

FERNANDO AUGUSTO MARTINS CANHADAS

**O DIREITO DE SER OUVIDO NO PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO DE FISCALIZAÇÃO**

MESTRADO EM DIREITO

**PUC/SP SÃO PAULO
2006**

FERNANDO AUGUSTO MARTINS CANHADAS

**O DIREITO DE SER OUVIDO NO PROCEDIMENTO
ADMINISTRATIVO DE FISCALIZAÇÃO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sob a orientação da Professora Doutora Lucia Valle Figueiredo

PUC/SP SÃO PAULO

2006

Banca Examinadora

Dedicatória

Dedico esse trabalho a duas pessoas absolutamente imprescindíveis na minha vida: ao meu irmão Alexandre, cuja companhia por apenas 21 anos foi suficiente para uma eternidade de amor e admiração. A lembrança de seu caráter e sorriso únicos jamais sairá de minha mente e de meu coração. E à Patricia, meu grande amor, cujo encontro foi a realização de um sonho e cuja companhia é e será eternamente a razão de minha felicidade.

Agradecimentos

Agradeço inicialmente à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, instituição de absoluta importância à minha formação pessoal e profissional, onde literalmente nasci, cresci e recentemente me casei. Muito maior do que alguns que agem e agiram em seu nome, à PUC/SP devo todas as minhas homenagens.

Agradeço imensamente à professora Lucia Valle Figueiredo, grande expoente do Direito Público pátrio que personifica a mais completa tradução do binômio sabedoria/humildade, cuja orientação nesse trabalho e convivência diária representam para mim enorme honra e privilégio.

Muito obrigado aos sócios de Lima Gonçalves, Jambor, Rotenberg e Silveira Bueno Advogados, por todo o apoio e confiança que há muito depositam em mim. Em nome do genial Mestre (na estrita acepção do termo) José Artur Lima Gonçalves, agradeço-lhes sinceramente por tudo o que me proporcionaram nesses nove anos de convivência, especialmente pelo incentivo e grande exemplo para o meu desenvolvimento profissional e acadêmico.

Devo um grande agradecimento especial ao professor, chefe, padrinho e sobretudo amigo, Márcio Severo Marques. Muito obrigado pelas leituras, discussões, revisões e críticas sempre precisas. Mas obrigado mesmo por tantas e tão boas oportunidades e lições diárias que levarei para toda a minha vida.

A todos da equipe do Departamento Tributário de Lima Gonçalves, Jambor, Rotenberg e Silveira Bueno Advogados, em especial Ronaldo de Souza Nazareth Coimbra, Djalma Moreira Gomes Júnior, Roberto Toshio Irikura e Bárbara Alves Soares, meu muito obrigado pela amizade, pelas oportunidades de discussão e pelo apoio que sempre demonstraram.

Agradeço ainda a todos os meus irmãos astrais (que graças a Deus não são poucos), porque sempre considerei minhas amizades como um de meus maiores tesouros. Meus queridos amigos de colégio, faculdade, trabalho, enfim, meus parceiros dessa vida que quero ter sempre comigo, muitíssimo obrigado por me mostrarem insistentemente como viver é bom.

Não poderia deixar de agradecer também a todos os queridíssimos integrantes de minha família. A cada um dos Martins e Canhadas, a que mais recentemente se juntaram os Postigo e os Varela, devo a paciência por tanto tempo de ausência e principalmente por toda a compreensão que possuo acerca do real significado do amor.

Aos meus pais devo palavras especiais, sobretudo por se tratar de uma conquista acadêmica, cujo valor sempre fizeram questão de ressaltar, inclusive por exemplos próprios. À minha amada mãe Cleide, jamais terei meios de retribuir tantos bons valores e todo o amor, atenção e carinho com que sempre cuidou e cuida de mim até hoje. E ao meu amado pai e amigo Enéas, para que saiba que sua sensatez e o seu amor simplesmente me dão a força e o equilíbrio necessários para enfrentar qualquer obstáculo nessa vida. Agradeço muito a Deus por ser filho de vocês dois, pois sei que esse privilégio é único.

Ao meu amor, Patricia, agradeço por cada minuto que passou ao meu lado na espera desse momento, demonstrando carinho e cuidado impagáveis, além de uma paciência até mesmo surpreendente para suportar as muitas e preciosas horas roubadas nesse início de vida a dois, com colaborações inclusive diretas na realização deste trabalho. Te amo para sempre.

A Deus, por tudo.

Resumo

O objetivo desse trabalho foi de, sistematizando algumas dúvidas que a doutrina ainda não resolveu acerca das garantias aplicáveis aos *procedimentos* administrativos de fiscalização, sustentar a necessidade de atenção ao *direito de ser ouvido* dos particulares nesses *procedimentos*, como meio indispensável à busca da verdade material, que, por sua vez, decorre diretamente da chamada acepção substantiva do devido processo legal. Nossa preocupação principal foi encontrar fundamentos sólidos para essa conclusão e, nesse contexto, o primeiro desafio enfrentado foi o de traçar delimitações conceituais acerca dos âmbitos formal e material daquela cláusula constitucional, tendo em vista a correspondência direta da matéria referente aos *procedimentos* de fiscalização com a questão das limitações à liberdade e à propriedade, por envolver atos administrativos emitidos no chamado exercício do poder de polícia. Em seguida elaboramos nossa diferenciação conceitual entre *processo* e *procedimento* administrativo, amparada em nossa interpretação de que as garantias previstas no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna concernentes à ampla defesa e ao contraditório só aplicam-se a *processos* propriamente ditos, assim compreendidos aqueles em que há litigância, decorrente de interesses contrapostos. Verificamos, por outro lado, que para os *procedimentos* não litigiosos remanescem as garantias decorrentes do devido processo legal substantivo, dentre as quais destacamos os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficácia. Desenvolvemos ainda a necessidade de os *procedimentos* – e não *processos* – fiscalizatórios atenderem à busca da verdade material e concluímos que apenas por meio da profunda investigação dos fatos analisados poderia ser atendida aquela garantia constitucional. Por último, concluímos que um dos meios imprescindíveis ao exercício dessa busca da verdade material é justamente a oitiva do particular interessado. Assim, amparando-nos em construção teórica voltada à solução de vários casos práticos trazidos para ilustração, finalizamos o trabalho afirmando que, embora não lhes sendo aplicáveis as garantias da ampla defesa e do contraditório, em todos os procedimentos administrativos de fiscalização – inclusive os de natureza tributária – reside o dever da Administração de ouvir o administrado, em contrapartida ao *direito* desse último *de ser ouvido*.

INDEXAÇÃO: Devido Processo Legal; Processo Administrativo; Procedimento Administrativo; Fiscalização; Busca da Verdade Material; Direito de Ser Ouvido.

Abstract

The purpose of this paper was, by systematizing some doubts still unsolved by doctrine related to the guarantees applicable to the inspection administrative proceedings, to sustain the need of attempting to the private's right to be heard on such proceedings, as an indispensable mean in the search for the material truth that, to its turn, derives directly from the so called substantive conception of the due process of law. Our main concern was to pursue solid grounds for that conclusion. In this context, the first defiance was to draw up some conceptual delimitation about the formal and the material aspects of that constitutional clause, in view of the direct correspondence between the subject of the inspection *proceedings* and the issues regarding the freedom and the property limitations, since such proceedings involve administrative acts enacted under the so called police power. Afterwards we elaborated our conceptual differentiation between *process* and administrative *proceedings*, based upon our interpretation that the guarantees established on article 5, LV of the Brazilian Constitution, concerning to the right of full defense and the contradiction, are only applicable to the *process* itself, thus characterized by a litigation deriving from a conflict of interests. On the other side we verified that the guarantees related to the substantive due process of law, such as the principles of the equity, reasonability, proportionality and of the efficacy, shall remain in the *proceedings* not qualified by litigation. Further, we have developed the idea of the need for such inspection *proceedings* – and not *process* – to serve the search for the material truth and we concluded that such constitutional clause only can be accomplished by a deep investigation of the facts analyzed. Finally, we concluded that one of the indispensable means to the exercise of this search is the actually hearing the interested private. Thus, based on a theoretical construction aiming to solve several practical cases presented as illustration, we finalized our work asseverating that, although the guarantees of full defense and the contradiction are not applicable to all types of inspection administrative *proceeding* – including those related to tax issues – resides the duty of the State to hear the privates, in return to their right to be heard.

INDEX: Due Process of Law; Administrative Process; Administrative Proceeding; Inspection; Search for the Material Truth; Right to be Heard.

Sumário

Introdução	p. 10
Capítulo I – A Cláusula do Devido Processo Legal – Âmbitos Processual e Substantivo	p. 15
I.1 - Origem Histórica da Cláusula do <i>Due Process of Law</i> : Do seu Nascedouro à Constituição Brasileira de 1988	p. 15
I.1.a – Nascimento e Desenvolvimento no Direito Inglês	p. 15
I.1.b – A Recepção e o Aprimoramento pelo Direito Norte-Americano	p. 17
I.1.c – O Devido Processo Legal no Brasil	p. 23
I.2 – O Devido Processo Legal <i>Processual</i>	p. 25
I.3 – O Devido Processo Legal <i>Substantivo</i>	p. 30
Capítulo II – O Procedimento Administrativo de Fiscalização	p. 41
II.1 – O Conceito de Procedimento Administrativo	p. 41
II.2 – As Diferenças Elementares entre <i>Processo e Procedimento</i> – <i>A Delimitação Conceitual Constitucional</i>	p. 45
II.3 – O Procedimento Administrativo de Fiscalização – <i>Conceito e seus Principais Elementos</i>	p. 57
Capítulo III – O Procedimento Administrativo de Fiscalização e a Busca da Verdade Material	p. 69
III.1 – As Questões da Vinculação e da Discricionariedade no Procedimento de Fiscalização	p. 69
III.2 – O Procedimento de Fiscalização e a Busca da Verdade Material	p. 77
III.3 – O Procedimento de Fiscalização Tributária	p. 89
III.3.1 – O Ato Administrativo de Lançamento Tributário e o Procedimento que o Antecede	p. 89
III.3.2 – A Vinculação do Procedimento de Fiscalização Tributária	p. 98
III.3.3 – O Procedimento de Fiscalização Tributária e a Busca da	

Verdade Material	p. 102
Capítulo IV – O Direito de Ser Ouvido no Procedimento Administrativo de Fiscalização	p. 108
IV.1 – O Direito de Ser Ouvido	p. 108
IV.2 – O Direito de Ser Ouvido no Procedimento Administrativo de Fiscalização	p. 119
IV.3 – O Direito de Ser Ouvido no Procedimento de Fiscalização Tributária	p. 131
IV.4 – A “Conversão” do <i>Procedimento</i> Administrativo em <i>Processo</i> Administrativo	p. 139
Síntese Conclusiva	p. 149
Anexo – Jurisprudência Administrativa e Judicial	p. 157
Bibliografia	p. 169

Introdução

“Somente o jurista que se esforça por atingir o verdadeiro sentido e a correta compreensão dos preceitos jurídicos torna plausível a afirmação de que a ciência jurídica é uma das ciências do espírito, pois que, segundo as concepções modernas, o sentido e a compreensão são o critério decisivo de tais ciências.”
(Karl Engisch)

Doutrina, jurisprudência e direito posto têm buscado – na medida de suas limitações – refletir as intensas transformações sociais, políticas e econômicas verificadas diariamente em nossa sociedade. Princípios de direito consagrados vêm recebendo novas leituras e a valores positivados considerados sagrados já não se atribui mais a mesma carga axiológica de outrora. Por essas e outras razões, vem sendo cada vez mais delicado e complexo o desenvolvimento teórico de estudos relativos a qualquer relação travada entre Administração e administrados em um Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, segundo pensamos, a maneira moderna de se enxergar o procedimento administrativo de fiscalização encerra um dos maiores exemplos atuais da mútua cooperação que vem sendo estabelecida entre Estado e particulares na perseguição ao fiel cumprimento da lei.

Assim, a par de sua aparente especificidade, o tema de fundo escolhido para essa dissertação – o direito de ser ouvido no procedimento administrativo de fiscalização – envolve densa carga teórica e, ao mesmo tempo, implica importantes conseqüências práticas nessa intrincada relação travada no mundo contemporâneo entre a Administração Pública, no papel de ente fiscalizador, e o particular, enquanto parte interessada direta e indiretamente na investigação dos fatos (no que diz respeito ao atingimento do interesse público tutelado pela norma jurídica que demanda a fiscalização).

Aliás, o nosso interesse pela questão surgiu já há vários anos, justamente dessa contraposição entre as modernas concepções da dogmática jurídica e a prática decorrente do exercício da advocacia, especialmente na área do Direito Público.

No início, quando voltávamos nossa atenção a manifestações da jurisprudência referente aos direitos do administrado no decorrer do procedimento administrativo de fiscalização, era – e continua sendo – comum a confusão de conceitos básicos na abordagem de alguns problemas encontrados, incorrida por ambos os lados (tanto do Estado como do particular).

De um lado, deparávamos com a Administração Pública insistindo em alegar simplesmente que o procedimento administrativo de fiscalização seria pautado no princípio inquisitivo, na medida em que seria decorrente de função vinculada à lei e realizado em momento anterior à configuração da lide, razão por que não poderia ser qualificado pelas garantias constitucionais decorrentes do devido processo legal.

Por outro lado, de forma tão pouco elaborada quanto, encontrávamos os administrados confundindo as prerrogativas formais e materiais albergadas por aquela cláusula e tentando amparar-se de forma genérica e equivocada (entendemos nós) nas garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, como se realmente tais prerrogativas devessem alcançar o procedimento de fiscalização, ainda que nele não houvesse nenhuma espécie de litigância.

Nossa primeira impressão – que posteriormente veio a ser confirmada – era de que nenhuma das duas posições estava correta, mas naquela fase embrionária de investigação faltavam-nos fundamentos para refutá-las. Na verdade, de início não conhecíamos exatamente nenhuma resposta acerca das diversas questões que nos surgiam em torno do tema, dentre as quais a mais importante era: quais seriam efetivamente as garantias decorrentes do devido processo legal ao particular envolvido em um procedimento fiscalizatório?

E foi partindo dessa e também de uma série de outras dúvidas dela decorrentes que debruçamo-nos sobre a doutrina na busca de compreender de que forma dar-se-ia a relação travada entre a administração e o particular no decorrer de uma atividade de fiscalização. Assim, podemos afirmar que nosso procedimento de investigação no presente estudo seguirá uma análise zetética, ainda que nosso enfoque seja predominantemente dogmático¹, já que

¹ Parafrazeamos Tércio Sampaio FERRAZ JR, ao iniciar seu *Introdução ao Estudo do Direito*: “...privilegiando o enfoque dogmático, o interesse é fazê-lo dentro de um ângulo crítico. Ou seja, o objeto de nossa reflexão será o

partiremos de dúvidas cuja resolução nos era desconhecida de início, para ao final – com base no que melhor conhecemos da doutrina jurídica nacional e alienígena, especialmente das áreas de Direito Constitucional, Administrativo e de Teoria Geral do Processo – chegarmos às respostas que realmente nos satisfaçam. Mais do que isso, ao final buscaremos concluir pela existência de uma importante prerrogativa pertencente ao particular no procedimento de fiscalização, que é justamente o seu *direito de ser ouvido*, uma decorrência direta – queremos acreditar – do devido processo legal analisado em sua concepção substantiva.

O caminho a ser percorrido poderá ser considerado um pouco longo, mas – pensamos – absolutamente necessário para a construção de um raciocínio bem estruturado e com alicerces sólidos. Dada essa nossa preocupação com a coerência lógica dos argumentos expostos e nossa confessa influência da chamada Escola Analítica da PUC/SP e sua atenção à correção da linguagem empregada, buscaremos proceder a esse estudo tal um engenheiro na construção de um prédio, que em primeiro lugar preocupa-se com a fundação e depois vai erguendo os pavimentos tijolo a tijolo, até chegar ao cume.

Daí a necessidade de partirmos da análise de temas mais gerais para, gradualmente, abordarmos os mais específicos, sem nos esquecermos de, em cada passo, fixar todos os conceitos adotados. Decorrerá dessas preocupações, inclusive, a necessidade de extensa pesquisa bibliográfica, que muitas vezes representar-se-nos-á um verdadeiro pedido de socorro aos mestres, frente às inúmeras dúvidas surgidas no desenvolvimento da estruturação do pensamento. Às vezes seremos atendidos; outras tantas vezes, porém, teremos que abrir alguns caminhos relativamente novos. Mas o mais importante é que buscaremos dar todos os passos que entendermos necessários para que essa jornada dê-se de maneira minimamente segura e bem fundamentada.

O primeiro desses passos será enfrentarmos tema dos mais modernos, concernente à análise da garantia do devido processo legal, tanto com relação ao chamado âmbito processual (ou formal) como também o substantivo (material). Isso porque, conforme veremos, a matéria referente ao procedimento administrativo de fiscalização está diretamente relacionada com as questões da liberdade e da propriedade dos particulares. E, como sabemos, a Constituição da

direito no pensamento dogmático, mas nossa análise, ela própria, não será dogmática, mas zetética.” (*Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 51).

República não admite nenhuma limitação a essas duas prerrogativas sem que seja respeitada aquela cláusula (artigo 5º, LIV).

