não obstante, foram julgadas constitucionais. Cite-se, por exemplo, o caso *Butting v. Oregon* (1917), no qual declarou-se a constitucionalidade de lei de Oregon limitadora do trabalho de homens em determinadas indústrias (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 364). Outro caso importante mencionado pela doutrina americana (PERRY, 1994, p. 168) diz respeito ao *Nebbia v. New York* (1934), no qual foi declarada constitucional lei de Nova Iorque que fixava preços para venda de leite. Entendeu a Corte que estava o governo daquela cidade exercendo seu legítimo poder de polícia.

A Suprema Corte americana, vivenciando as conseqüências da depressão econômica iniciada em 1929, que findou na necessidade da intervenção estatal para equilibrar a economia, passou a atenuar a plena aplicação da doutrina do substantivo processo legal em casos envolvendo aspectos econômicos, ainda que leis viessem a atingir o direito de propriedade (SILVEIRA, 2001, p. 439). Nessa segunda fase, o devido processo substantivo enfrentou o desprestígio.

Segundo Luís Roberto Barroso (2004, p. 220):

Eleito Presidente em 1932, Franklin Roosevelt deu início à edição de ampla legislação social e de intervenção no domínio econômico. Em 1935, os casos em que essa legislação era contestada começaram a chegar à Suprema Corte, que, fiel à doutrina *Lochner* e hostil ao intervencionismo estatal, passou a invalidar diversas leis importantes para o plano de recuperação econômica. Nesse ano, ao julgar o caso *Sherchter Poultry Corp. v. United States*, a Corte declarou a inconstitucionalidade da Lei Nacional de Recuperação Industrial, de 1933, reputada essencial para a continuidade da ação governamental, e que continha normas sobre concorrência desleal, preços, salários, jornada de trabalho e negociações coletivas. Estabeleceu-se um confronto entre o Executivo e o Judiciário. Reeleito em 1936, no início do ano seguinte, Franklin Roosevelt envia mensagem legislativa ao Congresso modificando a composição da Suprema Corte, com vistas a obter a maioria naquele colegiado. Conhecida como *court-packing plan*, a lei foi aprovada pelo Congresso. Mas, pressionada, a Suprema Corte mudou sua orientação e abdicou do exame de mérito das normas de cunho econômico, encerrando o controle substantivo de tais leis. Foi o declínio do devido processo legal.

---

*be void if the justices thought it related to some end which they considered beyond the proper role government. Freedom in the marketplace and freedom to contract were viewed as liberties which were protected by the due process clause”* (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 362).

Numa terceira fase, a cláusula do devido processo legal substantivo passou a ser enfatizada na revisão de atos legislativos reguladores de direitos fundamentais<sup>56</sup>, não se admitindo que o Legislativo viesse a restringi-los de forma abusiva (NOWAK; ROTUNDA, 1997, p. 388).

Michael J. Perry (1994, p. 170) classifica a cláusula do devido processo legal como velha e nova. Segundo o autor, o *old substantive due process of law* focava-se, principalmente, na regulamentação das relações econômicas, ao passo que a *new clause* tratava das questões relacionadas aos direitos individuais, embora não exclusivamente.

Por meio do devido processo legal substantivo, portanto, pode-se dizer que foi expandido no Direito americano a *judicial review*, instituída pelo juiz Jonh Marshall, em 1803. Veja-se o que diz Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 49) a respeito da aplicação do devido processo legal substancial no âmbito do Judiciário:

Inaugura-se, aí, a era do *governo dos Juizes*, com os Tribunais assumindo um papel de censor da vida social, política e econômica da nação. O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (*procedural due process*) e o início da fase *substantiva* na evolução desse instituto (*substantive due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações de governo como a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente *substantivo* no seio das instituições governativas. A dialética do poder e as metafísicas questões do direito público encontram, enfim, no plano institucional, a autoridade dotada de prerrogativa decisória (do *final enforcing power*) e revestida dos predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário.

Com base no *judicial review* americano, o Judiciário ganhou status constitucional como um poder político com competência precípua de controlar os limites constitucionais dos demais ramos do governo, permitindo-lhe a anulação de leis entendidas como inconstitucionais (SILVEIRA, 2001, p. 244).<sup>57</sup> Ampla parcela de verdadeiro poder político

<sup>56</sup> Para Charles D. Cole (1997, p. 40), inserem-se nesses direitos não só os previstos expressamente na Constituição americana, como também os inferidos do seu texto, com implicações baseadas na história e na tradição dos Estados Unidos, tal como interpretados pela Suprema Corte. “Um direito fundamental, sob a Constituição dos Estados Unidos, é um direito tão essencial para a liberdade individual na nossa sociedade que a Corte está justificada em rever os atos de outros ramos do governo de uma maneira muito parecida à da abordagem do devido processo substantivo do período pré-1937.”

<sup>57</sup> Paulo Fernando Silveira (2001, p. 244-245) entende que o substantivo processo legal constitui um acréscimo de que se utiliza o Poder Judiciário, divergindo do mencionado *judicial review*. Para ele, “A diferença fundamental entre o *judicial review* e a cláusula do substantivo devido processo é que, pelo primeiro, apenas se confronta a lei com a Constituição, anulando-se aquela se se verificar sua inconformidade com esta. Contudo, para o substantivo devido processo, a lei deixa de ser um instrumento afirmativo, positivista, modeladora da sociedade (norma de injunção futurista), para ser encarada pela sua concepção negativa, ou seja, no sentido de que o governo não pode interferir em determinadas áreas sensíveis do direito, notadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sem a comprovação prévia, real e concreta, da existência de um sobrepujante interesse público, que o compele, coativamente, a agir restringindo direitos, sem, contudo, os anular completamente. Foi dentro dessa concepção que, em 1856, aflorou, pela primeira vez na América, o conceito do substantivo devido

foi transferida ao Poder Judiciário, transcendendo o controle deste Poder do âmbito formal para o material.

Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1993, p. 18), o devido processo legal material exige uma “elaboração regular e correta da lei, bem como sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações constitucionais [...]”.

Reconhecendo o conteúdo material do devido processo legal no ordenamento jurídico pátrio, o Ministro Carlos Velloso<sup>58</sup>, do STF, proferiu voto no seguinte sentido:

*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa.

Portanto, o devido processo legal, assim como o princípio de ordem processual, possui fundamental conteúdo material, sendo um instrumento de controle do arbítrio da função legislativa e da discricionariedade administrativa, impedindo que os indivíduos e a sociedade sejam privados de determinados direitos fundamentais, quando desarrazoável qualquer medida restritiva desses direitos.

### *1.5.3 O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*

O devido processo legal, analisado sob o enfoque material, denota a idéia de razoabilidade da atividade legiferante e da atuação administrativa, podendo-se afirmar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são subprincípios concretizadores do princípio do devido processo, sob o aspecto substantivo ou material.

A análise detalhada dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no ordenamento jurídico pátrio daria ensejo à elaboração de uma dissertação isolada e como esse assunto não é o foco central do presente trabalho, abordar-se-ão, adiante, as linhas gerais suscitadas pela doutrina e jurisprudência a respeito dos mesmos, notadamente naquilo em que haja relação direta com o tema da presente explanação.

---

processo legal, quando a instância do Judiciário o descobriu como ferramenta viável e indispensável à proteção das garantias individuais básicas, objetivando anular uma lei por ser violadora desses direitos fundamentais (*Wynehamer v. People – New York*, 1856).”

<sup>58</sup> ADI – MC/DF, julgada em 16 de outubro de 1996, publicada no DJU, de 6 de junho de 2003, p. 29.

Não obstante parcela da doutrina entenda que a proporcionalidade e a razoabilidade correspondem a princípios distintos, cujos sentidos, embora convergentes, denotam idéias diferentes, na presente explanação, será adotado o posicionamento de Luís Roberto Barroso (2001, p. 155), para quem o princípio da proporcionalidade mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade, motivo pelo qual um e outro serão aqui empregados indistintamente.<sup>59</sup>

Diante disso, a seguir, elencar-se-ão algumas características definidoras do princípio da proporcionalidade, apenas com o intuito de ilustrar o que tem sido relatado ao longo desse trabalho.

#### *1.5.4 Princípio da proporcionalidade: fundamento constitucional e subprincípios*

Muito ainda se discute sobre a origem do princípio da proporcionalidade e de sua fundamentação constitucional, não cabendo neste trabalho dissecar as diversas opiniões acerca do tema, até mesmo porque tal discussão seria, como dito, suficiente para compor um estudo isolado. O que se pretende é apresentar, ainda que resumidamente, o entendimento de parte da doutrina.

A CF de 1988 ampliou o rol de direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhes imediata aplicação, além do que tratou de salvaguardar a expectativa de expansão dos direitos nela positivados ao estabelecer que “os direitos e garantias expressos nesta

---

<sup>59</sup> Com pensamento semelhante, pode-se citar Celso Ribeiro Bastos, em sua obra *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, (1997, p. 175); Uadi Lammêgo Bulos, *Constituição Federal Anotada*, (2003, p. 284). Entendendo como conceitos distintos, Francisco Fernandes de Araújo, *Princípio da Proporcionalidade: Significado e Aplicação Prática*, (2002, p. 52) e Willis Santiago Guerra Filho, *Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, (2003, p. 283). Tratando, especificamente, da razoabilidade, por entender que corresponde a instituto distinto do princípio da proporcionalidade, Humberto Ávila (2004, p. 408) aduz que “Não há ‘uma’ razoabilidade, mas vários usos da razoabilidade no Direito brasileiro. [...] a razoabilidade, por meio da análise dos casos em que é aplicada, não funciona como um princípio ou como uma regra, mas como uma norma que orienta a aplicação de princípios ou regras. Em vez de se situar ao nível das normas objeto de aplicação, a razoabilidade situa-se num metanível, fornecendo critérios para a aplicação de outras normas. Daí ser a razoabilidade denominada de postulado”. Sua utilização pode se dar das seguintes formas: a) “como critério que exige a relação das normas gerais com as individuais dos casos concretos, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral; b) “como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir”; c) “como critério que exige a relação de equivalência entre duas grandezas, como ocorre no caso da exigência de correspondência entre a pena e a culpa, ou entre a taxa e o serviço público prestado”; e, d) “como diretriz que exige a consistência entre elementos constantes de uma regra jurídica, especialmente proibindo a validade de normas que instituem deveres contraditórios ou sem qualquer sentido prático”.

Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º).

O princípio da proporcionalidade tem como fundamento, justamente, esse contexto normativo em que estão inseridos todos os direitos fundamentais e garantias que lhe asseguram proteção. Desta feita, não obstante carecedor de disposição expressa a seu respeito no texto constitucional, o princípio da proporcionalidade deflui do prefalado art. 5º, §2º, cujo teor abrange as normas não expressas dos direitos fundamentais que decorrem da própria natureza do Estado Democrático de Direito.

Para Paulo Bonavides (2004, p. 434), o princípio da proporcionalidade corresponde a um princípio vivo, elástico e protetor do cidadão em face de excessos cometidos pelo Estado, servindo de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. Reconhece o autor que, no Brasil, a proporcionalidade ainda não se encontra prevista como norma geral de direito escrito, mas, por outro lado, existe como norma esparsa no texto constitucional. Portanto, “é na qualidade de princípio constitucional ou princípio geral de direito, apto a acautelar do arbítrio do poder o cidadão e toda a sociedade, que se faz mister reconhecê-lo já implícito e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”. Segundo o doutrinador cearense (2004, p. 436):

Poder-se-á, enfim dizer, a essa altura que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.

O princípio da proporcionalidade, de acordo com a teoria alemã, é formado por três subprincípios ou princípios parciais, denominados de princípio da adequação (*Geeignetheit*), princípio da exigibilidade ou necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) e princípio da proporcionalidade em sentido estrito (MENDES, 2007, p. 322).

O primeiro deles, princípio da adequação, por alguns denominado de princípio da idoneidade, diz respeito à necessidade de, primeiramente, elaborar-se um juízo de adequação da medida adotada, averiguando-se se o meio escolhido é adequado ou não para a obtenção do resultado pretendido. De acordo com esse subprincípio, deve-se buscar uma

exata correspondência entre meios e fins, de modo que os meios empregados sejam compatíveis com os fins adotados. Analisando-se o princípio da proporcionalidade sob o enfoque de ser um meio hábil a balizar a atividade do legislador quando da limitação dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, a adequação das medidas adotadas aos fins almejados corresponde a uma exigência imperiosa, de modo que qualquer medida restritiva a direito fundamental deve ser apta à consecução da finalidade que se intenta alcançar, sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

Pelo segundo subprincípio, o da necessidade ou exigibilidade, a adoção de determinada medida não pode exceder os limites necessários à consecução do fim perseguido, devendo-se buscar a medida menos gravosa, adequando-se o meio mais idôneo à menor restrição possível de qualquer direito, ou, em outras palavras, a escolha de determinado meio deve limitar-se ao estritamente necessário para a consecução do fim desejado. Através desse subprincípio, há uma análise dos próprios meios, visando a averiguar os prejuízos eventualmente advindos deles. Para que se considere que uma medida é inexigível, há que se observar a existência de outra medida menos gravosa, de menor restrição, igualmente apta a obter igual ou até melhor resultado.

Por fim, o terceiro subprincípio, denominado de princípio da proporcionalidade em sentido estrito, é o que finda por permitir a obtenção de um juízo definitivo acerca da proporcionalidade da medida. Tal princípio proclama a ponderação e o equilíbrio entre eventual ônus imposto e o benefício trazido. Em outras palavras, deve-se fazer uma análise jurídica entre meios e fins, estabelecendo-se vantagens e desvantagens. É através desse subprincípio que serão sopesados “os bens jurídicos envolvidos na sua decisão e optar pela solução que melhor atenda a todos, evitando a limitação total de um deles, que atinja seu conteúdo essencial, ofendendo a dignidade humana” (GUERRA, 2004, p. 92).<sup>60</sup>

Segundo Willis Santiago Guerra Filho (1989, p. 75), “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e

---

<sup>60</sup> Pelo rigor acadêmico, ressalta-se que, segundo Marcelo Lima Guerra (2004, p. 91), “há, no mínimo, uma imprecisão terminológica, ou mesmo uma impropriedade conceitual, em se referir à máxima da proporcionalidade como ‘princípio’, num contexto em que se adota a distinção entre regras e princípios, atribuindo a cada um desses termos o sentido que lhes dá Robert Alexy. É que sendo adotado o conceito de princípio sugerido pelo filósofo alemão, não se pode enquadrar tal, isto é, como mandado de otimização, as prescrições que integram a regra da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Tais prescrições, ainda que sirvam como critérios orientadores da aplicação de princípios, [...] são corretamente classificadas por Alexy como regras, justamente porque se aplicam mediante subsunção. [...] Por essas razões, opta-se pela terminologia ‘regra da proporcionalidade [...], com a advertência de que não comete, necessariamente, uma impropriedade conceitual quem opta por terminologia distinta”.

finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superam as desvantagens”.<sup>61</sup>

O princípio da proporcionalidade tem suma importância quando se está diante de conflitos entre direitos fundamentais, na medida em que fornece ao operador do direito uma diretiva procedimental a ser utilizada de modo a solucionar qualquer colisão nesse sentido, aplicando-se ao caso concreto uma solução justa. Além disso, referido princípio tem papel salutar como critério de limitação de medidas restritivas de direitos fundamentais, ou seja, como limitador da atividade legiferante quando da elaboração de medidas legais que impliquem em restrição desses direitos.

## **1.6 A aplicação do devido processo legal no processo administrativo**

O princípio do devido processo legal, não obstante, pioneiramente, tenha sido aplicado a processos judiciais, teve alastrada a sua incidência aos processos existentes no âmbito da Administração Pública, a quem cabe observar, dentre inúmeros outros, os princípios da legalidade e da moralidade administrativas, tornando-se o devido processo legal um princípio vetor para as manifestações das relações entre o Poder Público e os particulares.<sup>62</sup> E foi exatamente no campo do Direito Administrativo que esse princípio encontrou campo fértil para a sua aplicação, notadamente com o intuito de submeter as inúmeras espécies de relações administrativas à subserviência dos direitos fundamentais.

Considerando que o Estado autolimita-se por meio da ordem jurídica, a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, incluindo nessa concepção as normas e regulamentos que ela própria tenha editado, sendo esta a consequência mais evidente do Estado de Direito, construído sob o primado da lei. Desta feita, as manifestações do Poder Público devem ocorrer por meio de um processo de direito público.

---

<sup>61</sup> Para Suzana de Toledo Barros (2003, p. 86-87), “A proporcionalidade estrito sensu encontra seu verdadeiro sentido quando conectada aos princípios da adequação e necessidade e, por isso mesmo, representa sempre a terceira dimensão do princípio da proporcionalidade. Quando estão em causa situações nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos restritivo, porque a constelação do caso é bastante ampla e com várias repercussões na ordem constitucional, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida. [...] A proporcionalidade em sentido estrito, como visto, é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a exigência de uma equânime distribuição de ônus. Todavia, por si, não indica a justa medida do caso concreto. Esta há de ser indeferida a partir da técnica de ponderação de bens, na qual o juízo de valoração de quem edita ou controla a medida restritiva de direito é bastante amplo [...]”.

<sup>62</sup> Importante registrar que ainda há opinião divergente sobre o tema, merecendo destaque o pensamento de Geraldo Brindeiro (2003, p. 89), segundo o qual “quando a expressão refere-se a processo e não a simples procedimento, alude sem dúvida ao processo judicial pelo Estado, segundo imperativos da ordem jurídica, e com as garantias da isonomia processual, da bilateralidade dos atos procedimentais, do contraditório e da ampla defesa”.



A legalidade corresponde a um dos fundamentos do atuar da Administração Pública, estando insculpida expressamente na CF de 1988, em seu art. 37, donde se conclui que toda a atividade administrativa condiciona-se às prescrições legais. A natureza da função pública e os fins do Estado exigem que seus agentes cumpram os deveres que as leis lhes impõem, não lhes sendo facultada a possibilidade de não exercer os poderes-deveres determinados na legislação.

A legalidade do ato administrativo é verificada por meio dos seus elementos, como competência, forma, etc., bem como pelo exame da motivação, tida como uma “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos (DI PIETRO, 2004, p. 82), e como “um requisito indissociável do devido processo legal na instância administrativa” (CASTRO, 2005, p. 343).

A aplicação do devido processo legal no âmbito administrativo apresenta importância relevante, como, exemplificativamente, no caso de revogação de atos administrativos de natureza negocial ou que gerem direitos perante terceiros, não sendo “crível, nem jurídico, que os administrados sujeitos a vínculos obrigacionais possam sofrer à mercê de intermitentes e atabalhoadas alterações de juízos de oportunidade e conveniência por parte dos agentes do Poder Público. A segurança das relações jurídicas reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas, [...]” (CASTRO, 2005, p. 352).

A Súmula nº 473, do STF, confere à Administração Pública o poder de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, assim como revogá-los, por razões de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos. Todavia, o que não se pode admitir é que a Administração Pública, munida deste poder, revogue ou anule atos, unilateralmente, sem um regular procedimento que assegure à parte eventualmente prejudicada oportunidade de manifestar-se. Essa questão torna-se relevante na seara de licitações e contratos administrativos. Neles há a possibilidade de a Administração revogá-los/rescindi-los, unilateralmente, podendo advir prejuízos aos particulares contratantes, além de interromper perspectivas justificadas de ganhos remuneratórios. Nesse sentido, manifesta-se Hely Lopes Meirelles (1984, p. 17-18):

Os atos administrativos negociais produzem efeitos concretos e individuais para os que deles participam, gerando direitos, obrigações e encargos recíprocos para a administração que os expede e para o particular que os recebe.

[...]

Expedido ato negocial vinculado e definitivo, nem por isso fica a administração impedida de extingui-lo, desde que ocorra justo motivo para a sua invalidação. O

que a administração não pode é invalidá-lo sumariamente, sem demonstrar, em procedimento regular e com oportunidade de defesa, a causa de sua extinção, pois que, se para a expedição do ato foram exigidos tantos requisitos, não se compreende que possa esse mesmo ato ser suprimido sumariamente e sem justificativa legal para a sua anulação, cassação ou revogação.

Percebe-se que o devido processo legal está inserido na ordem jurídica administrativa em diversos campos, destacando-se como salvaguarda dos direitos de ampla defesa e do contraditório do administrado em sede de processos administrativos. Segundo José Frederico Marques (1968, p. 28), “Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que atuasse fora das fronteiras do *due process of law*”.

Não mais se questiona, embora haja entendimento dissonante de pequena parcela de estudiosos, que o princípio do devido processo legal deve ser aplicado no âmbito dos processos administrativos<sup>63</sup>, notadamente quando se está diante de uma lide, que põe em confronto interesses de particulares de um lado e prerrogativas da Administração Pública do outro.<sup>64</sup>

Mesmo antes da positivação do princípio do devido processo legal na CF de 1988, já havia sido proferidas decisões judiciais, determinando a atenção ao mesmo e a conseqüente conferência de oportunidade ao administrado de ampla defesa em processos administrativos, como se pode ver de trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Mário Veloso, ainda no extinto Tribunal Federal de Recursos:

A garantia do *due process of law* tem aplicação no procedimento administrativo. Destarte, quando a administração tiver que impor uma sanção, uma multa, ou de

<sup>63</sup> Carlos Mário da Silva Velloso (1997, p. 230) afirma que “Sempre sustentamos, apoiados no magistério de José Frederico Marques, Geraldo Ataliba e Hely Lopes Meirelles, que a garantia do *due process of law*, na ordem jurídica brasileira, aplica-se ao procedimento administrativo, tanto no punitivo quanto no administrativo não punitivo. Vale dizer, sempre que a Administração tiver que impor uma sanção, uma multa, fazer um lançamento tributário ou decidir a respeito de determinado interesse do administrado, deverá fazê-lo num procedimento regular, em que ao administrado se enseja o direito de defesa. Se a aplicação do *due process of law* ao procedimento administrativo resultava de modo implícito da Constituição anterior, na Constituição vigente a obrigatoriedade dessa aplicação é expressa (art. 5º, LV). [...] Estabelece-se, no citado dispositivo, inclusive, a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição (jurisdição em sentido largo) no procedimento administrativo”. Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 105-106), a Constituição exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a prosperidade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas”, salientando, por outro lado, que “Admitir-se-á, contudo, ação imediata da própria Administração sem as referidas cautelas apenas e tão-somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizaria a proteção do bem jurídico a ser defendido”.

<sup>64</sup> “A combinação dos incs. LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, enfim, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, ou seja, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo” (MEDAUAR, 1993, p. 83).

fazer um lançamento fiscal, ou de decidir a respeito de determinado interesse do administrado, deverá fazê-lo num processo regular, com possibilidade de defesa.<sup>65</sup>

Em 1987, aquele mesmo Tribunal julgou a Apelação em Mandado de Segurança nº 105.430-RJ, em que foi proferido acórdão da lavra do Ministro Pádua Ribeiro, sacramentando o princípio da ampla defesa no procedimento administrativo-fiscal: “Tributário. Procedimento Fiscal. Denegação de perícia: cerceamento de defesa caracterizado. Segurança concedida para autorizar a produção da referida prova.”<sup>66</sup>

Da oportunidade de defesa que deve ser conferida ao administrado advém a necessidade de publicação dos atos administrativos, sem a qual não terá o interessado como exercer de forma ampla e efetiva a sua defesa.

No processo administrativo tributário, considerado como espécie do gênero processo administrativo, também devem ser garantidas as devidas oportunidades de defesa ao contribuinte. Consoante restará demonstrado adiante, o devido processo legal resta eivado de extremo rigor nas situações em que estejam em jogo penalidades, sejam administrativas, sejam fiscais, as quais somente podem ser aplicadas após prévio processo regular, no qual tenha sido conferida ampla defesa (advindo desta a idéia do próprio contraditório) ao interessado. Nesse sentido também tem se pronunciado o STF:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV).<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Remessa de Ofício nº 92.653-CE, julgada em 16 de abril de 1986, publicada no DJ, de 15 de maio de 1986.

<sup>66</sup> Publicado no DJU, de 19 de março de 1987, p. 4449.

<sup>67</sup> MS 24.268/MG, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 5 de fevereiro de 2004 pelo Tribunal Pleno, publicado no DJU, de 17 de setembro de 2004, p. 53.

Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§1º e 2º). [...] Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensaria previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (Lei 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do TCU, de que emanou a decisão.<sup>68</sup>

A cláusula do devido processo legal, consoante abordado em linhas anteriores, é atualmente vista sob duplo enfoque, substancial e processual. O *procedural due process* consiste em se seguir um processo justo, como instrumento para a obtenção de um ato final, que pode ser uma decisão legislativa, judicial e até mesmo executiva, emitida pelo Estado, em situações nas quais estejam em questão bens como a vida, a liberdade, a propriedade. É por meio dele que a Administração observará a legalidade de seu ato, na medida em que o administrador está adstrito a seguir o procedimento previamente elencado em lei. Por outro lado, a *substantive due process* consiste no exame do conteúdo dessa decisão, analisando-o sob os padrões da razoabilidade e da racionalidade, visando a salvaguardar os direitos fundamentais. Portanto, embora facetado, o devido processo legal estabelece direito único, sendo o enfoque processual indissociável do substancial.

O princípio do devido processo legal, no âmbito administrativo, é, por conseguinte, aplicável em seus dois enfoques. A processualidade desse princípio deve ser observada nos processos tramitantes na Administração, devendo ser assegurada ao interessado a oportunidade de ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos, imparcialidade da autoridade julgadora, dentre outros. Da mesma forma, o mérito da decisão administrativa deve pautar-se em um mínimo de razoabilidade e racionalidade, visando, assim, a proteger os direitos fundamentais dos cidadãos administrados.

---

<sup>68</sup> MS 23.550/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 4 de abril de 2001, publicado no DJU, de 31 de outubro de 2001, p. 6.

Da análise semântica da expressão *devido processo legal* na seara administrativa, pode-se inferir algumas idéias. Iniciando-se pelo termo *processo*, seria este o meio necessário para a obtenção de uma decisão administrativa legítima, pautada nos ditames legais, sendo, por conseguinte, um instrumento de defesa do administrado, um instrumento de garantia de proteção de bens, como a liberdade e a propriedade<sup>69</sup>. Egon Bockmann Moreira (2003, p. 281) entende que o *devido* implica em processo *adequado*, em conformidade com a conduta da Administração Pública determinada pela Carta Magna, em seu art. 37, momento em que se analisa o conteúdo do processo desenvolvido, segundo os princípios elencados no referido dispositivo legal. “A *adequação* confere ao cidadão segurança e certeza de que seus direitos serão respeitados” (2003, p. 282). O autor elenca, nessa oportunidade, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como meios relevantes para a aferição do conteúdo adequado do ato administrativo (2003, p. 282), embora não previstos expressamente no art. 37 do texto constitucional.<sup>70</sup>

Sobre o termo *legal*, há quem diga que se revela impróprio, na medida em que não traz toda a dimensão semântica que a garantia constitucional possui em seu bojo.<sup>71</sup> O termo “estabelece a necessidade de prévia definição legal de toda e qualquer previsão que vise acatar, aviltar ou suprimir, direta ou indiretamente, liberdade ou bens dos particulares”, valendo ressaltar que “não será pela ausência de dispositivo legal concreto, específico ao exercício ou defesa de algum direito, que se negará conhecimento ao pleito do administrado. Ao contrário. A Constituição impõe à Administração o conhecimento pleno de todo e qualquer pedido dos particulares” (MOREIRA, 2003, p. 284).

<sup>69</sup> Para Egon Bockmann Moreira (2003, p. 278), “só terá fundamento de validade a execução de ato atentatório à liberdade ou bens que esteja inserido em um processo. Veda-se que ato pontual e imediatamente auto-executório suprima liberdade ou bens do particular, que tem direito a processo prévio, revestido das demais garantias previstas na Constituição. Note-se que jamais se defenderia a retirada da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade dos atos administrativos (ou eventual ‘condição suspensiva’ à sua concretização). Permanecem tais atributos, como condição de sobrevivência da Administração no cumprimento do interesse público posto à sua guarda. Sustenta-se que os particulares sempre deterão título jurídico para impugnar administrativamente os atos que atentem contra sua liberdade ou bens. Não se exige que a Administração instale processo todas as vezes que pretenda agir – mas que a ele se submeta, desde que cumpridamente requerido pelo particular”.

<sup>70</sup> Carlos Roberto Siqueira Castro (2005, p. 408) noticia que o princípio da razoabilidade dos atos administrativos figurou, expressamente, na redação de textos elaborados por Comissões Temáticas designadas para elaborar o teor da atual Constituição brasileira. No texto final aprovado pela Comissão de Sistematização constou do derradeiro Projeto de Constituição, no qual foi previsto o art. 44, nos seguintes termos: “A administração pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”. Segundo o autor, referido enunciado não obteve aprovação no Plenário da Assembléia Constituinte, tendo sido suprimida exatamente a parte final do dispositivo que versava sobre o princípio da razoabilidade.

<sup>71</sup> Nesse sentido, manifesta-se Luis Felipe Valerim Pinheiro (2002, p. 1330).

A Administração Pública, portanto, está submetida ao princípio do devido processo legal, em seu duplo enfoque, o qual deve ser empreendido pelo Executivo e demais Poderes com senso de justiça, sempre visando a salvaguardar os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal brasileira.

## 2 O PROCESSO ADMINISTRATIVO

### 2.1 Considerações gerais

O presente trabalho, conforme mencionado na introdução, tem por escopo, dentre outros aspectos, demonstrar que o sistema de cobrança judicial do passivo tributário, no Brasil, está em crise e que, portanto, faz-se imperiosa uma discussão a respeito de futuras mudanças no ordenamento jurídico pátrio, podendo estar na esfera administrativa uma possível solução para se promover uma maior eficiência da aludida cobrança.

Nesse contexto, faz-se necessária a análise das características da processualidade administrativa, recorrendo-se, ao Direito Administrativo, ramo do Direito do qual decorreu o próprio Direito Tributário, sendo o processo administrativo tributário considerado como subespécie do processo administrativo (MEIRELLES, 2003, p. 657).

O Estado brasileiro vive um momento em que são muitas as atribuições estatais, desde a função de prestação de serviços à coletividade, regulamento e fomento das atividades particulares, assim como, em determinadas ocasiões, emissão de normas de conduta, regendo a vida em sociedade.

Em virtude desse crescimento das atribuições estatais e, por conseguinte, da própria estrutura do Estado, cresceu, também, a incidência de situações em que há a relação do Estado com o particular, em que o ente público interfere de forma direta na esfera de interesses individuais.

Tal fato deu ensejo à necessidade de participação do administrado no atuar da Administração Pública, acompanhando e controlando o desenvolver das atividades administrativas de um modo geral, participação e controle que podem se dar, exatamente, por meio de processos administrativos, que nada mais são que instrumentos de controle da legalidade dos atos administrativos e de democratização da vida administrativa.

Há uma nítida relação entre o Estado Democrático de Direito e o processo administrativo, na medida em que este, além de permitir um maior controle sobre o exercício das funções administrativas, corresponde a instrumento de participação popular no *inter* de formação do ato administrativo, advindo do processo administrativo as finalidades de controle e participação do administrado na vida pública, essenciais para a efetivação do princípio democrático.

A atuação dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), de um modo geral, impescinde de uma processualidade. Em outras palavras, as principais atividades estatais são exercidas por meio de atos concatenados, sendo o processo um instrumento por meio do qual se exerce o poder em conformidade com determinados objetivos.

Feitas essas considerações, serão analisados a seguir aspectos atinentes ao denominado processo administrativo e seus princípios.

