

Princípios do Procedimento e do Processo Administrativo

José Lázaro Alfredo Guimarães*

Trabalho apresentado ao Professor Doutor Adonis Costa Silva , para avaliação dos créditos da disciplina *Garantias do Processo Administrativo Tributário*, do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

A sobrecarga dos tribunais e a morosidade da atuação judicial podem ser atenuadas pelo efetivo funcionamento das instâncias administrativas. O contencioso administrativo que produza com a necessária rapidez soluções justas e de boa técnica, informado pelo princípio do devido processo legal, terá como consequência a diminuição dos conflitos com os administrados, que deságuam no Judiciário, e mesmo quando houver o acesso à justiça, a causa já estará informada por decisões bem fundamentadas que reduzirão o trabalho do juiz na apreciação do caso.

A disciplina do processo administrativo

James Marins, ao abordar os princípios que informam o processo administrativo, demonstra a lenta evolução legislativa de sua disciplina, no Brasil. Com efeito, somente com a Lei

9.784/99 é que se tem o tratamento codificado da matéria, no âmbito federal, restando por editar-se norma geral, nacional^[i].

As normas processuais administrativas têm sede na Constituição Federal, no Código Tributário Nacional, no Decreto 70.235/72, na Lei 9.784/99, nas leis estaduais e municipais.

Origem e evolução

A origem do processo administrativo remonta à criação da República, em 1889, mas somente a Constituição de 1988, art. 5º, LV, vem revigorá-lo, ao submetê-lo aos princípios da ampla defesa e do contraditório

Reporta-se Marins aos estudos de Odete Medauar e Romeu Felipe Bacelar Filho para estabelecer as diferenças entre processo e procedimento: a) o processo enquanto meio para a consecução de determinadas atividades administrativas ou legislativas, b) o processo enquanto meio de solução da lide no âmbito administrativo. Neste último, há mais proximidade com a disciplina processual que a administrativa.

Aponta, então, os princípios constitucionais gerais da Administração Pública: legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade, eficiência.

Bacellar Filho identifica quatro conseqüências capitais para a construção do processo administrativo:

- 1 – todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira, pois nem todo procedimento converte-se em processo;
- 2 – o regime jurídico de processo não pode perder de vista as exigências do rito procedimental (processo também é procedimento);
- 3 – há uma processualidade ampla: o processo não se encontra restrito à função jurisdicional;
- 4 – o processo é instrumento constitucional de atuação dos poderes estatais, o que implica na formação de núcleo constitucional de processualidade ao lado do diferenciado.

No Direito Tributário, processo e procedimento, ainda segundo Marins, distinguem-se nitidamente:

1 - Procedimento enquanto caminho para a consecução do lançamento

2 - Processo como meio de solução administrativa de conflitos fiscais

3 - Processo como meio de solução judicial de conflitos fiscais

A lide (conflito de interesses qualificado como uma pretensão resistida, na tradicional definição de Carnellutti) é o critério que o autor paranaense utiliza para determinar a instauração do processo tributário.

Princípios comuns e específicos

Passa, então, a observar os princípios comuns ao procedimento e ao processo administrativo tributário: legalidade objetiva (tipicidade, auto-tutela vinculada) - CF, arts, 5º, II, 37, 150, I; CTN, art. 3º; Lei 9.784/99, arts. 1º e 2º, I, vinculação, verdade material, oficialidade, dever de colaboração ([Lei 9.784/99, art. 4º <file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/Lei%209784.doc>](file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/Lei%209784.doc)), dever de investigação (limites: inviolabilidade da vida privada, da intimidade, inviolabilidade da residência, salvo determinação judicial, inviolabilidade da correspondência, este último definido na Lei [Complementar 105/2001 <file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/LEI%20COMPLEMENTAR%20Nº%20105.doc>](file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/LEI%20COMPLEMENTAR%20Nº%20105.doc), que disciplina a coleta de informações pela Receita, o sigilo fiscal e o sigilo bancário.

São princípios do procedimento administrativo fiscal: inquisitorialidade (atividade oficial de apuração), cientificação, formalismo moderado, fundamentação, acessibilidade (vista dos autos pelo advogado e pelo interessado), celeridade, gratuidade ([Lei 9.784/99, art. 2º, XI <file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/Lei%209784.doc>](file:///C:/Documents%20and%20Settings/José%20Lázaro%20Alfredo/Meus%20documentos/tributario/Lei%209784.doc)).

Os princípios específicos do processo administrativo tributário são o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, instrução probatória, duplo grau de cognição, julgador competente, ampla competência decisória.