Assim, com base não apenas nas obras já clássicas acerca da matéria, mas também nos doutrinadores mais modernos que vêm revolucionando o modo de se pensar a interpretação das normas constitucionais, desenvolveremos no Capítulo I o que consideramos de mais relevante acerca do *due process of law*.

No Capítulo II dirigiremos nossa análise à questão bastante controversa na doutrina, referente à distinção conceitual estabelecida entre *processo* e *procedimento* administrativo. Para nós, como veremos, não se trata de mera discussão terminológica, pois verificaremos diferenciações ontológicas relevantes entre as duas figuras. Dessa forma, retomando os pontos estudados sobre a extensão dos âmbitos formal e material do devido processo legal, tentaremos esclarecer em que medida as garantias daí decorrentes alcançam o *processo* administrativo e – se é que alcançam – também o *procedimento*.

Ao final desse Capítulo buscaremos construir o primeiro conceito diretamente relacionado com o tema de fundo, concernente ao *procedimento* administrativo de fiscalização. Nessa empreitada, será necessário verificarmos a sua relação – para nós direta – com aquilo que a doutrina, de forma controversa, chama de *poder de polícia*, justamente pela possibilidade inerente a essa espécie procedimental de emissão de atos restritivos da liberdade e da propriedade.

E com essas premissas razoavelmente bem fixadas daremos início ao Capítulo III, no qual analisaremos a correspondência umbilical dessa espécie de procedimento administrativo com o princípio da busca da verdade material. Como veremos, em função da vinculação do procedimento administrativo de fiscalização à lei e em decorrência direta do devido processo legal substantivo, cabe à Administração Pública exaurir todos os meios de investigação que lhe são legalmente autorizados na busca da verdade objetiva acerca dos fatos examinados. Valendo-nos de exemplos de ordem prática, analisaremos a questão frente aos procedimentos de fiscalização em geral e, posteriormente, voltar-nos-emos aos de natureza tributária.

No quarto e último Capítulo, então, analisaremos especificamente a questão do *direito de ser ouvido* no *procedimento* de fiscalização. Embora acreditemos que as garantias decorrentes do chamado devido processo legal formal – especialmente as referentes aos meios de defesa e ao contraditório – não se apliquem aos *procedimentos* em geral (mas apenas aos *processos* propriamente ditos, que para nós são aqueles que envolvem litígios ou acusações), buscaremos sustentar nossa conclusão de que um dos meios imprescindíveis ao exercício da busca da verdade material na atividade fiscalizatória é justamente a oitiva do particular interessado, em decorrência direta do devido processo legal concebido em seu âmbito substantivo.

Assim, com base em respaldo teórico e diante da análise de diversos casos práticos, verificaremos que em todos os *procedimentos* administrativos de fiscalização reside o dever da Administração de ouvir o administrado, em contrapartida ao *direito* desse último *de ser ouvido*.

Analisaremos novamente – por sua riqueza ilustrativa – o caso do procedimento de fiscalização tributária e concluiremos pela efetiva importância da oitiva da parte interessada também nessa espécie de atividade administrativa. Por fim, abordaremos a questão do surgimento da relação processual entre a Administração e o particular durante a atividade de fiscalização, ou, como referiremos, a possibilidade de conversão do *procedimento* (não litigioso) em *processo* (que envolva, portanto, interesses conflitantes).

Essas são, em breve síntese, as razões que nos levaram a optar pelo tema proposto, cuja abordagem – esperamos – seja procedida de maneira satisfatória, especialmente no que diz respeito ao seu embasamento científico. E desejamos profundamente que todo o caminho que começa a ser trilhado na próxima página não se torne um fim em si mesmo e não sirva apenas a divagações de ordem acadêmica, propiciando aos operadores do Direito novas discussões acerca dos meios efetivos de concretização das garantias constitucionais estudadas. Se esclarecimentos ou ao menos dúvidas relativas a antigos paradigmas forem suscitados, nosso objetivo terá sido cumprido.

Capítulo I - A Cláusula do Devido Processo Legal – Âmbitos Processual e Substantivo

I.1 - Origem Histórica da Cláusula do *Due Process of Law*: Do seu Nascedouro à Constituição Brasileira de 1988

I.1.a – Nascimento e desenvolvimento no Direito Inglês

Nos dias atuais já é possível encontrar farta doutrina acerca da origem histórica da cláusula do devido processo legal². Nesse primeiro capítulo, tentaremos identificar as principais etapas da evolução desse princípio que, hoje, devem nortear o sistema constitucional como um todo e, mais especialmente, o exercício da jurisdição constitucional.

A história do devido processo legal, especialmente seu marco inicial e seus primeiros passos de desenvolvimento, confunde-se com a história do Direito inglês.

Os registros históricos contam que foi no ano de 1066 d.C. que Guilherme, o Conquistador, invadiu a Inglaterra, institucionalizando a estrutura feudal, caracterizada pela soberania do senhor feudal, proprietário das terras, e pela submissão hierárquica dos barões e lordes que compunham a nobreza³.

No momento seguinte, aliando-se ao Clero, essa nobreza fortaleceu-se tanto econômica quanto politicamente, constituindo o Parlamento. A pressão sobre a Coroa britânica foi tanta que em 1215, quando então governava João Sem Terra, foi outorgada aos senhores feudais a Magna Carta, ou *Great Charter*, o grande marco histórico que pautou princípios básicos da organização jurídica inglesa e de muitos outros povos.

² Para melhor pesquisa do tema, verifique-se a clássica obra de Antônio Roberto SAMPAIO DÓRIA, *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law*, editada pela Revista dos Tribunais em 1964, ou mesmo de sua releitura *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law* (Forense, Rio de Janeiro, 1986, pelo mesmo autor). No tópico “Origem e Evolução da Cláusula *Due Process of Law*”, com toda a erudição que lhe é peculiar, o autor nos remete com precisão e clareza aos meandros do nascimento e da evolução desse direito fundamental, cujo processo implicou mais de 900 anos de história. Ainda sobre o tema, tão recomendável quanto é a monumental *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, de Carlos Roberto de SIQUEIRA CASTRO (Rio de Janeiro: Forense, 1989).

³ MAITLAND, F. W. *The Constitutional History of England*, Cambridge: University Press, 1961, p. 28.

Em sua cláusula 39, esse documento essencial assegurava aos nobres⁴ a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade e propriedade, os quais só poderiam ser suprimidos em conformidade com a *lei da terra*, ou *per legem terrae* (no inglês, *by the law of the land*)⁵.

Trono após trono, os soberanos ingleses confirmaram integralmente o conteúdo daquela cláusula. Contudo, foi apenas em 1354, enquanto reinava Eduardo III, que – por mãos e motivos historicamente desconhecidos – a expressão *per legem terrae* foi substituída por *due process of law*, ou *devido processo legal*, por meio da redação dada pelo Parlamento à lei denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*.

Em 1628, por meio de simples ordem não adequadamente motivada, o Rei Carlos I determinou a prisão de cinco membros da nobreza que haviam se recusado a contrair um empréstimo compulsório supostamente ilegal. Analisando o pleito de seus defensores que condenavam a arbitrariedade daquelas prisões, inspirada nas lições do juiz *sir* Edward Coke⁶, a Câmara dos Comuns exarou a famosa *Petition of Rights*, fundamentada na cláusula do *due process of law*, para determinar que ninguém poderia vir a ser privado de sua liberdade sem a evidência de uma justa causa (*without any case showed*).

Naquele momento histórico, referida cláusula possuía caráter nitidamente processual, exigindo não apenas um processo formalizado, mas também requisitos como a prévia citação e a oportunidade de defesa. Eis a fórmula *notice and hearing*, que constituía o âmago do *due process* visto em seu âmbito processual. Nos dizeres de McGEHEE, esse binômio era a própria *expressão aforística da alma do devido processo*⁷.

⁴ SAMPAIO DÓRIA adverte que “... a Magna Carta era concebida por seus redatores como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento. Menos ainda visava proteger os direitos individuais do cidadão, segundo afirmam os autores.” (*Direito Constitucional Tributário...*, ob. cit., p. 10).

⁵ No seu idioma original, dizia a cláusula 39 o seguinte: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae”. Para o inglês, a tradução seria: “No freeman shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or any wise destroyed; nor shall we go upon him, nor send upon him but by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.” (*The Constitutional History...*, ob. cit., p. 30).

⁶ À época, *Chief-Justice of Common Pleas Court*.

⁷ “Aphoristic expression of the soul of due process” (McGEHEE, Lucius P. *Due Process of Law under the Federal Constitution*, Edw. Thompson Co., 1906, p. 67, *apud* Antônio Roberto SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional Tributário...*, ob. cit., p. 13).

O produto de todos esses séculos de elaboração jurisprudencial foi rápida e integralmente assimilado pelo Direito Norte-Americano, então em fase inicial de formação.

I.1.b – A Recepção e o Aprimoramento pelo Direito Norte-Americano

Atravessando o atlântico, ingleses que seguiam para a América do Norte em busca basicamente de novas fontes de recursos, logo formaram diretrizes semelhantes em termos de direitos e garantias processuais, especialmente no que diz respeito ao mais profundo dos instrumentos de defesa de direitos individuais, cujo desenvolvimento foi muito mais profícuo no Novo Mundo⁸.

Em 1641, por meio da “Declaração de Liberdades”, a Colônia de Massachusetts foi a primeira a formalizar legalmente cláusula análoga a do devido processo legal⁹. Posteriormente, vieram leis no mesmo sentido de Nova York, Nova Jersey, Pensilvânia e Maryland¹⁰, e logo a quase totalidade das colônias norte-americanas já havia incorporado tal garantia em seus sistemas jurídicos.

Por sua própria natureza, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1778 não trouxe rol detalhado dos direitos individuais, razão pela qual não fez menção expressa à garantia do devido processo legal, apesar de ter sido inspirada nos ideais de igualdade, liberdade e principalmente no ideal de *busca da felicidade* (*pursuit of happiness*).

Em 1787, então, foi realizada a Convenção da Filadélfia, que fez emergir a Federação Norte-Americana, com sua primeira Constituição. Apesar de esse texto constitucional inaugural não ter feito menção alguma à proteção dos direitos à liberdade e à propriedade, três anos depois foi aprovado o *Bill of Rights*, composto das primeiras dez emendas ao texto

⁸ Deveras, a história conta que, por diferenças estruturais de ordem social e cultural, a garantia do devido processo legal foi muito melhor desenvolvida no sistema jurídico norte-americano. Comparativamente, a cláusula chegou a praticamente estacionar no seu berço bretão.

⁹ Garantindo-se o direito à vida, liberdade e propriedade “unlesse it be vertue of equiticor some expresse law of the county warranting the some established by a general court and sufficiently published...”.

¹⁰ Exemplificativamente, transcrevemos o inciso XXI da *Declaration of Rights of Maryland*, de 03 de novembro de 1776: “That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges,

constitucional, que dentre outras previsões inscreveram tais garantias como fundamentos do Ordenamento Jurídico Norte-Americano¹¹.

E foi então com a V Emenda da Constituição Norte-Americana, de 1791, que a garantia do *due process* assumiu a forma que conhecemos hoje, prevendo-se expressamente que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.¹²

Para melhor situar o contexto histórico por que passava o Direito Norte-Americano, cumpre-nos lembrar que foi em 1803, em um dos mais famosos julgados da história jurídica mundial, *Marbury v. Madison*, que John MARSHALL proferiu voto que, por sua importância tamanha, é considerado como o marco responsável pelo reconhecimento da hegemonia do Poder Judiciário sobre os demais Poderes:

“Enfaticamente, é da providência e da competência do Poder Judiciário dizer o que é a lei. Aqueles que aplicam a norma a casos particulares devem necessariamente expô-la e interpretá-la.

Se duas leis conflitarem entre si, as cortes devem decidir sobre a aplicabilidade de cada uma delas. Se a lei estiver em oposição à Constituição; se tanto a lei como a Constituição forem aplicáveis a um caso particular, a Corte deve decidir o caso em conformidade com a lei, descumprindo a Constituição, ou em conformidade com a Constituição, descumprindo a lei, a Corte deve determinar qual dessas regras conflitantes governa o caso. Isso é da verdadeira essência da Justiça.”¹³

or outlawed, or exiled, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty, or property, but by the judgment of his peers, or ‘by the’ law of the land”.

¹¹ Por estratégia política de Madison, visando assegurar o endosso dos cidadãos norte-americanos à nova Constituição (*Direito Tributário Constitucional...*, ob. cit., p. 16).

¹² Tradução livre. No original, o texto integral da Emenda V diz: “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.”

¹³ Tradução livre. No original: “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two rules conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the Constitution; if both the law and the Constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law; disregarding the Constitution; or conformably to the Constitution, disregarding the law, the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If, then, the courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary Act of the Legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”

De acordo com essa nova visão de imperatividade da Constituição, inclusive sobre o Poder Legislativo, a Suprema Corte norte-americana passou a impor ao legislador federal a necessidade de se atender aos ditames constitucionais, sob pena de violação ao primado da legalidade e, conseqüentemente, de toda a estrutura federativa recém inaugurada.

Com a erudição que lhe é peculiar, San Tiago DANTAS nos dá conta da importância dessa inovação hermenêutica do Direito norte-americano relativo à limitação ao Poder de Legislar:

“Somente, enquanto na Inglaterra jamais se concebeu que o princípio pudesse ser invocado contra um ato do Parlamento, supremo depositário da soberania, nos Estados Unidos a fórmula cedo começou a ser considerada limitativa para o próprio Congresso, e a constituir um dos *standards* jurídicos com que a Côrte Suprema censura a constitucionalidade das leis, de modo que o tribunal já podia dizer no leading case *Hurtado v. Califórnia*:

‘Applied in England only as guards against executive usurpation and tyranny, here they have become bulwarks also against arbitrary legislation’ (110 U.S. 516).

Essa compreensão do *due process of law*, como restrição ao arbítrio do Legislativo, atinge à maturação doutrinária na mesma época em que o princípio incorpora-se às restrições feitas ao poder dos Estados, na 14ª Emenda Constitucional (1868); nesse mesmo ano Cooley publica o seu *Tratado sobre as limitações constitucionais do Poder Legislativo*, e daí por diante a doutrina e a jurisprudência se conciliam numa afirmação que, fixando o sentido do instituto, não lhe impedirá entretanto, a constante transformação e adaptação às condições históricas.”¹⁴

Deveras, justamente em razão daquela determinação da Emenda V dirigir-se apenas à produção legislativa do Congresso Nacional (aplicando-se somente, portanto, no âmbito federal) e tendo em vista a necessidade de estendê-la aos demais entes federados, Thadeu STEVENSON propôs a redação da Emenda XIV à Constituição dos Estados Unidos da América, que foi ratificada por todos os Estados. Assim, em 1868, passou a ser determinado também que “nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.¹⁵

¹⁴ DANTAS, San Tiago. *Igualdade Perante a Lei e Due Process of Law, in Problemas de Direito Positivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 43.

¹⁵ Tradução livre. No original, o texto integral do item 1 da Emenda XIV diz o seguinte: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of

E conforme ensina-nos Adhemar Ferreira MACIEL, a importância da Emenda XIV não se restringiu à extensão da garantia à esfera estadual, servindo expressamente de elo marcante com os ideais de justiça social, sobretudo pela menção à *igual proteção da lei*:

“Ontologicamente, a cláusula constitucional que impede o Estado-Membro de privar o cidadão (sentido amplo) do ‘devido processo legal’ tem o mesmo significado daquela igualmente impeditiva para a União. Mas as circunstâncias, a época e o propósito não deixam de imprimir cunho peculiar a cada uma das cláusulas nas duas Emendas. A diferença mais marcante entre o *due process* da Emenda n. V e o da Emenda XIV estaria no fato de a primeira coexistir com outras garantias expressas no *Bill of Rights* como procedimento justo através de tribunal do júri, possibilidade de se ver acusado perante o *grand jury*, fianças e multas pecuniárias compatíveis com a situação financeira do réu. Já a Emenda XIV ‘contém implicitamente não só os padrões de retidão e justiça’ encontrados na cláusula da V Emenda, mas também muitas garantias que são expressamente ressalvadas no *Bill of Rights*. Se observamos bem, veremos que a Emenda n. XIV, sobretudo pela proximidade da cláusula da ‘igual proteção das leis’ (*equal protection of the laws*), fornece inteligência mais abrangente ao *due process* do que aquela da Emenda n. V. Em *Bolling v. Sharpe*, por exemplo, a Suprema Corte disse: ‘A Quinta Emenda, que é aplicável ao Distrito de Colúmbia, não contém a cláusula da ‘igual proteção’ tal como a Décima Quarta Emenda, a qual se aplica somente aos Estados. Mas os conceitos de ‘igual proteção’ e ‘devido processo’, ambos provindos do ideal americano de retidão (*fairness*), não são mutuamente excludentes. A (cláusula) *equal protection of the laws* é uma salvaguarda mais explícita de proibição de iniquidade (*unfairness*) do que a (cláusula) *due process of law*.’¹⁶

Contudo, conta-nos SAMPAIO DÓRIA¹⁷ que até ser promulgada a XIV Emenda, a Suprema Corte norte-americana havia analisado detidamente referida cláusula em apenas um único julgamento, cuja lide reduzia-se à análise da constitucionalidade de lei federal que facultava a agentes administrativos a venda sumária de bens de contribuintes devedores do erário público. Tratava-se, portanto, de questão processual, devendo-se decidir se tal imposição representava alguma forma de restrição ao *due process*.