## 2.2 Natureza jurídica

A idéia de processo sempre esteve atrelada ao exercício da atividade jurisdicional, chegando alguns processualistas a defender que a atividade administrativa carece de elemento básico formador da estrutura do processo, qual seja, a jurisdição, motivo pelo qual o denominado *processo* administrativo, na verdade, não poderia ser assim compreendido, correspondendo apenas a um *procedimento*.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> Para Marçal Justen Filho (1998, p. 112), “O que dá uma identidade ao processo é uma composição totalmente peculiar e sem paralelo em qualquer outro tipo de vínculo jurídico. O processo vincula três ‘sujeitos’, produzindo situações jurídicas subjetivas favoráveis e (ou) desfavoráveis. O vínculo entre os três sujeitos apresenta-se com perfil totalmente ímpar. Cada sujeito apresenta determinada posição no processo. Não é possível afirmar que as três ‘posições’ processuais sejam intercambiáveis entre si. São situações jurídicas infungíveis. Mais, ainda, um dos sujeitos ocupa uma posição jurídica totalmente peculiar. O juiz participa do processo não na condição de parte, mas com autonomia que é de essência e inafastável. O juiz é imparcial, não apenas no sentido de ser-lhe vedado tomar partido, mas também na acepção de que ‘não é parte’. Ou seja, o juiz não tem interesse próprio no objeto da relação jurídica. Em nenhum outro tipo de relação jurídica um dos pólos é ocupado por um sujeito que não seja parte. O processo é a única hipótese em que tal situação ocorre. Tem-se uma relação jurídica com duas partes e três pólos. Um dos pólos é ocupado por um sujeito que não é parte”. Diferentemente, entendem Antônio Carlos de A. Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco (1996, p. 280) para quem o “processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos de sociedades mercantis para aumento de capital, etc.”. José de Albuquerque Rocha (1996, p. 212) doutrina que o sentido amplo do termo processo sugere a idéia de uma série ou sucessão de atos tendentes à produção de um resultado final, não sendo isto um fenômeno adstrito apenas ao direito processual jurisdicional, sendo, na verdade, comum a outras funções do Estado (administrativa, legislativa) e até mesmo ao mundo não-jurídico, como um processo político, um processo econômico. “Assim é que as leis são elaboradas através de um processo chamado legislativo e os atos administrativos resultam, igualmente, de uma sucessão de atos a que chamamos processo administrativo. E, da mesma maneira como o processo judicial realiza-se através de diferentes procedimentos, os processos legislativo e administrativo são, igualmente, realizados por diferentes procedimentos [...]. Não há, pois, razões para o



O entendimento da doutrina administrativista é em sentido contrário, enfatizando que a idéia moderna da processualidade permite falar-se não só em processo judicial, como também em processo administrativo e legislativo, concernentes à edição de decisões administrativas (atos administrativos) e legislativas (elaboração de leis) (PESSOA, 2003, p. 273).

Para Robertônio Pessoa (2003, p. 275), a disciplina do exercício do poder apresenta-se, também, como um elemento fundamental da processualidade. “No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal é juridicamente disciplinado, sendo tal mister alcançado, entre outros meios, através do processo, ou seja, da processualidade imposta aos órgãos e agentes *instrumentalizados* de poder. Segundo o autor, “nesta perspectiva, o processo destina-se a conferir legalidade e legitimidade ao exercício do poder. Somente se reveste destes dois atributos, imperativos no Estado Democrático de Direito, o poder que exercita em conformidade com o devido processo, seja este fixado por norma constitucional ou legal”.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 655) tem o mesmo pensamento:

Afastese a errônea idéia de que decisão jurisdicional ou ato de jurisdição é privativo do Judiciário. Todos os órgãos e Poderes têm e exercem jurisdição, nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o Direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação. Privativa do Judiciário é somente a decisão judicial que faz coisa julgada em sentido formal e material, erga omnes. Mas a decisão judicial é espécie do gênero jurisdicional, que abrange toda decisão de controvérsia no âmbito judiciário ou administrativo.

Odete Medauar (1998, p. 180), defendendo a processualidade administrativa, apresenta elementos que julga comuns à idéia clássica de processo, quais sejam: a) sucessão encadeada de atos, na medida em que imprime a idéia “vir a ser”, numa progressão de atos e fases sucessivos em busca do alcance do resultado final, que expressa a manifestação concreta da vontade do Estado; e, b) participação de várias pessoas, quer sejam ou não representantes de órgãos da entidade que emitem o ato final e conclusivo, cujo ato resultante de sua cooperação é imputado ao ente estatal que o emite, pessoas estas interligadas por direitos, deveres, ônus, poderes, faculdades.

---

monopólio do processo pela jurisdição. O correto é aplicar esses conceitos a todas as funções do Estado, sem prejuízo de fixar diferenças existentes entre eles”.

Diante da divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica do *processo* administrativo, é que surge a controvérsia atinente à denominação daquele como *processo* ou *procedimento*.

Referida controvérsia não foi transposta pela edição de leis que regem a matéria. Não obstante o regramento federal que trata do processo administrativo no âmbito federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999) ter acolhido o termo *processo* em seu bojo, assim como o próprio legislador constituinte ter procedido da mesma forma ao redigir vários dispositivos da Carta Magna de 1988 (vide arts. 5º, LV; 5º, LXXII; 37, XXI; 41, §1º, II), há doutrinadores administrativistas defendendo que, tecnicamente, o correto seria a utilização do termo *procedimento*, por entender que o processo é instrumento típico da função jurisdicional, sendo, por conseguinte, instrumento da jurisdição (CARVALHO FILHO, 2003, p. 775).

Para Hely Lopes Meirelles (2003, p. 655-656), “*processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”.<sup>73</sup> Entende, ainda, o autor que todo processo necessita de um procedimento, embora haja procedimentos administrativos sem processo, citando como exemplo os procedimentos de concurso e de licitação.

Defende o administrativista que toda atuação realizada no âmbito interno da Administração Pública, na prática, recebe a denominação de processo, embora, por vezes, sequer haja litígio entre a Administração e o administrado. Em outras palavras, para Meirelles, os processos administrativos propriamente ditos são aqueles que albergam um litígio, ao passo que os processos administrativos impropriamente ditos são meros expedientes que tramitam em órgãos administrativos, sem que haja controvérsia entre os interessados. Diógenes Gasparini (2003, p. 799-800) manifesta-se no mesmo sentido:

Assim, tecnicamente pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia administrativa. De sorte que somente os processos administrativos que encerram um litígio entre a Administração Pública e o

<sup>73</sup> Segundo Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 425-426), o procedimento “é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades seqüenciais para chegar ao ato final. [...] para a emanção de ato administrativo sempre haverá procedimento. Embora, é verdade, haja atos em que essas formalidades são extremamente singelas”. Para a autora, “a referência, no art. 5º, inciso LV, a processo administrativo seria, apenas e tão-somente, às situações em que há controvérsias, em que há sanções, punições disciplinares – portanto, situações de acusações em geral ou litigância”.

administrado (recurso contra lançamento tributário) ou o seu servidor (aplicação de pena disciplinar) são merecedores dessa denominação.<sup>74</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 530), seguindo semelhante linha de raciocínio, aduz o seguinte:

não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...]. O procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos, equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 443), não é possível negar que “a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um *julgamento administrativo*, como ocorre no *processo tributário* ou nos *processos disciplinares dos servidores públicos*”. E continua: “cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é *processo*, sendo *procedimento* a modalidade ritual de cada processo”.

Não obstante a relevância da divergência semântica, por corresponder a um aspecto que não diz respeito ao foco central do presente trabalho, não se adentrará no mérito da divergência mencionada, urgindo salientar que será utilizado o termo *processo* para referir-se ao processo administrativo em sentido amplo nas páginas seguintes.

O que se há de ter em mente para o enfoque da presente explanação é que o processo administrativo tem por escopo a observância dos requisitos da legalidade do ato administrativo, a garantia de proteção dos direitos dos cidadãos e a legitimação do poder, sendo, em outras palavras, um instrumento do exercício do poder, de controle e, por derradeiro, de proteção dos direitos e garantias dos administrados, apresentando-se como imperativo do Estado Democrático de Direito no âmbito de atuação da Administração Pública, notadamente no que pertine às interferências daquela na vida privada.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> Embora assim entenda Diógenes Gasparini (2003, p. 800), ressalta que, na prática, todos os autos internos autuados pela Administração são considerados processos administrativos, concluindo que “processo administrativo, em sentido prático, é o conjunto de medidas jurídicas e materiais praticadas com certa ordem e cronologia, necessárias ao registro dos atos da Administração Pública, ao controle do comportamento dos administrados e de seus servidores, a compatibilizar, no exercício do poder de polícia, os interesses público e privado, a punir servidores e terceiros, a resolver controvérsias administrativas e a outorgar direito a terceiros”.

<sup>75</sup> Odete Medauar (2003, p. 183-184) apresenta como finalidades do processo administrativo as seguintes: função garantista dos administrados, considerando que a atividade administrativa deve canalizar-se obrigatoriamente por parâmetros determinados, como requisito mínimo para ser qualificada como legítima; melhor conteúdo das decisões; legitimação do poder; correto desempenho da função; e aplicação da justiça na Administração, não só na obediência aos conhecidos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, como também por

## 2.3 Princípios do processo administrativo

A doutrina administrativista não apresenta um único rol dos princípios norteadores do processo administrativo. Serão a seguir colacionados os princípios de maior relevância, mencionados quase que na totalidade dos livros de Direito Administrativo. A Administração Pública, ao longo do processo administrativo, não está adstrita aos princípios abaixo relacionados, devendo pautar-se de acordo com os princípios elencados no *caput* do art. 37, da CF de 1988, bem como em conformidade com outros previstos em legislação esparsa, atentando-se, notadamente, àqueles relacionados no bojo da Lei nº 9.784, de 1999, que rege o processo administrativo federal, quais sejam, o princípio da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, do interesse público, etc.

As condutas da Administração Pública, assim como o processo administrativo, devem basear-se pelo princípio da estrita legalidade, estabelecendo a legislação parâmetros objetivos a serem observados pela autoridade administrativa, evitando, assim, o cometimento de condutas arbitrárias, prejudiciais ao particular e à sociedade de um modo geral. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 658) denomina esse princípio de legalidade objetiva e determina que “o processo seja instaurado com base e para a preservação da lei”.

O princípio da legalidade é inerente ao Estado de Direito, erigindo-se a lei como instrumento de disciplina do exercício de direitos pelos indivíduos, bem como de defesa desses quando haja transgressão de direitos por outrem.

No âmbito das relações privadas, o princípio da legalidade representa garantia maior do direito de liberdade, na medida em que, conforme preconiza o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, que assim determine, ao passo que no âmbito das relações públicas, esse princípio figura como norteador de todo o atuar da Administração, cujo fazer ou deixar de fazer advém de determinação legal nesse sentido. Em outras palavras, a legalidade referente à Administração difere daquela aplicável aos administrados, considerando-se que a estes é permitido fazer tudo o que a lei não proíba, ao passo que aquela somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza.<sup>76</sup>

propiciar um sopesamento de interesses envolvidos numa determinada situação.

<sup>76</sup> “[...] enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral de liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido. Logo, a relação existente entre um indivíduo e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção” (MELLO, 1993, p. 12-13). Tratando do princípio da legalidade no processo administrativo fiscal, explana

A aplicação desse princípio, precisamente, no processo administrativo, servirá como instrumento de controle dos atos realizados ao longo de seu tramitar, verificando-se se estão em conformidade com os ditames legais aplicáveis ao caso concreto.

O princípio da oficialidade, previsto no art. 2º, parágrafo único, inciso XII, da Lei nº 9.784, de 1999, consiste no dever de que os processos administrativos sejam impulsionados pela Administração até seu termo final, independente da iniciativa das partes. Para Paulo de Barros Carvalho (1979, p. 283):

Do princípio da oficialidade se depreende a regra de que o impulso do procedimento deve caber à Administração, quer como desdobramento do próprio cânone da legalidade objetiva, seja como imperativo de que a atividade, primeiro que diga respeito ao interesse particular, envolve um interesse público e da Administração mesma, na medida em que por seu intermédio se controla a precisa e correta aplicação da lei.

Referido princípio traz consigo um dever imposto à Administração de atuar no processo administrativo sem maiores delongas, impulsionando o processo com adoção de todas as medidas necessárias à obtenção de uma adequada instrução. Além disso, esse princípio possibilita, em determinadas situações, a instauração de processo pela própria Administração, sem que seja necessária a provocação do administrado, almejando sempre a consecução de uma decisão final consubstanciada na vontade concreta do Estado. Segundo Odete Medauar (2003, p. 190):

esse princípio não elide a atuação dos sujeitos, garantida pelo contraditório e ampla defesa. Expressa, em especial, a responsabilidade da Administração pelo andamento regular e contínuo do processo, independentemente de provocação dos sujeitos para a realização de atos e providências, inclusive quanto à instrução no sentido de determinar a coleta de todos os elementos necessários ao esclarecimento de fatos pertinentes ao assunto tratado.

O princípio da publicidade, na visão de Carmem Lúcia Antunes Rocha (1997, p. 22), tem importância salutar, de modo a propiciar que o processo administrativo cumpra com o seu objetivo de garantidor de direitos. A Lei que regula o processo administrativo federal estabelece como regra a publicidade dos atos e etapas realizados, prevendo, excepcionalmente, a figura do sigilo. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 534), em virtude da atividade da Administração ser pública, os atos por ela realizados através de processos devem ser postos à disposição dos interessados, entendendo, inclusive, que este acesso é mais amplo que aquele conferido ao processo judicial, na medida em que qualquer Aurélio Seixas (1995, p. 9-10) que “O cumprimento da função atribuída por lei ao órgão fiscal é, conseqüentemente, um imperativo que não tem semelhança, ou guarda alguma compatibilidade com a faculdade ou o interesse de agir que os particulares possuem, em decorrência do livre arbítrio ou disponibilidade de que são titulares sobre os seus próprios direitos subjetivos”.

membro da coletividade é titular do direito envolvido num processo administrativo, “desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição”.

Trata-se de princípio garantidor do administrado eventualmente envolvido no processo, como também da própria coletividade que tem direito de acesso ao atuar transparente da Administração, evitando-se, assim, a prática de atos pessoais que porventura venham a beneficiar determinada(s) pessoa(s) em detrimento de outra(s).

O princípio da impessoalidade é apresentado na doutrina sob enfoques distintos. No entendimento de José Afonso da Silva (2007, p. 667), “princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 104), apresentando outro contexto para o aludido princípio, doutrina que a Administração deve tratar os administrados igualmente, sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. “Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas, não podem interferir na atuação administrativa, e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia”. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 89-90), por sua vez, equipara-o ao princípio da finalidade, devendo o administrador praticar determinado ato para o seu fim legal indicado na norma, de forma impessoal.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 95) apresenta uma trílice acepção do princípio da impessoalidade:

Na primeira, veda a Administração de distinguir interesses onde a lei não o fizer.  
 Na segunda, veda a Administração de perseguir interesses públicos secundários próprios, desvinculados dos interesses públicos primários definidos em lei. Neste caso, enfatiza-se a natureza jurídica ficta da personalização do Estado, que, por isso, jamais deve atuar em seu exclusivo benefício, mas sempre no da sociedade.  
 Na terceira acepção, veda, com ligeira diferença sobre a segunda, que a Administração dê precedência a quaisquer interesses outros, em detrimento dos finalísticos.  
 Como se pode observar, as três acepções confluem para definir a correta atuação do Estado, enquanto administrador, relativamente à sua indisponível finalidade objetiva, que é aquela expressa em lei, ou seja, totalmente despidido de qualquer inclinação, tendência ou preferência subjetiva, mesmo em benefício próprio [...].

Outra acepção pode ser acrescida à conclusão acima transcrita, para a qual chama-se a atenção, diante do foco do presente trabalho. No processo administrativo, em considerável parte dos casos, estar-se diante de situação em que o particular pleiteia algo junto à Administração ou figura na situação de acionado por aquela. Não obstante difira situações como esta do processo judicial (no qual há a figura dos litigantes em pólos opostos e equidistantes do juiz), deve imperar no processo administrativo o princípio da impessoalidade, por meio do qual a autoridade administrativa orienta a condução do processo (atos e decisões), abstraindo qualquer resquício de subjetivismos e particularismos, que possam vir a contaminar o desenrolar processual. É dessa última acepção que advém a figura do administrador imparcial, imparcialidade esta que, para alguns, diz respeito apenas à atividade jurisdicional, do que se discorda no presente trabalho.<sup>77</sup>

Uma mudança de concepção da figura do administrador julgador, pode-se assim denominar, faz-se necessária. Não obstante o julgador no processo administrativo em que há lide não esteja acima e equidistante das partes, como ocorre no processo judicial, não está o mesmo a defender o Estado como ocupante de um dos pólos processuais. Na verdade, deve-se pautar o julgador nos princípios balizadores da atividade administrativa, notadamente, no princípio da imparcialidade, averiguando o melhor direito a ser aplicado. Tanto isso é verdade que, num processo administrativo litigioso, há defensor do próprio Estado designado a atuar no caso, figura distinta de quem aprecia e decide a situação litigiosa, ou

---

<sup>77</sup> Egon Bockmann Moreira (2007, p. 56-57) sustenta que “o princípio da imparcialidade frente à Administração Pública tem dignidade e aplicação muito maiores do que usualmente descritas. Em circunstância alguma o agente administrativo pode ser parcial: quer no que diga respeito a interesses pessoais, quer em relação a *interesses secundários*. O único aspecto da *parcialidade* do servidor público decorre de sua investidura na função pública. Nada mais nem sequer pode ser cogitado. O agente é *parte* em sentido físico-material, não em relação ao conteúdo de suas decisões. Quando muito, a preocupação quanto a seu vínculo jurídico diz respeito ao regime de sua atividade laboral – jamais à tomada de posição (móvel, na dicção de Celso Antônio Bandeira de Mello) que conduz à prática dos atos administrativos. O servidor faz parte do órgão ou entidade administrativa, mas o exercício da função pública não lhe permite a *parcialidade* como fundamento de suas decisões. A imparcialidade decorre do primado constitucional do Estado Democrático de Direito e é dever de todos os agentes públicos, sob pena de vícios intransponíveis nos atos estatais (administrativos, legislativos e jurisdicionais). Em síntese: o agente administrativo pode ser *parte*, mas o exercício do poder-dever da Administração é imparcial”. Alberto Xavier (2002, p. 160), discorrendo a respeito do tema, precisamente quanto à sua aplicação ao processo administrativo tributário, afirma que, “No procedimento administrativo, a Administração financeira é, pois, uma parte imparcial. Não envolve isto qualquer contradição dos termos, pois que a imparcialidade se afere face a um interesse – o interesse formal do Estado – que, inobstante existir, se tornou irrelevante no processo. Imparcialidade significa assim o *desinteresse* que, por força da lide, a Administração fiscal, como sujeito do procedimento, tem de revelar quanto ao interesse formal do Estado. Sendo parte imparcial ou órgão de justiça, o Fisco não exprime um interesse em conflito ou contraposto ao do particular, contribuinte. E, sendo o fim do procedimento tributário um fim de aplicação objetiva da lei, ou seja, um fim de justiça, nele não se desenrola necessariamente um litígio, antes uma atividade disciplinada de colação para a descoberta da atividade material. Nem se diga que tal obstará à existência de partes, no pressuposto de que o direito só intervém aí onde existe um conflito, uma luta ou antagonismo de sujeitos e interesses, pois não só se repudia tal pressuposto, como ainda, segundo os ensinamentos da melhor doutrina, o conceito de parte é independente da existência de um conflito de interesses”.

seja, há que se separar as atividades inerentes à Administração-parte daquelas praticadas pela Administração-juiz.<sup>78</sup>

O princípio da verdade material ou verdade real é oriundo do princípio da oficialidade, consistindo em dever imputado à autoridade administrativa a não se limitar à busca da verdade formal, dado o caráter de indisponibilidade dos interesses públicos. Para Paulo Barros Carvalho (1979, p. 284):

Mais uma vez nos defrontamos com traço singular ao procedimento administrativo, em cotejo com o judicial. Neste último, prepondera a norma da verdade formal, havendo o juiz de ater-se às provas trazidas ao processo civil. No que atina à discussão que se opera perante os órgãos administrativos, há de sobrepor-se a verdade material, a autenticidade fática, mesmo em detrimento dos requisitos formais que as provas requeridas ou produzidas venham a revestir.<sup>79</sup>

Mencione-se, ainda, o princípio da motivação que, conforme referido no capítulo anterior, corresponde a corolário do princípio do devido processo legal. Embora a Constituição Federal não tenha preconizado expressamente a necessidade de motivação dos atos administrativos, como o fez com relação às decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, inciso X), dúvidas não há de que a motivação é inerente ao exercício de qualquer atividade pública, mormente quando se trata de atos decisórios praticados no âmbito de processos tramitantes na própria Administração.<sup>80</sup>

<sup>78</sup> Rubens Gomes de Sousa (1952, p. 445) menciona que a Administração ativa “tem por objeto a atuação concreta da vontade do Estado declarada abstratamente na lei; sua atividade é, portanto, essencialmente funcional, visando a aplicação da lei aos casos ocorrentes e a submissão destes ao regime legal positivo, que, através da atividade administrativa impulsionada pela hipótese concreta de fato, atuará e produzirá os resultados de ordem prática visados pelo legislador [...]. Em resumo, a atividade da Administração ativa não visa fazer justiça, nem declarar direitos, senão apenas efetivar coativamente a realização de uma função administrativamente regrada ou discricionária, respectivamente nos termos ou nos limites da lei. A Administração judicante, ao contrário, tem por objeto solucionar o direito, as controvérsias surgidas com os administrados, em consequência do funcionamento da Administração ativa [...]. Mas a diferença essencial entre a Administração ativa e a Administração judicante reside na diversidade conceitual do interesse que uma e outra objetivam realizar: para a Administração ativa, esse interesse é o interesse público, consubstanciado, em se tratando de matéria fiscal, na arrecadação de tributos; para a Administração judicante, o interesse objetivado é o interesse da ordem jurídica, consubstanciado, seja qual for a matéria em debate, na recomposição das situações em que essa ordem tenha sido lesada por um ato da Administração ativa que seja contrária ao direito”.

<sup>79</sup> “Após tais considerações, e recorrendo, novamente, à finalidade do processo administrativo e judicial, é fácil entender que o juiz pode – e deve – julgar segundo a prova trazida aos autos, sem investigar por iniciativa própria a verdade, unicamente porque a finalidade do processo judicial é trazer segurança jurídica às relações sociais ao decidir, terminativamente, determinado litígio. Assim, deve a decisão do magistrado ater-se ao objeto do litígio, bem como examinar, somente, as provas que as partes, no intuito de vencer o litígio, trazem aos autos. Já no processo, em que se busca não a segurança jurídica mas a observância ao controle da legalidade dos atos da administração, não pode o administrador se contentar com as provas trazidas aos autos, pois só se pode saber se um ato é legal conhecendo-se, em sua total extensão, todos os fatos relevantes relacionados a esse ato, ou seja, conhecendo-se a verdade” (TROIANELLI, 1999, p. 68).

<sup>80</sup> Lúcia Valle Figueiredo (1993, p. 211) enfatiza que, “Fazendo-se interpretação sistemática, não seria de se supor que os tribunais devessem motivar suas decisões administrativas e não fossem a isso obrigados os administradores, a quem cabe expressamente a função administrativa, portanto, de maneira típica”. Para Diogo



A motivação do ato corresponde a um instrumento da legalidade e legitimidade das decisões administrativas pelos seus respectivos destinatários, motivo pelo qual é imperiosa que seja externada. É nesse sentido que o aludido princípio foi insculpido na Lei nº 9.784, de 1999, que determina ser obrigatória a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (art. 2º, inciso VII).

Por fim, tem-se o princípio do devido processo legal em seu duplo enfoque, processual e substancial, aplicável ao processo administrativo<sup>81</sup>, conforme explanado no primeiro capítulo, para o qual se remete o leitor.

Embora haja posição doutrinária entendendo que o devido processo legal aplica-se somente à atividade jurisdicional, esse entendimento não merece guarida, sendo majoritário o posicionamento doutrinário em sentido contrário, sequer havendo divergência no âmbito jurisprudencial.<sup>82</sup> Segundo Agustín Gordillo (2003, p. IX-9):

El principio de la defensa en juicio, o debido proceso (razonabilidad, racionalidad, proporcionalidad, justicia natural, fairness, etc.), es un principio general del derecho, de carácter universal en los países que tienen Estado de Derecho. Es por lo tanto aplicable también, desde luego, en el procedimiento administrativo y con criterio amplio, no restrictivo.<sup>83</sup>

---

de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 62), “a existência de motivos, tanto os de fato como os de direito, deve estar acima de qualquer dúvida razoável. A presunção de veracidade, que acompanha a ação do Estado, é *juris tantum*, cedendo ante a evidência em contrário; mesmo que não seja alegada, se o juiz se convencer da inexistência de motivos deverá declará-la e anular o ato. Nenhum ato praticado com fundamento em motivo inexistente serve ao interesse público; a lei não atribui competência para instrumentar a mentira e o engodo”.

<sup>81</sup> “O devido processo legal se manifesta em todos os campos do direito em seu aspecto substancial. No direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade nada mais é do que manifestações da cláusula *substantive due process*. Os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, muito embora sob outra roupagem, ora denominando-o de garantia da legalidade e dos administrados, ora vendo nele o postulado da legalidade. Já se identificou a garantia dos cidadãos contra abusos do poder governamental, notadamente pelo exercício do poder de polícia, como sendo manifestação do devido processo legal” (NERY JÚNIOR, 2004, p. 66).

<sup>82</sup> Para Ives Gandra S. Martins (1999, p. 81), “O constituinte, todavia, quer além. Decidiu especificar de que forma tal direito de defesa deveria ser exercido e transformou em princípio constitucional também a explicitação. Declarou que o devido processo legal: 1) é direito de todos os litigantes; 2) é direito que deve ser exercido nos processos administrativos e judiciais; 3) que quem for alvo de acusação de qualquer natureza tem tal garantia; 4) que o contraditório é consequência deste direito; e mais do que isto; 5) que a ampla defesa, além de ‘singelo contraditório’, é a característica maior do litígio administrativo ou judicial; 6) que todos os recursos e meios inerentes a seu exercício são assegurados pela Constituição”. E tratando do processo administrativo fiscal, afirma o autor (1999, p. 84) que “a Constituição Federal assegura ao contribuinte o processo administrativo fiscal, com ampla defesa e contraditório garantidos, não podendo haver limitação a recursos e nem aos meios necessários para que tal ampla defesa se processe. Não há possibilidade, no direito brasileiro, de restrições ao processo administrativo ou à defesa do contribuinte, como instrumento de acerto da relação tributária”.

<sup>83</sup> Agustín Gordillo (2003, p. IX-8) denomina os princípios do devido processo legal, do contraditório e da imparcialidade como uns dos grandes princípios formadores do processo administrativo. Segundo o autor argentino, esses princípios “*son de carácter constitucional, de justicia natural y de derecho supranacional. Garantizan tanto: a) la defensa de los derechos civiles y humanos en general del individuo y de las asociaciones en el procedimiento singular, como b) la indispensable participación de la sociedad y la defensa de los derechos de incidencia colectiva en la previa elaboración y debate no solamente individual sino específicamente público, de normas generales y grandes proyectos que afectan a la colectividad, grandes contrataciones o concesiones, renegociaciones, etc.*”

Portanto, deve o processo administrativo pautar-se nos atos previstos em lei, seguindo o tramitar processual elencado em regras esparsas, estando o administrador público vinculado ao seu proceder. E para tanto, não é suficiente a mera previsão legal de um procedimento a ser seguido no processo administrativo, devendo ser efetivamente resguardados os direitos da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de cognição, corolários do devido processo legal, conforme mencionado em outra oportunidade.

O termo *processo* do princípio em análise, quando aplicado na esfera administrativa, concerne à necessidade de que todo ato estatal que venha a atacar a liberdade e bens dos administrados deve ser precedido de um processo, que resguarde aos interessados o direito de exercer as garantias processuais constitucionalmente asseguradas, urgindo ressaltar que, em situações excepcionais e de incontestável interesse público, previamente estabelecidas em lei, pode ser afastada a exigência de se dar oportunidade prévia ao particular eventualmente interessado ou prejudicado. Assim como os demais princípios, há que haver uma interpretação razoável do devido processo legal, sob pena de tornar inútil a providência administrativa.<sup>84</sup>

Além disso, as decisões tomadas ao longo do processo administrativo devem nortear-se pela razoabilidade, com a eleição de meios menos gravosos, pesando-se os benefícios à coletividade e as restrições impostas ao exercício de direitos individuais oriundas da atuação estatal. Desta feita, para que um ato administrativo seja válido, incluindo-se aí decisões em processos administrativos, além de ter que se pautar na legalidade e legitimidade, há que ter supedâneo numa razoabilidade interna capaz de justificá-las, de modo a garantir uma coerência entre os fins almejados e os efeitos que estes possam vir a causar aos administrados.

A Lei nº 9.784, de 1999, faz referência expressa à aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo, ao estabelecer a obrigação do Administrador Público de observar a “adequação entre os meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, parágrafo único, inciso VI).

Registre-se, ainda, a recente inovação constitucional, promovida por meio da Emenda nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII, ao art. 5º, preconizando que “a todos, no âmbito

---

<sup>84</sup> Nesse sentido, prevê o art. 45, da Lei nº 9.784, de 1999, a adoção de medidas acautelatórias, desde que praticadas em casos de risco iminente, hipótese em que se dispensa a prévia manifestação do interessado.

judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A garantia a um processo administrativo com duração razoável foi elevada ao patamar de um princípio jurídico constitucionalmente positivado, “colocando-se no estágio intermediário das normas que concretizam a efetividade dos processos administrativos e judiciais e que encontra sua fundamentação no direito a um processo administrativo justo” (PEREIRA, 2006, p. 1055).

Por fim, transcreve-se doutrina de Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 49), versando sobre o entrelaçamento dos princípios processuais e de direito administrativo:

Dessa maneira, percebe-se, ao final, que *se entrelaçam os princípios e garantias examinados*: do administrador exige-se que observe e que faça observar – inclusive na instrução – a garantia do contraditório, porque, dentre outros, essa garantia, como visto à saciedade, é fator de imparcialidade (ou de impessoalidade, pensando na Administração), bem como da validade e da eficácia da prova. Violando-se, na colheita da prova, o contraditório e outros postulados que integram a cláusula do devido processo legal, comprometem-se a isenção e a impessoalidade de quem preside a instrução e, conseqüentemente, de quem há de julgar com base em tais elementos assim viciados.

### 3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

Tratou-se até o presente momento do princípio do devido processo legal, tendo-se concluído pela sua aplicabilidade ao processo administrativo, gênero do qual o processo administrativo tributário é considerado espécie.

Cabe neste momento avançar para a análise do processo administrativo fiscal, suas características e especificidades, cujo estudo é indispensável à conclusão de que corresponde a instrumento essencial na busca de uma maior eficiência da Administração Tributária, aliada a uma maior efetividade na cobrança dos tributos federais.

#### **3.1 O sistema brasileiro de solução administrativa de controvérsia**

Os sistemas francês e norte-americano de solução de controvérsias administrativas são modelos que serviram de embasamento à adoção do modelo brasileiro.

Na França, impera o sistema de jurisdição dual, que se define pela autonomia entre a atividade jurisdicional prestada pelo Poder Judiciário e a instância administrativa, formando-se duas ordens distintas e paralelas, com competências também diferentes, embora, em certas situações, ambas as instâncias possam julgar-se competentes para dirimir determinadas querelas, situação conflituosa para a qual foram criados pela lei francesa tribunais especializados para solucioná-la.

Esse sistema de jurisdição dupla é também denominado de contencioso administrativo, por meio do qual cabe a tribunais especializados, independentes e autônomos, a decisão a respeito de determinadas questões administrativas que, em última instância, são resolvidas pelo Conselho de Estado, órgão supremo, de natureza jurisdicional, desvinculado do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

André de Laubadère (*apud* CASTRO, 1996, p. 56) explica a estrutura desse sistema francês:

A jurisdição administrativa está completamente separada da jurisdição comum. Estas duas jurisdições formam duas ordens distintas e paralelas, que têm cada uma seu pessoal e que estão compreendidas nas duas hierarquias diferentes que culminam no Conselho de Estado para a primeira e na Corte de Cassação para a segunda.

[...] O Conselho de Estado e Tribunais Administrativos têm dois traços característicos:

De um lado, estas jurisdições são independentes da administração; tem um pessoal próprio, um corpo de magistrados administrativos; este pessoal tem garantias de independência. Para os tribunais administrativos estas são aquisições recentes.