Estudo de caso

A questão da exigência de depósito para o recebimento de recurso administrativo fiscal é objeto de recurso extraordinário em que o Supremo Tribunal Federal faz a revisão de sua jurisprudência, já com cinco votos favoráveis à eliminação dessa barreira.

O julgamento foi suspenso por pedido de vista do ministro Cezar Peluso. O Recurso Extraordinário 388359, foi interposto por HTM - Distribuidora de Melaço Ltda, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (PE) que entendeu pela legalidade do depósito prévio de pelo menos 30% da exigência fiscal para seguimento do Recurso Administrativo.

No início do julgamento, em 2004, o relator, ministro Marco Aurélio, sustentou que a exigência do depósito prévio inviabiliza o direito de defesa do recorrente. Ele reafirmou, ainda, ser constitucional o direito de petição, independente do pagamento de taxas, concluindo pelo provimento do recurso.

Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto-vista, reafirmou hoje (20/04) o entendimento do relator, acrescentando que esta é uma questão recorrente na Corte Suprema. Ele explicou que o TRF, baseando-se em jurisprudência contrária do Supremo, tem negado provimento à apelação do recorrente, com o argumento de que a exigência de depósito prévio é constitucional.

Apesar disso, o ministro afirmou que a posição do Tribunal merece ser revista nesta matéria e que o tema pode ser abordado sob três ângulos que se relacionam: o princípio democrático no procedimento administrativo; o procedimento administrativo e o princípio da legalidade; o procedimento administrativo e os direitos fundamentais.

No voto-vista, o ministro Joaquim Barbosa entendeu que não subsistem razões para se manter a posição que considera constitucional a exigência do depósito prévio para a interposição de recurso administrativo. Tal exigência esvazia o direito fundamental dos administrados e, mantê-la, levaria à própria negação desse direito.

Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Ayres Britto acompanharam o voto do relator, ministro Marco Aurélio, enquanto o ministro Sepúlveda Pertence abriu divergência do relator e negou provimento ao recurso. “A Constituição, a meu ver, não garante o recurso administrativo”, disse Pertence. Para ele, a Carta “estabelecerá, conforme a matéria,

procedimentos administrativos para tornar definitivas as decisões administrativas sempre sujeitas a controle jurisdicional jamais dependente da exaustão da instância administrativa”.

O ministro observou que “o Código Tributário Nacional (CTN), que confere ao recurso administrativo fiscal efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, claramente remete a lei do processo administrativo tributário à regulação desse recurso e a sua própria existência”. Ele disse que, por essa razão, entende não ser plausível a alegação de inconstitucionalidade.

O ministro Cezar Peluso pediu vista do RE, suspendendo o julgamento da matéria (Informativo do Supremo Tribunal Federal, 20/4/2006).

A Justiça Administrativa na França

Marins refere-se “ao peculiar sistema francês”^[ii], marcado pela competência absoluta dos tribunais administrativos para as questões tributárias, em função das idéias da Revolução Francesa, voltadas para a eliminação de vestígios do Regime Antigo –e pelo ressentimento decorrente da arbitrariedade dos juízes.

Dá-se ali a separação entre as funções administrativas e judiciárias, com dualidade de jurisdição. Conclui, então, pela inviabilidade do sistema francês como modelo administrativo

Revela, também, a crise da Justiça Administrativa francesa, remetendo a Garcia de Enterría, que preconiza o fim de um paradigma, ao comentar a reforma de 1987, assinalando que o controle do *excès de pouvoir* – abuso de poder – já não serve para nada, questionando a independência do Conselho de Estado, o esgotamento de sua capacidade criativa, especialmente da técnica dos princípios gerais do Direito, e conclui que o contencioso administrativo francês, que permite a não execução de seus julgados, ou a repetição indefinida dos processos, está sub-desenvolvido.

E arremata que poder jurídico criativo está no Conselho Constitucional e não no Conselho de Estado

Separação das autoridades administrativas e judiciárias

Dubois e Peiser traçam um quadro completo da Justiça Administrativa francesa, a partir da sua história. Os revolucionários de 1789 têm uma concepção particular da separação de

poderes, interpretado como uma separação das autoridades. Cada autoridade tem competência na esfera de suas atribuições. Assim, o poder executivo será competente para tudo o que concerne os atos administrativos, sua elaboração, sua execução, seu julgamento^[iii].

O texto mais conhecido que implantou tais idéias é a lei de 16-24 de agosto de 1790, art. 13: Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Mas a lei não diz como os litígios serão resolvidos no interior da função administrativa. De fato, sob a Revolução, a Administração julga a si mesma.