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 jurisdiction the equal protection of the laws”.

Interessante notar que essa última menção à igual proteção da lei para qualquer pessoa visava, à época, estender expressamente a garantia aos negros recém-alforriados.

¹⁶ MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law*, in *Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha), Belo Horizonte: Del Rey, 1995, pp. 411-412.

¹⁷ *Direito Tributário Constitucional...*, ob. cit., p. 19.

Mas essa hermenêutica formalista não se compactuava com a formação eminentemente jusnaturalista da maior parte dos membros do Judiciário norte-americano (sabidamente influenciados pela ideologia política iluminista de pensadores como LOCKE, ROUSSEAU e MONTESQUIEU, bem como pelas filiações jurídicas de GROTIUS e PUFFENDORF). A verdadeira guerra instaurada pelos ideais de MARSHALL entre Judiciário e Legislativo já havia se agravado em muito e pendia para a insolubilidade, já que carecia de elemento constitucional exposto apto a amparar pensamentos naturais.

Foi nesse momento que se principiou a necessária busca a técnicas hermenêuticas como a que se instaurou sobre o conceito substantivo do *due process of law*. Já havia um *leading case* sobre a matéria na esfera estadual, consubstanciado em decisão da Carolina do Norte que invalidou lei local por considerá-la contrária à *law of the land*¹⁸. Num momento seguinte, o Judiciário de Nova York proferiu o julgamento do caso *Wynehamer v. New York*, considerado até hoje uma das mais importantes decisões acerca do devido processo legal material.¹⁹

Não demorou muito para que a Suprema Corte do país se valesse desse poderoso instrumento de proteção da Justiça, assumindo em uma longa série de casos o papel definitivo de árbitro das relações entre o governo e os jurisdicionados, com verdadeiros poderes de pacificador de conflitos ocorridos na vida da sociedade norte-americana. No início da “Era do governo dos Juízes”, nada mais natural que a dimensão substantiva da cláusula em análise fosse utilizada como um meio de exercício efetivo da Jurisdição Constitucional, inclusive para fiscalizar e corrigir arbítrios incorridos pelos outros poderes.²⁰

¹⁸ *University of North Caroline v. Foy*, 2 Hayw. (N.C.) 310 (1804)

¹⁹ *Wynehamer v. New York*, 13 (N.Y.) 378 (1856)

²⁰ Nesse sentido, é primorosa a análise de SIQUEIRA CASTRO: “Assim é que, antes mesmo do fim do século XIX, teve início a grande série de pronunciamentos judiciais que, a pretexto de se preservar o regime econômico calçado na livre iniciativa, invalidaram os primeiros exemplares da legislação intervencionista do Estado contemporâneo. Inaugurava-se, aí, a era do “governo dos Juízes”, com os Tribunais assumindo papel de censores 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 do Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com 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

Interessante notar a consciência dos membros da Suprema Corte norte-americana, ainda na fase inicial daquela corrente jurisprudencial, acerca da importância da aplicação de instituto dessa natureza. Tanto é assim que, tão forte como a preocupação de desenvolver o âmbito de aplicação dessa cláusula e proferir precedentes que a consolidasse, foi a necessidade de precaução daquela Corte Constitucional, que logo passou a sustentar a impossibilidade de se dar contornos precisos ao seu conteúdo. Nesse sentido, *Justice MULLER* foi enfático em um dos seus primeiros julgados acerca da matéria:

“Mas a par do risco iminente de falha em se dar alguma definição que possa ser simultaneamente clara, compreensiva e satisfatória, há sabedoria, pensamos, na apuração do sentido e aplicação de tão importante cláusula da Constituição Federal, por meio de gradativo processo de inclusão e exclusão judicial, na proporção que os casos submetidos a julgamentos assim o reclamem, com a razoabilidade que deve ser atribuída. Essa corte, após uma experiência de quase um século, ainda está engajada em definir a obrigação de contratos, a regulação do comércio e outros poderes conferidos ao Governo Federal, ou limitações impostas aos Estados.”²¹

E mesmo considerando que desde essa manifestação até os dias atuais já tenham se passado mais de 120 anos, ainda hoje essa advertência é respeitada, não havendo quem se arrisque a dar uma exata delimitação do conteúdo da cláusula em estudo.²² Na verdade, a fluidez de seu conteúdo é inerente à sua essência. Daí a brilhante e conclusiva assertiva de *Justice Oliver HOLMES*, no sentido de que “*What is due process of law depends on the circumstances*”.²³

predicados de intérprete derradeiro do sentido da Constituição: o Poder Judiciário.” (*O Devido Processo Legal...*, ob. cit., p. 57).

²¹ Tradução livre. No original: “But, apart from the imminent risk of a failure to give any definition which would be at once perspicuous, comprehensive, and satisfactory, there is wisdom, we think, in the ascertaining of the intent and application of such an important phrase in the Federal Constitution, by the gradual process of judicial inclusion and exclusion, as the cases presented for decision shall require, with the reasoning on which such decisions may be founded. This court is, after an experience of nearly a century, still engaged in defining the obligation of contracts, the regulation of commerce, and other powers conferred on the Federal government, or limitations imposed upon the States.” (*Davidson v. New Orleans*, 96 US 97, 24 - 1878).

²² É bem verdade, porém, que a jurisprudência norte-americana já se encontra muito avançada no que diz respeito ao aprofundamento das garantias alcançadas pela proteção do *due process of law*. Para um relato detalhado do entendimento da Suprema Corte americana acerca da matéria, verifique-se a leitura do ótimo artigo “*Due Process of Law*” e a *Proteção das Liberdades Individuais*, de Torquato JARDIM (Revista de Direito Público n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982).

²³ *Meyer v. Peabody*, 212 US 78 (1908).

Ressaltando a importância dessa mobilidade material da cláusula, SAMPAIO DÓRIA também é preciso ao afirmar que “o conteúdo material de *due process* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais, que o esvaziariam de seus significados mais fecundos”.²⁴

Com seu costumeiro brilhantismo, SIQUEIRA DE CASTRO assim sintetizou a importância de todo esse processo de desenvolvimento:

“Uma vez incorporada formalmente ao direito Constitucional norte-americano, através da 5ª e da 14ª Emendas, a cláusula *due process of law* cumpriu um longo itinerário exegético. Em razão de seu enunciado elástico e amoldável às exigências cambiantes daquela sociedade vocacionada ao progresso e à evolução dos costumes, a garantia do devido processo legal experimentou profundas variações do tratamento jurisprudencial. Tornou-se, ao lado do princípio da isonomia (*equal protection of the law*), o principal instrumento de argumentação de que lançou mão a doutrina e a jurisprudência no vibrante processo de transformação do Direito Constitucional nos Estados Unidos da América. Sua evolução perpassa o próprio sentido que a Constituição americana passou a assumir sob o influxo da metamorfose do Estado liberal em Estado social, culminando, já hoje, em significar novas condições no relacionamento do Poder Público com os indivíduos e a sociedade civil, condições essas que refletem a visão do homem e do mundo acerca da liberdade e da solidariedade social nesse ocaso do século XX.”²⁵

Feitas essas breves reminiscências acerca do processo histórico de evolução da cláusula em estudo, cumpre-nos agora focarmos nossas atenções ao Direito pátrio.

I.1.c – O Devido Processo Legal no Brasil

Nossa primeira Constituição Republicana, de 1891, já privilegiava, dentre as garantias individuais, o direito à plena defesa na esfera criminal. Eis a redação de seu artigo 72, § 16:

²⁴ *Direito Constitucional Tributário...*, ob. cit., p. 33. Esse mesmo autor reproduz os pensamentos mais recentes de Justice Frankfurter sobre a questão: “Due process não pode ser aprisionado dentro dos traçoeiros lindes de uma fórmula... due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício de julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo” (idem, *ibidem*. Tradução do autor).

²⁵ *O Devido Processo Legal...*, ob. cit., pp. 52-53.

“§ 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas.”

Posteriormente, também as Constituições de 1937 e 1946 veicularam dispositivos assegurando as garantias de defesa e do contraditório no processo penal²⁶. Com a Constituição de 1967 não foi diferente: os §§ 15 e 16 do seu artigo 153 prescreviam, respectivamente, que “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” e que “a instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena salvo quando agravar a situação do réu”.

Com base nesses últimos dispositivos, somando-se à leitura do § 36 do mesmo artigo 153 (segundo o qual “a especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”), a melhor doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer implicitamente a prevalência do devido processo legal no nosso Ordenamento,²⁷ estendendo-o inclusive aos processos cíveis e administrativos.²⁸

²⁶ Art. 122, item 11 da Constituição de 1937: “11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa;”

Art. 141 da Constituição de 1946, § 25: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.”

²⁷ PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 232.

²⁸ Esse era o parecer do grande mestre Hely Lopes MEIRELLES: “... o princípio da garantia da defesa, entre nós, decorre do mandamento constitucional do devido processo legal (Const. Rep., art. 153, §§ 15 e 16), que teve origem no *due process of law* do direito anglo-norte-americano. Por garantia da defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir provas de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis. Processo Administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo.” (*Processo Administrativo, in Direito Administrativo Brasileiro*, 14 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 581). No mesmo sentido, acerca da aplicação do *due process* especificamente no processo administrativo tributário, o ilustre José Frederico MARQUES já averbava, ainda nos idos de 1968: “Isto pôsto, evidente se torna que a administração pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados, gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa. Seguem-se, neste passo, vias análogas às do procedimento judicial, através de atos de comunicação procedimental destinados a estabelecer a bilateralidade no processo administrativo, para que, assim, fiquem entendidos os princípios básicos do ‘due process of law.’ O administrado toma ciência dos fatos

A primeira menção constitucional expressa à cláusula do *devido processo legal* só veio com a atual Constituição da República. A similaridade da já analisada Emenda XIV dos EUA com o conteúdo veiculado por nosso Texto Supremo de 1988 é gritante. Lemos em seu artigo 5º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Como se vê, a importação do brocardo norte-americano para o nosso Direito Pátrio limitou-se à substituição do termo *propriedade* por *bens*, o que dá rigorosamente no mesmo, e à supressão da palavra *vida*, simplesmente porque em nosso país não há pena de morte, salvo em caso de guerra declarada²⁹. No mais, a determinação é absolutamente a mesma: ninguém será privado do exercício de sua liberdade ou da propriedade de seus bens, senão de acordo com o devido processo previsto em lei.

Passaremos agora a analisar o conteúdo jurídico e o alcance do devido processo legal, bem como suas possibilidades de aplicação por nossos tribunais.

I.2 – O Devido Processo Legal *Processual*

Uma das primeiras e mais lembradas referências históricas acerca do conteúdo da expressão *law of the land* é do advogado norte-americano Daniel WEBSTER, no caso *Darhmouth College v. Woodward*, que em sua sustentação oral averbou o seguinte:

“Por lei da terra deve-se compreender mais claramente as regras gerais; a lei que ouve antes de condenar; que procede à inquirição e que chega a um veredicto após o julgamento. O significado é de que a todos os cidadãos são asseguradas a vida, liberdade, propriedade e imunidades sob a proteção de regras gerais que governam a sociedade. Todavia, nem tudo o que possa assumir a forma de lei deve ser considerado lei da terra.”³⁰

em que a administração alicerça sua pretensão e o exercício da autotutela. E defende-se, dentro dos limites que a lei traça, para que, assim, não periclite o seu direito de defesa” (*A Garantia do “Due Process of Law” no Direito Tributário*, in Revista de Direito Público n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 29).

²⁹ Artigo 5º XLVII, ‘a’ da Constituição da República.

³⁰ Tradução livre. No original: “By the law of the land is most clearly intended the general law; a law which hears before it condemns; which proceeds on inquiry, and renders judgment only after trial. The meaning is that every citizens shall hold his life, liberty, property, and immunities under the protection of the general rules which govern society. Everything which may pass under the form of enactment is not, therefore, to be considered the law of the land” (4. Wh. 518, 581 – 1819).

Analisando esse caso específico, San Tiago DANTAS³¹ identifica os dois principais caracteres da cláusula do *due process*: o primeiro deles diz respeito à referência a regras gerais, que a ninguém podem excepcionar, sendo vedado qualquer tratamento legal diferenciado e específico para um caso concreto, sob pena de violação à isonomia; o segundo refere-se à insuficiência do atendimento aos requisitos formalmente exigidos pelo processo legislativo para caracterizar determinado ato normativo como sendo compatível com o devido processo legal, devendo também a matéria veiculada por esse ato ser considerada coerente com a cláusula (é o princípio de prevalência do conteúdo sobre a forma).

Tão importantes quanto esses dois elementos, consideramos os requisitos *mínimos e imprescindíveis* para a configuração do devido processo legal, no escólio de J. J. CALMON DE PASSOS: existência de um juiz imparcial, independente e acessível às partes, prevalência de um contraditório caracterizado pela citação das partes e sua oportunidade de participar em todas as fases do processo, inclusive produzindo provas e tecendo os esclarecimentos necessários e, por fim, a existência de meios de controle para garantia do pleno funcionamento do próprio devido processo.³²

Acompanhando essa escola e após ressaltar a importância do acesso à jurisdição como meio de realização da justiça, Humberto THEODORO JÚNIOR afirma de maneira contundente:

“A garantia de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc.”³³

Nesse ponto, cumpre enfrentar uma questão relevante. Estamos todo o tempo fazendo menção sobre esse *devido processo*, mas ainda não fizemos uma afirmação que consideramos absolutamente necessária para o estudo da matéria: ainda que pareça óbvio, é importante

³¹ Igualdade perante a lei..., ob. cit., pp. 44-45.

³² CALMON DE PASSOS, J. J.. *O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n. 17, São Paulo, 1980, p. 127.

³³ *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*, in Revista de Processo n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 179.

asseverarmos que *o processo devido* é aquele que se amolda às exigências peculiares de cada caso. Desde que atendidos os requisitos mínimos acima mencionados, o processo deverá ser composto por meio de procedimentos adequados e compatíveis com a especificidade da lide concretamente considerada.³⁴

Esses procedimentos adequados, que caracterizam a essência do *devido processo legal*, têm por objetivo atingir um provimento jurisdicional justo e correto. Enfim, a resolução do conflito, como produto-resultado desse processo, há de ser a mais acertada sob todos os ângulos que se analise a questão.

Nesse sentido, o *due process* não funciona apenas como um conjunto de garantias individuais, transcendendo o interesse das partes³⁵ para se buscar o interesse supremo da sociedade no que concerne a um litígio judicial, que é a busca da verdade, de dar a cada um o que é seu.³⁶ E como decorrência dessa busca, que deve pautar-se num processo dialético de

³⁴ Charles D. COLE faz menção inclusive a um “teste de equilíbrio” para se chegar ao melhor procedimento para cada caso, mas sempre se atendendo aos elementos básicos da cláusula: “Um dos requisitos necessários para um processo decisório justo é claramente que o governo forneça um ‘juiz imparcial’. Juizes imparciais precisam resolver a base fática e jurídica dos atos do governo, seja um ato administrativo ou judicial. Ainda, em adição à garantia de um juiz imparcial, o devido processo requer que os indivíduos que tenham aquele direito à vida, liberdade ou patrimônio, o qual está sendo indevidamente afetado pelo governo, sejam intimados, de forma que tenham uma 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 da pendência na ação e permitir a elas a oportunidade de apresentar suas objeções.’ Como mencionado acima, a Corte usa um ‘teste de equilíbrio’ para determinar que procedimentos serão necessários. O teste de equilíbrio utilizado para determinar que tipo de procedimentos certos casos exigem leva em consideração de três fatores: Primeiro, o direito particular que será afetado pela ação do governo; segundo, o risco de uma privação indevida de tal direito através do procedimento usado, e o valor provável, se houver, de salvaguardas procedimentais adicionais ou substitutas; e finalmente, o direito do Governo, incluindo a função envolvida e os ônus fiscais e administrativos que os requisitos procedimentais substitutos ou adicionais acarretariam.” (*O Devido Processo Legal na Cultura Jurídica dos Estados Unidos: Passado, Presente e Futuro*, in Revista AJUFE n. 56, São Paulo, 1997, p. 38). Enfatizando o significado literal da expressão, Renato Martins PRATES, amparando-se nas lições de Bernard SCHWARTZ, afirma que processo devido é “o de processo justo. O princípio, válido em todos os campos do direito, significa que ninguém pode ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem o direito de ser ouvido, na defesa de seus direitos.” (*O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado*, in Revista de Direito Público n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 134). Como veremos no último Capítulo desse trabalho, para nós o devido processo legal encerra muitas outras garantias além do *direito de ser ouvido*. Esse, conforme pensamos, é apenas um dos seus elementos componentes.