Mas, por outro lado, é surpreendente que estes organismos não estejam ilhados na jurisdição. Seguindo um sistema que lhe é comum, sendo ao mesmo tempo juízes administrativos e conselheiros administrativos; segundo este último título, estão associados à vida administrativa dando opiniões, o Conselho de Estado ao governo, e os tribunais administrativos aos prefeitos.

Esta dualidade de atribuições cria um contato entre nossas principais jurisdições administrativas e a mesma administração; a separação não é absolutamente completa e a jurisdição administrativa não se exclui totalmente da atividade administrativa.

Em primeiro lugar, o elemento primordial da autonomia de uma jurisdição é sua independência; o essencial é que o órgão jurisdicional seja distinto da administração (para que esta não se autojulgue) e possua suficientes garantias para não deixar-se influir por esta. Sobre este particular, nossa jurisdição administrativa é suficientemente independente.

[...] Em matéria jurisdicional as atribuições do Conselho de Estado são consideráveis; dentro da jurisdição administrativa o Conselho joga um papel de primeira importância e múltiplo.

Por outro lado o Conselho de Estado julga em primeira e única instância certas classes de litígios administrativos que mais adiante se indicarão.

[...] o Conselho de Estado constitui para todas as demais instâncias administrativas, o juiz de apelação (para os tribunais administrativos) ou o juiz de cassação (para todas as jurisdições administrativas para as quais a lei não tenha previsto um segundo grau de jurisdição).

[...] Os tribunais administrativos que atualmente constituem a jurisdição local da França são o produto da transformação dos antigos Conselhos de Prefeitura, que se realizou mediante o decreto de 30 de setembro de 1953 (que inclui a reforma do contencioso administrativo).

A competência contenciosa dos tribunais administrativos difere em três pontos do Conselho de Estado:

- a. Todos os atos dos tribunais administrativos são suscetíveis de apelação frente ao Conselho de Estado.
- b. É territorial, limitada ao distrito de cada tribunal.
- c. É uma competência de direito comum, enquanto a competência do Conselho de Estado é uma competência de atribuição; vale dizer, os tribunais administrativos são competentes para todos os processos administrativos que a lei não haja atribuído a outro tribunal.

Nos Estados Unidos, por sua vez, impera o sistema de jurisdição una, por meio do qual, embora haja a instância administrativa para solução de conflitos dessa natureza, as decisões proferidas por órgãos administrativos não têm caráter definitivo, podendo sempre ser reanalisadas pelo Poder Judiciário.

Pelo histórico esboçado no primeiro capítulo deste trabalho, deduz-se o motivo pelo qual o Direito norte-americano adota a dualidade de jurisdição. Ao Judiciário daquele País foi dado um status distinto daquele gozado pelo mesmo Poder na Inglaterra, onde o Parlamento era considerado pelo povo como responsável pela proteção da coletividade frente a imposições arbitrárias e descabidas do governo soberano. Nos Estados Unidos, por sua vez, verificou-se uma preponderância do Poder Judiciário sobre o Legislativo na função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas, facultando-lhe o direito de expurgar normas contrárias ao texto constitucional pátrio, advindo daí as bases do *judicial review*.<sup>85</sup>

Influenciado pelo Direito estaduniense, o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, o que se verifica do disposto no art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, cujo teor preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”. Nesse sistema, o processo administrativo passa a exercer uma função assessória, podendo o exercício da defesa de direitos perante órgãos administrativos ser facultativo ou obrigatório, resguardando-se, sempre, o direito de se questionar eventual decisão administrativa na instância judicial. Portanto, somente as decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário gozam de caráter definitivo, estando a conformidade dos atos administrativos com os ditames legais<sup>86</sup> sempre sujeita à apreciação judicial.<sup>87</sup>

<sup>85</sup> “A estrutura de jurisdição una do sistema norte-americano afirmou-se ainda mais, com a aposição conferida pela Constituição daquele país, qual seja, a de intérprete derradeiro da *Supreme Law*. Evidentemente, se cabe aos tribunais o controle de constitucionalidade das leis, e esta em última análise decorre da Constituição, claro está que todo e qualquer ato que venha a violar direito ou garantia individual assegurada pelo Texto Constitucional permitirá recurso ao Judiciário. É garantia básica do sistema norte-americano: *due process of law*” (CASTRO, 1995, p. 60).

<sup>86</sup> A Súmula nº 473 do STF, mencionada em outra oportunidade, estabelece que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Referido verbete demonstra a competência da Administração de controlar a legalidade de seus atos, não excluindo, por conseguinte, a possibilidade de controle dos mesmos, também, pelo Poder Judiciário.

<sup>87</sup> Segundo Fernando Netto Boiteux (2005, p. 33), o “nosso país não conta com um verdadeiro contencioso administrativo, composto por tribunais de jurisdição plena; o nosso processo administrativo fiscal se desenvolve em tribunais de anulação de atos administrativos”. No mesmo sentido, manifesta-se Sérgio A. Rocha (2007, p. 287), para quem corresponde a uma impropriedade falar-se “em uma lide no âmbito do processo administrativo em geral, e no processo administrativo fiscal em especial, sendo certo que este tem por finalidade não a solução de um conflito de interesses, mas sim a verificação quanto ao respeito ao postulado fundamental da legalidade. Somente se cogitará da existência de um litígio entre o sujeito passivo do dever tributário e o Estado quando, ao cabo do processo de revisão da legalidade do ato fiscal, pronuncia-se a Fazenda pela sua procedência”. Hely Lopes Meirelles (2003, p. 56) aduz que “com essa diversificação entre a *Justiça* e a *Administração* é inconciliável o *contencioso administrativo*, porque todos os interesses, quer do particular quer do Poder Público, se sujeitam a uma única jurisdição: a do Poder Judiciário. Isto não significa, evidentemente, que se negue à Administração o direito de decidir. Absolutamente, não. O que se lhe nega é a possibilidade de exercer funções materialmente judiciais, ou judiciais por natureza, e de emprestar às suas decisões força e definitividade próprias dos julgamentos judiciais (*res judicata*)”.

No sistema brasileiro vigente, não se exige o prévio esgotamento das vias administrativas como condição para que se possa acessar o Poder Judiciário. Vigora uma espécie de *princípio optativo*, por meio do qual o particular pode escolher entre a discussão do crédito tributário no âmbito administrativo ou judicialmente, opção que pode ser originária ou superveniente, em consequência de desistência da via escolhida, inicialmente. “Todavia, em caso de opção pela impugnação judicial, na pendência de uma impugnação administrativa, esta considera-se extinta *ipso iure*” (XAVIER, 2005, p. 27-28).<sup>88</sup>

Na ordem jurídica brasileira, possibilitou-se a estruturação de conselhos ou instâncias recursais de julgamento do processo administrativo fiscal da União, concretizando-se com a criação dos Conselhos de Contribuintes (CC) pelo Decreto nº 20.350, de 31 de agosto de 1931, com composição paritária, dividindo-se entre funcionários da Fazenda e representantes de contribuintes. Anteriormente, as atribuições desses Conselhos eram de julgamento de recursos interpostos ao Ministro da Fazenda contra atos ou decisões das autoridades fiscais no âmbito dos Estados e do Distrito Federal. Hoje, conforme se mencionará adiante, o julgamento de primeira instância é realizado pelas Delegacias Especializadas Regionais e, em segunda instância, pelos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, divididos em órgãos que atuam em matérias distintas.

A regulamentação do processo administrativo tributário atual encontra-se prevista no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, recepcionado pela CF de 1988 como lei ordinária, motivo pelo qual alterações em seus dispositivos não podem se dar por instrumento da mesma hierarquia formal, restando necessária a edição de lei nesse sentido.<sup>89</sup>

A seguir, serão analisados, brevemente, a estrutura e o trâmite do processo administrativo tributário, deixando-se claro que o objetivo da explanação que ora se segue é dar um panorama geral dos principais atos deste processo, não sendo dissecadas as discussões doutrinárias e jurisprudências a respeito de determinados dispositivos do Decreto

<sup>88</sup> “O que o direito brasileiro veda é o exercício cumulativo dos meios administrativos e jurisdicionais de impugnação: como a opção por uns ou por outros não é excludente, o processo administrativo pode ser *prévio* ou *posterior* ao processo judicial, mas não pode ser *simultâneo*, caso os objetos sejam idênticos” (XAVIER, 2005, p. 31). Infere-se esta conclusão através do disposto no art. 1º, §2º, do Decreto-lei nº 1.737, de 1979, do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 6.830, de 1980, do art. 62, do Decreto nº 70.235, de 1972, dentre outros dispositivos.

<sup>89</sup> “Os Institucionais nºs 5 e 12 legitimaram a edição do DL nº 822/69, que delegou ao Poder Executivo, em pleno regime militar, competência para reger o processo administrativo fiscal. Passou-se a discutir a posição hierárquica do Decreto nº 70.235, de 1972, dentro do ordenamento jurídico pátrio. Em síntese, os tribunais têm entendido que, na época, a delegação era constitucional, mas que as Constituições subsequentes não recepcionaram a possibilidade de delegação, reservando a matéria à lei ordinária” (PAULSEN, 2003, p. 11-12).

nº 70.235, de 1972, o que só caberia se o tema central do trabalho fosse o próprio processo administrativo fiscal, que não é o caso.

### **3.2 Considerações a respeito do Decreto nº 70.235, de 1972**

O processo administrativo fiscal é considerado como subespécie do processo administrativo<sup>90</sup>, motivo pelo qual lhe são aplicáveis os princípios deste último, na medida em que não existe no ordenamento jurídico pátrio norma, seja complementar, seja ordinária, elencando os princípios regentes do processo administrativo fiscal (TROIANELLI, 1999, p. 59).

O Decreto nº 70.235, de 1972, dá os contornos normativos do processo administrativo federal brasileiro. Trata-se de documento de época, explicitando a posição de controle da Administração fazendária, em relação à discussão referente ao lançamento tributário. Concebido em momento em que o livre acesso ao Judiciário era condicionado ao esgotamento das vias administrativas, o processo administrativo fiscal ajustava-se ao comando do art. 153, §4º, da Constituição de 1967, que dispunha que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido”.

Referido Decreto é documento normativo que remete historicamente ao período militar, e eventualmente ainda manifesta em sua redação, embora posteriormente modificada, excertos daquela conjuntura opressiva. A exclusividade da discussão administrativa, em âmbito tributário, resta prejudicada pelo comando do art. 5º, inciso XXV, da CF de 1988, que plasmou o livre acesso ao Judiciário, dado que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Conseqüentemente, conforme abordado alhures, não há necessidade de esgotamento do procedimento administrativo para ajuizamento de ação, com vistas a discussão e proteção de circunstâncias tributárias, referentes a lançamento de tributos. Porém, a escolha do Judiciário, enquanto espaço

---

<sup>90</sup> Para Ricardo Lobo Torres (2006, p. 338), “O processo administrativo tributário é regulado pelo Direito Administrativo, constituindo uma das possibilidades de autotutela da legalidade, ao lado do processo disciplinar, do processo financeiro, etc.”. Portanto, “é o conteúdo das matérias em discussão que permite a adjetivação do processo administrativo em *fiscal* (ou *tributário*) (PEREIRA, 2006, p. 1059).



discursivo fiscal, concomitantemente à discussão administrativa, enseja para o contribuinte a desistência dessa última.

O processo administrativo, como regulamentado pelo Decreto nº 70.235, de 1972, apresenta duas fases distintas: a primeira, relacionada ao procedimento de fiscalização pelas autoridades fazendárias, de natureza inquisitória, em que a participação do contribuinte cinge-se ao esclarecimento de fatos e documentos questionados pela autoridade fiscal, praticando-se atos de ofício tendentes a tornar líquida a obrigação tributária; e, a segunda, na qual o contribuinte, eventualmente irresignado com o resultado auferido pela fiscalização, questiona-o.

Trata-se o procedimento fiscal do conjunto de atos que conduz à constituição do crédito tributário, por meio do lançamento, ou à sua desconstituição, por intermédio de sua impugnação, ou ao seu acerto, mediante o mecanismo de consulta fiscal. Há momento que antecede a instância litigiosa, e que decorre de atividade administrativa plenamente vinculada, que pretende verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, e circunstâncias materiais decorrentes.

Assim como prevê o art. 7º do aludido Decreto, o ato de fiscalização inicia-se com: a) o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificando o sujeito passivo da obrigação tributária e seu preposto; b) a apreensão de mercadorias, documentos ou livros; ou c) o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.

Para se instaurar o procedimento fiscal com fulcro na alínea ‘a’, há que ser expedido um Mandado de Procedimento Fiscal pela autoridade competente, no qual, além de outros requisitos, deve conter o tributo objeto da fiscalização<sup>91</sup>, sob pena de nulidade do ato. Finaliza-se essa fase, após realizados os procedimentos de praxe previstos no regulamento, com a expedição de um auto de infração ou de uma notificação de lançamento.<sup>92</sup>

<sup>91</sup> A Portaria SRF nº 6.087, de 21 de novembro de 2005, em seu art. 7º, elenca os requisitos essenciais do mencionado Mandado de Procedimento Fiscal.

<sup>92</sup> Consoante determina o art. 9º, do Decreto, “a exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ato ilícito”. A distinção desses documentos está relacionada à forma como as autoridades fazendárias tiveram conhecimento da infração cometida. No caso do auto de infração, “a autoridade toma conhecimento acerca da infração ao cabo de procedimento de fiscalização realizado no contribuinte, no qual se verificam irregularidades em seus recolhimentos ou no adimplemento de deveres de natureza formal”, ao passo que “a notificação de lançamento é decorrente da verificação de uma infração cometida pelo contribuinte, isso no âmbito de verificação realizada pela autoridade a partir de informações que lhe foram fornecidas pelo próprio contribuinte” (ROCHA, 2007, p. 283-284).

Comunicado o contribuinte, são-lhe conferidas três opções. A primeira corresponde à quitação da obrigação tributária. A segunda concerne à inércia do sujeito passivo da relação tributária, podendo ensejar a inscrição do débito em dívida ativa pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a respectiva cobrança judicial, por meio do processo de execução fiscal. A última opção é a de resistência do contribuinte à pretensão do Fisco, por meio de uma peça processual denominada de impugnação.

É com a impugnação ao ato fiscalizatório, regulamentada nos art. 14 e seguintes do Decreto, que se inicia a fase contenciosa do processo administrativo tributário.<sup>93</sup> A impugnação advém da garantia constitucional prevista no art. 5º, inciso XXXIV, que confere aos indivíduos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como das garantias do contraditório e da ampla defesa, sendo, portanto, instrumento de proteção de direitos, por meio do qual o contribuinte demonstra a irrisignação com o ato administrativo aplicado e pede o seu reexame, estando aí presente a aplicação do princípio do devido processo legal.<sup>94</sup> A atividade administrativo-tributária realizada no âmbito do processo administrativo, portanto, tem seu limite nos direitos fundamentais do contribuinte, como estes ora mencionados.

---

<sup>93</sup> “Esse pedido que o impugnante elabora deve conter exposição da matéria de fato, apresentação das razões de direito, ser instruído com documentos comprobatórios das alegações e, ainda, protesto pela produção das demais provas – perícias, diligências, apresentando os motivos que as justificam. Havendo requerimento de perícia, o interessado deverá indicar seu perito e formular os quesitos que deseja vê respondidos. Se à petição faltarem requisitos legais, ou forem insuficientes documentos ou informações, pode a autoridade administrativa solicitar sua correção ou complementamento. Mas impugnação defeituosa ou contraditória torna-se inepta” (RIBAS, 2003, p. 127). Nesse sentido, é o entendimento dos Conselhos de Contribuintes: “Processo Administrativo Fiscal. A impugnação apresentada pelo sujeito passivo, entre outros requisitos, mencionará os motivos de fato e de direito em que se fundamenta (art. 16, Decreto nº 70.235/72), os quais serão julgados em Primeira Instância Administrativa (arts. 27 e 28, Decreto nº 70.235/72). Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, ao Conselho de Contribuintes competente (art. 33, mesmo Diploma legal). O sujeito passivo não pode inovar em relação aos motivos de fato e de direito constantes da defesa recursal, tendo em vista os princípios da legalidade e do duplo grau de jurisdição. Argumentos não apresentados quando da impugnação são preclusos. Recurso Negado” (Conselho de Contribuintes, 2ª Câmara, Recurso Voluntário 10930.004537/2003-52, Relatora Elizabeth Emílio de Moraes Chierregatto, julgado em 11 de novembro de 2005).

<sup>94</sup> “O princípio do contraditório objetiva que a decisão administrativo-tributária seja produto de um diálogo processual, previamente determinado pela norma. A alternância de postulações em que estas razões são comunicadas à parte contraposta resulta, naturalmente, em uma decisão democrática, no sentido de ampla oportunidade de manifestação dos envolvidos na relação processual. Portanto, a decisão final deve fluir da dialética processual, em que as razões produzidas são sopesadas ao se decidir. Já a ampla defesa, segundo prescrição constitucional, deve atender aos meios e recursos necessários e imprescindíveis a sua efetivação. Ou seja, não basta o respeito formal ao postulado, mas a lei deve propiciar que, no caso do processo administrativo tributário, sejam disponibilizados os meios efetivos de defesa ao contribuinte como: notificação formal da exação, prazo razoável para impugnação, produção de provas, possibilidade de reexame da decisão singular, entre outras ocorrências” (GRIESBACH, 2004, p. 52).

Essa irresignação formal do contribuinte dá ensejo à suspensão da exigibilidade do crédito tributário até ulterior decisão administrativa definitiva, que poderá confirmar, modificar ou anular o lançamento impugnado (art 151, inciso III, do CTN).

Inicia-se, a partir daí, a fase contraditória do processo administrativo que, *contrario sensu*, inexistiria, caso houvesse concordância do contribuinte com o ato do lançamento. O processo administrativo, neste momento já composto pela impugnação do contribuinte, é, após realizadas as diligências cabíveis previstas nos arts. 18 e seguintes, do Decreto, encaminhado à autoridade competente para manifestar-se a respeito, proferindo-se o julgamento singular ou de primeira instância.<sup>95</sup>

Esse julgamento compete às Delegacias da Receita Federal (art. 25, inciso I), órgãos colegiados compostos por agentes fazendários, a quem cabe, de forma imparcial<sup>96</sup>, analisar os autos e proferir decisão pautada na legalidade e nos demais princípios inerentes aos processos administrativos de um modo geral.<sup>97</sup>

Na decisão de primeira instância são apreciadas questões preliminares e de mérito, devendo a autoridade competente elaborar um relatório narrativo dos fatos, apresentar os fundamentos jurídicos, proferindo, em seguida, uma decisão motivada.<sup>98</sup>

<sup>95</sup> A produção de provas deve ser realizada no momento da impugnação. Não obstante tal determinação, por vigorar no processo administrativo fiscal o princípio da verdade material, confere-se a oportunidade de o particular apresentar provas ulteriormente, desde que haja motivos justificadores para tanto, conforme reza o art. 16, §§4º e 5º do Decreto.

<sup>96</sup> “A criação destas Delegacias especializadas no julgamento de processos fiscais, dentre outras importantes razões, teve como principal motivação a necessidade e conveniência de separar a competência das autoridades para o exercício das atividades concernentes à fiscalização e lançamento tributários e a de julgamento das questões litigiosas. Esta separação de poder/dever, com efeito, busca potencializar o cumprimento do princípio da imparcialidade que melhor atende aos interesses das partes no processo” (PAIVA, 1999, p. 135). O art. 19 da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, estabeleceu situações de impedimentos aos julgadores, fortalecendo o entendimento de que deve imperar a imparcialidade no julgamento administrativo, a saber: “Art. 19. Os julgadores estão impedidos de participar do julgamento de processos em que tenham: I – participado da ação fiscal; II – cônjuge ou parentes, consangüíneos ou afins, até o terceiro grau, inclusive, interessados no litígio”. Importante salientar, ainda, que “o julgamento de primeira instância compete exclusivamente às autoridades determinadas na lei, não podendo haver delegação de competência para julgamento de processos administrativos, assegurado o princípio constitucional do devido processo legal, onde o contribuinte terá a certeza que seu caso será decidido pela autoridade legalmente competente” (CAVALCANTE, 2005, p. 132).

<sup>97</sup> As Delegacias da Receita Federal de Julgamento são formadas por grupos colegiados que se ocupam de processos administrativos fiscais de determinação e de exigência de créditos tributários. As turmas são compostas por cinco membros, com presidente nomeado entre os julgadores; uma das turmas conta com presidente que é delegado na repartição. Os julgadores são recrutados entre Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional.

<sup>98</sup> “O processo administrativo de impugnação tem por fim a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários; nele, os particulares intervêm na produção das provas no exercício de um direito de audiência; é conduzido pela Administração Fiscal, que nele enverga as roupagens de órgão judicante; desenvolve-se segundo um princípio contraditório; e culmina com a prática de um ato estritamente vinculado, que traduz um juízo substantivo de aplicação da lei, em muitos pontos semelhantes à sentença de um tribunal. Por que, pois, recusar a este ato o conceito de decisão, que se lhe ajusta por inteiro?” (XAVIER, 2002, p. 302). Deve a autoridade fiscal

Discordando o contribuinte da decisão apresentada pela autoridade julgadora, total ou parcialmente, assegura-lhe o Decreto a oportunidade de interpor recurso à instância administrativa superior, fazendo-se cumprir mais um dos corolários do devido processo legal, qual seja, o princípio do duplo grau de cognição no processo administrativo.<sup>99</sup> Esse recurso, denominado de voluntário, é dirigido aos Conselhos de Contribuintes e interposto pelo sujeito passivo, no prazo de 30 dias<sup>100</sup>, contra decisão da Delegacia Regional de Julgamento (DRJ) que tenha declarado procedente, parcial ou totalmente, o lançamento formalizado por via de auto de infração ou notificação de lançamento.<sup>101</sup>

O Decreto exige como requisito prévio à interposição de recurso o arrolamento de bens e direitos no valor correspondente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão (art. 33, §2º)<sup>102</sup>, exigência esta inserida pela alteração ao dispositivo promovida por meio da Lei nº 10.522, de 19 de julho 2002, que exigia, inicialmente, o depósito prévio de 30% (trinta por cento) da exação fiscal questionada. Pode o contribuinte, portanto, realizar o arrolamento de bens ou o depósito prévio, alternativamente.

Há posicionamentos doutrinário e jurisprudencial manifestando-se pela inconstitucionalidade do artigo em análise, sob o argumento de que não se coaduna com o

---

julgadora enfrentar toda a matéria suscitada pelo impugnante, sob pena de nulidade da decisão de primeira instância, conforme entendimento dos Conselhos de Contribuintes: “Processo Administrativo Fiscal. Nulidade. Tema não enfrentado pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento. Impugnação deduzida pelo contribuinte. Toda a matéria suscitada em impugnação deve ser enfrentada pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, pois a omissão a respeito de quaisquer das matérias cogitadas em tal expediente enseja a nulidade da decisão exarada ao ensejo do exame da defesa do contribuinte. Toda a extensão da defesa do contribuinte merece exame e definição, por força da previsão do artigo 31, do Decreto nº 70.235/72. A nulidade da decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento implica em retorno do processo administrativo para tal órgão julgador, a fim de que novo provimento seja exarado com vistas a não ensejar supressão de instância. Inteligência do artigo 25, I e II, do Decreto nº 70.235/72. Recurso anulado, a partir da decisão de primeira instância, inclusive” (3ª Câmara, Recurso Voluntário 10830.005027/97-76, Relator César Piantavigna, julgado em 2 de dezembro de 2004).

<sup>99</sup> “No exercício de sua jurisdição a Administração aprecia e decide as pretensões dos administrados e de seus servidores, aplicando o Direito que entenda cabível, segundo interpretação de seus órgãos técnicos e jurídicos. Prática, assim, atividade jurisdicional típica, de caráter *parajudicial* quando provém de seus tribunais ou comissões de julgamento. Essas decisões geralmente escalonam-se em *instâncias*, subindo da inferior para a superior através do respectivo *recurso administrativo* previsto em lei ou regulamento” (MEIRELLES, 2003, p. 644).

<sup>100</sup> “Processo Administrativo Fiscal. Recurso Voluntário. Prazo para interposição. É de trinta dias o prazo para a interposição de recurso voluntário, contados a partir da data da ciência da decisão recorrida, *ex vi* do artigo 33 do Decreto nº 70.235/72; considerando-se feita a intimação, por via postal, na data do recebimento consignada no Aviso de Recebimento (art. 23, §2º, II, do Decreto nº 70.235/72. Recurso não conhecido” (CC, 2ª Câmara, Recurso Voluntário 10875.001989/99-00, julgado em 18 de maio de 2005).

<sup>101</sup> O recurso voluntário pode ser interposto, também, quando se esteja diante de indeferimento de solicitação nos casos de pedido de compensação, restituição ou ressarcimento de crédito tributário, ou de reconhecimento de direito à imunidade, à suspensão, à isenção e à redução de tributos e contribuições (nesta hipótese é proposto contra o não acolhimento, total ou parcial, da manifestação de inconformidade, conforme dispõe o art. 23, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes – Anexo I, da Portaria MF nº 147, de 25 de junho de 2007).

<sup>102</sup> O arrolamento de bens está regulamentado pelo Decreto nº 4.523, de 17 de dezembro 2002.

princípio do devido processo legal, notadamente no que tange ao seu corolário da ampla defesa.<sup>103</sup> O STF vinha decidindo pela constitucionalidade da exigência, dentre outros argumentos, por entender que não há garantia constitucional ao duplo grau administrativo de jurisdição.<sup>104</sup>

Segundo Lídia Maria Ribas (2003, p. 132-133):

[...] o Supremo Tribunal entende que ao exigir-se a prova do depósito prévio para a instrução do recurso, não resta ofendido o disposto no art. 5º, inciso LV, que assegura ao interessado o contraditório e a ampla defesa, pois se trata de pressuposto de admissibilidade e garantia recursal. O condicionamento do recurso administrativo ao prévio depósito é garantia contra a eventual insolvência, não se constituindo em limitação à solução da obrigação tributária. Ao mesmo tempo afasta manobras protelatórias, trazendo celeridade e qualidade à prestação judicante.

O que a Constituição assegura é o direito de petição junto aos Poderes Públicos, que não se confunde com o exercício recursal em instâncias administrativas, que, legalmente organizadas, devem assegurar ao interessado o contraditório e a ampla defesa. A revisão dos julgados administrativos pode estar disciplinada pela lei com valor de alçada, objeto da alçada e depósito prévio para os recursos administrativos, não padecendo de inconstitucionalidade.

O condicionamento a depósito prévio para o recurso constitui-se em requisito de admissibilidade e garantia recursal, e não em limitação. Depois, o contribuinte não está obrigado a esgotar a via administrativa, podendo socorrer-se do Poder Judiciário, cujo acesso é incondicionado. Se a parte prefere discutir o débito no âmbito administrativo, deve se submeter à condição legal imposta, que tem característica de condição de admissibilidade e garantia, sendo devolvido ao recorrente o valor depositado se julgado procedente o recurso.

<sup>103</sup> Para James Marins (2003, p. 284), “Relevante corrente jurisprudencial tem entendido [...] que a lei infracomplementar não pode modificar validamente o regime do CTN, que não autoriza a criação de requisito material (depósito) como requisito de admissibilidade de recurso ou reclamação administrativa enquanto causas suspensivas de exigibilidade do tributo”. No mesmo sentido, é o entendimento de alguns Tribunais pátrios: “Administrativo. Processo Administrativo. Débito em dívida ativa. Depósito prévio. Inconstitucionalidade. I - O contribuinte antes da inscrição do débito em dívida ativa pode discutir juridicamente a sua exigibilidade ou o seu valor independente de qualquer depósito, o que não é exigido pelo CTN. II - Inadmissível subordinar-se a interposição de recurso administrativo ao pagamento prévio da taxa ou multa. III - Recurso e remessa improvidos” (TRF 2ª Região, AMS 1999.02.01.038335-1, Relator Juiz Carreira Alvim, julgado pela 1ª Turma, em 22 de fevereiro de 2000, publicado no DJU, de 18 de setembro de 2000). “Constitucional e processual civil. Recurso administrativo. Exigência de depósito prévio. Inconstitucionalidade. I - A exigência de depósito prévio, como pressuposto de admissibilidade de qualquer recurso (administrativo ou judicial) afigura-se incompatível com as garantias constitucionais da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV) e da ampla defesa (CF, art. 5º, inciso LV) que possibilitam o livre acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea a). II - Orientação da Suprema Corte de Justiça sobre a matéria que, com a devida vênia, não se adota, na espécie. III - Apelação provida, para conceder a segurança impetrada” (TRF 1ª Região, AMS 2000.39.00.005282-7/PA, Relator Juiz Souza Prudente, julgado pela 6ª Turma, publicado no DJU, de 21 de maio de 2002, p. 498).

<sup>104</sup> “Recurso Extraordinário. Admissibilidade de Recurso Administrativo. Depósito de 30% do valor do débito. O Plenário desta Corte, ao julgar a ADIMC 1.922, de que fui relator, indeferiu o pedido de medida liminar contra o §2º do art. 33 do Decreto Federal 70.235/72, com a redação dada pelo art. 32 da Medida Provisória 1.863-53/99 (resultado de reedições sucessivas, e entre elas se acha a Medida Provisória 1.621-30/99) por entender ausente a plausibilidade jurídica da tese de ofensa aos incisos XXXIX, XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição. Saliente-se, ainda, nesse acórdão que isso ocorreria inclusive pela inexistência, na Carta Magna, da garantia ao duplo grau de jurisdição na via administrativa, sendo esse depósito requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não o pagamento de taxa para o exercício do direito de petição. Posteriormente, assim também foi decidido no RE 234.425 em caso análogo. Dessa orientação, divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, REExt 311.023/RJ, Relator Ministro Moreira Alves, julgado pela 1ª Turma, publicado no DJU, de 26 de dezembro de 2001, p. 63).

A respeito do arrolamento de bens, Sérgio A. Rocha (2007, p. 295), em dissertação sobre o Processo Administrativo Fiscal, defende que:

A previsão do arrolamento de bens se mostra completamente compatível com os princípios informadores do processo administrativo fiscal, ainda mais se levando em conta a parte final do §2º do art. 33, que limita o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ‘ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física’, de forma que, caso a empresa ou a pessoa física ainda não possua bens em valor equivalente a 30% do débito fiscal, ainda assim poderão apresentar recurso voluntário.

Recentemente, em 28 de março de 2007, o STF, no julgamento da ADI 1.976/DF, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, declarou a inconstitucionalidade do art. 32, da Medida Provisória nº 1.699-41, de 27 de outubro 1998, convertida na Lei nº 10.522, de 2002, que instituiu a exigência de arrolamento de bens em valor equivalente a 30% da exigência tributária. Tal decisão fundamentou-se na incompatibilidade da citada norma com o preceito da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF, de 1988), bem como com o direito de petição (art. 5º, XXXIV). Ficou assentado, ainda, que “a exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade”<sup>105</sup>.

Além do recurso voluntário, prevê ainda o Decreto o recurso de ofício dirigido aos Conselhos de Contribuintes e interposto pelas Delegacias Regionais de Julgamento contra decisões suas, total ou parcialmente favoráveis ao sujeito passivo, exonerando este de pagamento de débito superior a valor estabelecido pelo Ministro da Fazenda<sup>106</sup> ou deixando de aplicar pena de perda de mercadorias, quando cabível (art. 34).

O recurso, seja o de ofício, seja o voluntário, interposto pelo interessado, é apreciado e julgado pelos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão colegiado, de composição paritária, composto por membros representantes do Fisco e do contribuinte,<sup>107</sup> valendo salientar que cabem embargos de declaração à decisão proferida pelo Conselho que

<sup>105</sup> Dentre os fundamentos apresentados no voto do Ministro relator, destacam-se os seguintes: a) o direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental; b) os recursos administrativos decorrem do direito de petição e do contraditório, previstos no art. 5º, incisos XXXIV e LV, respectivamente; c) a exigência do depósito prévio ou arrolamento de bens vai de encontro ao princípio da proporcionalidade, não sendo adequado, necessário e razoável.