Sob o Consulado criaram-se órgãos especializados no julgamento, no interior da Administração

Conselhos de Prefeitura

Corte de Contas, em 1807

Conselho de Estado, Constituição de 22 frimaire (mês do frio) ano VIII, Conselho de Estado, com duplo papel, de conselheiro jurídico do governo na preparação de leis, decretos e códigos e serviços contenciosos, centralizando as reclamações dos cidadãos. Sistema de justiça retida: o Conselho encaminha a decisão ao Chefe de Estado.

Depois do primeiro Império, o Conselho de Estado perdeu grande parte das prerrogativas de conselheiro governamental, mas reforçou seu papel de jurisdição administrativa.

A Lei de 24 de maio de 1872 confere justiça delegada ao Conselho de Estado, que não mais propõe solução ao chefe de Estado, mas passa a atuar como juiz administrativo, tomando decisões executórias em nome do povo francês.

Existem diversas dificuldades de determinação da competência da jurisdição administrativa em relação à jurisdição judiciária.

Conselho de Estado sobrecarregado

Lei de 31 de dezembro de 1987 criou as cortes administrativas de apelação para aliviar o Conselho de Estado.

É a seguinte a composição do Conselho de Estado: auditores de segunda classe vindos da Escola Nacional de Administração – ENA; auditores de primeira classe selecionados entre os de segunda classe; maitre de requetes, escolhidos $\frac{3}{4}$ entre os auditores e $\frac{1}{4}$ fora da

categoria; conselheiros em serviço extraordinário. 6 presidentes de seção. O vice presidente; o presidente, que é o primeiro ministro; o garde des Sceaux, Ministro da Justiça, que é o suplente do presidente (cargo meramente formal).

Garantias da carreira: independência , mas não inamovibilidade; possibilidade de exercer por algum tempo funções fora do Conselho de Estado; intervenção de comissões consultativas para disciplina; promoção em razão da antiguidade.

Formações administrativas: Finanças, Interior, Serviços Públicos, Social. Decreto de 24 de janeiro de 1985 criou a seção de relação e de estudos.

Para casos importantes, a assembléia geral , com 28 membros, é competente, ou então a assembléia geral, que raramente se reúne.

Formações contenciosas: Dez sub-seções, que constituem formações de instrução . Seção do contencioso, formada por um presidente, 3 presidentes adjuntos, conselheiros de estado, todos os maitre des requetes e auditores.

Assembléia plena do contencioso, formada de dez membros, que julgam os casos mais importantes.

Atribuições administrativas: consultas e aconselhamento de ofício.

Atribuições contenciosas.

Jurisdições subordinadas ao Conselho de Estado:

Cortes Administrativas de Apelação – Paris, Nancy, Lyon, Nantes, Bordeaux, Marselha, Douai e Versalhes.

Tribunais administrativos – 28 . Os conselhos de prefeitura se transformaram em tribunais administrativos.

Corte de Contas

O juiz não controla os atos da autoridade francesa quando age por conta de estado estrangeiro ou da autoridade estrangeira estabelecida na França

O juiz não controla os atos do poder legislativo

O juiz não controle os atos de governo, aqueles que têm causa política.

Dificuldades na repartição de competências entre o juiz administrativo e o juiz judiciário

Critérios:

No século XIX o Direito Público repousa nas idéias do poder público e da soberania. Atividades de poder público e de gestão . Os atos de gestão submetem-se ao direito privado e à competência do juiz judiciário.

No final do século XIX , com o alargamento do papel do Estado, a concepção autoritária foi atenuada, sendo substituída pela noção de serviço público – toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfação de uma necessidade de interesse geral.

O intervencionismo provocou a crise do critério do serviço público, com a expansão dos serviços públicos industriais e comerciais.

A delimitação atual é extremamente delicada. Submete-se o processo ao juiz administrativo quando está em causa uma atividade administrativa.

Os conflitos de jurisdição são resolvidos pelo Tribunal de Conflitos, criado em 1872, formado pelo garde des Sceaux, presidente, três conselheiros de estado, três conselheiros da Corte de Cassação, dois membros eleitos pelos seis conselheiros, dois suplentes e o Ministério Público, exercido por dois comissários do Governo e dois suplentes.

[i] MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro: administrativo e judicial. Dialética, 3ª. Ed. São Paulo, 2003.

[ii] MARINS, 2003, pp369-371

[iii] DUBOIS, Louis e PEISER, Gustave. Droit Public. 17ª. Edição, Paris, 2005, pp. 165-192

GUIMARÃES, José Lázaro Alfredo. **Princípios do Procedimento e do Processo Administrativo**. Disponível em: < <http://www.teiajuridica.com/princpradm.htm>>. Acesso em: 18 ago 2006.