³⁵ “Assim pois, a cláusula do devido processo legal não garante a cada qual as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação entre elas, para o bom exercício da jurisdição.” (Leda Pereira MOTA e Celso SPITZCOVSKY, *Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Editora Terra, 1995, p. 280)

³⁶ José Frederico MARQUES já averbava, ainda com relação à Constituição anterior: “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais” (*O artigo 141, § 4º, da Constituição Federal* in Revista da

ampla participação das partes, é o acerto da decisão que irá legitimar o *processo* como instituto e, conseqüentemente, legitimará a própria Jurisdição.³⁷

Transcrevemos, nesse sentido, as acertadas colocações de Ana Lúcia Berbert de CASTRO FONTES:

“Assim, na dialética processual, a tese é apresentada pelo autor, a antítese pelo réu e a síntese pelo Juiz. A postura do Juiz equipara-se à do cientista, que, perseguindo o conhecimento mais exato, analisa com imparcialidade, com objetividade, os dados coletados.

Daí implicar a garantia do *devido processo legal* no exercício pleno do direito da defesa e na adoção do processo contraditório, entendido este como método de busca da verdade baseada na contraposição dialética.

Emerge, ainda, da contemporânea visão do conteúdo da cláusula processual constitucional, em estudo, oferecida pela moderna concepção da relação jurídica processual, o conceito de *par condicio* ou igualdade de armas. Entendida esta como equilíbrio efetivo de forças no contraditório processual, que deve ser incentivado, e, até, promovido pelo Juiz, perseguindo sempre, reafirma-se a boa qualidade da prestação jurisdicional e a decisão justa, logicamente, que com acatamento do princípio da imparcialidade do julgador.”³⁸

Decisão acertada, ou justa, no nosso ponto de vista, deve ser aquela que ao mesmo tempo respeite a lei e não desrespeite os princípios norteadores do sistema jurídico (não apenas do sistema processual), dentre os quais atribuímos especial ênfase ao da isonomia, mais completo tradutor do valor social “justiça”.

Contudo, nem sempre esse equilíbrio legalidade/isonomia/justiça é tão simples quanto deveria, pois em muitas situações o Órgão Julgador poderá deparar-se – como de fato se

Faculdade de Direito da Universidade do Ceará, n. 16, p. 71, citado por José Afonso da SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 433).

³⁷ Acerca do devido processo legal como fator legitimador da própria Jurisdição, citamos o grande mestre J.J. Gomes CANOTILHO: “O conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, assegura, as partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salva guarda do próprio processo objetivamente considerando, como fator legitimante do exercício da jurisdição” (*Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1991, p. 406).

³⁸ *Garantia do Devido Processo Legal – Princípio Constitucional da Administração Pública*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia n. 14, Salvador, 1990, p. 96.

depara – com situações em que a decisão justa pode, paradoxalmente, não se coadunar estritamente ao ditame legal.³⁹

Nesse sentido, analisando a cláusula do devido processo legal em seu âmbito processual, os professores Luiz Alberto David ARAUJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR trazem excelente exemplo acerca dessa possibilidade de conflito hermenêutico:

“Desse modo, acredita-se que a regra constitucional (*de proibições de provas ilícitas*) deve ser obtemperada sob os parâmetros do princípio da proporcionalidade, que traduz a justa medida dos institutos jurídicos, ou, por outra maneira, o princípio de proibição do excesso.

Tal entendimento encontra figuração perfeita na prova ilícita que inocenta o réu em processo penal, demonstrando, de forma cabal, não ter sido ele o autor do crime. A regra de proibição da prova ilícita, neste caso, poderia ser erigida para concretizar a condenação de alguém sabidamente inocente? No mesmo sentido, crime gravíssimo que, se concretizado, colocaria em risco a segurança de todo o País poderia ser olvidado porque seu conhecimento teve origem em prova ilícita?

A resposta a tais questionamentos é a aplicação do sobredito princípio da proporcionalidade, que interdita o excesso na aplicação de regras constitucionais.”⁴⁰

É muito interessante notar que os professores apontam um caso prático em que o socorro à proporcionalidade faz-se necessário em decorrência de um conflito travado entre uma norma processual, concernente ao direito de não ser acusado com base em provas ilícitas (que em tese compõe a própria cláusula do devido processo formal) e o próprio objeto da cláusula, que diz respeito à decisão justa. Não há como negar que, nesse caso específico, o fim perseguido pelo *devido processo* deve sobrepor-se à lei processual, ainda que seja essa lei um dos elementos formadores da própria cláusula.

³⁹ É exatamente por razões como essa que a melhor doutrina nacional vem recentemente elaborando teorias referentes à ponderação do princípio da legalidade em face de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, o da segurança jurídica. Um dos maiores expoentes dessa nova corrente certamente é Almiro do Couto e SILVA. Dentre os seus trabalhos, destacamos um pioneiro nesse sentido, o texto *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, in *Revista de Direito Público* n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

⁴⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 123-124.

Eis um exemplo crucial da profundidade do instituto que estudamos e também do caráter dinâmico e humano da hermenêutica jurídica. Daí inclusive porque não ousaríamos tecer aqui uma fórmula precisa acerca dos elementos caracterizadores do *devido processo legal*.⁴¹

Ainda assim, em linhas gerais e sempre admitindo a possibilidade de obtemperaões peculiares a cada caso, podemos concluir que o devido processo legal processual terá sido respeitado quando a decisão proferida ao final tiver sido a mais acertada possível, assim considerada aquela que tenha sido exarada por um juiz imparcial e independente, e tenha decorrido de procedimentos adequados ao caso concreto, em cujo curso tenha sido assegurada igual oportunidade às partes para o amplo exercício do contraditório. E tudo de acordo com a prévia e geral legislação processual aplicável à hipótese.

Dito de uma forma mais simples, decisão compatível com o *due process* será aquela tomada ao final de um processo que tenha corrido da forma mais justa possível, para o caso considerado. Isso, evidentemente, no que se refere ao devido processo legal tomado em sua acepção processual, ou como preferem alguns, *due procedural process of law*.

No próximo tópico, abordaremos questão ainda mais intrincada relacionada à matéria, concernente ao chamado âmbito substantivo do devido processo legal.

I.3 - O Devido Processo Legal *Substantivo*

É na extensão dos seus efeitos materiais que a cláusula do devido processo legal exige mais atenção e cuidado, mormente pela novidade da matéria. Acerca dessa nova acepção da garantia constitucional, ensina Lucia Valle FIGUEIREDO:

⁴¹ Há professores que se arvoram nessa missão. Verifique-se, a título exemplificativo, *Princípios do Processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, do Professor Titular de Processo Civil da PUC-SP, Nelson NERY JR. Com a máxima vênia, ficamos com a precaução de Vera Lúcia SCARPINELLA BUENO, ao analisar a acepção formal da cláusula no direito norte-americano: “*Esta realidade conduz à seguinte afirmação: não existe na legislação ou nos precedentes criados pelo judiciário americano alguma lista que identifique, pormenorizadamente, quais os elementos contidos no aspecto processual da cláusula do devido processo. As soluções dadas pelas cortes variam conforme o caso posto para sua análise.*” *Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano*, in *Devido Processo legal na Administração Pública* (Coordenação de Lúcia Valle Figueiredo), São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p. 22.

“Modernamente, assim já não mais é, porque, conforme já dissemos, o *due process of law* passa a ter conteúdo também material, e não tão-somente formal – quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem que está contido, no *due process of law*, conteúdo material. Somente respeitará o *due process of law* a lei – e assim poderá ser aplicada pelo magistrado – se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais.”⁴²

A garantia desse devido processo legal *material* está umbilicalmente relacionada à necessidade de tratamento isonômico e razoável perante a lei e na lei⁴³, cuja eventual arbitrariedade não pode compatibilizar-se com a moderna acepção de igualdade proporcional (e não *matemática ou paritária*).

A expressão que utilizamos – igualdade proporcional – é na verdade de San Tiago DANTAS, que muito antes da inserção expressa da cláusula do devido processo legal no Ordenamento Pátrio já encontrava os principais efeitos dessa cláusula no princípio da isonomia:

“Entendo que o mesmo princípio da igualdade perante a lei autoriza o Poder Judiciário a censurar as leis em que se fazem distinções arbitrárias com o fim de modificar, em relação a algumas pessoas ou coisas, o tratamento jurídico comum. Essa conclusão decorre do princípio de igualdade, tal como concebe o direito público, isto é, como igualdade proporcional, e não como igualdade matemática ou paritária.”⁴⁴

⁴² *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 443.

⁴³ O grande mestre pernambucano José Souto Maior BORGES esclarece com precisão a diferença entre a igualdade perante a lei e na lei: “Há duas formas distintas – nitidamente distintas, posto em geral inapercebidas – de positividade da igualdade jurídica. A primeira delas é a igualdade diante da lei. Esta pode existir até mesmo quando a igualdade não corresponda ao conteúdo da lei. A igualdade perante a lei nada mais significa senão a simples conformidade da conduta normada (i.é., a conduta concretamente efetivada) à norma de conduta, em todas as situações que lhe forem subsumidas. É em suma a igualdade diante do ato de aplicação do direito (...) Não é essa contudo a única igualdade a que se refere o art. 5º da CF. Porque esse dispositivo trata da igualdade não só ante a lei, mas também como um conteúdo da legislação que lhe é integrativa. Vincula-a, numa relação sintática de supra-e subordinação, no tocante ao seu conteúdo, isto é, ao próprio âmbito material de validade da norma (igualdade na lei, igualdade contentutística – diria Pontes de Miranda). De tal sorte que, se desconsiderado o preceito constitucional, o ato legislativo ou administrativo de sua aplicação incorrerá em inconstitucionalidade. A igualdade na lei é igualdade material; somente existe quando a lei prescreve um tratamento igualitário. Será a igualdade, em tais condições, ‘matéria’ do ato legislativo” (*Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988 in Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, pp. 31-32).

⁴⁴ *Igualdade Perante a Lei...*, ob. cit., p. 62. E conclui o autor: “Entendo que o Estado de Direito, a cujo conceito se acolhe a República organizada em 1946, tem como sua característica fundamental o chamado império da lei, ou seja, a subordinação de todos os poderes do Estado à norma de direito, que os limita, abrange e mensura. O Poder Legislativo, em tal regime, não escapa à limitação constitucional, e os atos que pratica, embora tenham

Em outro estudo acerca da questão, a Professora Lúcia Valle FIGUEIREDO vincula de forma precisa e taxativa ambas as prerrogativas constitucionais:

“Só será devido processo legal, quando a lei respeitar a igualdade dentro do seu próprio bojo, quando a lei somente contiver discriminações que guardem razões de pertinência lógica com as situações discriminadas, quando as classificações forem razoáveis; em conseqüência, não será devido processo legal, mas será *undue process of law*, se tivermos leis que desigualem, ou discriminações desarrazoadas. Ou, ainda, se o contraditório não puder materialmente ser executado. Assim, vejam: da mera observância do conteúdo formal da lei passa-se a amplitude hermenêutica muito maior, quando se começa a inadmitir que lei suprima quaisquer garantias individuais, ou desafie o princípio da igualdade.”⁴⁵

Em estudo voltado à evolução da cláusula no Direito norte-americano, Charles D. COLE traz uma definição bastante clara acerca do seu conteúdo material:

“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. Assim, qualquer lei quanto à qual a maioria da Corte não acredite que se refira a um fim legítimo é inválida porque o governo não tem poder para promulgar esta limitação no conceito de ‘liberdade’ das cláusulas do devido processo. Da mesma

sempre forma de lei, nem sempre são leis, por lhes faltarem requisitos substanciais, deduzidos da própria Constituição. Esses requisitos se deduzem de um princípio, que é o centro fiscal do regime jurídico-político: o princípio da igualdade. Graças a ele, podemos atingir, no direito constitucional brasileiro, os mesmos recursos jurisprudenciais que, nos Estados Unidos, a Corte Suprema construiu, partindo do *due process of law*. Lá, não se considera *due process of law* o ato legislativo que dispõe *in concreto*, contra uma disposição geral da lei; nem tampouco o ato legislativo que procede a classificações arbitrárias, contrárias ao direito do país. Aqui, o ato legislativo *in concreto*, ou se refere a uma norma geral preexistente (e nesse caso é válido constituindo um ato de governo reservado à competência do Parlamento), ou exorbita de normas gerais preexistentes, e nesse caso fere o princípio da igualdade de todos perante a lei. O ato legislativo há de ser, portanto, geral, o que não significa aplicável a todos os cidadãos, mas aplicável a qualquer cidadão que se venha encontrar na situação típica ali considerada. Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser tachada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da igualdade proporcional, isto é, que não se justifique como um reajuste de situações desiguais. Desse modo, a lei arbitrária, que a Corte Suprema não considera *due process of law*, também não é aplicável pelo Supremo Tribunal Federal, por infringir o princípio da igualdade perante a lei.” (idem, pp. 62-64). Para toda e qualquer consulta sobre o tema, absolutamente imprescindível a leitura da obra transcendental de Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, “O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade” (São Paulo: Malheiros Editores, 1999).

⁴⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Devido Processo Legal e Fundamentação das Decisões*, Revista de Direito Tributário n. 63, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 213.

forma, se a maioria da Corte acredita que a legislação se refere a algum fim que ela considere além do seu próprio papel no governo também será considerada inválida.”⁴⁶

Já Marcos de Lima PORTA averba que a dimensão substantiva – ou material – do devido processo legal, em matéria de processo administrativo, “compreende a razoabilidade e a proporcionalidade a serem verificadas entre a atuação administrativa e o ato administrativo exarado”⁴⁷.

Para esse mesmo autor, a razoabilidade administrativa poderia ser conceituada nos seguintes termos:

“...o resultado da análise lógica, razoável, racional e compatível, segundo o homem médio comum, das relações entre a atuação administrativa e o ato administrativo praticado. Esse resultado também revela o cumprimento ou o não cumprimento da igualdade material e, em consequência, a observância (ou não) ao princípio da legalidade, concretizador do princípio do Estado Democrático de Direito.”⁴⁸

Nesse ponto entendemos relevante frisar que, de acordo com o que acreditamos, interpretado na sua acepção substantiva, *o devido processo legal* busca, em última análise, a máxima eficácia dos ditames constitucionais que prezam pela justiça social. Essa íntima ligação do instituto com os alicerces do Ordenamento Jurídico justifica sua imperatividade sobre os três Poderes, ainda que seu conteúdo não seja passível de firme delimitação (o que de fato não se pode dar, como já vimos acima).

Pode parecer paradoxal afirmar que da própria fluidez do devido processo legal é que advém sua força como instrumento de busca da eficácia das normas constitucionais. Contudo, como princípio geral, orientador de toda e qualquer atividade do Poder Público (frise-se: tanto o exercício da judicatura, como do Executivo e do Legislativo), é, na verdade, natural que seja assim, pois maior hermetismo de primado dessa natureza representaria verdadeiras algemas ao seu executor.

⁴⁶ *O Devido Processo Legal...*, p. 39.

⁴⁷ *O Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*. São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 109.

⁴⁸ *Idem*, p. 110.

Considerando a realização da justiça social um dos objetivos por excelência do Estado Democrático de Direito, concluímos que um dos maiores méritos do devido processo legal substantivo deve ser justamente a possibilidade de viabilizar o alcance a uma maior eficácia dos preceitos constitucionais. Nesse ponto, reproduzimos memorável lição do mestre Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, em antológico estudo sobre a “*Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social*”:

“Todas as normas constitucionais atinentes à Justiça Social – tenha a estrutura tipológica que tiverem – surtem, de imediato, o efeito de compelir os órgãos estatais, quando da análise de atos ou relações jurídicas, a interpretá-los na mesma linha e direção estimativa adotada pelos preceitos relativos à Justiça Social. Assim, tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social.

A existência dos chamados conceitos vagos, fluídos ou imprecisos, nas regras concernentes à Justiça Social não é impediante a que o Judiciário lhes reconheça, in concreto, o âmbito significativo. Esta missão é realizada habitualmente pelo juiz nas distintas áreas do Direito e sobretudo no direito privado. Além disso, por mais fluído que seja um conceito, terá sempre um núcleo significativo indisputável. É puramente ideológico e sem nenhuma base jurídica o entendimento de que a ausência de lei definidora obsta a identificação do conceito e invocação do correlato direito.”⁴⁹

Deveras, ainda que em uma primeira análise termos como *fim legítimo da lei*, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, ou mesmo *eficácia*, pareçam-nos etéreos e demasiadamente intangíveis para que possamos utilizá-los como elementos estruturais de um

⁴⁹ Revista de Direito Público ns. 57/58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 255. Já o ilustre Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, José Alfredo de Oliveira BARACHO, desenvolvendo importante estudo sobre a cláusula do *due process of law*, destaca alguns princípios atrelados ao que chamou de *sentenças constitucionais* dela (cláusula do *due process*) decorrentes, as quais derivariam da convergência de quatro princípios, o da *congruência*, o da *motivação*, o da *colegialidade* e o da *eficácia*. Destacamos o seu enfoque a este último: “d) princípio da eficácia: a sentença deve alcançar a reintegração do ordenamento constitucional ao qual a lei ou o ato inconstitucionais lesaram. Três são os sistemas que constituem resposta a este princípio: - o sistema americano, pelo qual a eficácia só produz efeito *inter partes*, confiando-se sua extensão à técnica do *stare decisis*; - o sistema austríaco, puro ou Kelseniano, no qual a sentença, com pretensão de eficácia erga omnes, tem uma entidade ‘constitutiva’, desde que ela mesma, em virtude e a partir de seu pronunciamento coloca a inconstitucionalidade no mundo do existente jurídico. Os efeitos só se produzem *ex nunc*, isto é, para o futuro; - o sistema reformado, variante do anterior, adotado em parte na Alemanha e Itália, apesar de ter certos preceitos em que se entende a sentença não como ‘constitutiva’, mas meramente ‘declarativa’ de uma nulidade que existe *ex Constitutione*, preexistente à sentença e deve, portanto, causar efeitos *ex tunc*, ou para trás. Ainda no que diz aos ‘efeitos’ da sentença constitucional podem ocorrer: efeitos sobre processos em andamento; efeitos sobre o processo a quo, efeitos sobre relações esgotadas; conciliação com ‘coisa julgada’; especificidade desta eficácia no caso de leis penais, processuais, tributárias etc.” (*Processo e*

princípio constitucional, fato é que a doutrina pátria já assimilou essa face material da cláusula do devido processo legal. Nela os intérpretes do Direito (tanto cientistas como aplicadores) vêm encontrando um poderoso instrumento necessário à construção dinâmica do Direito, que pode – e deve – amoldar-se à realidade dos fatos ocorridos no mundo fenomênico.