<sup>106</sup> Estabelece a Portaria MF nº 375, de 7 de dezembro de 2001, que esse valor é de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

<sup>107</sup> O art. 2º, §4º, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, dispõe que “Metade dos Conselheiros e dos Suplentes será constituída de representantes da Fazenda Nacional, ocupante de cargo de Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional, e metade de representantes dos Contribuintes, estes indicados por entidades de classe de suas carreiras econômicas de nível nacional, por solicitação do Presidente do respectivo Conselho”.

apresente obscuridade, contradição ou omissão, no prazo de 5 (cinco) dias, consoante dispõe o art. 57 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.<sup>108</sup>

Se a decisão do Conselho de Contribuintes não for unânime, podem os Procuradores Representantes da Fazenda Nacional, bem como o sujeito passivo, no prazo de 15 (quinze) dias, recorrer à Câmara Superior de Recursos Fiscais, cabendo-lhe apreciar recurso especial, em caso de “decisão que der à lei tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Câmara de Conselho de Contribuintes ou a própria Câmara Superior de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 147, de junho de 2007, art. 7º). Ao Pleno deste órgão compete o julgamento de recurso extraordinário de decisão de Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais que der à lei interpretação divergente da que lhe tenha dado outra Turma ou o próprio Pleno (art. 9º).<sup>109</sup>

A instância administrativa encerra-se com a decisão da Câmara Superior de Recursos.<sup>110</sup> Em caso de decisão desfavorável ao contribuinte, será o crédito inscrito em dívida ativa e promovida sua cobrança executiva judicial pelos órgãos da PGFN (art. 131, §3º, da CF, de 1988), caso o contribuinte não efetue o pagamento do respectivo valor na data aprezada para tanto. Definindo, juridicamente, a dívida ativa, Lídia Maria Ribas (2003, p. 140) afirma ser “o crédito da Fazenda Pública apto à cobrança executiva, mediante inscrição em registro próprio, com caráter de ato jurídico administrativo, no qual estão contidos elementos caracterizadores: a natureza do crédito, a sua exigibilidade e o

<sup>108</sup> Alberto Xavier (2005, p. 40) noticia que “Os Conselhos de Contribuintes, enquanto órgãos judicantes de composição paritária, foram previstos pela legislação do final dos anos vinte, inegavelmente inspirada pelas concepções corporativas então nascentes e que visavam a dar aos setores produtivos da economia assento nos órgãos do Estado, enquanto modalidade de representação institucional ou orgânica”.

<sup>109</sup> Além dos mencionados recursos, outros ainda são previstos, a saber: a) Agravo, dirigido aos CC (Presidente da Câmara recorrida) e interposto, no prazo de 5 (cinco) dias, pelo Procurador da Fazenda Nacional ou pelo sujeito passivo, contra despacho que negar seguimento a recurso especial (art. 17, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF – Anexo II, da Portaria MF nº 147, de 2007); b) Pedido de Retificação, dirigido às DRJ, aos CC ou à CSRF e proposto, conforme o caso, pela autoridade incumbida da execução do acórdão, pela autoridade julgadora de primeira instância, pelo Procurador da Fazenda Nacional, por Conselheiro ou pelo sujeito passivo, com o fim de sanear as inexactidões materiais devidas a lapso manifesto e os erros de escrita ou de cálculo existentes na decisão (§1º, do artigo 22 e artigo 27, da Portaria MF nº 58, de 17 de março de 2006, art. 58, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes – Anexo I, da Portaria MF nº 147, de 2007, e art. 42, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF – Anexo II, da Portaria MF nº 147, de 2007); c) Recurso Hierárquico, dirigido, no prazo de 10 dias, às autoridades hierarquicamente superiores àquelas que praticaram os atos contestados, nos casos em que contra tais atos não estejam previstos os recursos constantes do processo administrativo fiscal (arts. 56 a 65, da Lei nº 9.784, de 1999).

<sup>110</sup> “Com a criação da Câmara Superior de Recursos Fiscais, à qual foi atribuída competência para julgar o recurso especial de decisão do Conselho de Contribuintes, desapareceu a competência do Ministro da Fazenda para o julgamento de recursos em instância especial. Mesmo assim, há quem entenda que o Ministro da Fazenda continua com competência para anular decisões dos Conselhos de Contribuintes, fundada no princípio da hierarquia administrativa” (MACHADO, 2007, p. 475).

inadimplemento”, confirmando-se por meio da inscrição o ato administrativo do lançamento.

Irresignado o contribuinte com a decisão administrativa final, é-lhe assegurado, constitucionalmente, o imediato acesso ao Poder Judiciário, o que, aliás, pode ser feito antes mesmo de findado o processo administrativo fiscal, salientando-se que as decisões proferidas no âmbito administrativo não gozam de caráter definitivo, não fazendo coisa julgada, na medida em que vigora no Brasil, conforme mencionado, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estabelecido no art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988.

Ao contribuinte são conferidas, portanto, no mínimo, três oportunidades para discutir o crédito tributário. A primeira delas faz-se por meio do procedimento narrado acima, podendo recorrer a órgãos administrativos até, em determinadas situações, à instância especial. A segunda diz respeito à discussão judicial que se dá, dentre outros meios, através de ações anulatórias, de repetição de indébito, mandados de segurança, e a terceira, a qual será mencionada adiante, por meio de embargos à execução, na qual pode o contribuinte aventar todas as questões preliminares e meritórias que já tenham sido objeto de apreciação em sede administrativa.

Tais observações, embora objeto de maiores comentários nos próximos capítulos, fazem-se necessárias, almejando-se, de logo, demonstrar que essas múltiplas possibilidades de discussão do crédito pelo sujeito passivo da obrigação tributária findam por dificultar a eficiência da arrecadação tributária, na medida em que são utilizadas como meio de postergar o pagamento do montante devido ou até mesmo de sonegá-lo por completo, prejudicando-se com isso não só o Estado, mas a própria sociedade, efetiva credora do crédito tributário.

Essas considerações iniciais demonstram a necessidade de mudança no *modus* procedimental de recuperação do crédito fiscal, de maneira a tornar tal atividade mais eficiente e célere, respeitando-se, por outro lado, os direitos processuais assegurados ao contribuinte, fazendo-se expresse destaque ao princípio do devido processo legal e a seus corolários, sobre o qual versa o tema da presente dissertação.

### **3.3 A importância do processo administrativo como meio de solução de conflitos tributários**



Fez-se alusão, até o momento, ao processo administrativo fiscal, apresentando-se os seus passos principais, com o intuito de demonstrar a sua contribuição como meio solucionador de lides na seara do direito tributário. Serão elencados, a seguir, aspectos que corroboram essa conclusão e que demonstram a necessidade de se despender uma maior atenção à importância desse instrumento. Almeja-se, com isso, maturar a idéia de que, talvez, esteja no âmbito administrativo uma possível solução para tornar a cobrança da dívida ativa federal mais célere e eficaz.

Alterações na legislação tributária brasileira são corriqueiras, ocasionando o surgimento de controvérsias, para as quais a prestação jurisdicional tem deixado a desejar. Além da falta de conhecimento técnico tributário de determinados juízes, o Poder Judiciário pátrio encontra-se assoberbado de lides com objetos totalmente distintos, dificultando o trabalho dos magistrados. Por essas e outras razões, têm-se buscado meios alternativos de solução de conflitos, podendo-se aqui incluir o processo administrativo que, com base na decisão dos órgãos da Administração Tributária, tem por objetivo a pacificação social e fazer justiça tributária.<sup>111</sup> Segundo Lídia Maria Ribas (2007, p. 388), “O direito tributário ganha quando se criam mecanismos alternativos para solução de conflitos e o processo administrativo tributário é o mais importante desses mecanismos na relação Fisco-contribuinte, em perspectiva de cidadania democrática”.

A CF de 1988 conferiu ao processo administrativo o mesmo status de garantia fundamental dada ao processo judicial, estabelecendo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, inciso LV), motivo pelo qual não se pode ter uma visão reducionista do processo administrativo quando comparado ao judicial.

O legislador constituinte introduziu no texto constitucional a idéia de processualidade da atividade administrativo-tributária. “Desta maneira, ao associar processo administrativo tributário e Constituição, encerrou-se a idéia de que o primeiro é o meio pelo qual, na

---

<sup>111</sup> “A solução dos conflitos tributários, efetivada pela prestação jurisdicional, tem demonstrado morosidade que resulta em prejuízos para as partes envolvidas: quando o fisco vence, demora para receber seus créditos e quando vencido tem que arcar com o ônus da sucumbência; por sua vez, o contribuinte também arca com prejuízos das demandas prolongadas, entre outras tendo dificuldade para obter certidões negativas, com implicações na realização de negócios e quando vencido, arcando com o ônus da incidência de juros moratórios relativamente ao longo período que perdura o litígio” (RIBAS, 2007, p. 388).

atividade administrativo-tributária, concretizam-se normas e princípios constitucionais” (GRIESBACH, 2004, p. 50).

Da prática do exercício das diferentes funções estatais, não obstante configure na estrutura do Estado a clássica separação de Poderes, o que se verifica, na verdade, não é uma separação de Poderes com distinção absoluta de funções, e sim uma “distribuição das três funções estatais *precípua*s entre órgãos independentes, harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível” (MEIRELLES, 2003, p. 60).

O exercício da atividade judicante no âmbito administrativo, portanto, compreende atividade de caráter *parajudicial*, em que a Administração aprecia e decide as pretensões dos contribuintes, aplicando o direito cabível, de acordo com a interpretação de órgãos técnicos e jurídicos, sem que tal fato implique em transgressão ao princípio da unidade de jurisdição, considerando que cabe ao Judiciário decidir, terminativamente (RIBAS, 2007, p. 389). Para Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 84-85):

[...], no trato da teoria geral os próprios processualistas civis passaram a interessar-se pelo processo administrativo seriamente e hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo. O *poder* exercido pela Administração através dele é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie dictionis*, tendo-se verdadeiro processo estadual lá e cá: ‘se o processo é o modelo das atividades jurisdicionais, estas não lhe detêm a exclusividade’. E o sistema processual administrativo, no Estado de Direito, regido por garantias e grandes princípios constitucionalmente isolados, inclui a limitação do exercício do poder, definidos os seus limites numa ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula do *due process of law*.

Trata-se o processo administrativo, portanto, de um importante meio de salvaguardar direitos, fazendo-se imperiosa uma maior atenção a este instituto, a fim de lhe conferir credibilidade como instrumento de solução de conflitos. O que se percebe é que a sociedade, de um modo geral, parece não acreditar na eficácia do processo administrativo, o que a faz recorrer, na maioria esmagadora das vezes, ao Poder Judiciário que, por diversas razões, inclusive de ordem estrutural, não tem promovido uma prestação jurisdicional célere e eficaz, que poderia vir a ser alcançada no âmbito administrativo.

O particular tem receio da via administrativa como solução de querelas, provavelmente por não confiar na lisura dos agentes julgadores ou até mesmo por acreditar que, por serem agentes do próprio Poder Executivo, não gozam do atributo da imparcialidade, receio que impera, notadamente, nas lides tributárias. O particular

desacredita na segurança jurídica e na justiça que pode e deve ser praticada no âmbito do processo administrativo, como se só a atividade jurisdicional gozasse desses atributos.

Essa visão há que ser superada diante das constantes transformações sociais que findam por ensejar o surgimento de diversas obrigações e direitos, aumentando e diversificando os conflitos sociais. A desconfiança social não é infundada, afinal o cidadão brasileiro foi e tem sido alvo de condutas públicas e políticas, no mínimo, imorais, que ensejam a inevitável descridibilidade no atuar da Administração Pública. Todavia, atos imorais não são cometidos apenas pelos agentes administrativos, tendo sido comuns escândalos desta natureza no seio do Judiciário e, sobretudo, no Poder Legislativo. É necessário que se olhe para a Administração Pública, quando do exercício de sua atividade judicante, não como um adversário, e sim como um representante da sociedade que aplicará os ditames legais ao caso concreto e que não tem por escopo prejudicar o particular. Ao contrário, o dever de realizar o interesse público, sempre em conformidade com o disposto na lei, reforça o dever da Administração de ser imparcial e de resguardar as garantias do particular contribuinte.<sup>112</sup>

E mais, a ênfase no processo administrativo como meio de proteção de direitos e de solução de lides não implica na inafastabilidade de apreciação da querela pelo Poder Judiciário, cabendo-lhe, sempre, declarar o direito aplicável ao caso concreto de modo definitivo e imutável.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Segundo Alberto Xavier (2005, p. 44), “[...] no exercício de sua atividade de lançamento, o Fisco é um órgão de justiça, inobstante ser parte na relação jurídica tributária, cuja função consiste na aplicação objetiva da lei. E ainda que o Fisco é uma *parte imparcial*, pois – apesar de ser parte em sentido substancial de relação jurídica tributária – no procedimento administrativo de lançamento o ‘interesse formal’ do Estado é irrelevante, devendo sempre prevalecer o ‘interesse formal’ de justiça, ou seja, de aplicação objetiva da lei”. Para Lídia Maria Ribas (2007, p. 416), “A *função judicante*, no processo administrativo tributário, embora tenha em comum com a *função ativa a imparcialidade material* (atuação com aplicação objetiva e vinculação à lei), diferencia-se dela pela adversidade conceitual do interesse que objetivam realizar. À *Administração ativa* cabe zelar pelo *interesse fazendário*, consubstanciado na arrecadação de tributos, enquanto à *Administração judicante* cabe perseguir o *interesse da ordem jurídica*.”

<sup>113</sup> Embora não se refira ao tema do presente trabalho, à guisa de ilustração, urge transcrever as palavras de Lídia Maria Ribas (2007, p. 22), nas quais defende a mudança da legislação processual tributária, de modo a conferir o aproveitamento de atos praticados no âmbito do processo administrativo em processo judicial ulterior. Segundo a autora, “A bem da celeridade, redução de custos e para afastar a duplicidade de certas atividades processuais, convém que a legislação crie liames entre os dois processos - administrativo e judicial -, no âmbito fiscal. Um tal esquema, tornando mais íntima a relação entre os dois processos, seja no que respeita à predeterminação do recorrente, seja ao objeto do processo, seja à sua sucessão obrigatória, afigura-se como o mais adequado. Tal liame pode ser criado por lei sem afrontar a unidade de jurisdição e ainda oferecer melhores condições para apreciação na via judicial, pela maior amplitude da análise sobre as ponderações e razões que nortearam as decisões administrativas, implicando uma melhor e ágil condução do processo judicial logo a partir da petição. Um novo regime de interposição junto ao Poder Judiciário, traduzido em um mecanismo que exaura previamente as vias administrativas e com aproveitamento dos autos fornecidos pela Administração, não é incompatível com os direitos fundamentais e confere maiores garantias de defesa aos administrados. [...] Assim, ressalta clara a necessidade de codificação processual tributária no Brasil, capaz de unificar as normas do processo

O que se faz cogente é a efetiva utilização de processo administrativo, acreditando-se na eficácia desse instrumento, e não vê-lo, apenas, como um meio de tentar procrastinar o cumprimento de determinada obrigação, que, lamentavelmente, é o que tem ocorrido, mormente quando a lide gira em torno de um crédito tributário. O status de função judicante conferido ao processo administrativo por meio do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não foi desprezioso, visto que referida valorização lhe confere a qualificação de um meio de acesso à ordem jurídica justa.

---

administrativo tributário e do processo judicial, não somente em benefício dos interessados e para o perfeito esclarecimento da verdade, mas ainda por uma razão econômica.”

## 4 A DÍVIDA ATIVA FEDERAL

No capítulo anterior, buscou-se apresentar um breve panorama sobre o processo administrativo fiscal, enfatizando-se as oportunidades conferidas ao contribuinte para discutir a exação fiscal.

Neste momento, analisar-se-á o ato de inscrição da dívida ativa, apresentando-se, em seguida, dados atuais da dívida ativa federal, regularmente inscrita pela PGFN, abordando-se, por conseguinte, aspectos atinentes ao modelo atual da execução judicial do crédito tributário federal.

### 4.1 A inscrição da dívida ativa da União

Os créditos tributários constituídos por meio do lançamento e não pagos administrativamente pelo contribuinte são encaminhados à PGFN, para que se proceda à sua inscrição em dívida ativa, definida no Código Tributário Nacional (CTN) como a dívida proveniente de crédito de natureza tributária, “regularmente inscrita na repartição competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular” (art. 201), a qual goza de presunção de certeza e liquidez, tendo efeito de prova pré-constituída (art. 204).<sup>114</sup>

Uma vez inscrito o crédito em dívida, poder-se-á extrair a respectiva certidão de inscrição, que constitui título executivo a instruir a petição inicial da execução fiscal.

A maioria dos débitos tributários destinados à inscrição é encaminhada pela Secretaria da Receita Federal, por meio eletrônico, sendo a inscrição também realizada eletronicamente pela PGFN.

---

<sup>114</sup> “A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez. A certidão de inscrição respectiva tem efeito de prova preconstituída. Essa presunção, todavia, é relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a quem aproveite. A isto equivale dizer que a dívida ativa regularmente inscrita é líquida e certa até prova em contrário. Líquida, quanto ao seu montante; certa, quanto a sua legalidade. O executado, se alegar que não deve, ou deve menos, terá o ônus de provar o alegado” (CAMPOS, 2007, p. 25).

Inscrito o débito e extraída a certidão dessa inscrição, ajuíza a PGFN a respectiva ação de execução fiscal, devidamente regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (LEF), lei especial e posterior, que se sobrepôs aos ditames previstos no Código de Processo Civil (CPC), aplicando-se este último de forma subsidiária, conforme determina o art. 1º da LEF.

De acordo com a exposição de motivos nº 223 da aludida lei especial, encaminhada ao então Presidente da República, em 20 de junho de 1980, sua edição deu-se com o intuito de conferir maior celeridade ao processamento da cobrança judicial dos créditos fiscais, assegurando-se, por outro lado, o direito de defesa do sujeito passivo da relação tributária. Restou consignado que o anteprojeto daquela lei, “a par de não revogar as linhas gerais e a filosofia do Código, disciplina a matéria no essencial, para assegurar não só os privilégios e garantias da Fazenda Pública em Juízo, como também a agilização e racionalização da cobrança da Dívida Ativa”. E concluindo:

o anteprojeto, por outro lado, insere-se no Programa Nacional de Desburocratização, a que se refere o Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, uma vez que simplifica o processo de despachos interlocutórios do Juiz, liberando-o de trabalhos meramente burocráticos em favor da atividade especificamente judicante, utiliza os modernos serviços dos Correios para a citação dos executados, cria condições para a melhor utilização do processamento de dados na execução fiscal, descongela as vias judiciais, as duas instâncias, e adota outras medidas, tudo em consonância com os princípios constitucionais que regem os direitos e garantias individuais e as funções do Poder Judiciário.

A experiência forense ao longo da vigência da LEF, todavia, não se coaduna com a idéia contida no trecho transcrito, o que se pode observar por meio dos dados estatísticos ilustrativos a seguir mencionados.

Walter Nunes, Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), em entrevista à revista eletrônica Consultor Jurídico (2006, p. 1), afirma que o processo de judicialização que avança no Brasil é consequência da falta de hábito de se negociar, bem como da ausência de instâncias extrajudiciais próprias, diagnosticando que uma demanda de Justiça tão alta, como é o caso deste País, denuncia que a nação está em crise. Enfatiza, ainda, que, lamentavelmente, a justiça brasileira, por vezes, tem sido utilizada para “rolar a dívida, para protelar as decisões”.

O mesmo juiz, em palestra proferida no Seminário Internacional sobre a proposta da Lei Geral de Transação Tributária, realizada pela Escola de Administração Fazendária (ESAF), em 12 e 13 de junho de 2007, na cidade de Brasília, fez alusão à reforma

constitucional promovida por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a qual assegurou ao litigante, judicial ou administrativo, razoável duração do processo e os meios que garantam celeridade de sua tramitação, afirmando, em seguida, que o Poder Judiciário é, hoje, pequeno para atender à crescente demanda que lhe é encaminhada para deliberação e que o cumprimento do amplo acesso à justiça exige que a prestação jurisdicional seja efetiva e célere.<sup>115</sup>

Em números estatísticos, informou o Presidente da AJUFE que, no Brasil, a litigiosidade chega a pouco mais de 40 milhões de processos, dos quais mais de 10,7 milhões tramitam na Justiça Federal, conforme dados apresentados pelo Conselho de Justiça Federal. Desse quantitativo, ainda estão em primeira instância 9,3 milhões de processos, correspondendo a 9.551 processos por Juiz.

Outro dado importante apresentado pelo Magistrado concerne ao fato de que o maior litigante, seja na qualidade de demandante, seja como demandado, é o próprio Estado, entendendo que devem ser implementados mecanismos de diminuição de litigiosidade, também por este ente, sugerindo, inclusive, a adoção de técnicas de resolução de conflitos e a introdução de sistema preventivo. Entende que a melhor forma de solucionar e evitar conflitos é a consensual, por ser capaz de viabilizar a pacificação social, que nem mesmo a melhor sentença é capaz de fazê-lo.

Luis Inácio Lucena Adams, na qualidade de Procurador-Geral da Fazenda Nacional, também em palestra proferida no Seminário Internacional mencionado acima, divulgou que, àquela data, a dívida acumulada dos créditos federais inscritos no âmbito da PGFN girava em torno de R\$ 400 bilhões de reais, correspondendo este montante a 7,7 milhões de inscrições realizadas pela Instituição. Desta quantidade, 3,3 milhões de inscrições instruíram ações executivas, não sendo ajuizadas as demais, em virtude de representarem dívidas inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em tais valores não se encontra inserida a cifra de R\$ 200 bilhões de reais referentes a débitos do INSS, bem como o montante ainda em litígio administrativo, correspondendo o total ao valor aproximado de R\$ 900 bilhões de reais.

---

<sup>115</sup> Segundo Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci (1993, p. 100), “É bem de ver que o fator tempo constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera *ex radice*, o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça [...]”

Informou, ainda, que as inscrições novas na dívida ativa da União têm correspondido, em média, a 15% (quinze por cento) do fluxo da arrecadação tributária de cada ano fiscal, salientando que tal proporção não reflete a litigiosidade total, na medida em que não são consideradas as impugnações administrativas e as exceções de pré-executividade.

Foi alegado pelo Procurador-Geral que o modelo atual de cobrança do crédito tributário é ineficiente. Enfatizou, também, que menos de 20% (vinte por cento) dos novos processos de execução fiscal distribuídos em cada ano têm a correspondente conclusão nos processos judiciais em curso, o que produz um crescimento geométrico do estoque de ações no Poder Judiciário.

Fazendo referência a relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2005, a PGFN, por meio do Ofício nº 24/PGFN-PG, de 14 de março de 2007, encaminhado ao Ministro de Estado da Fazenda, informou que “a taxa média de encerramento de controvérsias em relação a novas execuções fiscais ajuizadas é inferior a 50% e aponta um crescimento de 15% do estoque de ações em tramitação na instância da Justiça Federal. O valor final aponta para uma taxa de congestionamento médio de 80% nos julgamentos em 1ª instância”.

Referido ofício elenca dados objetivos a respeito do tempo médio de litígio entre o Fisco e o contribuinte ao discutir a cobrança de determinado crédito tributário. Segundo o documento, estima-se que a fase administrativa perdura cerca de quatro anos, ao passo que a execução fiscal judicial tem duração média de sete anos, devendo-se somar os cinco anos de duração do processo de embargos à execução, sem considerar as conhecidas exceções de pré-executividade e a eventual impetração de mandados de segurança.

Na conclusão do ofício, restou apontado que é de 16 (dezesesseis) anos o tempo estimado de litigiosidade a respeito da cobrança do crédito tributário, enfatizando-se que, findado esse tempo, dificilmente serão encontrados bens do devedor a penhorar, podendo este, inclusive, ter encerrado suas atividades, caso seja uma pessoa jurídica, alegando-se, por fim, a ineficiência da cobrança do crédito tributário no modelo atual.

O Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ), em janeiro de 2006 (2006, p. 5), realizou uma análise dos custos e benefícios da utilização do Poder Judiciário, especificamente no que concerne à execução fiscal no Brasil, apresentando relatório cujo trecho corrobora os dados acima mencionados:



Mais de uma vez, os depoimentos colhidos sinalizaram no sentido da *desjudicialização* da cobrança da dívida ativa. Por *desjudicialização* da cobrança da dívida ativa entenda-se desviar a cobrança forçada de seu eixo atual, centrado no Poder Judiciário, movimentando-a para a esfera administrativa, dotando esta última de *definitividade*, em caso de a parte executada não apresentar resistência. Parcela significativa dos membros do Poder Judiciário foi enfática em afirmar que o grande número de execuções que não chega a ser ultimado por motivos variados (notadamente em virtude de não localização dos executados, de bens passíveis de penhora ou, ainda, de interessados nos bens penhorados levados à hasta pública) mobiliza inutilmente pessoas e recursos desse poder, que poderiam ser canalizados para outras atividades na prestação jurisdicional. Esta visão também foi compartilhada pelas procuradorias consultadas, chegando a se dizer que processo judicial para a cobrança forçada da dívida, tal como se encontra hoje, é inviável.

Os dados então mencionados demonstram que o que se perseguia com a edição da LEF parece não ter sido alcançado, corroborando a necessidade de se buscar meios alternativos para a saturada cobrança judicial de créditos tributários, a começar pela retirada de determinados atos executórios do Poder Judiciário, conferindo à própria Administração competência para executá-los, resguardando-se, obviamente, os direitos fundamentais dos contribuintes, mormente, repita-se, o devido processo legal. A abordagem dessa questão será feita oportunamente.

#### **4.2 Considerações acerca da cobrança judicial do crédito tributário federal (Lei nº 6.830, de 1980)**

A cobrança judicial do crédito tributário, até o advento do CPC de 1973, era regulada pelo Decreto-lei nº 960, de 17 de fevereiro de 1938. A Lei nº 6.830, de 1980, que teve origem no Projeto nº 87, de 1980, surgiu da necessidade de um diploma legal tratando especificamente da execução de quantia certa por parte da Fazenda Pública.

A adoção de um regime executivo próprio de crédito fazendário, distinto da execução entre particulares, já existia no ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo, ocorrendo durante os anos de vigência do Decreto-lei nº 960, de 17 de dezembro 1938, que antecedeu o CPC de 1939. Referido Decreto-lei unificou o executivo fiscal para todos os entes e disciplinou os créditos que poderiam por eles ser cobrados.

A Lei Adjetiva Civil de 1973 trouxe alterações à matéria, revogando, inclusive, o Decreto-lei nº 960, de 1980. Dentre outros propósitos inovadores, promoveu a unificação da execução por quantia certa, incluindo em seu bojo a execução fiscal que passou a se submeter ao mesmo regime previsto para a execução de créditos entre particulares.<sup>116</sup>

<sup>116</sup> “Quando, pois, o Código de 1973 unificou a execução forçada, eliminando, de uma só vez, a ação executiva e a execução fiscal, prestou relevante colaboração à obra de modernização do Direito Processual Civil brasileiro.

A unificação dos regramentos, no entanto, durou apenas até o advento da Lei nº 6.830, de 1980, que retirou o executivo fiscal do âmbito do CPC de 1973, conferindo-lhe o regime de ação regulada por lei extravagante. Embora denominada de execução fiscal, não se presta somente à cobrança de direitos fiscais, servindo, também, para a restauração de direitos de natureza não fiscal, devendo a expressão execução fiscal ser compreendida no sentido de processo de execução judicial para a cobrança de créditos, de natureza tributária ou não, inscritos como dívida ativa da Fazenda Pública (SILVA, 2001, p. 152-153).<sup>117</sup>

O processo de execução fiscal no Brasil é regulado pela Lei nº 6.830, de 1980, subsidiariamente pelo CPC e vinculado aos princípios e regras que protegem o contribuinte, insculpidos na CF de 1988. O surgimento da nova ordem constitucional influenciou a interpretação dada aos dispositivos da LEF, privilegiando-se os novos valores alcançados com a implantação do Estado Democrático de Direito. Registre-se, por questões de ordem didática, que não se pretende aqui fazer uma abordagem dogmática dos dispositivos da denominada Lei de Execuções Fiscais, porquanto se almeja apenas aventar considerações pontuais e relevantes, discutidas doutrinária e jurisprudencialmente, atinentes à constitucionalidade de determinados aspectos.

A execução fiscal, assim como a execução forçada comum, consagra o princípio de que o título exequendo há que ser líquido, certo e exigível, considerando que não se admite em sede de ação executória discussões e definições de situações jurídicas controvertidas ou incertas. Dessa forma, goza a dívida ativa regularmente inscrita de presunção relativa de liquidez e certeza (art. 3º).

A apuração dessa liquidez e certeza do título, pré-requisito ao ajuizamento da ação executória, deve ser realizada pela Fazenda Pública mediante o procedimento de inscrição, “para determinar, de maneira válida, a existência do crédito tributário, a quantia dele e a responsabilidade principal e subsidiária por seu resgate. Em outros termos, há de se apurar antes da execução a existência da dívida, o que se deve e quem deve” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 919). Feito isso, extrai-se a respectiva Certidão de Dívida Ativa, que é o título executivo fiscal materializado, estando a Fazenda credora apta a promover a ação de execução judicialmente.

---

As deficiências que eram comuns às duas ações especiais foram superadas, de uma só vez. Unificaram-se, na mesma disciplina processual, a execução de sentença, a execução dos títulos executivos extrajudiciais comuns e a execução de título executivo da Fazenda Pública” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 920).

<sup>117</sup> Para o presente trabalho, interessa, apenas, o crédito fiscal de natureza tributária federal.

A LEF foi elaborada num contexto em que a participação popular era quase inexistente e os direitos e garantias individuais limitados, motivo pelo qual defendem alguns doutrinadores que o referido diploma legal mostra-se, por vezes, autoritário e tendencioso (REGO, 2006, p. 49).<sup>118</sup>

Nesse contexto, alguns dispositivos da LEF passaram a sofrer rechaça pela doutrina e pela jurisprudência, por denotarem a idéia de super privilégio à Fazenda Pública, como, por exemplo, a suspensão da prescrição da dívida de natureza tributária (art. 2, §3º); a extinção sem ônus para a exeqüente no caso de cancelamento do título (art. 26); e, a suspensão da prescrição do crédito enquanto não encontrados o devedor ou seus bens (art. 40).

Dispõe o art. 2º, §3º, da LEF que “A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 (cento e oitenta) dias ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo”. Essa regra tem sido recusada pela doutrina<sup>119</sup> e pela jurisprudência<sup>120</sup>, por envolver matéria cuja disciplina deve se dar por meio de Lei Complementar (art. 174, do CTN), em que a hipótese não foi prevista.

<sup>118</sup> Para Araken de Assis (2002, p. 904), “Anima o Estado brasileiro, às vezes, certo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado ao crédito da Fazenda Pública e, de outro, ao crédito contra a Fazenda. Investiu-se o Estado, na primeira hipótese, de procedimento especial dotado de inúmeras simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito, princípio comum a toda execução (*retro*, 10.4), se mesclam a privilégios descabidos”.

<sup>119</sup> “A regra vale apenas para as dívidas em geral, não, porém, para as de natureza tributária. Para estas prevalece a regulamentação do CTN, que é lei de natureza complementar e não pode ser alterada por lei ordinária. Os casos de suspensão, para os créditos tributários, são apenas os previstos no CTN, dentre os quais não figura hipótese como a do art. 2º, §3º, da Lei n. 6.830/80” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 33).

<sup>120</sup> “Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Prescrição suspensão. Art. 2º, §3º, da Lei nº 6.830/80. Prazo de 180 dias. Não-aplicação. Supremacia do art. 174 do CTN. 1. O art 2º, §3º, da Lei nº 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação deve sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Precedentes. 2. Prescrição reconhecida. 3. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 611536/AL, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Julgado pela 1ª Turma, em 10 de abril de 2007, publicado no DJU, de 14 de março de 2007, p. 250). “Processo civil e tributário. Execução fiscal. Prescrição. Art. 2º, §3º da Lei nº 6.830/80 (suspensão por 180 dias) – norma aplicável somente às dívidas não tributárias – Súmula 106/STJ: afastamento no caso concreto. 1. Em execução fiscal, o art. 8º, §2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição. 2. A norma contida no art. 2º, §3º, da Lei nº 6.830/80, segundo a qual a inscrição em dívida ativa suspende a prescrição por 180 (cento e oitenta) dias ou até a distribuição da execução fiscal, se anterior àquele prazo, aplica-se tão-somente às dívidas de natureza não-tributárias, porque a prescrição das dívidas tributárias regula-se por lei complementar, no caso o art. 174 do CTN. 3. Se decorridos mais de cinco anos entre a constituição definitiva do crédito tributário e a citação pessoal do exeqüente, ocorre a prescrição. 4. Inaplicável ao caso concreto a Súmula 106/STJ porque ajuizada a execução fiscal quando já escoado o prazo prescricional. 5. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 708227/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado pela 2ª Turma, em 6 de dezembro de 2005, publicado no DJU, de 19 de dezembro de 2005, p. 355).

Outro dispositivo objeto de ataque é o art. 40, cujo teor estabelece que “O juiz suspenderá o curso de execução, enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

A crítica é no sentido de que, da maneira como estabelecida a regra, estar-se-ia a instituir uma espécie de imprescritibilidade do crédito público, na medida em que, sem a citação do devedor ou sem a penhora de seus bens, a execução fiscal estaria sendo submetida a uma suspensão indeterminada, fora do alcance da prescrição. Além disso, entende-se incompatível o disposto no transcrito art. 40, com as causas de suspensão/interrupção elencadas no CTN, quando a cobrança tiver por objeto dívida de natureza tributária. Ou seja, defende-se que, em casos assim, a identificação de causas de suspensão ou interrupção da execução é matéria a ser tratada no âmbito de Lei Complementar, tendo o CTN já arrolado essas causas, sem estabelecer regra capaz de tornar imprescritível o crédito tributário, como pretendeu o dispositivo em questão.<sup>121</sup>

Com o advento da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004, foi incluído o §4º ao art. 40, estabelecendo, expressamente, a prescrição intercorrente<sup>122</sup>, instituto que já vinha sendo aplicado por força da jurisprudência pátria como meio de solucionar o impasse acima mencionado.

Os Tribunais brasileiros firmaram um entendimento de que o Fisco não poderia abandonar o processo executivo sem se submeter à prescrição intercorrente, considerando que inúmeras eram as paralisações processuais que, por razões imputáveis à Fazenda Pública, perduravam mais que cinco anos. Restou positivado, então, que “se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> “O art. 40, ao determinar que ‘não ocorrerá o prazo de prescrição’, está a proclamar a interrupção da prescrição, que só recomeça a fluir após o prosseguimento da execução, mas, confrontando-o com o art. 174, parágrafo único, do CTN, há de se dar prevalência a este, como lei complementar, hierarquicamente superior que é, para interpretá-lo de modo a que não haja obrigação imprescritível [...]” (PACHECO, 2007, p. 343). No mesmo sentido, é o entendimento de J. Virgílio Castelo Branco Rocha Filho (2004, p. 151): “Por aí se vê que a Lei nº 6.830/80, dada a natureza de lei processual ordinária, haveria que se submeter aos parâmetros das normas gerais de direito estabelecidas pela Lei Complementar. Assim, se esta nada dispôs sobre causa ‘suspensiva’ de prescrição, não era dado àquela fazê-lo”.

<sup>122</sup> “Intercorrente, em nosso léxico, é um adjetivo decorrente do latim *inter* (entre) e *currere* (correr), significando que sobrevém, ou se mete de permeio. Desse modo, prescrição intercorrente é a que sobrevém ao despacho ordenatório do arquivamento dos autos da execução fiscal, se houver inércia do titular da pretensão da cobrança do crédito fiscal, pelo prazo de mais de cinco anos” (PACHECO, 2007, p. 346-347).

<sup>123</sup> “No âmbito de incidência do aludido §4º, algumas novidades importantes foram introduzidas no direito positivo, tais como: a) O reconhecimento judicial da prescrição em processo paralisado por não localização do

Para José da Silva Pacheco (2007, p. 347), a prescrição intercorrente:

[...] se caracteriza pela ocorrência dos seguintes fatos: a) ter havido execução fiscal com base em certidão de dívida ativa; b) não ter sido encontrado o devedor ou seus bens para penhora; c) suspensão do curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais recair a penhora; d) abertura de vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública; e) decurso do prazo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou seus bens penhoráveis, e, conseqüentemente, arquivamento dos autos, por despacho do juiz; f) permanência do processo arquivado, sem ter sido encontrado o devedor nem bens penhoráveis, por mais de cinco anos, o que implica presunção de inércia do credor e conseqüente prescrição, que pode ser reconhecida e decretada *ex officio* pelo juiz, após ouvida a Fazenda Pública, a fim de evitar o absurdo de tornar indefinido o prazo prescricional desse órgão.

Em decisão sobre o tema, a 1ª Turma do STJ decidiu que “o atual §4º, do art. 40, da LEF, acrescentado pela Lei nº 11.051, de 2004 (art. 6º), viabiliza a decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando, inclusive, os processos em curso” (REsp 735.220, Relator Ministro Teori Zavascki, publicado no DJU, de 16 de maio de 2005, p. 270).

Novamente, a jurisprudência pátria, antes mesmo do advento da positivação da prescrição intercorrente, já entendia cabível a sua aplicação, de modo a evitar a imprescritibilidade dos créditos fiscais. Nesse sentido, a 1ª Turma do STJ já havia assentado que, ao se interpretar o art. 40 da LEF, dever-se-ia recusar a suspensão de prescrição por tempo indefinido de modo a tornar aquele dispositivo compatível com a regra insculpida no art. 174, parágrafo único, do CTN, não se podendo, por Lei Ordinária, ir de encontro ao que dispõe a Lei Complementar (REsp 106.217/SP, Ministro Relator Octavio Galloti, publicado no DJU, de 12 de setembro de 1986, p. 16425).

No mesmo sentido, em julgamento proferido nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 237.079/SP, a 2ª Turma do STJ, tendo como relator o Ministro Luiz Pereira, decidiu o seguinte:

---

executado ou de bens penhoráveis não depende de requerimento da parte; deve ser pronunciada *ex officio* pelo juiz. Deve-se destacar que a prescrição, em matéria tributária, não é simples perda de pretensão (isto é, da *ação* em sentido material). Figura no inciso V do art. 156 do CTN como causa legal de extinção do próprio crédito da Fazenda Pública. Daí que, extinguindo a obrigação tributária ajuizada, pode o juiz reconhecer e declarar a prescrição sem necessidade de provocação do devedor; b) Embora possa o juiz atuar de ofício, não pode fazê-lo sem respeitar o contraditório. Por isso, prevê o §4º, do art. 40 da LEF que, antes de decidir sobre o destino da execução paralisada há mais de cinco anos, o juiz deverá ouvir a exequente. [...] Uma vez, porém, que permaneça silente a credora ou que sejam irrelevantes suas justificativas, a prescrição e a conseqüente extinção do processo executivo serão decretadas independentemente do requerimento do devedor” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 226).

Processual Civil. Tributário. Execução Fiscal. Inércia do Exeqüente. Prescrição Intercorrente. Lei 6.830/80 (arts. 8º, §2º, e 40). CTN, artigo 174. CPC, artigo 219. 1. As disposições do artigo 40, Lei 6.830/80 devem harmonizar-se com as do artigo 174, CTN, travando a pretensão de tornar imprescritível a dívida fiscal, eternizando situações jurídicas e armazenando autos nos escaninhos das Secretarias das Varas. 2. A inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Embargos rejeitados. (Julgado em 28 de agosto de 2002, publicado no DJU, de 28 de agosto de 2002).

Esse pacífico entendimento levou o STJ a editar, em 12 de dezembro de 2005, o Verbete Sumular nº 314, segundo o qual “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Embora assente na jurisprudência que a inércia do fisco, antes mesmo da introdução do §4º ao art. 40 da LEF, poderia ser considerada como causa a deflagrar a prescrição intercorrente, divergia o entendimento dos Tribunais a respeito da possibilidade ou não de poder ser decretada de ofício.<sup>124</sup> Veja-se o posicionamento da Ministra Eliana Calmon, como relatora do REsp 463.017/ES, publicado no DJU, de 10 de dezembro de 2004:

O disposto no art. 40 da Lei de Execução Fiscal tem sido alvo de críticas, na doutrina e jurisprudência, sob o fundamento de ser inconstitucional, vez que estabeleceu uma injustificável exceção ao princípio geral da prescritibilidade das obrigações. Todavia, a interpretação que se deve dar ao art. 40 da LEF não conduz, necessariamente, a essa conclusão no caso de suspensão do processo de execução fiscal, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Logicamente, suspenso o processo, estancado está o curso da prescrição, mas essa situação deverá perdurar tão-somente por um ano, a contar da intimação pessoal ou da vista dos autos ao representante judicial do exeqüente. Decorrido esse prazo máximo, sem qualquer providência que leve à localização do devedor ou de bens, os autos serão arquivados, sem baixa na distribuição. Contudo, se o exeqüente permanecer inerte, a partir de então e por lapso temporal superior a cinco anos, ocorrerá a chamada prescrição intercorrente, com a possibilidade de ser reconhecida, a pedido, a extinção do crédito tributário.

Ainda outro dispositivo que, segundo a doutrina<sup>125</sup>, trouxe privilégio descabido para a Fazenda Pública concerne à determinação contida no art. 26, o qual estabelece que “se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes”.

<sup>124</sup> “Sobre a prescrição intercorrente, era majoritária a orientação no sentido de que só poderia ser decretada se houvesse requerimento do devedor (STJ, Ag no AI 492.142-RS, Rel. Min. José Delgado, julgado pela 1ª Turma, publicado no DJU, de 28 de outubro). Tinha-se como dominante a jurisprudência do STJ no sentido de que não podia o juiz, de ofício, decretar a prescrição intercorrente, cuja alegação incumbia à parte interessada (TJRS, Ac. da 21ª Câm. Cív., de 19-2-2003, Ap. 700.053.201-63, Rel., Des. Maria Isabel de Azevedo, ADV, nº 107.656)” (PACHECO, 2007, p. 350).

<sup>125</sup> “Com isto o que se teve em mira foi permitir à Fazenda a seu critério ‘desistir da execução fiscal’, sempre que verificasse algum motivo para descreer de seu próprio título executivo, sem que, por isso, tivesse de suportar os naturais ônus da sucumbência (despesas do processo e gastos de advogado custeados pelo executado)” (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 917).

A jurisprudência, por sua vez, entende que o disposto no transcrito artigo não tem o condão de revogar o princípio processual geral da sucumbência, de modo que a parte que vier a dar causa à propositura da demanda de forma descabida deve ser condenada a ressarcir os gastos eventualmente assumidos pela parte adversa. A Súmula nº 153 do STJ corrobora esse entendimento, dispondo que “a desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência”.

Embora a aludida Súmula preveja o ônus da sucumbência somente em caso de desistência após a oposição de embargos à execução, o posicionamento do STJ tem ido além, entendendo cabível a condenação em ônus de sucumbência, mesmo em processos não embargados. Nesse sentido, em sede de agravo regimental no REsp nº 657.970/RJ, publicado no DJU, de 29 de novembro de 2004, p. 264, cujo Relator foi o Ministro Teori Zavascki, a 1ª Turma daquele Tribunal decidiu que “é pacífica a jurisprudência deste Tribunal no sentido de que, havendo extinção da execução fiscal em virtude de pedido de desistência do exequente, efetivado após a citação do executado, são devidos os honorários advocatícios”. E mais, “se o manejo da execução fiscal compeliu o executado – mesmo que não tenha manifestado embargos a efetuar despesas e constituir advogado, o preceito contido no art. 26 da Lei nº 6.830 determina que a sentença de extinção do processo importa ao Estado desistente, o encargo de indenizar tais gastos” (REsp 82.491/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado no DJU, de 17 de junho de 1996, p. 21454).<sup>126</sup>

<sup>126</sup> “Processual civil e tributário. Agravo regimental em agravo de instrumento. Art. 544, do CPC. Execução fiscal. Desistência da Fazenda após a citação do executado. Condenação em honorários advocatícios. 1. É cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários de advogado na hipótese de desistência da execução fiscal após o ato citatório, sendo irrelevante a falta de oferecimento de embargos à execução, em razão de a parte executada ter contratado os serviços de advogado com o objetivo de extinguir o processo, consoante o entendimento firmado pelas Turmas de Direito Público do STJ a partir do julgamento do EREsp 80257 - SP, julgado pela 1ª Seção, por unanimidade. (Precedentes: AgRg no Ag 492.406 - SP, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 23.05.2005; AgRg no RESP 661.662 - RJ, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 17.12.2004; REsp 529885 - PR, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJ de 23.08.2004.). 2. Incidência da Súmula 153/STJ. (A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência, ante a sua *ratio essendi*.). 3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental, ante a preclusão consumativa, bem como, em razão da ausência de prequestionamento. 4. Hipótese em que a matéria versada na Medida Provisória 2.180-35/2001 não foi, até o presente momento processual, apreciada ou sequer suscitada pelas partes litigantes. 5. Agravo Regimental desprovido” (STJ, AgRg no Ag 771792/SP, Relator Ministro Luiz Fux, julgado pela 1ª Turma, em 20 de março de 2007, publicado no DJU, de 7 de maio de 2005, p. 279). “Tributário. Processual civil. Art. 26, da LEF. Extinção da execução fiscal. Anterior citação do executado. Existência de sucumbência. 1. A controvérsia restringe-se ao cabimento de honorários advocatícios em face do pedido de desistência efetuado pela Fazenda Pública Paulista, de forma a dar ensejo à incidência do art. 26, da LEF, isentando de ônus processuais as partes. 2. É entendimento pacífico nesta Corte que a extinção da execução fiscal, após a citação do devedor, possibilita a sucumbência processual, afastando-se a aplicação do art. 26, da LEF. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 812597/PR; Rel. Min. José Delgado - Primeira Turma, DJ 3.8.2006 p. 220 e REsp 673174/RJ; Rel. Min. Castro Meira - Segunda Turma, DJ 23.5.2005 p. 231. 3. Incidência da Súmula 153/STJ. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 909885/SP, Ministro Humberto Martins, julgado pela 2ª Turma, em 15 de março de 2007, publicado no DJU, de 29 de março de 2007, p. 257).

A LEF, em seu art. 22, §2º, preconizou que “O representante judicial da Fazenda Pública será intimado, pessoalmente, da realização do leilão”, não prevendo dispositivo nesse sentido para o executado, conforme determina o CPC (art. 687, §5º).

Trata-se de mais um aspecto atacado pela doutrina, passando os Tribunais a decidir pela necessidade de intimação do executado, pessoalmente, por meio de mandado. O STJ, consolidando esse entendimento, editou a Súmula nº 121, determinando que “Na execução fiscal, o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão”.

O art. 15 da LEF trata da possibilidade de substituição da penhora pela Fazenda Pública exequente e pelo executado, admitindo para este a substituição do bem por depósito em dinheiro ou fiança bancária e para o Fisco por qualquer bem, independentemente da ordem de preferência, insculpida no art. 11. Segundo Mauro Luís Rocha Lopes (2003, p. 105):

[...] a substituição de bens penhorados não deve ficar a exclusivo critério do credor, como estaria a indicar a literalidade do art. 15, II, da LEF. [...] seria injusto que o devedor pudesse apenas pedir a substituição dos bens penhorados por depósito ou fiança bancária, enquanto ao credor fosse deferida uma faculdade muito mais ampla, independentemente da ordem de penhora enumerada no art. 11, que, em tal hipótese, restaria inócua.  
 [...] a melhor interpretação da norma do art. 15, incisos I e II, da LEF, é a de que o devedor pode obter a substituição de bens penhorados não somente por depósito em dinheiro ou fiança bancária, mas também por outros bens, desde que com tal providência anua o credor [...].<sup>127</sup>

Outras críticas foram ainda apontadas, dentre as quais, quanto à presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa (art. 3º); quanto à intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, prevista no art. 25, etc.

A edição de regras que disponham sobre questões tributárias e assuntos correlatos sempre é alvo de críticas pela doutrina e pela própria sociedade, estando estas na constante busca de argumentos capazes de demonstrar ilegalidades e inconstitucionalidades em normas dessa natureza, como se o Estado, ao editá-las, tivesse como fulcro, apenas, a proteção de um interesse próprio, desgarrado do interesse social, público, que se sobrepõe ao particular. E essa resistência advém da matéria dessas normas (tributos, que refletem diretamente no bolso do cidadão) e da edição de regras por vezes viciadas, potenciais causadoras de prejuízos ao particular.

<sup>127</sup> Para Humberto Theodoro Júnior (2005), “A jurisprudência deu a necessária dimensão ao privilégio, fixando o entendimento de que a substituição dos bens penhorados por outros, embora seja assegurado à Fazenda Pública pelo art. 15, II, da LEF, deve preceder de pedido devidamente fundamentado, não se justificando que fique ao seu livre arbítrio, por mera conveniência ou comodidade tal mister”.



Todavia, especificamente no que concerne ao crédito tributário, goza este de prerrogativas inerentes à sua natureza de receita, dinheiro público, cuja cobrança, portanto, também há que ser diferenciada, justificando-se o tratamento distinto inserido na legislação para determinadas situações. Não se pode pretender, por exemplo, que a previsão de intimação pessoal do representante do Fisco seja transgressora de qualquer dispositivo legal ou constitucional. É óbvio que um advogado particular tem favoráveis condições de acompanhar seus processos quando comparado a um procurador de um ente público.

Carlos Trivelatto Filho (2006, p. 36), membro da Advocacia-Geral da União, em monografia apresentada pela conclusão do Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal, promovido pela Escola de Administração Fazendária (ESAF), comenta o seguinte:

[...] não se pode olvidar que as prerrogativas fazendárias buscam realizar (e não ofender) a isonomia constitucional, que é material, não meramente formal. As dificuldades na obtenção de documentos necessários à defesa dos interesses públicos em Juízo, inerentes à burocracia administrativa, por si só já justificam plenamente as distinções feitas pela legislação. A própria natureza do crédito cuja satisfação se busca (dinheiro público que será empregado no atendimento das necessidades coletivas) já subsidia o tratamento normativo diferenciado. Mas não é só. A falta de verbas para o adequado aparelhamento dos órgãos públicos encarregados da cobrança e o perfil concentrado da dívida ativa não só justificam como aconselham a criação de um procedimento de cobrança diferenciado. Se dúvidas existiam, na época da promulgação da lei, sobre a realização material, as estatísticas sobre o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal e o número total de processos em tramitação espancam qualquer verossimilhança de uma retórica elegante, simpática, mas dissociada da realidade. Dados, aliás, que representam um enorme custo na manutenção da burocracia judiciária, suportado por toda a sociedade.

Com efeito, a ordem jurídica dispensa tratamentos diferentes aos interesses públicos. O crédito tributário, pela sua natureza de público, distingue-se do crédito entre particulares, merecendo também tratamento diferenciado, devendo dispor de privilégios e meios jurídicos peculiares, distintos dos que regulamentam as relações entre particulares.<sup>128</sup>

Fazendo-se uma abordagem crítica das etapas do processo de execução fiscal judicial, tem-se que, ajuizada a exordial, devidamente instruída com a respectiva certidão de dívida ativa, deve o juiz analisá-la, de modo a conferir se estão presentes os pressupostos formais imprescindíveis ao regular prosseguimento do feito. Tal fato não vem se sucedendo, recebendo o juiz a petição inicial sem, muitas vezes, analisar a certidão da dívida que a instrui, em virtude do enorme volume de trabalho que assola o Judiciário.

<sup>128</sup> Tanto isso é verdade que o próprio ordenamento jurídico atribui ao Estado garantias e privilégios com o intuito de assegurar uma cobrança do crédito tributário mais efetiva. O CTN, em seus arts 183 e seguintes, elenca alguns desses privilégios e garantias, salientando a sua não-taxatividade.

É, em seguida, determinada a citação do executado, a quem caberá alegar a existência de eventuais vícios de ordem pública que já deveriam ter sido detectados pelo magistrado.

As citações, por sua vez, em número considerável de casos, retornam ao Judiciário sem êxito, na medida em que muitos dos executados já não mais residem nos endereços constantes nos cadastros da Receita Federal ou até mesmo, em se tratando de pessoas jurídicas, não mais existem de fato. Tal constatação advém, dentre outros fatores, da demora da própria Administração em ajuizar as devidas cobranças e, quando isso ocorre, devedores já encerraram suas atividades de forma irregular, esvaziando o patrimônio da empresa, impedindo o êxito de ulterior cobrança.

Por outro lado, quando efetivamente encontrado o contribuinte executado, inicia-se uma verdadeira “peregrinação” à procura de bens capazes de garantir o débito exequendo. Raros são aqueles que nomeiam bens à penhora e, quando o fazem, apresentam bens desprovidos de qualquer valor ou que, certamente, perecerão até o deslinde da querela. Parece pitoresco, mas não é raro um Procurador da Fazenda Nacional ser instado a se manifestar a respeito da nomeação de bens como móveis velhos desprovidos de qualquer prestabilidade, alimentos perecíveis, pedaços de madeiras velhas, computadores dos anos 80 que nem mesmo funcionam, semoventes no final da vida, etc.

Em situações assim, cuja negativa de aceite parece ser imperiosa, ou a Fazenda diligencia na procura de outros bens ou requer que a diligência seja realizada por meio do oficial de justiça. Estar-se diante de mais um entrave, cujas razões não são poucas, a começar pelo fato de que um oficial de justiça, diante da enorme quantidade de mandados a cumprir, não promove uma busca eficaz, não tendo compromisso com o bom resultado da execução fiscal. A Fazenda Pública, por sua vez, não possui meios de controlar a atividade desses servidores, cingindo-se a aguardar uma informação a respeito do cumprimento do mandado que, na esmagadora maioria das vezes, é infrutífero. E quando cumprido, também não é incomum a penhora recair sobre bens como os mencionados acima.

A má condução dessas diligências implica em enorme prejuízo à Fazenda credora que somente toma conhecimento do insucesso da diligência tempos depois, tendo que se considerar, ainda, o lapso temporal que leva o Judiciário a informar, formalmente, à credora acerca do cumprimento ou não da diligência.

Com relação à busca de bens pela própria Administração, são vários os fatores que prejudicam esse mister. Inicialmente, pode-se citar a demora de, às vezes, meses e meses, das repostas a ofícios encaminhados a registros de imóveis e de veículos. Outro ponto a se considerar é que a Fazenda Pública não tem acesso a informações bancárias do contribuinte, entendendo a Jurisprudência pátria que referido acesso somente pode ser conferido, quando esgotados todos os outros meios de localização de bens.<sup>129</sup> O Judiciário tem entendido, também, que a penhora do faturamento de empresas somente pode se dar quando exauridas as possibilidades de se encontrar outros bens.<sup>130</sup>

Paulo César Negrão de Lacerda (2007, p. 34), Procurador da Fazenda Nacional, em monografia apresentada pela conclusão do curso de especialização, comenta a respeito da exigência jurisprudencial de que a Fazenda Pública deve exaurir a busca de bens antes de requerer as medidas acima mencionadas:

<sup>129</sup> “Processual civil. Recurso especial. Execução fiscal. Art. 557, *caput*, do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. BACEN-JUD. Quebra de sigilo bancário. Não-esgotamento de todos os meios para localizar bens passíveis de penhoras precedentes. Súmula 07/STJ. Matéria probatória. 1. Recurso especial interposto pelo INSS contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região que negou provimento a agravo de instrumento por entender que (fls. 74/78) para que seja deferida a utilização do convênio BACEN-JUD deve o exequente comprovar que exauriu todos os meios à sua disposição para localizar patrimônio do devedor para promover a penhora. Aponta como fundamentos para o seu recurso: a) a discussão travada nos autos não poderia receber a aplicação do art. 557, *caput*, do CPC, uma vez que não possui tratamento isonômico na Corte *a quo* e neste Tribunal; b) no âmbito, a jurisprudência do STJ, embora reconheça de forma excepcional, é no sentido de que se restarem esgotadas as vias ordinárias de localização dos bens, o Fisco pode requerer ao Juízo a adoção do Sistema BACEN - JUD. Sem contra-razões, conforme certidão de fl. 135. 2. A matéria do artigo 557, *caput*, do CPC, não foi abordada e enfrentada no âmbito do voto condutor do aresto hostilizado, mesmo com a oposição dos embargos de declaração. Súmula 211/STJ incidente à espécie. 3. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora (grifo nosso). 4. Precedentes: AgRg no REsp 755743/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 07/11/2005; REsp 780365/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 30/06/2006; REsp 802897/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 30/03/2006, AgRg no REsp 664522/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 13/02/2006. 5. No mais, o Tribunal *a quo* reconheceu que o exequente não esgotou todas as diligências na busca de bens passíveis de penhora. O tema não pode ser revisto, na via eleita, em face da incidência do verbete sumular 07/STJ. 6. Recurso especial não-conhecido” (STJ, REsp 851325/SC, Relator Ministro José Delgado, julgado pela 1ª Turma, em 5 de setembro de 2006, publicado no DJU, de 5 de outubro de 2006, p. 279).

<sup>130</sup> “Recurso especial. Processual civil. Tributário. Execução fiscal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Possibilidade. Casos excepcionais. Não-preenchimento de requisitos. Recurso provido. 1. A jurisprudência desta Corte possui entendimento pacificado no sentido da possibilidade de a penhora incidir sobre o faturamento da empresa, em casos excepcionais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: "(a) inexistência de bens passíveis de constrições, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput*, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; (c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa" (STJ, REsp 803.435/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 18.12.2006). 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem entendeu que o percentual fixado não implicou situação gravosa para o funcionamento da empresa. Todavia, nada mencionou a respeito da existência de outro meio hábil para garantir a execução fiscal ou outro bem passível de penhora. Ademais, da análise dos autos verifica-se não houve a nomeação de administrador, nos termos dos arts. 678 e 719, *caput*, do CPC. Assim, não tendo sido preenchidos os requisitos essenciais para possibilitar a incidência da penhora sobre o faturamento da empresa, resta inviabilizada a referida constrição. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 909942/SP, Ministra Denise Arruda, julgado pela 1ª Turma, em 4 de setembro de 2007, publicado no DJU, de 15 de outubro de 2007).

[...] cabe à Fazenda Pública a difícil comprovação de que existem bens do devedor aptos a garantir a execução, em que pese o art. 600, IV, do CPC, expressamente qualificar como ato atentatório à dignidade da justiça não indicar o devedor ao juiz os bens sujeitos à execução. É incompreensível que, uma vez considerado pela lei como ato atentatório à dignidade da Justiça a não indicação de bens pelo executado, se imponha à Fazenda credora o ônus de comprovar a inexistência de bens já declarada pelo próprio devedor, com sua inércia.

Ora, se o próprio devedor deixa de indicar bens à execução, quando essa é a sua obrigação, a presunção deveria ser a de que, então, não há outra forma de se tentar garantir o débito exequendo. Do contrário, premia-se o devedor que se queda silente.

Quando realizada a penhora, o leilão dos bens custa a acontecer, por razões distintas, como: oposição de embargos com efeito suspensivo; atribuição pelo Judiciário desse mesmo efeito a apelações interpostas em face da improcedência desses embargos<sup>131</sup>; trâmite burocrático caracterizador da atividade jurisdicional brasileira, etc. O sucesso do leilão, em virtude da demora de sua realização, resta comprometido e, por conseguinte, a própria eficácia da cobrança judicial.

Com efeito, o modelo atual de cobrança do crédito tributário, não obstante os objetivos colacionados na exposição de motivos da LEF, entrou em colapso operacional, devendo-se buscar rumos mais racionais e mais factíveis para a satisfação do crédito tributário. E é salutar que o próprio contribuinte tenha isso como uma verdade, na medida em que não é justo que alguns arquem com o custeio do Estado e do bem-estar da sociedade, enquanto outros, arrimados da ineficácia da atual sistemática de cobrança, esquivem-se do seu dever de participar, solidariamente, desse custeio.

---

<sup>131</sup> “É de se notar que a concessão de efeito suspensivo à apelação que desafia sentença de improcedência de embargos à execução costuma ocorrer precisamente naqueles poucos casos em que, de fato, estão penhorados bens de elevado valor, característicos pela liquidez e que, por isso, seriam certamente leiloados com sucesso ou adjudicados. É que, nessa hipótese, em regra, compensa para o devedor lutar para obter uma tutela jurisdicional apta a postergar a expropriação do bem para após o julgamento de segunda instância” (LACERDA, 2007, p. 35).

## 5 A PROPÓSITO DE UM NOVO MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL: NECESSIDADES E LIMITES CONSTITUCIONAIS

### 5.1 O papel da tributação no Estado brasileiro

A tributação, num Estado Social e Democrático de Direito como o Brasil, ocupa um papel de suma relevância, sendo fonte de custeio de todos os deveres estatais, muitos considerados como direitos fundamentais<sup>132</sup>, motivo pelo qual é imperiosa a análise de meios efetivos de arrecadação.

Aliomar Baleeiro (1997, p. 1) afirma que “o tributo é vetusta e fiel sombra do poder político há mais de 20 séculos. Onde se ergue um governante, ela se projeta sobre o solo de sua dominação”. O tributo, portanto, tem acompanhado o ser humano desde as primitivas organizações sociais.

Vive-se num Estado Fiscal, concebido pela redução do patrimônio do Estado e norteador da idéia do tributo como dever de cidadania. Segundo Ricardo Lobo Torres (2001, p. 97-98 e 150):

O que caracteriza o surgimento do Estado Fiscal, como específica figuração do Estado de Direito, é o novo perfil da receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo Legislativo, e principalmente nos tributos - ingressos derivados do trabalho e do patrimônio do contribuinte -, ao revés de se apoiar nos ingressos originários do patrimônio do príncipe.

[...]

Com o Estado Fiscal se aperfeiçoam os orçamentos públicos, substitui-se a tributação do campesinato pela dos indivíduos, minimiza-se a intervenção estatal, tudo o que representa uma nova Constituição Financeira.

O Estado Fiscal, por conseguinte, abriu-se para a *publicidade* e dilargou as fronteiras da liberdade humana, permitindo o desenvolvimento das iniciativas individuais e o crescimento do comércio, da indústria e dos serviços. Constituindo o *preço dessas liberdades*, por incidir sobre as vantagens auferidas pelo cidadão com base na livre

---

<sup>132</sup> “Há que considerar, neste ponto, que o ‘interesse público’ da Fazenda em arrecadar tributo não é um interesse público em sentido estrito, pois o Estado não tem como finalidade auferir lucro ou entesourar dinheiro. Os recursos do Estado são unicamente instrumentos para que o Estado possa bem cumprir suas finalidades, entre as quais a maior delas é seguramente a de zelar pelas garantias e direitos individuais [...]” (TROIANELLI, 1999, p. 68). Para Ricardo Lobo Torres (2006, p. 5), “Característica importantíssima da atividade financeira do Estado é a de ser puramente instrumental. Obter recursos e realizar gastos não é um fim em si mesmo. O Estado não tem o objetivo de enriquecer ou de aumentar o seu patrimônio. Arrecada para atingir certos objetivos de índole política, econômica ou administrativa”.

iniciativa, o tributo necessitava de sua *limitação* em nome dessa mesma liberdade e da preservação da propriedade privada, o que se fez pelo constitucionalismo e pelas declarações de direitos, antecipados ou complementados pelas novas diretrizes do pensamento ético e jurídico.

[...]

O tributo, no Estado Fiscal, deixa de ser forma de opressão de direitos e passa a se constituir em preço da liberdade.