Nesse sentido, é muito elucidativa a lição de SIQUEIRA CASTRO:

“... sob o influxo da interpretação construtiva (*constructive interpretation*) do *substantive due process of law*, essa garantia acabou por transformar-se num amálgama entre o princípio da ‘legalidade’ (*rule of law*) e o da ‘razoabilidade’ (*rule of reasonableness*) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. Por sua imensurável riqueza exegética, a regra do *devido processo legal* serviu para escancarar as porteiras da imaginação criadora daqueles constitucionalmente incumbidos de amoldar a ordem jurídica aos mutantes anseios de justiça prevalentes em cada tempo e lugar. Assim estimulada, a interpretação constitucional pôde alcançar o seu verdadeiro e mais saudável desígnio, qual seja o de dar resposta, pela via pacificadora do direito, a muitas das angústias e aflições da contemporânea sociedade de massas, sempre aturdida por toda sorte de conflitos que contrapõem as esferas individuais e coletivas. Tem-se, nessa ‘jurisprudência construtiva’ (*constructive jurisprudence*) a constatação da ‘relatividade histórica’ da Constituição, de que a experiência norte-americana é por certo o exemplo mais eloqüente. Chega-se, por esse processo fecundo e permanente de adaptação da constituição às realidades emergentes, à noção de ‘Constituição viva’, isto é, da Constituição que se alimenta do plasma da realidade social e encontra seu renovado sentido através da configuração dos fatos da vida. Esta, a sua vez, pelo fenômeno do ‘reflexo jurídico’, apreende do sistema ‘constitucional a orientação normativa que permite ao mundo real caminhar em direção ao ideal de mundo concebido segundo o ‘sentimento constitucional’ vigorante em cada sociedade.”⁵⁰

A transcrição foi longa, mas certamente muito valiosa. As figuras utilizadas pelo Mestre da Universidade Estadual do Rio de Janeiro parecem-nos perfeitas. O devido processo legal substantivo realmente torna possível uma maior adequação da lei (inclusive da Constituição) à realidade social a que ela se dirige, permitindo uma adaptação praticamente automática das normas jurídicas às transformações axiológicas do conteúdo dos textos positivados. Valendo-se da acepção material do *due process*, o processo de interpretação das

Constituição: O Devido Processo Legal, in Revista de Direito Público n. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 63 e 64).

⁵⁰ *O Devido Processo Legal...*, ob. cit., pp. 76-77.

normas jurídicas busca manter sempre uma atualização das cargas valorativas por elas consideradas.

Não podemos incorrer no erro fácil de se criticar o proclamado caráter *mutante* ou de auto-renovação da Constituição, sob a comum alegação acerca do caráter hermético e inviolável do Ordenamento Jurídico. Ora, não é preciso conceber o Ordenamento como um sistema aberto para aceitar a transformação de seu conteúdo, pois esse conteúdo – em última análise – só está devidamente configurado na interpretação procedida pelo estudioso do Direito, a qual, em razão de sua natureza humana, está sempre em constante transformação.⁵¹

Deveras, consideramos que o processo de produção de normas jurídicas ocorre – ou ao menos se finda – dentro da mente do intérprete, podendo-se conceituar essas normas como verdadeiros resultados da interpretação acerca do produto legislado.⁵² E nesse processo hermenêutico, deficiências da própria linguagem como a existência de termos vagos ou polissêmicos levam o intérprete, de maneira inexorável, à busca de uma compreensão da palavra que foge da simples análise gramatical do texto legal.⁵³

E é justamente nessa concepção intrasubjetiva da norma jurídica, mediante a confrontação de valores sociais que, positivados em carga maior ou menor, deverão ser

⁵¹ Carlos MAXIMILIANO, em sua clássica *Hermenêutica e Aplicação do Direito* aborda com precisão a questão: “Não pode o direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que evolve a coletividade, consciente ou inconscientemente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a Hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às conseqüências de determinada exegese: quanto possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico da exegese.” (15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 157).

⁵² Acompanhamos Márcio Severo MARQUES: “Vislumbramos a norma jurídica como o resultado de interpretação, pelo sujeito cognoscente, dos comandos veiculados pelo texto legislado, na esteira de pensamento de Hans Kelsen: ‘A norma funciona como esquema de interpretação. Por outras palavras: o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa’” (*A Classificação Constitucional dos Tributos*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 43). Na história jurídica contemporânea, quem vem se dedicando arduamente acerca da análise do processo de concepção da norma jurídica como interpretação e as conseqüências da incidência decorrentes dessa interpretação é o Professor Titular de Direito Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Universidade de São Paulo, Paulo de BARROS CARVALHO. Sobre o tema, é de grande valia sua inovadora obra *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

⁵³ Para essas dificuldades inerentes à linguagem e os mecanismos hermenêuticos para enfrentá-las, remetemos à obra *As Lacunas no Direito*, de Maria Helena DINIZ (São Paulo: Saraiva, 2002).

sopesados pelo seu intérprete, que ganha força o caráter “modelador” da cláusula do devido processo legal material, magistralmente referido por SIQUEIRA CASTRO.

Frise-se: quando mencionamos valores sociais, referimo-nos, sempre e necessariamente, aos valores “positivados”, sobretudo constitucionalmente, e jamais aos valores que não tenham sido incorporados ao Ordenamento Jurídico. E para identificar com precisão a carga axiológica veiculada pelos dispositivos constitucionais, ao intérprete cumpre analisar de maneira sistemática a integralidade do texto máximo. Nesse sentido, adverte José Artur LIMA GONÇALVES:

“Destarte, incumbe ao estudioso conhecer a Constituição, como um todo, desvendando-lhes as diretrizes explícitas e implícitas, habilitando-se, em conseqüência, a dela extrair todas as implicações sistemáticas. Enfim, dominando todo o panorama e sistemática constitucional, o estudioso apreende os valores incorporados pelas normas constitucionais.

Nesta acepção é que se deve entender a expressão valor positivado no texto constitucional. A partir da norma constitucional o intérprete encontra os valores nela (Constituição) incorporados. Esta colocação pode parecer óbvia, mas, se realmente o fosse, não teria sido tão amplamente desconsiderada por grande parcela da doutrina. Assim, ao invés de partir dos valores positivados constitucionalmente, ampla parcela de estudiosos raciocina a partir de valores próprios seus, descomprometidos com aqueles. Eventualmente há coincidência entre a premissa valorativa adotada por estes estudiosos e os valores positivados na Constituição. Em algumas hipóteses, no entanto, tal coincidência não está presente, denunciando a falácia da abordagem por falta de método científico criterioso, comprometendo irremediavelmente o estudo.”⁵⁴

A preocupação é realmente importante. Quando se lida com conceitos aparentemente fluidos, de forte carga axiológica (como o são os princípios da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros), há que se tomar muito cuidado para identificar a linha tênue que separa os valores integrados ao Sistema Jurídico com aqueles que compõem a formação natural do intérprete. Daí a necessidade de aplicação de um método científico *criterioso*, indispensável ao estudioso que tem por objeto de análise o Direito posto.⁵⁵

⁵⁴ *Isonomia na Norma Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 55.

⁵⁵ Vera Lúcia SCARPINELLA BUENO, comentando a evolução da cláusula do *substantive due process* no Direito Norte-Americano (onde, como já vimos, a matéria recebeu análise jurisprudencial muito mais pormenorizada), examinando um caso específico, menciona a cautela com que a Suprema Corte vem abordando os problemas a ela relacionados, justamente com o intuito de que os seus limites de aplicação não sejam ultrapassados: “Por isso é que se pode dizer que a Suprema Corte americana tem sido nos últimos anos cautelosa

Mas esse estudo criterioso em nada infirma o caráter dinâmico do Direito, pelo contrário, por vezes o confirma. Com efeito, o que é razoável hoje muito provavelmente não o era há vinte anos atrás. E com a celeridade com que os valores sociais vêm se transformando, é muito provável que um tratamento que hoje não é considerado proporcional, amanhã poderá sê-lo, assim como um comando que há tempos atrás seria considerado legítimo, possa, por exemplo, ser visto hoje como atentatório da dignidade humana. Era essa, aliás, a advertência premonitória de HOLMES já vista inicialmente, quando afirmou que “what is due process of law depends on the circumstances”.⁵⁶

E insistimos: embora tenha sido ela o berço da matéria em estudo, não se faz necessário filiar-se à escola do Direito Natural para admitir esse caráter amorfo da cláusula do *due process of law*. Nesse exato sentido, SIQUEIRA DE CASTRO também adverte:

“A teorização da garantia do *devido processo legal* como mecanismo de controle da razoabilidade dos atos estatais não necessita assentar-se na doutrina do Direito Natural, podendo perfeitamente radicar nos princípios gerais da hermenêutica em particular nos valores de justiça que evoluem do sistema jurídico positivo, cuja revelação incumbe de ordinário aos aplicadores da lei, o que significa dizer, sobretudo, aos juízes e tribunais.”⁵⁷

na aplicação da doutrina do devido processo legal substantivo. Pois o liame da análise da constitucionalidade de uma norma com base na cláusula é muito tênue. O ‘constitutional review’ pode sim ser exercido, mas unicamente para confrontar a razoabilidade do ato questionado com os direitos fundamentais. E uma norma, conforme decidiu a Suprema Corte, somente deixará de ser razoável se ela se distanciar muito das tradições americanas a respeito de um dado direito. Somente a lei ou o ato que assim for considerado desarrazoado ou arbitrário é que deve ser tido como inconstitucional. Caso contrário, como tem afirmado a Suprema Corte, a constitucionalidade de ato estatal deve ser sustentada. Assim, e com base nas próprias razões existentes no acórdão do caso em comento, a doutrina do devido processo legal substantivo pode ser traduzida como a possibilidade do judiciário interpretar a Constituição Federal americana e decidir quanto a constitucionalidade (razoabilidade) de um ato ou norma editada por um governo estadual ou local em razão de sua desconformidade com os direitos fundamentais consagrados nas dez primeiras emendas” (*Devido Processo Legal...*, ob. cit., p. 33).

⁵⁶ Também à frente de seu tempo foi o voto de MARSHALL no caso *McCulloch v. Maryland* (4 Wheat. 316, 4 – 1819): “Jamais deveremos esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando... Uma Constituição concebida para subsistir por gerações e, conseqüentemente, para ser adaptada às várias crises dos negócios humanos”.

⁵⁷ Algumas décadas antes, San Tiago DANTAS já havia sustentado a possibilidade de que a mesma interpretação dinâmica fosse procedida pelos seguidores do positivismo: “Não é apenas a doutrina do Direito Natural que vê no Direito uma ordem normativa superior e independente da Lei. Mesmo os que concebem a realidade jurídica como algo mutável, e os princípios gerais do Direito como uma síntese das normas dentro de certos limites históricos, reconhecem que pode haver leis inconciliáveis com esses princípios, cuja presença no sistema positivo fere a coerência dêste, e produz a sensação íntima do arbitrário, traduzida na idéia de *lei injusta*” (*Igualdade perante a lei...*, ob. cit., p. 51).

Recentemente, no país, quem vem se destacando na doutrina mais inovadora acerca da interpretação dinâmica constitucional é, sem sombra de dúvidas, o professor gaúcho Lênio Luiz STRECK. Em sua revolucionária obra “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito”, o mestre da Universidade de Santa Catarina discorre com profundidade acerca da necessidade de mudança do modo de se pensar o papel moderno da Jurisdição:

“A Nova Crítica do Direito pretende retomar a crítica ao pensamento dogmaticizante, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do Direito naquilo que ele tem/deve ter de transformador (...) No interior da Nova Crítica do Direito, o Direito é entendido como sociedade em movimento, a partir da idéia de antecipação de sentido inerente ao círculo hermenêutico....

A partir dessa matriz teórica, a tarefa que se impõe é o desvelamento daquilo que historicamente tem encoberto e, assim, obstaculizado as possibilidades constituintes forjadas no processo histórico e que se insere o constitucionalismo brasileiro e naquilo que representa o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, calcado nos seus dois pilares maiores: a democracia e a realização dos direitos fundamentais. É nesse complexo jogo de forças que se inserem as (im)possibilidades da realização das promessas da modernidade inseridas no pacto constituinte. Para tanto, torna-se fundamental o processo de (re)construção das condições de possibilidade para um amplo acesso à Jurisdição constitucional, num quadro em que a Justiça constitucional torna-se o *locus* do tensionamento provocado pelo entrechoque do texto constitucional prospectivo e uma realidade social deficitária.”⁵⁸

Analisemos, pois, o *due process* em sua dimensão material da maneira mais *saudável* possível, visando à reconstrução da atividade jurisdicional, do modo com que a pensamos. Não devemos mais despender energia em tentar “proteger” o Ordenamento Jurídico desse excelente mecanismo dinâmico utilizado para sua interpretação, pois tal atitude iria de encontro com tudo o que a doutrina mais moderna vem conquistando em termos de desenvolvimento do caráter instrumental do Direito. Como já referido, a hermenêutica jurídica é – e sempre será – volátil e dinâmica, pois segue a natureza humana de seus operadores.

⁵⁸ 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 847- 848.

Dito de outra forma, o Ordenamento Jurídico sempre teve seu conteúdo material interferido pelas transformações sociais, o que é natural. O que talvez seja novo em nossa Doutrina e Jurisprudência⁵⁹ – e que, acreditamos, deva ser muito bem vindo – é o fato de que, com o devido processo legal sendo considerado também em sua acepção substantiva, os intérpretes da lei estão tomando consciência dessa possibilidade de aplicação de um novo mecanismo de adequação às transformações sociais e, o que é muito importante, voltando tal instrumento hermenêutico para a preservação dos direitos fundamentais dos jurisdicionados protegidos pelo texto constitucional.

Enfim, é a Justiça, tal como positivamente considerada, a maior beneficiada pelos efeitos da interpretação do substantive *due process of law*.

⁵⁹ Para exemplos de manifestações recentes da jurisprudência do nosso Supremo Tribunal Federal, conferir o Anexo desse trabalho.

Capítulo II - O Procedimento Administrativo de Fiscalização

II.1 – O Conceito de Procedimento Administrativo

Em tempos mais recentes, tem sido bastante polêmica na doutrina pátria a discussão acerca da correção da terminologia que se deve adotar quando se trata de processo ou procedimento administrativo. Aliás, a questão já está tão desgastada que administrativistas da melhor estirpe vêm criticando, inclusive, o excesso de linhas gastas com essa discussão que, realmente, se travada sem um propósito efetivo, torna-se estéril e desnecessária.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, afirma não ser necessário “armar-se um cavalo de batalha em torno de rótulos”, razão pela qual se refere a ambas expressões como sinônimos⁶⁰. Já Carlos Ari SUNDFELD prefere a expressão procedimento administrativo e o faz “seja para um uso restrito seja para um uso amplo na seara administrativa, porque ela (a expressão processo) está por demais ligada à atividade jurisdicional...”.⁶¹

Por outro lado, Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI comentam que apesar de ser antiqüíssima em nosso direito administrativo “a querela nominal processo/procedimento”, hoje em dia “avulta na doutrina o rol dos autores que vêm prestando sua prestigiosa adesão à expressão ‘processo administrativo’”.⁶²

⁶⁰ *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 454.

⁶¹ *A Importância do Procedimento Administrativo*, in *Revista de Direito Público* n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, pp. 72-73. Exatamente nesse sentido, o Professor Paulo de BARROS CARVALHO: “Estamos em ver que é imperiosa a distinção entre processo e procedimento. Reservemos o primeiro termo, efetivamente, à composição de litígios que se opera no plano da atividade jurisdicional do Estado, para que signifique a controvérsia desenvolvida perante os órgãos do Poder Judiciário. Procedimento, embora sirva para nominar também a conjugação dos atos e termos harmonizados na amplitude da relação processual, deve ser o étimo apropriado para referir a discussão que tem curso na esfera administrativa” (*Processo Administrativo Tributário*, in *Revista de Direito Tributário* ns. 9 e 10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 277).