O Estado brasileiro tomou para si a função de pugnar pela prosperidade material e moral de seus cidadãos, assim como a responsabilidade de lhes promover um bem-estar social, motivo pelo qual arrecada tributos, advindo destes o sustentáculo financeiro para fazer frente a investimentos e à manutenção das necessidades de uma sociedade organizada e da máquina administrativa.<sup>133</sup> Para Paulo Bonavides (2004, p. 373), a Carta Federal de 1988 corresponde a uma Constituição de um Estado Social, “que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante”. Ressalta José Casalta Nabais (1998, p. 575), que “é o estado fiscal que paga a conta do estado social”, motivo pelo qual imperiosa é a entrada de receitas aos cofres públicos, sem as quais o Estado Social entra em colapso.

Vivem os brasileiros, portanto, num País cuja principal fonte de custeio das despesas estatais é o tributo, tendo este uma feição social.<sup>134</sup>

É nesse contexto de solidariedade fiscal que se chama a atenção para a postura omissiva de determinados contribuintes e para a imperiosa mudança de paradigma da visão que se tem do Estado, enquanto ente arrecadador.

Consoante mencionado e ilustrado no capítulo anterior, os números da dívida ativa tributária federal têm crescido vertiginosamente ao longo dos anos, advindo tal fato, dentre outros fatores, do aumento da sonegação por parte do sujeito passivo da obrigação tributária e de tentativas deste de procrastinar o pagamento de exações fiscais. E um dos meios utilizados para este fim diz respeito às inúmeras oportunidades conferidas ao cidadão contribuinte de discutir a legalidade e a exigibilidade do crédito tributário cobrado.

<sup>133</sup> Tratando da doutrina do Direito Tributário, Dino Jarach (1983, p. 361) afirma que está ela dividida em dois enfoques, e que “*el segundo enfoque toma como punto de partida el fenómeno de la vida social de la necesidad de recursos estatales dentro de los cuales se destacan los impuestos, cuyos pago y fiscalización represetan el propósito fundamental de las leyes fiscales*”.

<sup>134</sup> José Luis Pérez de Ayala (2001, p. 12), referindo-se ao pensamento de Montesquieu, transcreve trecho de sua obra *O Espírito das Leis*, que calham no presente contexto, a saber: “*Las rentas del Estado son una porción que cada ciudadano da de sus bienes, para tener la seguridad de los otros bienes o disfrutar de ellos agradablemente*”. Segundo Ayala (2001, p. 13), para o Pensador, “*el Impuesto es un precio o contraprestación por la seguridad que proporcionan los servicios del Estado o del Gobierno*”. E mencionando a teoria de Santo Tomás, relata o autor (2001, p. 17) que “*el Impuesto se justifica por su fin (causa final) en cuanto debe establecerse para común utilidad de los ciudadanos, o sea para hacer frente a aquellas actividades públicas (a aquellos gastos públicos) que sirven y se ordenan al bien común. La ley y el impuesto, deben establecerse para común utilidad de los ciudadanos, no para fomentar el interés privilegiado de unos pocos*”.

É fato que a alta carga tributária brasileira é diariamente sentida no bolso dos cidadãos, agravando-se referida situação com a constante indignação oriunda da não aplicação devida do montante arrecadado pelo ente competente. Além de pagar quantias consideráveis a título de impostos, tem o contribuinte que efetuar gastos com saúde, educação, segurança, lazer, etc., que deveriam ser custeados pelo Estado. Em outras palavras, o que também aflige o interesse do cidadão em contribuir concerne à impressão diária que tem o povo de que não usufrui da organização estatal, levando-o a não ter interesse em participar do seu custeio.

Além disso, deparam-se os brasileiros com constantes escândalos de corrupção envolvendo seus representantes nos mais diversos escalões do Governo e no âmbito dos três Poderes. Esse cenário, e não poderia ser diferente, implica em revolta e indignação por parte do cidadão, que se queda desacreditado nas próprias instituições estatais.

Todavia, aspectos de cunho social e político, pelo menos para a temática maior deste estudo, não podem ser considerados como entrave à sugestão de um novo modelo de arrecadação, não se podendo atrasar o discurso jurídico em face de um contexto social e político ineficiente.

Está-se, portanto, de um lado, diante da necessidade de arrecadação pelo Estado para, literalmente, “funcionar”, figurando, de outro, o desinteresse de alguns contribuintes em contribuir. Esse desinteresse advém do descrédito dado à estrutura e às instituições sociais, o que é compreensível, e também de posturas fraudulentas e evasivas de intuito de burla ao Fisco.

Novamente, fazendo-se referência aos dados numéricos apresentados anteriormente, percebe-se que a crise está instalada e que não há mais tempo a esperar para se promover uma melhoria no modelo atual de cobrança do crédito tributário.

E, para tanto, há que se convencer o cidadão contribuinte do importante papel da tributação no Estado brasileiro. Advém dos tributos a principal fonte de renda estatal, imprescindível para a realização e promoção dos direitos fundamentais básicos, sobretudo, os direitos sociais. A sonegação fiscal atenta contra a própria sociedade; quando não se paga

um tributo, perde o Estado e, sobretudo, o povo, notadamente aquele cidadão que paga o que deve corretamente.<sup>135</sup>

Além disso, o contribuinte deve ter em mente que o pagamento de tributo corresponde a um dever jurídico constitucional decorrente da própria vida em sociedade, que demanda esforços e participação de todos. Para José Casalta Nabais (1998, p. 185-186):

[...] o imposto se nos apresenta como um *dever fundamental*, isto é, um instituto jurídico que tem a sua disciplina traçada ao mais alto nível - ao nível constitucional-, onde integra a ‘constituição do indivíduo’. O que significa que o imposto não deve ser considerado, como foi tendência do século passado, mormente na Alemanha, uma simples relação de poder, em que o estado faz exigências aos seus súditos e estes se sujeitam em consequência dessa relação. Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um *mero poder* para o estado, nem simplesmente como um *mero sacrifício* para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.

Com efeito, um estado, para cumprir as suas tarefas, tem de socorrer-se de recursos ou meios a exigir dos seus cidadãos, constituindo justamente os impostos esses meios ou instrumentos de realização das tarefas estaduais. Por isso, a tributação não constitui, em si mesma, um objectivo (isto é, um objectivo originário ou primário) do estado, mas sim o meio que possibilita a este cumprir os seus objetivos (originários ou primários), actualmente consubstanciados em tarefas de estado de direito e tarefas de estado social, ou seja, em tarefas de estado de direito social.

[...]

Há, isso, sim, o dever de todos contribuírem, na medida da sua capacidade contributiva, para as despesas a realizar com as tarefas do estado. Como membros da comunidade, que constitui o estado, ainda que apenas em termos económicos (e não políticos), incumbem-lhes, pois, o dever fundamental de suportar os custos financeiros da mesma, o que pressupõe a opção por um estado fiscal, que assim serve de justificação ao conjunto de impostos, constituindo estes o preço (e, seguramente, um dos preços mais baratos) a pagar pela manutenção da liberdade ou de uma sociedade civilizada.

[...]

[...] Daí que se não possa falar num (pretensão) *direito fundamental* a não pagar impostos.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> Salienta Denise Lucena Cavalcante (2007, p. 32) que, “Já há quase uma década insistíamos na necessidade da recuperação da moral fiscal do Estado e do cidadão-contribuinte em função do bem comum, e assim comentávamos: ‘É preciso desmistificar esse eterno duelo entre o Fisco e o contribuinte, resgatando o respeito às leis, à sociedade e ao Estado. Estamos numa época onde o Fisco não tem moral para arrecadar e o contribuinte não tem ânimo para pagar. E, assim, reina o descrédito [...] Ou se recupera a moral fiscal do Estado e do cidadão ou caminharemos para uma crise social irreversível, se é que já não estamos nela’”.

<sup>136</sup> Na sua definição de tributo, Ricardo Lobo Torres (2006, p. 371) também o caracteriza como um dever fundamental. Nas palavras do autor, “Tributo é o dever fundamental, consistente em pecúnia, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade do grupo e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição”. No mesmo sentido, é o pensamento de Heleno Taveira Tôres (2003, p. 16): “Como é sabido, no Brasil, o dever de pagar tributos deriva da repartição constitucional de competência tributária, porquanto cabe o dever legislativo de cobrá-los, com o objetivo de cumprir suas funções constitucionais, ao cidadão vige o dever de contribuir ao sustento de tais gastos, em favor da coletividade”.



O pagamento dos tributos não corresponde a um mero adimplemento do dever jurídico, objeto de uma relação bilateral com o Estado. Na verdade, o inadimplemento da exação fiscal não implica em prejuízo apenas aos entes estatais, e sim em dano à coletividade como um todo, considerando que num Estado Social Democrático de Direito, a coletividade depende do Estado e este, por sua vez, da atividade arrecadatória. O interesse fiscal, portanto, não é apenas um interesse do Estado, e sim um interesse coletivo.

Ao lado do dever constitucional de pagar tributo está o direito do cidadão contribuinte de que os demais membros da sociedade também paguem o que devem. E é nesse sentido que deve ser vista a atividade arrecadatória do Estado: não como uma arrecadação pertencente ao ente público em si, mas sim como um bem de quem contribui. A relação tributária não se dá entre o Fisco, enquanto ente de direito público, e o contribuinte, como numa relação de poder e de sujeição. Segundo José Osvaldo Casás (2002, p. 73), não há mais como aceitar o entendimento doutrinário que defende a obrigação tributária constitutiva como uma relação de poder, na medida que *“los contribuyentes, em nustras repúblicas o em los Estados constitucionales y democráticos de Derecho, han dejado de ser súditos para convertirse em ciudadanos”*.

Desse dever de pagar tributo e do direito de ver a coletividade arcando com o custeio do Estado advém a idéia de solidariedade<sup>137</sup>, havendo direitos e correlatos deveres daqueles que integram uma sociedade organizada. Segundo Ricardo Lobo Torres (2003, p. 160-161), *“A cidadania em sua expressão moderna tem, entre os seus desdobramentos, a de ser cidadania fiscal. O dever/direito de pagar impostos se coloca no vértice da multiplicidade de enfoques que a idéia de cidadania exhibe. Cidadão e contribuinte são conceitos coextensivos desde o início do liberalismo”*. Segundo José Augusto Delgado (2004, p.156-159):

Não devemos esquecer que o tributo não é cobrado para atender aos interesses e às necessidades do Estado. Ele tem destinação específica: é a de servir como instrumento concretizador da satisfação das exigências materiais e imateriais dos componentes da textura social, fortalecendo, assim, a expressão da cidadania e da valorização da dignidade humana em sua conceituação ampla.

[...]

Não perdura, nos dias atuais, que a função do tributo é, somente, a de propiciar meios financeiros para que o Estado cumpra a sua missão de garantir

---

<sup>137</sup> A Declaração Americana de Direito e Deveres do Homem, de 1948, ratificada pelo Brasil, exprime a idéia de solidariedade, ao preconizar a coexistência de direitos e deveres de membros de uma sociedade. Nesse sentido, é o seu preâmbulo: *“O cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade. Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral que apóiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam”*.

desenvolvimento econômico, segurança, saúde, educação, lazer e fazer funcionar a máquina administrativa.

O tributo deve ser tido, também, como elemento contribuidor para o fortalecimento dos princípios democráticos. Ele, quando exigido de acordo com os princípios estruturais postos na Constituição Federal (não somente os formadores do Sistema Tributário, porém, todos os demais, especialmente, os determinadores da imperatividade da Forma Republicana de Governo, do Federalismo, do Regime Democrático, do respeito à cidadania e à valorização da dignidade humana e ao trabalho) constitui-se em fator vitalizante do Estado Democrático de Direito.

[...]

É retrógrada, portanto, a visão sitiada de que a exação fiscal é mecanismo dirigido, somente, para aumento de receitas.<sup>138</sup>

Busca-se um Estado que cumpra com sua função de, dentre outros fatores, promover o bem-estar social, incentivar a ordem econômica, enfim, cumprir efetivamente com as determinações previstas constitucionalmente. Para tanto, a atividade tributária, ensejadora da principal fonte de arrecadação estatal, é imprescindível e a ineficiência no ingresso de recursos aos cofres públicos implica em permanecer esse modelo de Estado almejado apenas no plano das idéias. De nada adianta uma elevada carga tributária, se o resultado da arrecadação não atinge os patamares esperados, motivo pelo qual faz-se necessária a instituição de um modelo efetivo de cobrança forçada de exações fiscais.

Embora não se pretenda neste trabalho discutir a questão da justiça inerente a um sistema tributário, o que levaria à abordagem de temas como justa divisão de carga tributária, distribuição de riquezas, capacidade contributiva, etc., deve-se lembrar que o inadimplemento voluntário mina uma efetiva justiça fiscal, na medida em que, apesar de a lei tributária ser igual para todos, apenas parte dos obrigados contribui, arcando os demais com o prejuízo advindo dessa postura omissiva.<sup>139</sup>

Como demonstrado no capítulo anterior, o estoque inscrito em dívida ativa é enorme, montante que representa recursos que deveriam ter entrado nos cofres públicos. Assim, importa buscar-se uma maneira de promover uma maior efetividade na tentativa da Administração em receber essa quantia, para, finalmente, dar-lhe o devido destino, contribuindo, assim, para a implementação de uma justiça fiscal.<sup>140</sup>

<sup>138</sup> Para Werther Botelho (1994, p. 35), “São os tributos, [...] um dos meios mais eficientes de orientar e dirigir a atividade econômica, a cargo do particular, para que a mesma possa traduzir-se em benefícios para todos os segmentos da sociedade. A experiência histórica do liberalismo econômico provou a imperatividade da intervenção do Estado no domínio econômico. Entretanto, esta mesma experiência, dentro do Estado Social, demonstrou a ineficiência de uma intervenção direta na economia. Com este respaldo histórico, faz-se urgente que a atividade tributante atual ultrapasse os limites meramente fiscais e se converta em um instrumento de política socioeconômica por parte do Estado”.

<sup>139</sup> É bom que se registre que inúmeros são os fatores que contribuem para o aumento da carga tributária, dentre os quais destaca-se a má ingerência do próprio governo na administração do dinheiro público.

<sup>140</sup> “Parece intuitivo que a cobrança de todos os créditos tributários, que, de resto, são indisponíveis, é elemento essencial para o atendimento da almejada justiça na seara fiscal, [...]. A ausência da presença estatal firme e

Alterações introduzidas na ordem jurídica implicaram, de certo modo, em avanço na busca da efetividade da cobrança do crédito tributário. A título de exemplo, conforme mencionado no capítulo anterior, tem-se a possibilidade de o juiz reconhecer, de ofício, após ouvida a Fazenda Pública, a prescrição intercorrente, nos termos do art. 40, §4º, da LEF, acrescentado pela Lei nº 11.051, de 2004. Referida inovação implica no direcionamento dos trabalhos de cobrança de dívidas não prescritas, promovendo, também, uma diminuição no estoque de processos no âmbito do Judiciário.

Outra importante mudança concerne ao art. 185-A, inserido no CTN através da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, que permite ao juiz determinar a indisponibilidade dos bens e direitos do executado que, devidamente citado, não venha a pagar ou a apresentar bens à penhora no prazo legal.

A penhora de contas bancárias e aplicações financeiras, por meio do sistema BacenJud, também configura-se em avanço, assim como o surgimento da execução fiscal virtual, realizada no âmbito da Justiça Federal.

Não obstante tais implementações legislativas e práticas, percebe-se que a cobrança do crédito tributário federal não há como continuar sendo realizada do mesmo modo que vem sendo promovida há mais de 20 (vinte) anos. Os dados apresentados corroboram essa conclusão.

## **5.2 A prática de atos de execução fiscal pela Fazenda Pública**

Tentou-se demonstrar alhures que a ordem jurídica brasileira está carecendo de revisão na atual sistemática de cobrança do crédito tributário federal, na medida em que a experiência das últimas décadas tem demonstrado que o modelo pátrio não tem atingido o

---

marcante neste domínio tem pelo menos duas grandes conseqüências bastante visíveis. A primeira, mais prosaica, diz respeito à lógica econômica capitalista. Se o Estado não cobra seus créditos de maneira eficiente e célere, para o capitalista a inadimplência torna-se economicamente vantajosa, o que pode decorrer da simples demora da cobrança ou da ineficácia dos órgãos fazendários, que não descobrem ou não tomam as providências cabíveis diante dos expedientes fraudulentos. Essa postura é conseqüência da lógica econômica moderna, escravizada pelos imperativos de uma competitividade quase selvagem e pouco afeta aos valores de solidariedade fiscal. Geralmente esse fenômeno está associado aos grandes devedores, que possuem condições econômicas de contratar assessoria jurídica e contábil especializada. Então, ocorre dupla e odiosa violação dos postulados da isonomia e da justiça fiscais: de um lado porque nem todos pagam, de outro porque justamente aqueles que mais deveriam contribuir para o custeio estatal (porque detentores de maior capacidade contributiva) deixam de pagar o que deveriam, corrompendo a lógica por trás do sistema tributário, tal como concebido. [...] Assim, a certeza de que o Estado não vai cobrar sua dívida ou vai cobrá-la de maneira inadequada dissemina a sensação de injustiça fiscal, afeta a arrecadação voluntária e atrapalha, inclusive, associada a outros fatores (como a baixa qualidade dos serviços públicos), o efeito de anestesia fiscal (tolerância social à tributação)” (TRIVELATTO FILHO, 2006, p. 17-18).

fim perseguido. Afinal, para que uma execução fiscal seja bem sucedida, resta imprescindível, dentre outros, a celeridade da cobrança forçada, celeridade esta advinda da maneira como é instaurada e conduzida.<sup>141</sup>

Tem-se notícia de movimentação normativa no sentido de se conceber um modelo brasileiro de execução fiscal que tenha natureza administrativa. Ainda, cogita-se, ao que consta, modelo eventualmente híbrido, que teria como traço marcante a pulverização do procedimento, em instâncias administrativas e judiciárias.

Encontra-se em discussão um anteprojeto de lei, estudado, inicialmente, no âmbito da PGFN, dispondo sobre um novo modelo de cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública. Não se pretende no presente estudo fazer uma análise pontual do referido anteprojeto, e sim observar aspectos que poderiam ser inseridos no sistema jurídico brasileiro, de modo a propiciar uma melhoria no sistema de arrecadação tributária, conciliando-o ao ditame constitucional do devido processo legal.

Nesse contexto, há que ser ressaltada a importância do processo administrativo como meio de solução de litígios, de controle de legalidade e de salvaguarda de direitos fundamentais. Descreveu-se no capítulo 3, para o qual se remete o leitor, o instituto do processo administrativo, seus princípios, sua finalidade, etc., com o intuito de demonstrar a necessidade de lhe voltar os olhos e vê-lo como um instrumento eficaz, a que foi dado o mesmo status de garantia constitucional conferida ao processo judicial. O legislador constituinte introduziu no texto constitucional a idéia de processualidade da atividade administrativo-tributária. “Desta maneira, ao associar processo administrativo tributário e Constituição, encerrou-se a idéia de que o primeiro é o meio pelo qual, na atividade administrativo-tributária, concretizam-se normas e princípios constitucionais” (GRIESBACH, 2004, p. 50).<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Alexandre Rego (2006, p. 168), fazendo uma análise crítica à LEF, comenta que “A criação de processo de execução moderno, eficaz e em sintonia com os valores prestigiados pela Constituição Federal de 1988, constitui-se como uma das grandes necessidades jurídicas de nosso tempo e poderá auxiliar na formação de uma sociedade justa, participativa e consciente de seus efeitos.” O autor, ao fazer esse comentário, não se reporta à possibilidade de instauração de uma execução fiscal administrativa, cingindo-se a enaltecer a necessidade de mudança do modelo atual de cobrança do passivo tributário.

<sup>142</sup> “Há um pensamento que associa justiça exclusivamente ao Poder Judiciário. De modo diverso coloca-se uma postura que atribui também à Administração uma tarefa de justiça. Tal postura importa em mudança de condutas administrativas inertes ou negligentes, movidas por má-fé ou não, no atendimento de direitos de cidadãos ou servidores. Muito comuns se tornam as frases, em tom de jactância, do seguinte teor: ‘Se acha que tem direitos, vá procurá-los no Judiciário’, como se a função administrativa pudesse permanecer alheia a direitos dos indivíduos, como se fosse meritório deixar de reconhecer direito de alguém. O processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento de vários interesses envolvidos numa situação” (MEDAUAR, 1998, p.

Diante disso, será que não seria adequado e eficaz utilizar-se o Poder Público da via administrativa para buscar efetividade na procura pelo ingresso de valores aos cofres públicos?

Enfatiza-se, novamente, que deve ser considerado não só por aqueles que fazem parte do meio jurídico, como pela própria sociedade, que a necessidade de criação de um novo modelo tem por escopo fazer valer o próprio direito da coletividade de ver o Estado “funcionando”, na mais extensa interpretação desse termo, e de ver cumprido o dever fundamental de pagar o contribuinte o que deve.

Não se pode olhar para a idéia de criação de uma nova sistemática de cobrança como uma tentativa opressora e agressiva do Estado de adentrar na vida do cidadão. O que se pretende é, exatamente, salvaguardar-lhe o direito, na medida em que a arrecadação estatal pertence à própria sociedade, não sendo justo o “funcionamento” do Estado advir apenas de parcela da coletividade, ao passo que dele todos usufruem.

Uma revisão no atual modelo de cobrança do crédito tributário, que se faz imperiosa e relevante, sugere o enaltecimento da via administrativa como meio de promovê-la. Nesse sentido, manifesta-se Denise Lucena Cavalcante (2007, p. 50):

A questão da recuperação do passivo tributário precisa ser enfrentada a contento e para isso é necessária uma revisão no processo de cobrança, hoje concentrado no âmbito do Poder Judiciário, conforme procedimentos previstos na lei de execução fiscal (Lei nº 6.830/1980).

[...]

Está claramente comprovado que não é possível ter uma justiça tributária com o Poder Judiciário extremamente ocupado com atribuições referentes à cobrança do crédito tributário, que por sua própria natureza, são atividades meramente administrativas, podendo ser dispensada a interferência do juiz nos trâmites procedimentais da cobrança.

Contudo, deixar a cobrança do crédito tributário “nas mãos do fisco”, como mencionam alguns doutrinadores, não parece um grande absurdo ou, ainda, uma inconstitucionalidade.

[...]

O fato de o fisco continuar na tarefa da cobrança administrativa do crédito tributário não significa de modo algum que se esteja violando princípios constitucionais ou agredindo o devido processo legal administrativo ou judicial.

A violação das garantias constitucionais não decorre desta alteração do procedimento de cobrança, mas, sim, se isto for feito de forma arbitrária e sem observância do devido processo legal.

O atual modelo de cobrança do crédito tributário, por prever que todos os atos executórios sejam realizados no âmbito do processo judicial, permite a constante postergação do pagamento de montantes devidos pelo sujeito passivo, ensejando, na grande (183).

maioria das vezes, na completa ineficácia da cobrança, considerando que, durante o tramitar do processo judicial, devedores desaparecem, dilapidam o patrimônio e utilizam-se dos inúmeros instrumentos judiciais para não pagarem o que devem. Portanto, são estes contribuintes inadimplentes que têm se beneficiado com a atual forma de cobrança, em detrimento daqueles que cumprem com suas obrigações em dia.

Nesse contexto, não parece absurdo que o Estado, responsável pela constituição, fiscalização e cobrança administrativa do crédito tributário, passe a ser considerado competente para promover a cobrança deste crédito através da execução forçada. Absurdo seria se a implementação dessa possibilidade de cobrança implicasse em transgressão ao devido processo legal (CAVALCANTE, 2007, p. 50).

A condução da execução fiscal judicial, pelo excesso de formalismo, pela atual estrutura do Poder Judiciário, pela lentidão na prestação da atividade jurisdicional, pela constante postura do contribuinte de se valer desses aspectos para prorrogar o pagamento do que deve, dentre outros motivos, leva à conclusão de que o sistema atual está fadado ao fracasso. O congestionamento dos órgãos judiciais, muitas vezes em face de processos inúteis, como é o caso de execuções fiscais já prescritas, impede a rapidez no andamento de atos processuais em processos com direito promissor, como ocorre em execuções fiscais em que o devedor é encontrado e possui bens para resguardar a dívida. Mencione-se, por exemplo, o trabalho realizado pelos oficiais de justiça, que só podem agir por determinação judicial. São constantes e incontáveis tentativas na busca dos executados e de bens passíveis de penhora, muitas vezes mal sucedidas, deixando-se de despender maiores esforços em processos relevantes e que apresentam boas perspectivas.

Realça Paulo César Negrão de Lacerda (2007, p. 94-95) que:

Outra vantagem derivada do modelo em debate é a de que os atos de constrição do patrimônio do devedor poderiam ocorrer de modo mais célere, em harmonia com a velocidade da vida moderna e do mundo globalizado, onde bilhões de reais podem ser transferidos por meio de um simples computador pessoal. O cerco ao patrimônio do devedor deixaria de depender da, às vezes, angustiante rotina judiciária, onde se aguarda um despacho, a publicação ou a expedição de um mandado por semanas e até meses. A Fazenda, livre dessas amarras, teria conhecimento imediato de diligências frustradas. Com isso, a adoção de novas providências tendentes a garantir o crédito poderia ser bastante acelerada.

Ainda mais positivo seria o impacto de tal reforma no quadro da cobrança dos grandes débitos. De fato, são os grandes devedores do Fisco exatamente aqueles que têm maior acesso aos meios utilizados para evitar a cobrança do crédito tributário, nomeadamente a lavagem de dinheiro, a utilização de paraísos fiscais e interpostas pessoas. Muitos, já no início de suas atividades, organizam seu negócio de maneira a, de um lado, concorrer de forma desleal por meio da sonegação ou do

inadimplemento de tributos, e, de outro, colocar fruto de seu bom desempenho empresarial, assaz beneficiado pela evasão fiscal, a salvo de cobranças promovidas pelo Fisco.

O combate a essas práticas exige a maximização da velocidade dos meios colocados à disposição da Fazenda Pública para bloquear o patrimônio de seus devedores. O tempo, como se sabe, é um dos maiores adversários da execução fiscal.

Outro ponto a se refletir é retratado na seguinte indagação: a Administração Pública, ao executar o crédito fiscal, não estaria a promover a auto-executoriedade de um ato administrativo que, no caso fiscal, seria a inscrição do crédito em dívida pública?

A doutrina administrativista distingue os atributos da auto-executoriedade e da exigibilidade do ato administrativo. Adverte Marcello Caetano (1997, p. 448) que:

Não se deve confundir acto executório com título executivo, e a executoriedade com a exequibilidade.

Título executivo é o documento que serve de base à execução judicial [...]; ao passo que o acto executório é a manifestação de vontade administrativa provida do atributo que vem da autoridade da Administração expressa no privilégio da execução prévia. Do acto executório pode nascer um título executivo sempre que a lei faça depender a realização da vontade administrativa de certas formas jurisdicionais para acautelar interesses fundamentais como a vida e a propriedade.

A executoriedade é a força que o acto possui de se impor pela execução imediata, independentemente de nova definição de direitos; a execução é o facto mesmo da realização do direito por meios materiais ou jurídicos. Quanto à exequibilidade significa que é susceptível de execução.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 138) explana que:

A *executoriedade* é, portanto, a *regra da execução administrativa*, embora sempre sujeita a duas inafastáveis condicionantes, uma positiva e uma negativa. A condicionante *positiva* é o pressuposto da exequibilidade, pois só o ato exequível se torna executório. A condicionante *negativa* é a inexistência de exceção legal, pois a lei pode submeter certos atos administrativos a um *prévio controle de legalidade*, transferindo, assim, ao Poder Judiciário, a prerrogativa de alcançar, nessas hipóteses excepcionais, direitos fundamentais especialmente tutelados, como a incolumidade da pessoa, sua dignidade e a garantia de seu patrimônio.<sup>143</sup>

Conclui Moreira Neto (2002, p. 140) que a regra é o ato administrativo gozar do atributo da executoriedade e que a execução de atos que dependam da manifestação do Judiciário (heteroexecutoriedade) é a exceção que decorre de expressa previsão legal, elencando como exemplo a execução fiscal, a desapropriação, a cassação de patentes, etc., “casos em que, a Administração, como autora, terá legitimidade *ad causam* para demandar o prévio acerto, pelo Poder Judiciário, da legalidade *lato sensu* de sua pretensão”.

Analisando-se a doutrina desses dois autores, outra resposta não poderia ser dada à questão *supra* senão a negativa.

<sup>143</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 283), “a executoriedade não se confunde com a *exigibilidade*, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de *coação material*, de *execução* do ato”.

Ocorre que a auto-executoriedade do ato administrativo pode advir de 2 (duas) situações, a saber: a) quando corresponder à condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado à Administração; e, b) em caso de previsão legal nesse sentido (MELLO, 2003, p. 385). Diante disso, pensa-se que poderia um novo sistema legal de cobrança do crédito tributário atribuir à inscrição do crédito fiscal em dívida pública o atributo da executoriedade. No âmbito fiscal, por exemplo, pode-se citar a apreensão e alienação de mercadorias nas alfândegas, prevista no Regulamento Aduaneiro (Decreto-lei nº 1.455, de 7 de abril 1976), como uma dessas situações em que a executoriedade advém de expressa autorização legal.

Não obstante o entendimento dos mencionados administrativistas, há quem defenda, por outro lado, que o ato de inscrição de determinado crédito tributário em dívida ativa é revestido de materialidade administrativa, gozando, por conseguinte, do atributo da auto-executoriedade.

Rui Duarte Morais (2004, p. 39), ao tratar da execução fiscal em Portugal, comenta o seguinte:

Na execução dos créditos resultantes de impostos, o titular do crédito exequendo é o próprio Estado (entendido na sua dimensão administrativa), o qual não precisa, necessariamente, de recorrer ao Estado (na sua dimensão judicial) para assegurar a efectiva execução de actos administrativos.

À Administração é, tradicionalmente, reconhecido o privilégio da execução prévia, entendido aqui na dimensão de lhe caber fazer executar coercivamente os seus próprios actos administrativos, dispor de uma autotutela executiva.

Vejam-se as considerações do autor português Nuno B. M. Lumbrales (2004, p. 45) a respeito do tema:

Por outro lado, se do ponto de vista da estrutura, os dois tipos de actos são, essencialmente, idênticos, o respectivo fim é diverso, já que para o acto administrativo a aplicação objectiva da lei é um meio ao serviço da prossecução do interesse público, que a abrange mas não se esgota nela. Para o acto jurisdicional, pelo contrário, a boa aplicação do Direito é um fim em si mesmo. Não obstante os seus diferentes fins, certo é também que tanto a administração pública como os tribunais são dotados de poderes de autoridade, de *ius imperium*, o que lhes permite o recurso direto à força pública e à coação para levar a cabo a execução de suas decisões.

Rubens Gomes de Sousa (1953, p. 20-26), em artigo publicado em 1953, faz observações a respeito da auto-executoriedade do ato administrativo fiscal do lançamento, bem como já chama a atenção para a deficiência no processo de execução brasileiro, frente a modelos vigentes em outros países:



[...] a ocorrência do fato gerador é, para o fisco, a fonte de uma simples função administrativa obrigatória e vinculada. O exercício dessa função por sua vez se traduz pela prática dos atos tendentes à constituição do título jurídico da obrigação tributária de lançamento. Dêsse momento em diante, a marcha do processo fiscal é determinada pela regra da executoriedade dos atos administrativos: como já fôra observado por Mortara, a executoriedade é uma consequência do efeito vinculatório dos atos administrativos sobre a própria administração que os expediu. Iniciado o processo fiscal, êle segue, portanto, o seu curso, sem depender de novas iniciativas, de novos impulsos processuais. Basta para impulsioná-lo o caráter obrigatório e vinculativo da lei tributária, que já havia, bastando originariamente, para determinar a iniciativa processual do fisco.

[...]

[...] A falta de cumprimento espontâneo da pretensão jurídica manifestada pelo fisco através do lançamento dará então lugar, em virtude do caráter executório dos atos administrativos, à cobrança por meio do procedimento executivo. Mas, êsse procedimento é, essencialmente, uma decorrência necessária e uma continuação natural do processo fiscal oficioso. Tanto assim que, nos países onde a organização do processo fiscal comporta uma separação entre as jurisdições competentes para o juízo de cognição e para o juízo de execução, a efetivação executiva da pretensão jurídica formulada no lançamento é promovida diretamente pela própria administração fiscal. [...]

[...]