⁶² *Processo Administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 33. Mas advertem os autores: “Sobrevive, contudo, embora minoritária, valiosa corrente (que a lei paulista abraçou) que opta conscientemente pela denominação ‘procedimento administrativo’ tanto para realidade maior, antes descrita, quanto para a menor (procedimento, em sentido estrito). Aí afirmam os arautos que o fazem exatamente para apartar os dois fenômenos análogos, segundo o estrato estatal perante o qual deflagrado: em suma, usam ‘processo’ para o processo (perdão pela redundância) judicial ou jurisdicional; usam ‘procedimento’ para o processo administrativo.” (idem, *ibidem*).

Para os propósitos do presente estudo, todavia, a discussão não é estéril e nem envolve apenas preferências terminológicas. Pelo contrário, a fim de esclarecermos o objeto do nosso trabalho, explicitando-se as premissas do estudo proposto⁶³, faz-se necessário, em primeiro lugar, apontar as distinções ontológicas que consideramos haver entre processo e procedimento administrativo (a partir da classificação que adotarmos, é evidente), ou, ainda antes, entre processo e procedimento simplesmente.

Procedimento, no léxico, é uma “sucessão de operações executadas para realizar uma tarefa determinada”⁶⁴. A doutrina jurídica não foge dessa significação e muito habitualmente encontramos a referência a *procedimento* como a seqüência de atos autônomos e vinculados entre si dirigidos à formação de um ato final. É o caso, por exemplo, de Aldo M. SANDULLI, que em sua técnica mais elaborada afirma que o *procedimento* seria o fenômeno que ocorre sempre que há “um número qualquer de ações voluntárias do homem, que se sucedem e se coordenam ante um determinado resultado jurídico em uma certa ordem”.⁶⁵

Antes, contudo, de chegarmos a um conceito tecnicamente preciso do que consideramos por *procedimento administrativo*, devemos definir o que entendemos por ato administrativo.

Segundo Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA e Tomás-Ramón FERNANDEZ, o ato administrativo seria uma declaração originária do exercício do poder administrativo. De acordo com os professores espanhóis, o ato administrativo pode ser definido como “a declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela Administração no exercício de uma competência administrativa distinta da competência regulamentar”.⁶⁶

Enfatizando o caráter complementar à lei e agregando diversos outros elementos ao conceito, Renato ALESSI define o que chama de *provvedimento amministrativo* como uma

⁶³ Parafraseamos Alfredo AUGUSTO BECKER, para quem “esclarecer é explicitar as premissas” (*Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998).

⁶⁴ *Larousse Cultural*, Grande Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.

⁶⁵ Tradução livre. No original: “... il fenomeno che un qualche numero di azioni volontarie dell’uomo si susseguano e si coordinano verso un dato risultato giuridico in un certo ordine” (*Il Procedimento Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964, p. 6).

⁶⁶ Tradução livre. No original: “Acto administrativo sería así la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (*Curso de Derecho Administrativo I*, Octava Edición, Madrid: Editorial Civitas, 1998, p. 536).

“disposição constituinte da manifestação de um poder soberano pertencente a uma autoridade administrativa como tal, dirigida a dar operatividade concreta a um preceito normativo faltante, concernente a uma relação em que aquela autoridade seja parte, para a realização do interesse público ao qual se destina”.⁶⁷

Já na doutrina pátria, porém adotando critérios próximos aos do Mestre de Milão e ressaltando a sujeição ao controle jurisdicional, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO conceitua ato administrativo como uma “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.⁶⁸

Para Antônio Carlos CINTRA DO AMARAL, ato administrativo seria “a norma jurídica individual, criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos na esfera jurídica dos indivíduos fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal”.⁶⁹

Por último⁷⁰, verificamos a lição da Professora Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Lucia Valle FIGUEIREDO, que define o ato administrativo como uma “norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário”.⁷¹

Nenhuma das conceituações analisadas traz divergências essenciais entre si, na verdade podendo – de acordo com o que pensamos – ter seus principais atributos somados.

⁶⁷ Tradução livre. No original: “Possiamo definire il provvedimento amministrativo come una disposizione costituente la manifestazione di un potere sovrano spettante ad una autorità amministrativa come tale, diretta a dare operatività concreta ad un precetto normativo che ne sai privo, relativamente ad un rapporto di cui la detta autorità sai parte, per la realizzazione di interessi pubblici concreti ad essa affidati.” (*Principi Di Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971, p. 282).

⁶⁸ *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 356.

⁶⁹ *Conceito e Elementos do Ato Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 38.

⁷⁰ São inúmeros os autores do mais alto escol que conceituam ato administrativo das maneiras mais variadas possíveis, pois também inúmeros são os critérios utilizados para se chegar a tais definições. Nosso propósito não é – e nem poderia ser – esgotar essas possibilidades, bastando para nossa modesta pretensão as cinco referências utilizadas.

⁷¹ *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., pp. 174-175.

Assim, buscando uma definição única e mais completa que reúna os principais elementos eleitos pelos mestres indicados, poderíamos conceituar o ato administrativo como uma *norma jurídica individual e concreta emanada por qualquer pessoa investida em função administrativa*⁷², que tenha por objeto declarar, criar ou modificar uma relação jurídica em que o Estado seja parte, em caráter complementar à lei e a fim de lhe dar cumprimento, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.

E uma vez delimitado o que compreendemos por ato administrativo, podemos designar procedimento administrativo como sendo *a atividade consistente em uma seqüência de atos administrativos relativamente autônomos e vinculados entre si, realizada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, tendentes a um mesmo ato final*.⁷³ Nesse sentido, Pietro VIRGA assim se manifesta:

“O procedimento consiste na sucessão de uma pluralidade de atos, de diversas naturezas e funções, compostos de vários sujeitos ou órgãos, mas voltados, não obstante sua heterogeneidade e relativa autonomia, à obtenção de um mesmo fim e assim à produção dos efeitos próprios de um dado fato gerador.”⁷⁴

Em seguida, o autor conclui que o procedimento administrativo é sempre – e necessariamente – composto de atos caracterizados por quatro elementos: heterogeneidade,

⁷² Acolhemos integralmente a definição da Professora Lucia Valle FIGUEIREDO, para quem “a função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário” (idem, p. 34).

⁷³ Há também quem designe *procedimento* o conjunto de formalidades para a emanação de um ato administrativo. Nesse sentido é a definição de Héctor Jorge ESCOLA: “... el procedimiento administrativo es aquel conjunto de formas (actos, formalidades y trámites), jurídicamente reguladas, que se utilizan para integrar el proceso administrativo, en procura del logro de sus finalidades propias” (*Tratado General de Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires: Editora Depalma, 1981, p. 123). Novamente é a Professora Lucia Valle FIGUEIREDO quem alerta para essa divergência conceitual: “Vemos, portanto, que o termo ‘procedimento’ emprega-se em duas acepções bastante diferenciadas. Ora refere-se ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, ora como a seqüência de atos administrativos, cada qual per se desencadeando efeitos típicos (...), porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade. No primeiro caso – conjunto de formalidades – há uma série de atos, inclusive de terceiros, e fatos administrativos necessários à formação válida do procedimento” (*Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 413).

⁷⁴ Tradução livre. No original: “Il procedimento consiste nella successione di una pluralità di atti, aventi diversa natura e funzione, compiuti da più soggetti o organi, ma rivolti, nonostante la loro eterogeneità e la loro relativa autonomia, al conseguimento di uno stesso fine e cioè alla produzione degli effetti propri di una data fattispecie” (*Il Procedimento Amministrativo*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, pp. 223-224).

relativa autonomia, coordenação em relação a um único fim e, por derradeiro, o caráter auxiliar dos atos precedentes em relação ao ato final.⁷⁵

Importantes os critérios eleitos pelo Mestre de Palermo: os atos que compõem o procedimento administrativo possuem – ou ao menos podem possuir – natureza e conteúdos distintos, são autônomos na medida em que produzem efeitos próprios e podem assim ser individualizados e, por fim, estão estruturados e direcionados à emanção de um ato final, em relação ao qual possuem necessariamente um caráter “auxiliar”.

Em conclusão, parece-nos claro que estaremos diante de um procedimento administrativo toda a vez que esse procedimento for composto de uma seqüência de atos heterogêneos, relativamente autônomos e auxiliares em relação a um ato administrativo final; e este ato – produto do procedimento – consistirá sempre em uma norma jurídica individual e concreta, suscetível de controle pelo Poder Judiciário, emanada em caráter complementar à lei e que terá por objeto a declaração ou a modificação de uma relação jurídica em que o Estado seja parte.

II.2 – As Diferenças Elementares entre *Processo* e *Procedimento* – A *Delimitação Conceitual Constitucional*

Firmadas algumas premissas acerca do *procedimento*, propomo-nos agora a discutir algumas diferenças ontológicas entre esse e o *processo*. E para melhor compreender as distinções conceituais existentes entre essas duas figuras, é importante verificar como a mais autorizada doutrina, ao mesmo tempo em que as diferencia, reporta-se a ambas sempre de forma vinculada.

Deveras, Giuseppe CHIOVENDA conceitua “processo” como “um complexo de atos”, mas não apenas “uma série de atos dissociados e independentes, senão de uma sucessão de atos vinculados pelo objetivo comum de atuação da vontade da lei e procedendo

⁷⁵ Idem, pp. 224-227.

ordenadamente para a consecução desse objetivo; de onde o nome de processo”.⁷⁶ E prossegue o Catedrático da Universidade de Roma:

“O processo não é uma unidade apenas porque os diversos atos, de que se compõe, se associam com um objetivo comum. Essa unidade é característica de qualquer empresa, ainda que não jurídica, a exemplo de uma obra de arte, a construção de um edifício, uma experiência científica. O processo, ao contrário, é unidade jurídica, uma empresa jurídica, em outros termos, uma relação jurídica.”⁷⁷

Essa aceção de processo como relação jurídica já foi bastante reformulada pela doutrina mais recente. Moacyr AMARAL SANTOS, por exemplo, define *processo* da seguinte forma:

“O meio pelo qual se faz atuar a lei à espécie é o que se chama *processo*. Este consiste numa série de atos coordenados, tendentes à atuação da lei, tendo por escopo a composição da lide. *Processo*, portanto, é um meio ou um instrumento de composição da lide. É uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide.”⁷⁸

Ao tratar do tema na seara administrativa, Elio FAZZALARI concebe *processo* como a espécie do gênero *procedimento*, qualificada pela presença do contraditório. Nesse sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO nos traz a posição do ilustre professor de Roma:

“O processo é uma seqüência ordenada de atos dirigidos a um ato final, no qual se contempla a participação dos interessados, isto é, daqueles que terão sua esfera jurídica atingida pela eficácia do ato; sendo empregado não somente no exercício da função jurisdicional, mas também, da atividade administrativa. Logo, o procedimento é o gênero e o processo a espécie, distinguindo daquele pela participação em contraditório.”⁷⁹

⁷⁶ *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I., 2ª ed., tradução de Paolo Capitanio, Campinas: Bookseler, 2000, p. 72.

⁷⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁷⁸ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 9.

⁷⁹ FAZZALARI, Elio. *Processo: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano*. Torino, v. XIII, 1966, p. 1069, *apud* Romeu Felipe BACELLAR FILHO (*Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998, p. 44). Posteriormente, o mestre italiano foi ainda mais enfático: “Come ripetuto, il ‘processo’ è un procedimento in cui partecipano (sono abilitati a partecipare) anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contraddittorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività. Per distinguere il processo dal procedimento non basta il rilievo che nel processo vi è la partecipazione di più soggetti, che cioè gli atti che lo costituiscono sono posti in essere non dal solo autore dell’atto finale, ma anche da altri soggetti. Quando la dottrina fa cenno di un procedimento ‘plurisoggettivo’, essa intende, appunto, riferirsi allo schema di attività in sequenza, poste in essere da più soggetti, e distinguerlo dallo schema del vero e proprio processo. Del resto, nessuno ritiene che la partecipazione del privato

Com relação a esta questão, Cândido Rangel DINAMARCO aproxima-se muito deste conceito e é preciso em sua justificativa:

“Nem todo procedimento é processo, mesmo tratando-se de procedimento estatal e ainda que de algum modo possa envolver interesses de coisas. O critério para conceituação é a presença do contraditório. Por outro lado, a exigência do contraditório constitui consequência de tratar-se de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento, qualquer que seja a natureza deste; provimento é ato de poder, imperativo por natureza e destinação, donde a necessária legitimação mediante o procedimento participativo.”⁸⁰

O mínimo denominador comum em grande parte da doutrina⁸¹, como se pode perceber, é no sentido de que o *procedimento* está necessariamente dentro do *processo*⁸², é-lhe inerente, compõe a sua estrutura. Já o *processo* diferencia-se do primeiro pela soma de outros atributos (a *relação jurídica* para CHIOVENDA, o *meio para composição da lide* segundo SANTOS, a presença do *contraditório* para FAZZALARI e DINAMARCO, e assim por diante). O que não se discute é que um requisito essencial para configuração do *processo* está justamente na circunstância de ser ele um “*procedere*”⁸³, uma seqüência de atos, enfim, um *procedimento*.

consistente nella richiesta della licenza di caccia, o quella dell’organo consultivo che fôrnicce all’autore del provvedimento il próprio parere, trasformino il procedimento in processo. Ocorre qualche cosa di più e di diverso; qualche cosa che l’osservazione degli archetipi del processo consente di cogliere. Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il ‘contradittorio’ (*Procedimento e processo (teoria generale)*, in Enciclopedia de Diritto, XXXV, Itália: Giuffrè Editore, 1986, p. 827).

⁸⁰ *A Instrumentalidade do Processo*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 133.

⁸¹ Modernamente também encontramos, é verdade, outros pontos de vista. Destaque-se Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI, que assim diferenciam ambos os conceitos: “Ao que se viu, o conceito de processo contempla a idéia de um caminho e a factualidade de diversos atos, lógica e juridicamente encadeados. Isto é, há, no plano conceitual, duas realidades abarcadas na palavra ‘processo’, em seu contexto jurídico (mas não só, registre-se): uma realidade maior, o todo, panoramicamente identificado num conjunto, teologicamente concebido, que parte de uma provocação ou requerimento e, por consequência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão; uma realidade atomizada, concretizada no caminho que vai do início ao fim do processo, isto é, exatamente na série de atos, encadeados lógica e juridicamente. À realidade maior se aplica, por tradição na teoria geral do Direito – mas não só, consoante se vai ver -, o nome ‘processo’; à realidade atomizada, que o compõe e, sobretudo, o viabiliza, a teoria geral do Direito após o nome ‘procedimento’ (é claro que estamos a cuidar do tema em face do Direito Brasileiro, tão apenas).” (*Processo Administrativo*, ob. cit., p. 32).

⁸² Nesse sentido, destacamos a lição de Romeu Felipe BACELLAR FILHO “... todo processo é procedimento, porém a recíproca não é verdadeira, já que nem todo procedimento converte-se em processo. Ora não é todo exercício de competência que envolve a atuação de interessados através de contraditório e ampla defesa” (*Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar...*, ob. cit., p. 49).

⁸³ CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

Mas dentre esses vários elementos que poderiam ser considerados como *qualificadores* do *procedimento* e, dessa forma, ser tidos como hábeis a transformá-lo em *processo*, interessa-nos sobremaneira tratar especificamente de um deles, justamente aquele eleito por FAZZALARI e DINAMARCO: o *contraditório*.

Deveras, em outra passagem de sua vastíssima obra, mas pautando-se novamente em lição daquele mesmo mestre italiano, DINAMARCO, ao mesmo tempo em que aduz ser o *processo* um *procedimento* “animado pela relação jurídica processual”, também afirma que essa relação – jurídica – está consubstanciada no próprio *contraditório*⁸⁴.

Sabemos da grande polêmica envolvendo a questão e conhecemos a importante parcela doutrinária que discorda dessa estruturação do processo a partir do *contraditório*. Contudo, com a devida vênias de todos aqueles que pensam de forma diferente, acompanhamos o Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco para concluir que, tendo em vista o Direito Positivo Pátrio, consideramos não ser possível falar-se hoje, de *processo*, sem a existência de *contraditório*, especialmente se considerarmos que ele – o processo – deve ser instaurado sempre que houver interesses conflitantes entre diferentes partes⁸⁵ de um mesmo *procedimento*.

Advirta-se desde logo: não estamos descartando a possibilidade de se proceder, no âmbito da Teoria Geral do Processo, a uma construção do conceito de *processo* com base em elementos outros que não o *contraditório*. Conforme já visto, é vasta e complexa a polêmica doutrinária acerca da natureza da figura “processo”, especialmente quando envolve a questão

⁸⁴ “Considera-se processo todo procedimento animado pela relação jurídica processual. Esse conceito, por um lado, é bastante amplo e permite que se reconheça a natureza de processo (e não mero procedimento) a procedimentos que se celebram perante a autoridade administrativa, sem o exercício de jurisdição. Por outro lado, valoriza o procedimento, em termos praticamente coincidentes com os da moderna doutrina sustentada por Fazzalari. Postas as coisas assim, não há por que repudiar a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo, como se ela fosse repudiada, ou substituída, pela presença do *contraditório*. Ela é, como venho dizendo, a expressão e forma jurídica da exigência política consubstanciada neste.” (*Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 103).