[...] a administração fiscal, quando remete um processo ao Judiciário para cobrança executiva, não está pedindo o reconhecimento de um direito; por outras palavras, não está solicitando decisão de mérito, ao contrário do particular nas ações de direito privado. Em razão da executoriedade inerente aos atos administrativos, o lançamento é, por si só, suscetível de execução direta: goza do privilégio de certeza e liquidez. [...] esse exercício do poder executório, justamente em razão da executoriedade do lançamento do ato administrativo, não depende, por parte do Judiciário, de nenhum juízo prévio de mérito: é meramente uma providência de caráter administrativo, cujo fundamento jurídico já está contido no título em que se baseia a pretensão da Fazenda.<sup>144</sup>

Para o autor (1953, p. 26), diferentemente do que ocorre no Brasil, “a característica essencial do processo fiscal reside na possibilidade de execução direta por parte da própria administração – isto é, na atuação do privilégio da Fazenda como simples decorrência formal do encerramento da fase oficiosa do processo pelo ato administrativo do lançamento”.

Leon Frejda Szklarowsky (1999, p. 11) lembra que, ainda na década de 80, uma proposta de execução fiscal administrativa foi lançada, já por se verificar, à época, que a experiência forense ao longo da vigência da LEF não era de bons resultados. Para o autor:

<sup>144</sup> Essas considerações de Rubens Gomes de Sousa foram feitas em artigo em que o autor defende uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal, criticando o fato de atos realizados no âmbito administrativo não serem considerados ou aproveitados na jurisdição civil. Embora este ponto não diga respeito ao tema do presente trabalho, para que fique clara a idéia do autor, entende-se necessário transcrever o seguinte trecho conclusivo de seu posicionamento: “Esta situação demonstra um ponto que temos sustentado desde a primeira vez que escrevemos - em 1943 - sobre processo fiscal: que o ordenamento do processo fiscal, entre nós, com seu desenvolvimento através de duas jurisdições - administrativa e judiciária - constitui uma simples duplicação de atos e medidas processuais substancialmente idênticas e apenas formalmente diversas - e não um ordenamento sistemático de jurisdições, cuja diversidade de funções seja regulada em razão de uma delimitação substantiva de poderes e atribuições”.

A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível por força dos atributos dos atos administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da auto-executoriedade consistente na possibilidade de esses atos serem, imediata e diretamente, executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial.

Paulo César Negrão de Lacerda (2006, p. 103) observa que a execução fiscal não possui qualidade contenciosa, salvo em caso de oposição de embargos. Essa conclusão é inferida do fato de a execução ser um processo de realização e não de definição do crédito tributário, ocorrendo em fase anterior que se finaliza com o ato de inscrição em dívida ativa. O processo de execução não embargado, portanto, pode ser considerado como uma sucessão de atos destinados à expropriação de bens do devedor para a satisfação do crédito, atos iniciados pela própria Administração. Diante disso, se não há relação contenciosa, quando o devedor permanece inerte e não opõe os devidos embargos, razoável é que a Administração dê continuidade à prática desses atos, sem que haja, necessariamente, a intervenção do Judiciário.

A execução fiscal administrativa como meio de agilização na cobrança do crédito fiscal está inserida na ordem jurídica de vários países, como é o caso dos Estados Unidos, Espanha, Portugal, México, Chile, dentre outros. É certo que nem sempre modelos externos servem como solução para uma questão interna, mas a análise de outras experiências, sobretudo de países que apresentam eficácia na cobrança de seu passivo tributário, pode fornecer elementos úteis para a realidade brasileira.

Um parêntese a respeito de alguns pontos característicos do direito alienígena merece ser feito, com o intuito de demonstrar que nesses países, cujas ordens jurídicas apresentam similaridades com as do direito pátrio, é eficaz a adoção do modelo de cobrança fiscal administrativa. Entende-se louvável a constante observação de experiências estrangeiras, com o intuito de se colher idéias coerentes com a ordem jurídica interna, para a montagem de um modelo próprio, brasileiro, salientando-se que países como os Estados Unidos, Portugal, sobre os quais se tecerão alguns comentários a seguir, prevêm em seu sistema jurídico o princípio do devido processo legal.<sup>145</sup>

<sup>145</sup> O devido processo legal no Direito Norte Americano foi objeto de abordagem no primeiro capítulo, para o qual se remete o leitor. Com relação a Portugal, preconiza o seu texto constitucional que “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo” (art. 20º, nº 4), sendo a expressão *processo equitativo*, segundo Canotilho (2003, p. 492), que deu origem à compreensão doutrinária da proteção através de um processo justo. O autor português descreve as garantias processuais como derivação do princípio do Estado de Direito. Trata da “exigência de um *procedimento justo e adequado de acesso* ao Direito e de *realização do Direito*”.

No ordenamento jurídico estaduniense, a cobrança de débitos tributários de contribuintes inadimplentes pode se dar por dois meios: a) administrativamente (*administrative collection procedure*) ou judicialmente (*foreclosure action*) (GODOY, 2004, p. 69). Segundo retrata Arnaldo Godoy (2004, p. 69):

A cobrança administrativa é célere, ágil, eficiente, de muito impacto, marcada por grande margem de discricionariedade por parte dos agentes do fisco. Vislumbram e detectam cobranças que não apresentarão resultado, a dívida chamada pode, dificilmente cobrada, deixando-a de lado. Concentram-se em devedores de recuperação creditícia mais factível. Agentes fazendários infernizam a vida do devedor relapso. Fazem penhora administrativa, arresto de contas bancárias, de salários, de toda sorte de bens, onde quer que estejam.

[...]

A execução fiscal por via administrativa é o meio mais comum, mais usado, garantindo a excussão de bens do devedor e a realização do crédito público sem a intervenção do judiciário, sem maiores formalidades e delongas. Com efeito, a relutância por parte do governo norte-americano em usar o processo judicial como mecanismo de execução fiscal reflete custos e o tempo gasto em discussões judiciárias.

Inicia-se o procedimento administrativo de cobrança com a inscrição do débito (*assessment of tax*), a partir de quando tem o Fisco sessenta dias para notificar o contribuinte para promover o pagamento, bem como dez anos para executar a dívida, administrativa ou judicialmente (MORGAN, 1999, p. 127).

Considerando-se válida a notificação e não sendo pago o débito exequendo, o procedimento administrativo de cobrança segue seu curso, realizando quatro passos, a saber: *lien* (pré-penhora), *levy* (penhora propriamente dita), *seizure* (arresto) e *sale by auction* (venda mediante leilão). Nas palavras de Arnaldo Godoy (2004, p. 74-76):

A fazenda pública está autorizada a penhorar administrativamente bens do devedor. O procedimento tem início com fase de pré-penhora, chamada *lien*, por meio do qual tornam-se inalienáveis os bens do contribuinte em débito para com o fisco. [...]

[...]

Implementada a pré-penhora (*lien*), desfaz-se a mesma somente com a quitação da obrigação. [...]

[...]

Cabe apelo administrativo da penhora, por irregularidade, a ser alegada e provada pelo interessado.

[...]

O implemento da penhora (*levy*) e o arresto (*distrainment/seizure*) fazem-se por discricionariedade do fisco, que está autorizado também a penhorar salários (*wages*) de funcionários públicos devedores de impostos. [...]

Bem entendido, *lien* indica uma intenção de penhora por parte do fisco, um procedimento de pré-penhora, a *levy* é a penhora propriamente dita, que se finaliza com o arresto (*distrainment/seizure*) e com a venda do bem (*sale*). O bem penhorado deve ser imediatamente disponibilizado ao fisco, por parte de quaisquer pessoas que estejam em sua guarda ou posse, que podem arguir apenas irregularidade no procedimento de penhora.

Embora o bloqueio (*lien*) atinja o patrimônio integral do contribuinte inadimplente, a penhora administrativa sofre algumas restrições.<sup>146</sup>

O leilão do bem penhorado também é realizado administrativamente, sendo-lhe conferida ampla publicidade e exigindo-se o pagamento imediato.

Não obstante todo esse poderio conferido aos agentes administrativos, a legislação americana prevê possibilidade de o cidadão contribuinte recorrer ao judiciário, em casos de ilegalidade e abusos por parte daqueles. De acordo com Arnaldo Godoy (2004, p. 78), é previsto:

[...] um contrapeso ao poder conferido à administração. Trata-se da possibilidade que o interessado tem para buscar intervenção judicial, verificados abuso e ilegalidade por parte do fisco. Excesso de poder e negligência por parte dos agentes fazendários autorizam ação judicial para determinação de ação ou omissão culposa ou dolosa, assim como suscitam por parte do contribuinte pedido de indenização contra os empregados do fisco.<sup>147</sup>

O modelo de execução fiscal do Chile (*cobro ejecutivo de las obligaciones tributarias de dinero*) caracteriza-se por contar com duas fases nitidamente distintas. A primeira delas é conduzida por agências fiscais, *Servicios de Tesorerías*, de feição objetivamente administrativa. Ainda nesse primeiro momento pode-se chegar à cobrança forçada, mediante penhora e posterior leilão de bens ou conversão em renda.

No segundo passo, o processo tramita junto a tribunais judiciais, sendo as execuções nessa fase conduzidas por advogados públicos, *adbogados provinciales*. A matéria é regulada pelo *Título V* do Código Tributário Chileno<sup>148</sup>, bem como por excertos do Código de Processo Civil daquele país, documento normativo subsidiário, em âmbito de execução fiscal.

<sup>146</sup> “Há bens que não podem ser penhorados (*exempt from levy*). Entre eles, peças de vestuário (*wearing apparel*), livros escolares, provisão de gasolina, armas para uso pessoal, gado, aves domésticas (esses seis últimos itens no limite de U\$ 6.250), livros técnicos, instrumentos de trabalho (esses dois últimos itens no limite de U\$ 3.125), salário de seguro-desemprego, correspondência não entregue pelo correio ao destinatário, rendimentos de aposentadoria pagos pelo exército, marinha, força aérea, indenização por acidente de trabalho (*workmen’s compensation*), valores determinados por decisão judicial para sustento de menor (*judgment for support of minor children*), parcela de salários (em média equivalente ao valor permitido pela dedução mínima a que todo contribuinte do imposto de renda tem direito)” (GODOY, 2004, p. 77).

<sup>147</sup> “O que faz funcionar o sistema norte americano, portanto, não é a implantação de um reino de terror fiscal. Muito ao revés, é a busca incessante e incansável da eficiência, que garanta um mínimo de desperdício e uma máximo de resultado, mas com respeito aos direitos do contribuinte. O objetivo final desse sistema está condensado na frase do *Commissioner of the IRS*, antes reproduzida: ‘*taxpayers should pay what they owe*’. Ou seja, os contribuintes devem pagar aquilo que é devido. Simples como isso” (LACERDA, 2007, p. 80).

<sup>148</sup> CTC, *Artículo 168. La cobranza administrativa y judicial de las obligaciones tributarias que deben ser cobradas por el Servicio de Tesorerías, de acuerdo con la ley, se regirá por las normas de este Título.*

A exemplo do que ocorre no Brasil, é um título executivo extrajudicial que instrui e fomenta a execução fiscal no Chile, ainda em âmbito administrativo. À autoridade fiscal local, o *Tesorero Comunal*, cabe ordenar, por despacho, a ordem de execução e penhora.<sup>149</sup> A referida autoridade atua como juiz presidente do feito, em seus primeiros passos, ainda na esfera administrativa, salientando-se que contra a ordem que deu início à execução, bem como contra a penhora, não há, neste estágio do procedimento, nenhuma possibilidade de insurgência, mediante recurso.<sup>150</sup>

Cabe ao agente fiscal notificar pessoalmente o devedor e realizar a penhora de bens, não havendo participação do oficial de justiça. Pode-se exigir, inclusive, dos devedores documento no qual especifiquem todos os bens que possuam.<sup>151</sup> É conferida oportunidade ao executado de apresentar *oposición*, administrativamente, à execução junto ao órgão local competente<sup>152</sup>, instituto que diverge dos embargos à execução do sistema brasileiro, por estes tramitarem no âmbito judicial. Com a apresentação dessa oposição, uma vez saneado o feito, e não acolhidas as alegações do executado, o *advogado provincial* (representante do fisco, que zela pelos interesses da administração tributária), encaminha os autos de execução para a justiça comum, um *Tribunal Ordinário*, para que se manifeste a respeito da impugnação do devedor.

A autoridade judicial que tem competência para julgar o feito é o *Juiz de Letras*, o que equivale, no direito brasileiro, à primeira instância da justiça comum.<sup>153</sup> O recurso eventualmente interposto é apreciado e julgado em segunda instância, pela Corte de Apelação.<sup>154</sup>

<sup>149</sup> Pode-se penhorar, inclusive, e principalmente, parcela do salário do executado.

<sup>150</sup> CTC, Artículo 170. *El mandamiento de ejecución y embargo podrá dirigirse contra todos los deudores a la vez y no será susceptible de recurso alguno.*

<sup>151</sup> CTC, Artículo 171. *Para facilitar estas diligencias, los recaudadores fiscales podrán exigir de los deudores morosos una declaración jurada de sus bienes y éstos deberán proporcionarla. Si así no lo hicieren y su negativa hiciera impracticable o insuficiente el embargo, el abogado Provincial solicitará de la Justicia Ordinaria apremios corporales en contra del rebelde.*

<sup>152</sup> CTC, Artículo 176. *El ejecutado podrá oponerse a la ejecución ante la Tesorería Comunal respectiva, dentro del plazo de diez días hábiles contados desde la fecha del requerimiento de pago practicado conforme al artículo 171°.*

<sup>153</sup> CTC, Artículo 180. *El expediente y el escrito a que se refiere el artículo anterior se presentarán ante el Juez de Letras de Mayor Cuantía del departamento correspondiente al domicilio del demandado al momento de practicarse el requerimiento de pago.*

<sup>154</sup> CTC, Artículo 181. *Será competente para conocer en segunda instancia de estos juicios, la Corte de Apelaciones a cuya jurisdicción pertenezca el Juzgado referido en el inciso anterior.*

Caso o executado não protocolize impugnação, ou ainda se improcedente a mesma, ao magistrado cabe ordenar a entrega dos bens penhorados, realizando-se leilão<sup>155</sup>, sendo permitida ao fisco a adjudicação dos bens penhorados. Há possibilidade de se impugnar a atuação de agente fiscal, devendo-se invocar e comprovar os mesmos motivos que justificariam o impedimento dos magistrados<sup>156</sup>, matéria regulada, entre outros, pelo Código de Processo Civil chileno.<sup>157</sup>

A execução fiscal administrativa mexicana é regulamentada pelo Código Fiscal (*Código Fiscal de la Federacion, 2007, on line*), de 31 de dezembro de 1931, e é marcada por forte componente de celeridade. Em linhas gerais, dispõe que o não recolhimento do débito, por parte do devedor, após regular notificação (art. 151), propicia que a administração, de imediato, possa penhorar bens, levá-los a leilão, bem como implementar a adjudicação, em favor do fisco (art. 151, I). Pode inclusive intervir em negócios do devedor, de modo a garantir os valores de que é credor (art. 151, II).

Em Portugal, por sua vez, a execução fiscal encontra-se disciplinada pelo Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT – Decreto-lei nº 433, de 26 de outubro de 1999). Embora denominada pela lei portuguesa como judicial, a execução do passivo tributário, na verdade, corresponde a processo especial, misto, contendo uma fase administrativa e outra de cunho jurisdicional, em que a competência última é de um juiz, dando-se tradução ao direito de acesso a Tribunais, bem como o direito do executado à proteção perante uma execução injusta (MORAIS, 2004, p. 39 e 41).

Existem momentos de natureza jurisdicional, em que atua o juiz proferindo o Direito, e outros, considerados não jurisdicionais, atribuídos a funcionários. No caso da execução fiscal, estes últimos atos são da competência da administração fiscal, sendo praticados por agentes administrativos, alheios aos Tribunais Judiciais. Explana Rui Duarte Morais (2004, p. 43) que:

[...] o processo de execução fiscal é um processo que, apenas em último termo, é judicial, contendo importantes momentos de intervenção – no exercício de competências próprias, fixadas por lei (o que não é o mesmo que dizer competências

<sup>155</sup> CTC, *Artículo 184. Si no hubiere oposición del ejecutado, o habiéndola opuesto se encontrare ejecutoriada la resolución que le niega lugar o en los casos en que no deba suspenderse la ejecución de acuerdo con los artículos 182 y 183, el Juez ordenará el retiro de las especies embargadas y el remate, tratándose de bienes corporales muebles y designará como depositario a un recaudador fiscal con el carácter de definitivo, a menos que se le solicite que recaiga en el deudor o en otra persona.*

<sup>156</sup> CTC, *Artículo 187. Para inhabilitar a los recaudadores fiscales será necesario expresar y probar alguna de las causales de implicancia o recusación de los jueces en cuanto les sean aplicables.*

<sup>157</sup> CPCC, *Artículos 113-128.*

de órgão executivo, em sentido estrito) – de órgãos da administração fiscal que, assim, são chamados a *colaborar na cobrança dos tributos* com o Tribunal.

O art. 10º, nº 1, alínea f, do CPPT português, confere à própria administração fiscal a competência para instaurar os processos de execução fiscal, detendo o órgão administrativo da execução fiscal legitimidade para conduzir o processo como exeqüente (art. 152º, nº 1). Oposições à execução, por sua vez, são apreciadas pelo Tribunal tributário competente<sup>158</sup>, permanecendo o feito executório no âmbito da Administração, não tendo a referida oposição, por si só, efeito suspensivo quanto ao processo de execução.<sup>159</sup> Esse efeito somente se dará se a administração fiscal tiver constituído uma garantia especial de seus créditos; se o executado oferecer garantia idônea; ou, se existir penhora que garanta a totalidade da dívida exequenda (art. 169º). Em outras palavras, o ato tributário de cobrança somente tem sua eficácia suspensa quando o Estado assegura a efetiva cobrança do crédito que se atribui (MORAIS, 2004, p. 67-75).

Essa oposição à execução, semelhante aos embargos à execução previstos no modelo brasileiro, deve ser instruída com documentos que comprovem alegações, rol de testemunhas e requerimento de demais provas (art. 203º, nº 1, a).

No que pertine à realização de atos de constrição, apresenta a lei portuguesa o arresto e a penhora, ambos realizados administrativamente. O arresto decorre do justo receio de insolvência ou de ocultação ou alienação de bens (art. 214º, nº 1), podendo o representante da Fazenda Pública requerer, nessas situações, o arresto de bens suficientes para garantir a execução. Quanto à penhora, é facultado ao executado nomear bens que podem ou não ser aceitos pela Administração (art. 215º).<sup>160</sup> A venda dos bens penhorados é também

<sup>158</sup> Art. 151, nº 1, do CPPT: “Compete ao tribunal tributário de 1ª instância da área onde correr a execução, depois de ouvido o Ministério Público nos termos do presente Código, decidir os incidentes, os embargos, a oposição, incluindo quando incida sobre os pressupostos da responsabilidade subsidiária, a graduação e verificação de créditos e as reclamações dos actos materialmente praticados pelos órgãos da execução fiscal”.

<sup>159</sup> “Continua a ser dominante o entendimento tradicional de que a posição jurídica de supremacia que o Estado ocupa em relação fiscal não deve ficar afectada em virtude da utilização pelo contribuinte de qualquer dos meios de defesa da, sempre tão contestável, idéia de supremacia do credor fiscal para justificar a ausência de efeito suspensivo” (MORAIS, 2004, p. 74).

<sup>160</sup> Rui Duarte Morais (2004, p. 92-93) ressalta a importância da penhora no modelo de execução fiscal português: “É sabida a função deste instituo jurídico-processual. Uma vez que todo o património do devedor responde, potencialmente, pelas suas dívidas, há que concretizar aqueles bens que deverão ficar afetos ao pagamento da quantia exequenda. Tal é, desde logo, do interesse do próprio executado que, assim, verá os poderes normais de disposição do seu património limitados relativamente a, apenas, alguns dos bens que o constituem, mantendo-os intactos relativamente aos demais. É, também, do interesse de terceiros, uma vez que a publicidade inerente à penhora, ao menos nos casos em que está sujeita a registro, garante certa segurança aos que com o executado pretendem negociar. Mas é, fundamentalmente, ao interesse do credor exequendo: a penhora é um meio de conservação da garantia patrimonial constituída por estes bens. Função conservatória essa que essencialmente, na sua entrega a um depositário, que sobre eles passa a exercer posse em razão dessa qualidade e dos poderes inerentes (isto mesmo quando depositário é o executado), competindo-lhe, desde logo,

promovida pelo órgão exequente, podendo ser realizada mediante o recebimento de propostas em cartas fechadas (art. 248º) ou em hasta pública, sendo a arrematação presidida por representante daquele (arts. 249º e 254º).

Na ordem jurídica portuguesa, portanto, tem-se um sistema misto, em que são realizados atos de natureza administrativa e, excepcionalmente, jurisdicional, o que ocorre somente quando o executado venha a exercer o seu direito de defesa.

Ainda tratando de Portugal, abre-se mais um parêntese para mencionar que, desde o ano de 2001, foi implementado naquele País um projeto de *desjudicialização*. Conforme arrazoado previsto na Lei nº 82, de 3 de agosto de 2001<sup>161</sup>, a necessidade de desjudicialização decorre da constatação do desequilíbrio estrutural entre a capacidade de atuação da Justiça e a crescente procura dos seus respectivos serviços.

Essa desjudicialização denota a idéia de divisão de trabalhos entre o Poder Judiciário e outras instituições, consubstanciando-se na transferência de determinadas categorias de litígios para instituições alheias aos tribunais judiciais.

Mônica Jacqueline P. de Medeiros (2006, p. 65), juíza federal, em artigo escolhido no Concurso de Monografias do Conselho da Justiça Federal, aduz que:

O projeto de desjudicialização português foi concebido dentro do quadro do sistema judicial como resposta à morosidade dos tribunais para atender à demanda (aumento de pendências), ao excesso de formalismo, ao custo, à ‘irrazoável’ duração dos processos e ao difícil acesso à Justiça. Os processos de desjudicialização têm consistido essencialmente, por um lado, na simplificação processual, no recurso dos tribunais, dentro do processo judicial, a meios informais e a ‘não-juristas’ para a resolução de litígios. Por outro, desenvolvem-se mediante a transferência da competência da resolução de um litígio do tribunal para instâncias não-judiciais ou para o âmbito de ação das ‘velhas’ ou ‘novas’ profissões jurídicas, ou mesmo das atuais profissões de gestão e de resolução dos conflitos.<sup>162</sup>

um dever de guarda; uma conservação jurídica, que se traduz na ineficácia relativamente ao exequente (e aos credores que possam reclamar os seus créditos nessa execução) dos atos de oneração ou disposição dos bens penhorados, mas apenas na exata medida em que tais atos sejam incompatíveis com os fins da execução. Por ultimo, a delimitação operada pela penhora circunscreve a esses bens o âmbito dos atos processuais subseqüentes, como sejam, p.ex., a venda judicial ou reclamação de créditos”.

<sup>161</sup> Ao abrigo de autorização legislativa concedida pela Assembléia da República Portuguesa e tendo em vista a concretização da estratégia de desoneração dos tribunais de processos não correspondentes à respectiva reserva natural de intervenção, este diploma foi editado para promover a transferência da competência em determinados processos que por natureza não correspondem a verdadeiras situações de litígio, dos tribunais judiciais para o Ministério Público e às denominadas conservatórias de registo civil.

<sup>162</sup> Ainda nas palavras da autora (2006, p. 65), “No sistema de resolução de litígios que os Estados e as sociedades começaram a construir, em Portugal, reconfiguram-se as funções tanto dos primeiros como das segundas, desenvolvem-se as parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado, propugnando-se por um novo modelo de Justiça, ou seja, um sistema integrado de resolução de litígios em que a pluralidade dos órgãos de resolução alternativa de conflitos tanto pode representar verdadeiras alternativas de conflitos tanto pode representar verdadeiras alternativas aos tribunais judiciais (resolvem litígios que os tribunais judiciais



Essa idéia da desjudicialização, embora talvez não utilizada essa terminologia, tem sido inserida na ordem jurídica brasileira, o que se depreende de recentes edições de medidas legais, nas mais diversas áreas do Direito, regulamentando formas alternativas de solução de conflitos.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem, exemplificativamente, quebrou o monopólio judicial em determinadas matérias. Outro exemplo é a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, que passou para o âmbito administrativo a solução de litígios de imóveis, delegando ao oficial cartorário a possibilidade de promover a retificação de registros de imóveis, em caso de eventuais erros, atividade de cunho administrativo, anteriormente de competência do Judiciário. O processo administrativo de inventário e partilha, cuja solução judicial era de considerável demora, foi recentemente inserido no sistema jurídico brasileiro através da Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, norma que também consagrou a possibilidade da separação e do divórcio consensuais serem realizados administrativamente. Regras não muito recentes também conferem soluções extrajudiciais, a saber, o Decreto-lei nº 911, de 1º de janeiro de 1969, que alterou a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e a Lei nº 9.514, de 20 de novembro 1997. A primeira trata da alienação fiduciária, que permite ao credor alienar o bem apreendido, sem a necessidade de intervenção de juízes para tanto. A segunda instituiu a venda extrajudicial de imóveis financiados e apreendidos pelo próprio credor sem qualquer participação do Judiciário.

Diante dessas considerações, por que, então, não se admitir que procedimentos da execução que não se revestem de natureza jurisdicional possam ser realizados pela própria Fazenda credora? Aliás, é defendendo uma resposta positiva à indagação acima que membro do próprio Judiciário, Antônio Pessoa Cardoso (2007, p. 21), manifesta-se:

Outros procedimentos poderão ser desjudicializados. [...] Os débitos fiscais, por exemplo, são apurados, lançados e inscritos na dívida ativa pela Administração, mas a norma não lhe permite efetivar a cobrança, providência que deveria competir ao próprio Fisco. Aliás, já há precedentes, neste sentido, a exemplo da Caixa Econômica Federal que faz a execução extrajudicial de seus créditos, relativos ao financiamento de imóveis.<sup>163</sup>

---

também dirimem) ou, antes, um seu complemento (para os litígios que nunca chegariam a tribunal) ou, ainda, um seu substituto (a transferência de competências de resolução de litígios dos tribunais para esses meios)”.

<sup>163</sup> Em seminário sobre a Execução Fiscal Virtual, realizado em setembro de 2006, conforme divulgação no Boletim Informativo *Justiça Federal Hoje*, o Coordenador-Geral da Justiça Federal, Ministro Fernando Gonçalves, ressaltava que a discussão a respeito da Execução Fiscal Virtual seria o primeiro passo. Num segundo momento, a intenção seria de realizar seminários para discutir sobre a desjudicialização da execução fiscal na Justiça Federal, o que contribuiria para desafogar o volume de processo no Poder Judiciário.

E partindo desse exemplo suscitado da execução extrajudicial de créditos pela Caixa Econômica que, aliás, foi recepcionada pela CF de 1988, segundo o STF<sup>164</sup>, é de se questionar, mais uma vez, onde está o óbice para não se implementar medida semelhante para a cobrança do crédito fiscal, cujos privilégios não detêm o crédito daquela empresa governamental.

Feitas essas considerações, passa-se à análise do que teria que ser observado em caso de reajuste no modelo de cobrança do passivo tributário no Estado brasileiro, de modo a não transgredir os direitos dos contribuintes, nomeadamente, o princípio do devido processo legal, objeto do presente estudo.

### **5.3 Limites constitucionais: o devido processo legal**

Conclui-se, após todo o explanado neste trabalho, que o modelo atual de cobrança fiscal no Brasil está inadequado e carece de revisão. Resta nesse contexto averiguar quais reajustes poderiam ser inseridos na ordem jurídica de modo a não transgredir a cláusula do devido processo legal.

Enfatizou-se a importância do processo administrativo fiscal, dentre outros, como meio de salvaguarda de direitos dos contribuintes, de aplicação do princípio da legalidade, de solução de conflitos, de pacificação social, demonstrando-se que o alcance da justiça tributária não está adstrita à seara judicial, na medida em que aquele processo pauta-se em princípios previstos na ordem constitucional e legislação esparsa, que lhe conferem o mesmo status de garantia fundamental dada ao processo judicial.

Essa característica atribuída ao processo administrativo pelo legislador constituinte, notadamente em virtude do disposto no art. 5º, inciso LV, da CF de 1988, não foi

---

<sup>164</sup> “Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade” (RExt – AgR 408224/SE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado pela 1ª Turma, em 3 de agosto de 2007, publicado no DJU, de 31 de agosto de 2007, p. 33). “Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-lei n. 70/66. Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (Súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido” (RExt 287453/RS, Ministro Relator Moreira Alves, julgado pela 1ª Turma, em 18 de setembro de 2001, publicado no DJU, de 26 de outubro de 2001, p. 63).

despropositada, devendo-se afastar qualquer visão reducionista daquele processo quando comparado ao processo que tramita no Poder Judiciário.

Dada a importância dos processos tramitantes na esfera administrativa, vislumbra-se que poderia a Fazenda credora realizar, no âmbito administrativo, atos da cobrança de título executivo fiscal quando estes não se reverterem de natureza jurisdicional, atentando, obviamente, para óbices constitucionais “realmente” existentes.

Destacou-se o termo “realmente” de forma proposital. Explica-se o porquê.

A Constituição Federal brasileira é composta por inúmeros dispositivos, figurando dentre eles normas de natureza principiológica que, como explicou Alexy (1993, p. 87), apresentam estrutura aberta, que podem ser cumpridas em diferentes graus, dependendo a medida de seu cumprimento das possibilidades reais e jurídicas e da atividade valorativa exercida pelo aplicador do Direito.

A importância dos princípios para o Direito dispensa maiores comentários. Todavia, exatamente por corresponderem a normas de estrutura aberta, sujeita à valoração de quem os aplica, abre-se margem para diferentes interpretações. O que se observa desse fato é que, no Brasil, há uma cultura de se contestar a constitucionalidade de dispositivos legais, apresentando-se argumentos baseados em princípios constitucionais que, de fato, não estão sendo transgredidos. Isso é comum em alterações promovidas na seara do Direito Tributário, o que não é de se estranhar, afinal esse ramo do Direito é um dos que afeta diretamente o bolso do brasileiro.

Há que se distinguir, portanto, os reais óbices constitucionais dos óbices, pode-se dizer, culturais.

Voltando à idéia de realização de atos executórios pela própria Administração credora, vejamos alguns pontos que devem ser observados em caso de eventual reajuste no modelo de cobrança fiscal atual.

Inicialmente, enfatiza-se que não se pode perder de vista aspecto fundamental concernente à atenção aos princípios do contraditório e à ampla defesa, não se podendo realizar qualquer ato que implique em restrição de direitos do cidadão contribuinte sem que lhe seja conferida oportunidade para invocar questões preliminares e de mérito capazes de contrapor, ainda que em parte, a execução promovida pelo Estado.

Muito embora esteja a cobrança de créditos tributários protegida pela presunção relativa de certeza, liquidez e exigibilidade, não há como se afastar a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são inerentes. Desta feita, há sempre que se admitir ao executado o direito de oposição de embargos, ao ajuizamento de ação de anulatória do título exequendo, à apresentação de exceção de pré-executividade, entre outras medidas capazes de garantir a adequada e efetiva tutela jurisdicional dos direitos do executado, em total conformidade com o devido processo legal.

E aqui merece ser destacado o instituto da exceção de pré-executividade que, embora ainda não positivado, é instrumentalizado pela integralidade do Judiciário. Uma lei prevendo a realização de determinados atos executivos pela Administração seria uma excelente oportunidade para a sua positivação, permitindo-se que o contribuinte executado, intentando desconstituir o título exequendo, venha a se utilizar desse meio, na seara administrativa. Nessa oportunidade, situações desprovidas de necessidade de produção de provas já poderiam ser aventadas, como decadência da cobrança, prescrição do título, iliquidez ou incerteza do título, etc., evitando-se o seu encaminhamento ao Judiciário que, como insistentemente mencionado, encontra-se abarrotado de processos que findam por impedi-lo de prestar uma efetiva tutela jurisdicional.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF de 1988, por meio do qual não pode o jurisdicionado ser impedido de ir a juízo deduzir sua pretensão. Sempre que houver lesão a direito individual, a lei deve assegurar o acesso imediato ao Judiciário.