⁸⁵ Não vemos problema em utilizar o termo *partes* para designar os membros de uma relação entre o particular e a Administração pública, travada por meio de um *procedimento* administrativo. Amparando-nos na sempre segura lição de Alberto XAVIER, verificamos que “a noção de parte não é específica do processo contencioso, antes reentra na teoria geral do direito para significar o sujeito que numa relação jurídica é portador de um interesse para cuja satisfação atua, tenha esse interesse caráter substantivo ou processual” (*Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 152).

das classificações. Da mesma forma, é admissível – e comum, como vimos – a adoção do termo “processo” para designações distintas da que utilizamos nesse trabalho.

Seja como for, independentemente da taxonomia empregada e dos critérios adotados para a delimitação da noção de “processo”, isto é, de considerá-lo mera relação jurídica, instrumento de pacificação social ou uma simples seqüência de atos dirigidos a um ato final⁸⁶, entendemos que de acordo com a classificação adotada pelo Constituinte de 1988 só estaremos diante de *processo* administrativo quando nos depararmos com *procedimentos administrativos* que contenham litígio, pretensão resistida, acusação, enfim, *procedimentos* quaisquer qualificados pela presença de interesses contrapostos que devam ser dirimidos por meio do contraditório.⁸⁷

E chegamos a essa conclusão não apenas por convencimento retórico ou preferência acadêmica, mas a partir da expressa determinação do Texto Constitucional, repositório último de respostas a todas as questões jurídicas que o cientista do Direito Pátrio propõe-se a formular.

Nesse ponto sustentamos, sem medo de errar, que nenhum estudo jurídico sério que pretenda voltar-se a exames com alguma detença do plano normativo brasileiro, possa fazê-lo sem partir de profunda análise do texto constitucional, para só então dirigir-se à análise da legislação hierarquicamente inferior.⁸⁸

Dessa forma, iniciando nossa análise no plano constitucional, logo nos deparamos com uma das – sem sombra de dúvidas – mais importantes inovações no âmbito do Direito

⁸⁶ Verifique-se, a propósito, Renato Martins PRATES, *O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado...*, ob. cit.

⁸⁷ Para um melhor desenvolvimento do conceito de *amplo contraditório*, verifique-se o capítulo IV desse trabalho – *O Direito de Ser Ouvido no Procedimento Administrativo de Fiscalização*.

⁸⁸ O caminho inverso é muito perigoso, pois, conforme adverte J. J. CANOTILHO, “o problema do reenvio dinâmico da Constituição para a lei (entender a Constituição a partir da lei) acarreta inversão da hierarquia normativa (ou inversão do princípio da constitucionalidade das leis) e põe em cheque a autonomia do direito constitucional. Funciona como se somente o que está na lei devesse ser estudado como constitucional ou inconstitucional, mas se deixa de lado aquilo que não está legalizado, mas está constitucionalizado” (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 401). No mesmo sentido a expressiva conclusão de GARCÍA DE ENTERRÍA, ao tratar do princípio da supremacia constitucional: “La interpretación conforme a la Constitución de toda y cualquier norma del ordenamiento tiene una correlación lógica en la prohibición, que hay que estimar implícita, de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado

Administrativo introduzidas em nosso Ordenamento com o advento do Texto de 1988, referente à equiparação do processo administrativo com o processo judicial. Deveras, conforme previsto pelo artigo 5º, LV da Carta da República, “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”.

Assim, após a edição do novo texto constitucional, acreditamos ter sido findada toda e qualquer discussão acerca da impossibilidade de extensão das garantias constitucionais do *processo* judicial ao administrativo, tornando-se incontroverso que a ampla defesa (com os meios e recursos a ela inerentes), o contraditório e todas as outras garantias decorrentes do devido processo legal são aplicáveis de forma indistinta a ambos⁸⁹, exceção feita à

direta o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales” (*Hermeneutica e Supremacia Constitucional*, in Revista de Direito Público n. 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 38).

⁸⁹ Deveras, até 1988 a Doutrina divergia acerca da extensão das garantias do contraditório e da ampla defesa ao processo administrativo. Enquanto uns buscavam avidamente defender sua aplicação, outros tantos ressaltavam a falta de fundamento constitucional para tal interpretação. Como exemplo da primeira corrente, é digna de nota a obra de Eduardo BOTTALLO denominada *Procedimento Administrativo Tributário* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977), que mais de uma década antes da Constituição de 1988 já defendia a existência de um contencioso administrativo carregado pela cláusula do *due process of law*. No mesmo sentido, o trabalho de Celso Agrícola BARBI, que já em 1972 sustentava a viabilidade da criação do contencioso administrativo no país (*Unidade de Jurisdição e Justiça Administrativa no Brasil*, in Revista de Direito Público n. 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972). Outros, porém, sustentavam a incompatibilidade de um processo administrativo frente à universalidade da Jurisdição. Nesse sentido foi contundente a manifestação de J. CRETELLA JÚNIOR: “Como discutir, então, a conveniência ou inconveniência, a vantagem ou desvantagem do ‘contencioso administrativo’? Como conviveriam dois sistemas que, por sua natureza são incompatíveis? A ‘jurisdição una’ repele o ‘contencioso administrativo’. Este não pode coexistir com a ‘jurisdição una’. A Constituição de 1969, arts. 110 e 111, encerra o maior dos absurdos, ao pretender criar ‘contencioso administrativo’, para julgar ‘litígios decorrentes das relações de trabalho dos servidores com a União’. Isso nunca foi contencioso administrativo. Ou os juízes federais e, depois, o Tribunal Federal de Recursos, julgam tais litígios e estamos, nesse caso, dentro do sistema tradicional da jurisdição una, que é e sempre foi o nosso sistema, o que é confirmado pelo art. 125 da CF de 1969, ou seria criado, realmente, o contencioso administrativo, modelo francês, o que conflitaria com o art. 153, § 4º (‘A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual’). Nunca, jamais, estando em vigor este artigo, haverá ‘contencioso administrativo’, pela simples razão de que ele consagra a jurisdição una.” (*O “Contencioso Administrativo” Inexistente*, in Revista de Direito Público n. 75, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 29). É interessante notar que, poucos anos depois, esse modelo francês já trazia graves problemas estruturais, como denunciou Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA no seu *“La Crisis del Contencioso-Administrativo Francés – El Fin de Un Paradigma”* (Revista de Direito Público n. 91, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989). Já no Brasil, a Constituição de 1988 provou justamente o contrário, demonstrando ser possível a convivência do contencioso administrativo com a unicidade da Jurisdição, sendo tal inovação muito bem vinda pelos grandes publicistas pátrios. Carlos Ari SUNDFELD comenta a questão: “Realmente decisiva, porém, foi a novidade trazida pela Declaração de Direitos do art. 5º da Constituição de 1988, cujo inciso LIV constitucionalizou o devido processo legal enquanto princípio (...) e cujo inciso LV determinou expressamente sua aplicação na esfera administrativa...” (*Processo e Procedimento no Brasil*, in *As Leis de Processo Administrativo*, São Paulo: SBDP e Malheiros Editores, 2000, p. 23).

prerrogativa da coisa julgada, cuja aplicação foi constitucionalmente restringida à esfera judicial.⁹⁰

Nesse sentido, é enfática a Procuradora do Estado da Bahia, Ana Lúcia Berbert de CASTRO FONTES:

“A matéria foi, indubitavelmente, pacificada com a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Empregou o legislador, no art. 5º, LV, as expressões *litigantes em processo judicial e litigantes em processo administrativo*, deixando cristalino que o princípio atinge os que são parte em processo litigioso, vale dizer, o que versa em torno de uma controvérsia ou de um litígio – ‘conflito de interesses’ qualificado pela pretensão de um dos interesses e pela resistência do outro – CARNELUTTI, tanto na esfera judicial civil como na administrativa.”⁹¹

E conforme nos alerta a autora, além da importantíssima inovação concernente à equiparação do processo administrativo ao judicial, há um outro ponto que nos interessa ainda mais, já diretamente relacionado ao objeto de análise deste estudo: ao estabelecer as prerrogativas do contraditório e da ampla defesa, o art. 5º, LV do texto constitucional teve o condão de colocar por terra aquela celeuma tão discutida na doutrina, vinculando de maneira direta e inarredável tais garantias à noção de *processo*, mas compreendendo-o no sentido de relação jurídica travada entre partes *litigantes* ou que envolvam *acusados em geral*.

Deveras, não acreditamos que toda a relação jurídica estabelecida em um *procedimento* envolvendo duas ou mais partes possa configurar a existência de um *litígio*, ou de uma *lide*, ou ainda de uma *acusação*.⁹² Antes, porém, de justificarmos nossa insurgência, analisemos brevemente cada um desses conceitos.

Conforme esclarece Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

“Como bem ressalta Alcides Alberto MUNHOZ DA CUNHA a expressão *lide* pode ser identificada etimologicamente com a expressão

⁹⁰ Artigo 5º, XXXV da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Entendemos ao menos inapropriada a menção a uma *coisa julgada administrativa*. Quando for o caso, para que não se permita eventual confusão com o direito fundamental esculpido no artigo 5º, XXXVI do texto constitucional (“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), melhor fazer menção a “decisão final administrativa” ou “ato administrativo materialmente impassível de revisão judicial”.

⁹¹ *Garantia do Devido Processo Legal...*, ob. cit., p. 99.

⁹² Ressalte-se: não admitimos, com a devida vênia dos que pensam diferente, a extensão das garantias do contraditório e da ampla defesa a todo e qualquer *procedimento*, pelo simples fato de haver partes em lados opostos de uma relação jurídica.

latina *litigare*, expressando a idéia de litígio, luta, contenda ou conflito. A tradicional diferença entre litígio e lide, nascida no âmbito do processo jurisdicional, baseia-se na assertiva de que a primeira estaria a indicar o conflito do ponto de vista material, fático – o real enfrentamento de forças –, mormente a lide indicaria o momento em que o conflito ganha aspectos jurisdicionais, mediante a dedução de pretensão em juízo. Somente no segundo caso ter-se-ia o processo e por isso falar-se em ‘lide como objeto de processo’⁹³.

Verifiquemos ainda os ensinamentos de Ada Pellegrini GRINOVER acerca dessas delimitações conceituais:

“Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, contenda, e não a lide. Pode haver litigantes – e os há – sem acusação alguma, sem qualquer lide. Assim, por exemplo, no processo administrativo de menores, mesmo não-punitivo, podem surgir conflitos de interesses entre o menor e seu responsável legal. Haverá, nessa hipótese, litigantes e a imediata instauração do contraditório e da ampla defesa. E assim também nos processos administrativos punitivos (externos e disciplinares), mesmo antes da acusação, surgindo o conflito de interesses, as garantias do contraditório e da ampla defesa serão imediatamente aplicáveis.”⁹⁴

Assim, em termos bem simplificados, podemos considerar (i) *litigantes* como o termo escolhido para designar *titulares de interesses conflitantes*, dentre os quais haverá *acusados* sempre que houver imputação de ato ilícito ao particular, e (ii) *lide* como a relação entre os litigantes posta à apreciação de um Órgão investido na função judicante (tanto administrativa como judicial), caracterizada pela pretensão resistida.

⁹³ *Princípios Constitucionais do Processo...*, ob. cit., p. 69. E conclui o ilustre professor da Universidade Federal do Paraná: “Sem adentrar na análise mais profunda do tema, pode-se afirmar, a título de conceito genérico, que, no campo do direito administrativo, a dedução de uma pretensão pela Administração ou perante esfera de interesse de outrem, dá lugar à lide ou à controvérsia administrativa, exigindo o processo administrativo. De outra parte, a lide ou o litígio administrativo podem estar presentes também em um processo com acusados. Lide há tanto em face de litigantes quanto de acusados. A diferença é que o termo acusados é próprio do processo penal e administrativo quando a sanção imposta pela Administração resulta do cometimento de ilícito penal ou administrativo. Como já foi dito, se a Constituição refere-se a litigantes e a acusados e não a situações de litígio é porque está a identificar a presença de sujeitos processuais com capacidade jurídica para deduzir uma pretensão perante a Administração ou resistir a uma pretensão da Administração ou de terceiro. Legitima-se, portanto, a utilização do signifiante ‘lide administrativa’, tal qual delineado.” (idem, p. 70).

⁹⁴ *Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo*, in Revista de Direito Administrativo n. 183, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 13.

Também nesse sentido a bem elaborada opinião de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, em sua magistral tese de Doutorado:

“De procedimentos administrativos podem resultar processos administrativos desde que caracterizada situação demandante de participação dos interessados em contraditório.

Saliente-se que o conceito de processo e de procedimento administrativo não está calcado em questão abstraída do sistema jurídico conveniente à ideologia do intérprete. Funda-se, mormente, no Texto Constitucional que revela sua opção quando no art. 5º, inc. LV, junte o conceito de processo administrativo a litigantes e acusados, sob a égide do contraditório e da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. A partir disso, compreende-se que, quando a Constituição Federal de 1988 adota a expressão ‘processo administrativo’, a escolha vá além da preferência terminológica. Comporta o reconhecimento expreso da exigência do regime jurídico processual nas atividades administrativas delimitadas pela Carta Magna.”⁹⁵

Em consonância com essa *opção* adotada pela Carta Constitucional de 1988, a professora Lucia Valle FIGUEIREDO já afirmou categoricamente:

“Entendemos nós – embora a distinção entre processo e procedimento administrativo seja, o mais das vezes, estéril – que, no nosso texto constitucional, 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*.”⁹⁶

E prossegue a Professora de Direito Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, fazendo importante advertência acerca do âmbito de abrangência da expressão constitucional:

“A Constituição de 1988 utilizou-se dos termos ‘acusados’ e ‘litigantes’ no inciso LV do art. 5º, pré-mencionado. Quanto ao primeiro – ‘acusados em geral’ -, há de se dar larga amplitude ao termo, para abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal.

⁹⁵ *Princípios Constitucionais do Processo...*, ob. cit., p. 47.

⁹⁶ *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 438.

Quanto à denominação ‘litigantes em geral’, sempre que houver controvérsia, conflitos de interesses, haverá aplicabilidade de contraditório e da ampla defesa, nos termos constitucionais.”⁹⁷

Assim, é o que a ilustre Mestra chama de *processo em sentido estrito*⁹⁸ o “processo” previsto na cláusula esculpida no artigo 5º, LV do Texto Máximo, espécie esta que englobaria as subespécies dos processos revisivos, sancionatórios e também os disciplinares (todos aqueles que, segundo a autora, envolvem litigantes ou acusados).

No mesmo sentido é a manifestação da também Professora de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Dinorá Adelaide Musetti GROTTI:

“Mas agora a Constituição estendeu as garantias aos processos administrativos em que haja litigantes. É esta a grande inovação da Constituição de 1988 (...) Por sua vez, na espécie de procedimentos de primeiro grau (...) é necessária, apenas e tão-somente – quando não houver, pois, litigância, interesses contrapostos ou sanções – a aplicação dos princípios inseridos no bojo do art. 37 da CF, acrescentando-se o da *motivação*, o da *lealdade*, da *razoabilidade* e da *boa-fé*, encartados ao longo de toda a Constituição. Entretanto, diante de processos que têm contrariedade, ou por outro lado, diante de processos que existam ‘acusados’, ainda que entre aspas, em face de processos sancionatórios, os princípios do contraditório e da ampla defesa se hão de colocar; assim também quando estivermos em face de processos ablativos de direitos, ainda que a Administração se coloque diante da revisão de atos administrativos emanados ilegalmente.”⁹⁹

Já em sua classificação, Massimo Severo GIANNINI prefere denominar esse mesmo *processo* como uma subespécie do *procedimento de segundo grau* (espécie do gênero *procedimento*), uma vez que o seu objeto seria sempre a revisão de um provimento administrativo anterior. Mais especificamente, para o autor, o *processo* como compreendemos

⁹⁷ Idem, p. 414

⁹⁸ Vale transcrever, pela clareza e precisão, a classificação adotada pela autora: “Temos, pois, processo (gênero): 1) procedimento, como forma de atuação normal da Administração Pública; 2) procedimento, seqüência de atos ordenada para a emanação de um ato final, dependendo a validade do ato posterior sempre de seu antecedente, subdividindo-o em: a) procedimentos nominados; b) procedimentos inominados; 3) processo, em sentido estrito, em que a litigiosidade ou as ‘acusações’ encontram-se presentes, obrigando-se o contraditório e a ampla: a) processos revisivos; b) processos disciplinares; c) processos sancionatórios. Entendemos, por consequência, como se verificou, que se possa referir a processo, em sentido estrito, quando estivermos diante dos denominados de segundo grau, por Giannini, quer sejam disciplinares, sancionatórios ou revisivos (quando houver, portanto), ‘litigantes’ ou ‘acusados’); do contrário, como requisito essencial da atividade administrativa, normal da explicitação da competência, haverá procedimento, que se conterà dentro do processo em sentido amplo.” (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 411-412).

⁹⁹ *Devido Processo Legal e o procedimento administrativo*, in Revista Trimestral de Direito Público n. 18, São Paulo: Malheiros Editores, 1997, pp. 36-37.

configura-se apenas nos casos que envolvem um pedido de *reexame judicial* (possuindo, portanto, caráter de recurso), isto é, somente quando um pedido da parte interessada faz nascer um processo que ele chama de *semicontencioso* administrativo, daí emergindo as mesmas garantias de defesa previstas para o *processo* judicial.¹⁰⁰

Esclarecidos os fundamentos daquilo que acreditamos e visando simplificar terminologicamente os conceitos por nós adotados, optamos por estabelecer nossa classificação da seguinte forma: denominaremos como *processo* a relação jurídica estabelecida entre litigantes ou entre acusador e acusado, enquanto chamaremos de *procedimento* a relação jurídica desprovida de litigantes ou acusados.