Esse princípio, inserido no rol dos direitos fundamentais, está albergado pela imutabilidade assegurada por meio do art. 60, §4º, da CF de 1988, não podendo ser afastado por qualquer modificação inserida na ordem jurídica. Portanto, uma lei reajustando o modelo atual de cobrança fiscal há que estar em perfeita consonância com este ditame constitucional, o que não parece incompatível. Embora uma das razões ensejadoras desse reajuste seja o fato de estar o Poder Judiciário assoberbado com incontáveis processos, não se pode pretender, nem por hipótese, afastar qualquer discussão desse Poder. O que se deve buscar, na verdade, é uma racionalização das demandas atualmente encaminhadas ao Judiciário, permitindo que determinados atos executórios sejam promovidos no âmbito administrativo, sempre em consonância com o princípio do devido processo legal. Dessa forma, conseqüências benéficas imediatas seriam alcançadas, a saber: a) agilizar-se-ia a

cobrança do crédito tributário, na medida em que uma considerável quantidade de execuções fiscais poderia ser instaurada e extinta sem que fosse necessária a participação de juízes; e, b) evitar-se-ia o acúmulo considerável de execuções fiscais, dando ensejo a uma prestação jurisdicional mais eficiente e célere em demandas distintas.

O acesso ao Judiciário há que ser assegurado, certamente, em caso de oposição de embargos à execução, quando se torna litigiosa a demanda executória.<sup>165</sup> A execução não embargada, por sua vez, advém do desinteresse do contribuinte em contestar o valor cobrado, podendo ser entendida, inclusive, como uma concordância à postura do Fisco. Em sendo assim, por quais razões teriam que correr demandas como esta no Judiciário, se poderia a própria Administração exercer atos capazes de agilizar a obtenção de um bom resultado da execução?

Há que se lembrar, ainda, que o acesso ao Judiciário restará resguardado pela possibilidade de sempre valer-se o contribuinte dos remédios constitucionais e ações judiciais tributárias.<sup>166 167</sup>

Diante disso, não há como se alegar que a implementação de atos de execução fiscal administrativamente no Brasil, respeitadas as ponderações acima, malferiria os princípios da inafastabilidade da Jurisdição e do Juiz Natural, posto que, em caso de irrisignação do contribuinte, quem finalmente irá dizer o direito no caso concreto é o próprio juiz, a quem cabe sempre a última palavra a respeito da solução litigiosa.

---

<sup>165</sup> Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 915), em comentários a um anteprojeto de lei da execução fiscal, aduziu que, “Medida de grande sentido cívico é a previsão de que os embargos do devedor poderão ser deduzidos independentemente de garantia do juízo. Com isso assegura-se o acesso à justiça a quem não tem condições de dar bens à penhora (art. 9º). Por outro lado, se a Fazenda localizar bens exequíveis, nenhum prejuízo terá, visto que, sem a penhora os embargos não impedirão a continuidade da execução, ou seja, o devedor pode embargar sem penhora, mas sem suspender o processo executivo”.

<sup>166</sup> Em outras palavras, o acesso ao Judiciário deverá ser sempre resguardado em caso de eventual transgressão a direito fundamental do contribuinte. Segundo Juan Carlos Luqui (1993, p.30-31), “[...] *los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo pueden ser controlados por el Poder Judicial, esto siempre que por dichos actos se viole algún principio constitucional o se lesione, en otros casos, algún derecho consagrado en las leyes. [...] tanto el acto del Congreso, como el del Poder Ejecutivo, respectivamente, pueden originar la lesión de alguna garantía constitucional o de algún derecho del contribuyente consagrado en la ley; en ambos casos, aunque mediante el uso de distintos recursos pued el agraviado ocurrir ante los jueces para que se respete la Constitución o la ley*”.

<sup>167</sup> Como ações judiciais tributárias, tem-se: a) ação de repetição de indébito, cujo objetivo é o recebimento do valor pago a maior ou de forma indevida; b) ação ordinária anulatória de lançamento ou de qualquer exigência fiscal ilegal; c) ação de consignação em pagamento, com vistas a depositar a quantia que o contribuinte entende devida com efeito de pagamento; e, d) ação declaratória, visando ver declarada a existência ou inexistência de relação jurídica.

A realização de atos de constrição, pela própria Administração, por outro lado, poderá ensejar polêmica.

Iniciando-se pela penhora, entende a doutrina processualista que a natureza jurídica desse instituto é de ato executivo. Compartilham desse entendimento, dentre outros, José Frederico Marques (1976, p. 146), Moacyr Amaral Santos (2003, p. 296), Araken de Assis (2002, p. 574), Misael Montenegro Filho (2007, p. 402), Humberto Theodoro Junior (2004, p. 315).

Entendem, ainda, os autores que a penhora “não tira do devedor o *ius proprietatis* sobre os bens penhorados” (MARQUES, 1976, p. 147), o que só ocorrerá no desfecho da ação executiva. “Apenas vincula os bens ao processo para ulterior satisfação do credor” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 402; SANTOS, 2003, p. 298).

Com efeito, por se tratar de ato executório, o ato material da penhora não possui qualquer caráter decisório ou definitivo, não se vislumbrando objeções para que a própria Administração o realize. Além disso, desconhece-se reserva de jurisdição em matéria de penhora. O que se deve garantir é a possibilidade de o Poder Judiciário intervir quando o executado irressignar-se com o ato administrativo da penhora, quando excessiva, em caso de transgressão à gradação legal, etc., cumprindo-se, assim, com a cláusula do devido processo legal.

Há quem defenda, como Leon Frejda Szklarowsky (1997, p. 2), que “a penhora é um ato administrativo e não jurisdicional, segundo a melhor doutrina, não necessitando realizar-se sob as vistas do magistrado”.<sup>168</sup>

Kiyoshi Harada (2007, p. 4) apresenta indagação aos opositores da penhora administrativa:

a penhora de uma imóvel X ordenada pelo juiz competente causa constrangimento menor ao devedor do que a penhora do mesmo imóvel X ordenada pela autoridade administrativa competente? Claro que não! A penhora efetivada por ordem da autoridade administrativa competente oferece maior dificuldade de defesa do que aquela ordenada pelo juiz competente? A resposta negativa se impõe! Então, pergunto, por que a resistência? Por que o juiz deveria ficar vigiando o ato de

<sup>168</sup> Segundo Leon Frejda Szklarowsky (1997, p. 2), com a realização da penhora administrativamente, estará o direito brasileiro inovando, “porque a Fazenda poderá executar o seu próprio ato, realizando a penhora administrativa, efetuando previamente o controle da legalidade prevista na legislação pátria, com maior legitimidade e harmonia com os pressupostos constitucionais do que a decretação da indisponibilidade de bens introduzida pela lei cautelar fiscal, proposta, antes ou durante a execução fiscal, de duvidosa constitucionalidade”.

penhora? O importante, o relevante juridicamente, é assegurar os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Se a penhora for excessiva ou se ela não obedecer à gradação prevista na lei sempre restará ao devedor impugnar essa penhora por ocasião dos embargos, regidos pelo princípio da eventualidade.<sup>169</sup>

Recente inovação promovida no CPC de 1973, advinda da Lei nº 11.382, de 6 de setembro de 2006, conferiu ao credor particular de quantia certa a faculdade de, no ato da distribuição da ação de execução, obter certidão comprobatória do seu ajuizamento, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto (art. 615-A), fazendo constar a presunção de fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (§3º).<sup>170</sup>

Percebe-se que o legislador ordinário promoveu uma considerável evolução no tramitar do processo de execução civil, permitindo que, antes mesmo do recebimento da respectiva ação pelo juiz, dê o credor publicidade do seu direito, cuja procedência, diga-se de passagem, sequer foi objeto de análise pelo Poder Judiciário. Se ao próprio credor particular foi permitida a adoção dessa medida, por que então considerar ilegal ou até mesmo inconstitucional que a Administração Pública vá além e promova a penhora, administrativamente, considerando que o ato de inscrição do crédito fiscal em dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez? E mais, de acordo com a referida inovação legal, a simples averbação, repita-se, de ação de execução de crédito particular em que o credor sequer precisa ter sido citado, implicará na presunção de fraude à execução em caso de alienação ou oneração de bens. Imagine-se o transtorno que isso causará ao executado que, por vezes, pode nem mesmo ter tomado ciência da ação executória. Terá este que se valer dos embargos à execução ou dos remédios constitucionais para reverter o quadro. Diante disso, é de se indagar: que diferença existe entre a situação do executado numa ação de execução de crédito particular, da situação de um contribuinte executado que tenha contra si a constrição de bens pela própria Administração? Parece é que pior é a situação do primeiro, na medida em que as averbações podem ser realizadas junto aos cartórios, a órgãos

<sup>169</sup> Por apego ao rigor acadêmico, há que se mencionar que o autor, embora defenda a penhora administrativa, discorda da implementação de uma execução fiscal administrativa.

<sup>170</sup> Em comentário ao referido artigo, Glauco Gumerato Ramos (2007, p. 157) enfatiza: “No mais, o novo art. 615-A criou uma importante *faculdade* ao exequente, apta a viabilizar um duplo resultado na dinâmica da execução (realização) de títulos judiciais e extrajudiciais. De um lado, o exequente reforça, em seu benefício, a publicidade quanto ao início da execução (realização) dirigida em face do executado; por outro, colabora para que eventuais terceiros de boa-fé não venham a adquirir um bem sob fraude à execução (art. 593, II, do CC), o que enaltece – ao menos assim me parece – o escopo social do processo, de modo a colaborar com a manutenção, em sentido abrangente da *paz social*”.

responsáveis pelo registro de veículos, de modo que a integralidade do patrimônio do executado poderá vir a ser “marcada” por uma restrição que, certamente, muitos embaraços lhe causará; um terceiro refletirá antes de adquirir um bem sob essa condição. No caso de penhora administrativa decorrente de um débito fiscal, a penhora poderá recair em apenas um dos bens do devedor, a depender do montante exequendo. Essa inovação do CPC, portanto, somente reforça o fato de a penhora administrativa coadunar-se com o sistema jurídico brasileiro. O importante, como já salientado, é que se assegure ao contribuinte inadimplente o direito de impugnar, judicialmente, eventual ato de constrição. Qualquer restrição nesse sentido, isto sim, seria inconstitucional.

Outra recente inovação promovida na Lei Adjetiva Civil foi a permissão da alienação dos bens penhorados em sede de execução ser realizada por iniciativa do próprio particular exequente. Consoante dispõe o art. 685-C, “Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária”. Com essa modificação, penhorado um bem do executado, dá-se a expropriação, que consiste, dentre outros meios, na alienação por iniciativa particular (art. 647, inciso II).<sup>171</sup>

Essas mencionadas alterações, dentre outras, somente demonstram que o legislador ordinário percebeu que o regramento da execução entre particulares também carecia de meios que tornassem eficaz a satisfação de dívidas, aumentando o poderio do credor exequente, através da atribuição de certas providências de iniciativa deste, de cunho operacional. Nesse mesmo sentido, é que se deveria pensar a respeito da cobrança do passivo tributário. Por que não conferir à própria Administração a competência de realização de atos processuais, desprovidos de natureza jurisdicional, que sejam capazes de agilizar essa cobrança? Repita-se, uma lei nesse sentido não pode, por hipótese alguma, afastar a integralidade dos atos processuais da apreciação do Poder Judiciário, como é o caso do julgamento dos embargos, exemplificativamente.

---

<sup>171</sup> Leonardo José Carneiro da Cunha (2007, p. 95), em comentário à referida alteração legal e seu reflexo na execução fiscal, manifesta-se: “Tais regras – que permitem a alienação por iniciativa particular – não incidem na execução fiscal, exatamente porque o art. 23 da Lei nº 6.830/1980 estabelece que os bens penhorados devem ser alienados em hasta pública, não se permitindo, portanto, a alienação por iniciativa particular. Ora, as regras do Código de Processo Civil somente se aplicam subsidiariamente à execução fiscal, ou seja, somente se aplicam caso não haja regra própria ou diante do silêncio da Lei nº 6.830/1980. Sendo certo que o art. 23 desta Lei impõe a alienação por leilão público, não se permite, então, seja efetivada, na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular.”



Todavia, admitir que o próprio credor, a quem efetivamente cabe “correr atrás” do devedor e de seus bens, agilize a cobrança, respeitando os direitos do devedor, parece ser, no mínimo, sensato e coerente.

A inconstitucionalidade e a ilegalidade da realização do leilão pela própria Fazenda também podem vir a ser aventadas. Nas situações em que o próprio executado oferecer bens à penhora, o subsequente leilão desses bens, sem oposição do devedor, parece não ensejar maiores celeumas, não fazendo sentido submeter a realização desse ato de constrição ao Judiciário, se o próprio contribuinte ofereceu bens (disponíveis) à penhora e não apresentou oposição à sua expropriação (LACERDA, 2007, p. 99).<sup>172</sup>

Por outro lado, a polêmica poderá residir na situação em que o credor apresenta resistência à expropriação. Pensa-se que, em casos assim, caberá ao Judiciário decidir a respeito das irresignações apresentadas pelos executados, restando a Fazenda credora impedida de realizar ato expropriatório até ulterior decisão daquele Poder.

Com efeito, não se pode pretender instaurar na ordem jurídica brasileira um modelo de execução de crédito fiscal totalmente alheio ao Poder Judiciário, na medida em que, conforme insistentemente mencionado, a Constituição assegura a inafastabilidade da Jurisdição. O que se poderia implementar, à semelhança do modelo português e chileno de cobrança do crédito fiscal, é um sistema cuja participação de juízes fosse excepcional e quando assim desejasse o executado, através, exemplificativamente, da oposição dos embargos à execução. Não faz sentido que execuções sequer embargadas sejam conferidas à apreciação do Judiciário. Uma espécie de modelo misto, com participação da Administração e daquele Poder, sempre em consonância com os ditames oriundos da garantia do devido processo legal, seria compatível com o ordenamento brasileiro.

Parece incoerente continuar mantendo como atribuição do juiz e de seu aparato a busca pelo devedor contribuinte e pelos bens deste. Coerente seria se o próprio credor,

---

<sup>172</sup> “A experiência de expropriação executiva fora dos padrões da hasta pública judicial já é antiga no direito brasileiro. Por exemplo, contratos do sistema financeiro de habitação permitem à instituição financeira executar extrajudicialmente os imóveis hipotecados (Lei nº 5.741/1971); o contrato de alienação fiduciária em garantia (bens móveis) enseja ao credor a busca e apreensão judicial do bem vinculado, permitindo-lhe, em seguida, aliená-lo extrajudicialmente para se pagar o saldo devedor (Dec. Lei nº 911/1969); o contrato de alienação fiduciária de imóvel dispensa, por sua vez, qualquer procedimento executivo judicial. Após a constituição em mora do devedor, por intimação efetuada através do Registro de Imóveis, o credor obtém a consolidação da propriedade por simples averbação na matrícula respectiva, ficando, a partir de então, autorizado a aliená-lo, extrajudicialmente, em leilão público (Lei nº 9.514/1997, arts. 22 a 27). Vê-se dessa maneira, que não são raras as execuções de obrigações financeiras realizáveis sem o concurso dos meios expropriatórios judiciais” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.137).

maior interessado no sucesso da obtenção do pagamento de seu crédito, fosse o responsável pela tomada de providências na busca incessante de meios para tanto. É certo que a Fazenda Pública tem responsabilidade na falta de êxito na procura do devedor e de seus bens, em virtude de, por vezes, demorar a passar ao Judiciário devidas e necessárias informações. Todavia, não são incomuns situações em que a cobrança do crédito é promissora, mas o formalismo judicial e o excesso de demanda existentes nesse Poder findam por retardar determinadas providências de natureza urgencial, contribuindo para o fracasso do resultado da cobrança.

Por retidão ao que se pretende com a presente explanação, enfatiza-se que não será, apenas, a inclusão de mais uma norma no ordenamento jurídico pátrio ou o reajuste em regras já existentes que, por si só, implicará na resolução do problema verificado. Registre-se a necessidade de que, juntamente com a eventual edição de um novo texto normativo, sejam implementados planejamentos consistentes fulcrados na melhoria de recursos humanos e materiais imprescindíveis para o alcance do que se persegue. A mera edição de uma norma, sem o aparato administrativo humano e material necessário, em vez de solucionar, ensejaria mais um caos, mudando-se o problema apenas de endereço, do âmbito do Poder Judiciário para a Administração Pública. Caos por caos, é melhor que se continue promovendo a cobrança pelo sistema já em vigor, com o qual já estão familiarizadas a seara pública e a própria sociedade.

Como se vê, está a ordem jurídica brasileira carecendo de uma inovação concernente ao meio de cobrança do passivo tributário. Deve-se refocalizar ou reajustar o modelo de cobrança do crédito fiscal existente, visando a proporcionar-lhe uma maior efetividade e celeridade, assegurando, imperiosamente, o contraditório e a ampla defesa, juntamente com a garantia do pleno e irrestrito acesso à Justiça, na instrumentalidade de uma oportuna e adequada tutela jurisdicional do Estado. Dessa forma, estar-se-á contribuindo, também, para que o Poder Judiciário assumira, de forma plena, a sua função de solucionar litígios, deixando para a Administração Fiscal a sua missão de promover uma efetiva arrecadação de tributos.

## CONCLUSÃO

Tomando-se as considerações explanadas ao longo desta dissertação, conclui-se a propósito do tema o seguinte:

- 1 A tributação, num Estado Social e Democrático de Direito como o Brasil, ocupa um papel de suma relevância, sendo fonte de custeio de deveres estatais, muitos considerados como direitos fundamentais, motivo pelo qual é imperiosa a análise de meios efetivos de arrecadação fiscal.
- 2 A dívida acumulada dos créditos tributários federais tem crescido, vertiginosamente. A atual sistemática de cobrança judicial dessa dívida, prevista na Lei nº 6.830, de 1980, tem se mostrado ineficiente, de modo que menos de 20% (vinte por cento) dos novos processos de execução fiscal distribuídos em cada ano têm a correspondente conclusão nos processos judiciais em curso, produzindo um crescimento geométrico do estoque de ações no Poder Judiciário.
- 3 Verifica-se que o Poder Judiciário é, hoje, pequeno para atender à crescente demanda que lhe é encaminhada para deliberação e que o cumprimento do amplo acesso à justiça exige que a prestação jurisdicional seja efetiva e célere, conclusão inferida pelos próprios membros desse Poder.
- 4 Por diversas razões, conclui-se que a sistemática atual de cobrança do crédito tributário, não obstante os objetivos colacionados na exposição de motivos da Lei nº 6.830, de 1980, está saturada. O modelo que se tem é centrado na atuação do Poder Judiciário, para onde se deslocam as alterações fiscais, produzindo-se impressionante multiplicação de procedimentos e de medidas, com prejuízos para a Administração e para os Administrados, orçadas sobremodo nos custos que provocam. O próprio Judiciário transforma-se em instância especializada para cobrança de créditos públicos, dividida entre deveres de neutralidade (que a segurança jurídica exige) e de eficiência (anelo do Fisco e dos contribuintes).

- 5 Diante desses indicadores, há que se promover na ordem jurídica pátria uma imediata reformulação do modelo atual de cobrança judicial de créditos fiscais federais, “desjudicializando-a”, de modo a permitir que o Fisco, responsável pela constituição, fiscalização e cobrança administrativa do crédito tributário, passe a ser considerado competente para promover a cobrança deste crédito através de execução forçada realizada no âmbito da própria Administração, sem a prévia participação do Poder Judiciário.
- 6 Realizar mudanças normativas que ensejem a efetividade da cobrança do crédito tributário nada mais é que a implementação da própria justiça, pois, como esclarecido ao longo da dissertação, não raras são as situações em que contribuintes utilizam-se da ineficácia do modelo atual de cobrança para postergar o pagamento de débitos fiscais, em detrimento de outros cidadãos que efetivamente cumprem com suas obrigações.
- 7 Há que se averiguar, por outro lado, quais reajustes poderiam ser inseridos na ordem jurídica pátria de modo a não transgredir os ditames constitucionais, sobretudo, a cláusula do devido processo legal e seus corolários. Referida cláusula é elemento formador do Estado Democrático de Direito, constituindo-se um de seus pilares fundamentais, garantindo a própria dignidade da pessoa humana, tida como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Portanto, qualquer alteração legislativa há que pautar-se no devido processo legal e nos princípios dele decorrentes, sob pena de incontestável e flagrante inconstitucionalidade.
- 8 Registre-se que a eficiência e eficácia do sistema de cobrança forçada de tributos não serão alçadas, apenas e tão somente, com a implementação de modificações na legislação pátria. Aspectos relacionados à organização e à estrutura da própria Administração Pública e de seus órgãos de cobrança são imprescindíveis, para que, novamente, não venha a surgir no mundo jurídico uma lei já fadada ao fracasso.
- 9 Alteração legislativa poderia ensejar que atos executivos desprovidos de natureza jurisdicional passem a ser realizados diretamente pela Fazenda credora, na seara administrativa, o que contribuiria para o desafogamento do Poder Judiciário.
- 10 Vislumbra-se constitucionalmente possível (analisada a constitucionalidade sob o respeito ao devido processo legal) a implementação no Direito brasileiro de uma espécie de sistema híbrido de cobrança forçada do crédito fiscal, em que a Administração atue diretamente na execução de determinados atos executivos, proporcionando uma maior

efetividade e celeridade, assegurando, em contrapartida, o contraditório e a ampla defesa, juntamente com a garantia do pleno e irrestrito acesso à Justiça, na instrumentalidade de uma oportuna e adequada tutela jurisdicional do Estado. Dessa forma, estar-se-á contribuindo, também, para que o Poder Judiciário assumira, de forma plena, a sua função de solucionar litígios, deixando para a Administração Fiscal a sua missão de promover uma efetiva arrecadação de tributos.

- 11 Enfatize-se que não se pode pretender instaurar na ordem jurídica brasileira um modelo de execução de crédito fiscal totalmente alheio ao Poder Judiciário, na medida em que, conforme insistentemente mencionado, a Constituição assegura a inafastabilidade da Jurisdição. O que se poderia implementar, à semelhança de modelos alienígenas, é um sistema cuja participação de juízes seja excepcional e quando assim deseje o executado, através, exemplificativamente, da oposição dos embargos à execução. Não faz sentido que execuções sequer embargadas sejam conferidas à apreciação do Judiciário.
- 12 Em suma, crê-se que a instauração de um modelo misto de cobrança forçada do crédito tributário, com prática de atos de execução diretamente pela Administração Pública, sem a necessária intervenção prévia do Poder Judiciário e desde que obedecidos os ditames oriundos da garantia do devido processo legal, seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Antônio de Menezes. Robert Alexy. Verbete. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. Verbete. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AYALA, José Luis Pérez. *Montesquieu y el derecho tributario moderno*. Madrid: Dykinson, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BENNETT, Robert W. Substantive due process. Verbete. In: *The Constitution and The Amendments*. New York: Macmillan Reference, 1999. v. 3.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

BOITEUX NETO, Fernando. Aspectos (pouco examinados) do processo administrativo fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, nº 119, p. 33-46, 2005.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Brasília: OAB, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Werther. *Da tributação e a sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal na Constituição de 1988 e o direito comparado. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coord.). *Constituição Federal – 15 anos – Mutação e Evolução*. São Paulo: Método, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. v. I.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo, organização. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 66, p. 151-201, 1990.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Desjudicialização das relações sociais. *Informativo Consulex*, nº 30, p. 5, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Processo administrativo tributário*. Revista de Direito Tributário. Vol. 9/10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASÁS, José Osvaldo. *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente a partir del principio de reserva de ley tributaria*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2002.

CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento administrativo tributário*. São Paulo: Atlas, 1996.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTE, Denise Lucena. *Crédito tributário: a função do cidadão-contribuinte na relação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. Processo administrativo fiscal federal. *Revista Nomos*, v. 24, p. 119-135, 2005.

\_\_\_\_\_. Execução fiscal administrativa e o devido processo legal. *Revista Nomos*, v. 26, p. 47-54, 2007.

CHRISTIANSON, Stephen G. Marbury v. Madison. Verbete. In: KNAPPMAN, Edward W. *Great American Trials*. Detroit: Visible Ink Press, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. IV.

COLE, Charles. D. O devido processo legal na cultura jurídica dos Estados Unidos: passado, presente e futuro. Tradução de Maria Cristina Zucchi. *Revista da Associação de Juizes Federais do Brasil*, ano 16, nº 56, p. 33-43, 1997.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcidez Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 49, p. 95-106, 2007.

DAVID, René. *O direito inglês*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELGADO, José Augusto. A interpretação contemporânea do direito tributário e os princípios da valorização da dignidade humana e da cidadania. In: FICHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I.

DÓRIA, Antônio de Roberto Sampaio. *Direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1953. t. II.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional tributário e due process of law*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Devido processo legal e fundamentação das decisões. *Revista de Direito Tributário*, nº 63, p. 211-216, 1993.



- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FRIED, Charles. *Saying what the law is: the Constitution in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito tributário nos Estados Unidos*. São Paulo: Lex, 2004.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2.
- GRIESBACH, Fabrício. O processo administrativo tributário como garantia fundamental: inconstitucionalidade do recurso hierárquico. In: FICHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*, São Paulo: Dialética, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araújo. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- \_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- \_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais e o código de processo civil*. São Paulo: José Bushatksy editor, 1975.
- \_\_\_\_\_. Princípios processuais e princípios de direito administrativo no quadro das garantias constitucionais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, nº 16, p. 28-49, 2007.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. Justiça fiscal e mínimo existencial. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- \_\_\_\_\_. Tributação e direitos fundamentais. In: FICHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio da teoria constitucional*. Fortaleza: UFC – Imprensa Universitária, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.
- HARADA, Kiyoshi. Exame de anteprojeto de lei que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa apresentado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e seu substitutivo. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, nº 1430, 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9968>>. Acesso em: 4 jun. 2007.
- JARACH, Dino. *Finanzas públicas y derecho tributário*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre o processo administrativo fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 33, p. 108-132, jun.1998.

LACERDA, Paulo César Negrão. *Perspectivas para a cobrança do crédito tributário no Brasil em face da globalização*. Monografia apresentada à Escola Fazendária de Administração, como requisito para a obtenção do título de Especialista no III Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Brasília, 2007.

LAUBADÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Tradução de Jesús Villamizar Herrera. Bogotá: Tênis, 1984,

LIMA, Maria Rosynete Oliveira Lima. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1999.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*. 2. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LUMBRALES, Nuno B. M. Sobre a promoção da execução fiscal pelos serviços de finanças. *Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal*, nº 18, Lisboa: Instituto Superior de Gestão Fiscal, 2004.

LUQUI, Juan Carlos. *Derecho constitucional tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a Constituição brasileira de 1988: Doutrina e Jurisprudência. *Revista de Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais*, volume 23, nº 68, p. 33-41, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARINS, James. *Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MARQUES, José Frederico. A Garantia do due process of law no direito tributário. *Revista de Direito Público*, nº 5, p. 28-33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. IV.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

MEDEIROS, Mônica Jacqueline Sifuentes Pacheco. Inovações na administração e funcionamento da Justiça Federal – Um novo Juiz para um novo poder. *Revista de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, nº 33, p. 62-71, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 158, p. 15-19, 1984.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionariade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Lisboa: Coimbra Editora, 2000. t. IV.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. II.

MORAIS, Rui Duarte. *A Execução fiscal*. Coimbra: Almedina, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo. Princípios constitucionais e a lei nº 9.784/99*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Legitimidade e discrecionariade. Novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionariade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MORGAN, Patrícia T. *Tax procedure and tax fraud in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1999.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar*. Coimbra: Almedina, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Processo administrativo e suas espécies*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; RAMOS, Glauco Gumerato; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronaldo D. *Constitutional law*. Minnesota: West Publishing Co., 1991.

NUNES, Walter. Execução fiscal deve ser feita por fisco e não por juiz. entrevista realizada por Lilian Matsura. *Revista Consultor Jurídico*, 27 ago. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/47744,1>>. Acesso em: 20 nov. 2007.

ORTH, John V. *Due process of law: A Brief History*. Kansas: University Press of Kansas, 2003.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à lei de execução fiscal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIVA, Ormezino Ribeiro de. Delegacias da Receita Federal de Julgamento e evolução das normas do processo administrativo fiscal. *In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1999. v. 4.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: Aspecto Material*. Curitiba: Juruá, 2004.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann. *Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, João Luís de Souza. O direito a um processo administrativo fiscal com duração razoável. *In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). Princípios de direito financeiro e tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERRY, Michael J. *The Constitution in the courts*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

PESSOA, Robertônio Santos. *Curso de direito administrativo moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PENALVA, Ernesto Pedraz. *Privilegios de las administraciones publicas en el proceso Civil*. Madrid: Civitas, 1993.

PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. O devido processo legal e o processo administrativo. *Revista Fórum Administrativo*, nº 20, p. 1323-1333, 2002.

PRUDENTE, Antônio Souza. Perfil de uma nova execução fiscal. Cobrança administrativa do crédito da fazenda pública. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 5, nº 49, 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1321>>. Acesso em: 20 set. 2007

POZZA, Pedro Luiz. O devido processo legal e suas acepções. *Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, v. 33, nº 101, p. 247-276, 2006.

RAMOS, Glauco Gumerato. A lei 11.232/2005 e os novos rumos do processo civil brasileiro. *Revista Nacional de Direito e de Jurisprudência*, v. 8, nº 91, p. 45-47, 2007.

REGO, Alexandre. *Processo de execução fiscal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. *Processo administrativo tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. Processo administrativo tributário em perspectiva de cidadania democrática. *In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). Processo administrativo tributário: Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

\_\_\_\_\_. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ROCHA, Sérgio André. *Processo administrativo fiscal: controle administrativo do lançamento tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

\_\_\_\_\_. Ética da administração fazendária e o processo administrativo Fiscal. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). *Processo administrativo tributário: estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. *Execução fiscal: Doutrina e jurisprudência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

RÚA, Julio César Cuento. *El common law: su estructura normativa, su enseñanza*. Buenos Aires: Abelaredo Perrot, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. III.

SCARMAN, Lorde Leslie. *O direito inglês: a nova dimensão*. Tradução de Inez Tóffoli Baptista. Porto Alegre: Fabris editor, 1978.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Neyfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Rubens Gomes de. Revisão judicial dos atos administrativos em matéria tributária por iniciativa da própria administração. *Revista de Direito Administrativo*, v. 29, p. 441-453, 1952.

\_\_\_\_\_. Idéias gerais para uma concepção unitária e orgânica do processo fiscal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 34, p. 14-33, 1953.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A execução fiscal e a penhora administrativa. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 1, nº 9, 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1319>>. Acesso em: 1 ago. 2007.

\_\_\_\_\_. Execução administrativa da fazenda pública. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Brasília: Sinprofaz, nº 3-4, p. 9-19, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal: Comentários e Jurisprudência*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. O anteprojeto de nova lei de execução fiscal. *Repertório de Jurisprudência IOB: Tributário, Constitucional e Administrativo*, v. I, nº 23, p. 921-912, 2005.

\_\_\_\_\_. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo de execução*. 22. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *A idéia da liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

\_\_\_\_\_. Direito humanos e Estatuto do Contribuinte. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). *Tratado de Derecho Tributário*. Lima: Palestra, 2003.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito financeiro e tributário*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. O direito a ampla defesa e a processualidade tributária. In: ROCHA, Sérgio André (Coord.). *Processo administrativo tributário: Estudos em homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário e direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. New York: The Foundation Press, 1998.

TRIVELATTO FILHO, Carlos. *Aspectos da cobrança do crédito fazendário num mundo globalizado*. Monografia apresentada à Escola Fazendária de Administração, como requisito para a obtenção do título de Especialista no II Curso de Integração Econômica e Direito Internacional Fiscal. Brasília, 2006.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Os princípios do processo administrativo fiscal. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Processo administrativo tributário*. Controle administrativo do lançamento tributário. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Princípios constitucionais do processo*. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)