A inevitável conclusão daí decorrente, embora – sabemos – objeto de muita polêmica na doutrina¹⁰¹, é a de que, somente ao primeiro (processo) a Constituição Federal dirige expressamente, em seu artigo 5º, LV, as garantias à ampla defesa (com todos os meios e recursos a ela inerentes) e ao contraditório. Ao segundo (*procedimento*), não se refere aquele dispositivo constitucional.

Tomemos muito cuidado nesse ponto: está-se afirmando apenas que a referida norma constitucional consagra expressamente a importância daquelas garantias somente ao *processo*, tal como compreendemos. Isso não quer dizer – de forma alguma – que os administrados

¹⁰⁰ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3ª ed., v. II, Milano: Giuffrè, 1993, p. 549 a 608. Classificações, nessa matéria, há das mais variadas possíveis. Odete MEDAUAR propôs uma tipologia que pretende abarcar todas as mais diversas correntes doutrinárias, dividindo o processo administrativo em duas grandes subclasses: a dos processos administrativos em que há controvérsias ou conflitos de interesses (que abrangeriam os processos de licitação, licenciamentos, reclamações, etc.) e a dos processos sancionadores ou punitivos (disciplinares, autos de infração em matéria fiscal, etc.) (*A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 132). Fica claro, porém, que a Autora também se vale da linha constitucional (isto é, refere-se a processo apenas quando há controvérsias, conflitos de interesses ou *acusados*).

¹⁰¹ Em sentido diametralmente oposto ao que sustentamos, destacamos a obra de Egon Bockmann MOREIRA, *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003. Acreditando que o *processo* administrativo envolve qualquer relação estabelecida entre “particulares e/ou servidores públicos e Administração”, o autor inclusive abre um tópico em sua obra explicando os motivos que o levam a adotar classificação distinta da abraçada por Lucia Valle FIGUEIREDO e por nós acompanhada (idem, pp. 46-49). Consoante pensamos, o principal problema de classificações amplas como esta do autor reside justamente na falta de pertinência lógica para se sustentar a aplicação de alguns princípios relacionados apenas ao direito de defesa (tais como o contraditório) em relações jurídicas que não envolvem litigância. Eis a maior confusão relacionada à matéria que entendemos ter sido resolvida com a classificação por nós acolhida.

estão desprovidos de meios de defesa caso algum direito seu venha a sofrer lesão ou ameaça de lesão no decorrer de um *procedimento*. É evidente que não.¹⁰²

O que não aceitamos é a idéia de que se possa exercer a ampla defesa e o contraditório em *procedimentos* em que sequer haja litígio ou acusação, isto é, onde sequer haja expectativa de sanção ou de qualquer ameaça de lesão a direito do sujeito passivo da respectiva relação jurídica. É que não se pode admitir a defesa contra algo a que não se opõe; qualquer insurgência pressupõe um objeto a ser contraposto, sob pena de não ser verificado o necessário interesse de agir.¹⁰³

Dito em outras palavras, no *procedimento* não há que se falar em plenas garantias de defesa ou contraditório, por incompatibilidade lógica entre seu objeto e tais prerrogativas: ainda que haja duas ou mais partes em diferentes pólos de uma relação jurídica, em não havendo interesses conflitantes ou pretensão resistida, não se instaura uma relação jurídica litigiosa a ensejar a incidência daqueles primados.

O que pode ocorrer é – como reconhecemos – que no regular transcurso de um *procedimento* essa litigiosidade venha a surgir justamente em razão da contraposição dos interesses entre as partes. Questões como esta, relacionadas ao nascimento da relação jurídica *processual* dentro do *procedimento*, além de outros pontos correlatos à discussão, serão melhor desenvolvidas no decorrer do presente trabalho.

Desde já, porém, é muito importante lembrar: ainda que não seja logicamente possível haver efetivo exercício da ampla defesa e do contraditório nos *procedimentos* administrativos, sua consecução deverá irrestrita e fiel obediência aos princípios que regem toda e qualquer atividade administrativa. Isso porque tais *procedimentos* nada mais são – reiterando o

¹⁰² Veremos no Capítulo IV que a insurgência do particular, no curso do *procedimento* administrativo, pode levar à instauração do *processo* administrativo, regido pelas garantias mencionadas. Ademais, também deve ser ressaltada a sempre presente possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, uma vez que, tendo em vista a subordinação da atividade administrativa ao princípio da legalidade, nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito advinda da Administração está imune ao alcance do princípio da universalidade da jurisdição expresso no artigo 5º, XXXV da Constituição da República. Dessa forma, além da possibilidade de se defender pelas vias administrativas, sempre restará a hipótese de aplicação de outros remédios constitucionais, tais como o mandado de segurança (preventivo ou repressivo), a ação civil pública, a ação popular, etc. O cabimento de cada uma dessas ações dependerá do caso concreto analisado.

¹⁰³ Uma das condições da ação em todos os ordenamentos que conhecemos. No Brasil, é essa a previsão do artigo 3º do Código de Processo Civil.

conceito desenvolvido acima – do que uma seqüência de atos editados no exercício da função administrativa, devendo atender inclusive e especialmente ao devido processo legal considerado na sua acepção substantiva, suficientemente – queremos acreditar – elaborada no primeiro capítulo.

Essa advertência é sobremaneira relevante para a análise dos *procedimentos* administrativos de fiscalização, do qual passamos a tratar em específico.

II.3 O Procedimento Administrativo de Fiscalização – *Conceito e seus principais elementos*

No tópico anterior, definimos *procedimento administrativo* como sendo *uma seqüência de atos relativamente autônomos e vinculados entre si, realizada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, tendentes a um mesmo ato administrativo final.*

Essa definição é obviamente aplicável para o *procedimento* administrativo de fiscalização, composto necessariamente de atos administrativos e, portanto, desenvolvidos no decorrer do exercício de função administrativa.

Inicialmente, quando tratamos do conceito de ato administrativo, em nota afirmamos que acompanhamos a noção de função administrativa da Professora Lucia Valle FIGUEIREDO. Repetimo-la para melhor fluência do raciocínio:

“A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.”¹⁰⁴

¹⁰⁴ *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 34.

É indubitável que o *procedimento* administrativo deve – necessariamente, portanto – buscar *dar cumprimento fiel aos comandos normativos, para realização dos fins públicos*. E também não se discute que os atos que o compõem são *controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo*, sendo ainda *revisíveis pelo Judiciário*.

Assim, sempre que a lei determinar que o administrador deve fiscalizar determinada prática de atos pelo particular, seja em que área de atuação for, esse agente público agirá no exercício típico de função administrativa. Nesse ponto, é relevante a advertência de GIANNINI quando esclarece que, diferentemente do que ocorre com o *processo*, que tem por objeto a coleta de provas com a finalidade de se verificar a ocorrência de um fato específico, no *procedimento* busca-se todo o tempo a coleta de elementos que auxiliem na avaliação acerca da circunstância do interesse público primário ter sido ou não atendido.¹⁰⁵

Essa afirmação aplica-se perfeitamente ao procedimento fiscalizatório, que tem por objeto justamente, na forma prevista em lei, verificar se determinados atos praticados pelo particular atendem aos interesses públicos primários protegidos pelo ordenamento, tais como *segurança pública, economia popular, saúde pública*, etc.

A característica peculiar dessa espécie de *procedimento* administrativo em relação a outros é o seu caráter múltiplo de observação, prevenção e também de investigação: o administrador fiscaliza para ter conhecimento dos atos praticados pelo particular que, sabendo da possibilidade de ser fiscalizado, age – ou deve agir – dentro dos parâmetros estabelecidos por lei, sob pena de ser sancionado pela prática de ato ilícito. Assim, o dono de estabelecimento comercial sabe que pode ser fiscalizado a qualquer momento e, *v.g.*, se não mantiver um número determinado de extintores de incêndio em suas dependências ou ainda se produzir ruído sonoro acima de uma quantidade pré-fixada de decibéis, poderá vir a sofrer a sanção cabível.

De fato, não fosse a atividade fiscalizatória, seria difícil muito falar-se na própria função administrativa, pois não haveria sequer meios práticos de se dar fiel cumprimento aos comandos normativos. Daí porque termos afirmado que a atividade fiscalizatória tem caráter instrumental a toda e qualquer atividade exercida por meio de função administrativa, dando-

¹⁰⁵ *Diritto Amministrativo...*, ob. cit., p. 120.

se sua efetivação por meio do que a doutrina ordinariamente – ainda hoje – chama de *poder de polícia*¹⁰⁶, mesmo que em sua faceta menos invasiva, por meio de atos que muitas vezes não passam de simples observação.

A idéia de *poder de polícia* sempre esteve relacionada à limitação da liberdade e da propriedade. Clóvis BEZNOS explica que essa limitação é efetivamente necessária à própria harmonização dessas garantias individuais com a vida em sociedade:

“Vejamos: ao examinar-se o sistema jurídico, percebe-se que o mesmo consagra uma série de valores, entre eles o direito de liberdade e o direito de propriedade, enquanto que, por outro lado, há outros valores igualmente tutelados pelo sistema, como, por exemplo, o bem-estar da coletividade, que com o exercício desses direitos deve ser compatibilizado. Neste sentido a polícia administrativa funciona como elemento entrópico negativo, como o elemento de equilíbrio, ou seja, que busca adequar a existência desses dois valores no sentido de harmoniza-los entre si. Ou seja, a polícia administrativa busca harmonizar o exercício dos direitos individuais com o bem-estar da coletividade.”¹⁰⁷

No nosso direito positivo, encontramos um esboço de definição prevista pelo artigo 78 do Código Tributário Nacional, ao tratar do fato jurídico autorizador da instituição de taxas de fiscalização pelo exercício desse *poder*:

“Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes

¹⁰⁶ Não são recentes as críticas a essa terminologia. Agustín GORDILLO encabeça a lista dos grandes expoentes do Direito Administrativo que repelem a utilização da expressão, explicando que sua origem decorre de ordenamentos antigos que possibilitavam excepcionalmente ao Estado ações fora da Ordem Jurídica, conceito este obviamente defasado se trazido para os dias atuais (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires: Ediciones Macho-Lopes, 1982, pp. XII-1-XII-2). Lucia Valle FIGUEIREDO concorda com o mestre portenho e afirma não encontrar diferença entre essa atividade administrativa e as demais atividades realizadas no exercício da função administrativa (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 291). Clóvis BEZNOS escreveu sua dissertação de mestrado a respeito do tema, chegando a uma conclusão um pouco distinta: após analisar o que chama de “crise da noção do poder de polícia”, o autor sustenta a manutenção do termo, por concluir que “tem a atividade de polícia administrativa fundamento político, fundamento jurídico, peculiaridades próprias e objeto próprio. Decorre disso a emergência de princípios próprios, pertinentes à polícia administrativa, que em conjunto com as normas que a acolhem no sistema, traduzem o seu regime jurídico.” (*Poder de Polícia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 76). De qualquer forma, tecnicamente inexata ou não, fato é que não podemos deixar de referir à expressão, absolutamente consagrada na doutrina aqui e alhures.

¹⁰⁷ *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, in *Curso de Direito Administrativo*, Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 89.

de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

Alguns pontos importantes do chamado *poder de polícia* foram ressaltados pelo legislador: constitui-se em atividade administrativa tendente à regulação da prática de atos dos particulares que podem vir a interferir em toda e qualquer espécie de interesse público. Ele só pode ser exercido nos estritos ditames da lei e, ainda que envolva atuação discricionária, sem desvio de poder.

Esta primeira delimitação conceitual elaborada apenas a partir do direito positivo não está longe do que aquilo que a mais gabaritada doutrina sustenta. Nesse sentido, José dos Santos CARVALHO FILHO conceitua essa atividade como “a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade”.¹⁰⁸

Em texto não muito recente, porém de conteúdo ainda bastante atual, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO esclarece que o *poder de polícia*, tal como o conhecemos, pode ser interpretado em acepção mais ampla ou mais estrita. Na primeira, ele abrangeria toda “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-a aos interesses coletivos”, seja do Legislativo ou do Executivo, envolvendo assim o “complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Manual de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 67.

¹⁰⁹ *Apontamentos sobre o Poder de Polícia* in Revista de Direito Público n. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 57. Nessa ocasião o autor não manifestou sua discordância com a terminologia adotada, mas posteriormente, em seu Curso, foi enfático ao corroborar a já tratada preocupação de GORDILLO sobre a questão: “Trata-se de designativo manifestamente infeliz. Engloba, sob um único nome, coisas radicalmente distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos; isto é, disposições superiores e providências subalternas. Já isto seria, como é, fonte das mais lamentáveis e temíveis confusões, pois leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que seriam inconcebíveis (no Estado de Direito), dando-lhe uma sobrançeria que não possui, por ser imprópria de quem nada mais pode fazer senão atuar com base em lei que lhe confira os poderes tais ou quais a serem exercidos nos termos e forma por ela estabelecidos. Além disto, a expressão ‘poder de polícia’ traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do ‘Estado de Polícia’, que precedeu ao Estado de Direito. Traz consigo a suposição de prerrogativas dantes existentes em prol do ‘príncipe’ e que se faz comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo. Em suma: raciocina-se como se existisse uma ‘natural’ titularidade de poderes em prol da Administração e como se dela emanasse intrinsecamente, fruto de um abstrato ‘poder de polícia’. Daí imaginar-se algumas vezes, e do modo

Já em seu sentido mais estrito, também chamado de *polícia administrativa*, referido *poder* seria exercido apenas por meio de “intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais”.¹¹⁰

Assim como muitos outros autores, BANDEIRA DE MELLO segue a clássica orientação de Renato ALESSI, para quem a polícia administrativa consistir-se-ia basicamente de três níveis de atuação “ordenada à proteção do todo social e de suas partes, mediante uma ação ora de observação, ora de prevenção, ora de repressão contra os danos que a eles poderiam ocorrer em razão da atividade dos indivíduos”.¹¹¹ E especificamente acerca da atividade fiscalizatória esclarece:

“Finalmente, cumpre agregar que a atividade de polícia envolve também os atos fiscalizadores, através dos quais a Administração Pública, previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares. Assim, a fiscalização de pesos e medidas por meio da qual o Poder Público se assegura de que uns e outros competentemente aferidos correspondem efetivamente aos padrões e, com isto, previne eventual lesão aos administrados, que decorreria de marcações inexatas de uns e de outros.

Do mesmo modo, a fiscalização das condições de higiene dos estabelecimentos e casas de pasto, a vistoria dos veículos automotores para garantia das condições de segurança que devem oferecer, prevenindo riscos para terceiros, a fiscalização da caça para assegurar que sua realização esteja conformada aos preceitos legais, são, entre outras numerosíssimas, manifestações fiscalizadoras próprias da Polícia Administrativa.”¹¹²

No mesmo sentido, CARVALHO FILHO também não deixa dúvidas sobre a atividade de fiscalização estar calcada no *poder de polícia*, ao afirmar:

“Não adiantaria deter o Estado o poder de impor restrições aos indivíduos se não dispusesse dos mecanismos necessários à fiscalização da

mais ingênuo, que tal ou qual providência – mesmo carente de supedâneo em lei que a preveja – pode ser tomada pelo Executivo por ser manifestação de ‘poder de polícia’.” (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 750).

¹¹⁰ *Apontamentos sobre o Poder de Polícia...*, ob. cit., p. 57.

¹¹¹ *Apontamentos sobre o Poder de Polícia...*, ob. cit., pp. 60-61.

¹¹² *Idem*, p. 61.

conduta destes. Assim, o poder de polícia reclama do Poder Público a atuação de agentes fiscalizadores da conduta dos indivíduos.

A fiscalização apresenta duplo aspecto: um preventivo, através do qual os agentes da Administração procuram impedir um dano social, e um repressivo, que, em face da transgressão da norma de polícia, redundando na aplicação de uma sanção. Neste último caso, é inevitável que a Administração, deparando a conduta ilegal do administrado, imponha-lhe alguma obrigação de fazer ou de não fazer...¹¹³

Amparados na mais abalizada doutrina, portanto, podemos concluir com certa tranqüilidade que o exercício da atividade fiscalizatória pode ser compreendido dentro do conceito já conhecido de *poder de polícia*: na verdade trata-se em regra de uma primeira etapa desse exercício, identificando-se com o seu caráter de observação e prevenção, visando evitar a ocorrência de dano ao interesse público tutelado, de acordo com o que vier a ser legislado.

Posteriormente, caso essa atividade conclua pela ocorrência de um ilícito, inclusive na hipótese de encontrar resistência ilegal por parte do particular, virá então a gerar um outro ato administrativo – ainda dentro do procedimento de fiscalização – que envolverá também o

¹¹³ *Manual de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 76. Pode ocorrer desse caráter repressivo surgir ainda no desenrolar desse procedimento fiscalizatório (caso, por exemplo, em que o particular se recusa a colaborar com as investigações e é sancionado por isso), mas em regra a imposição de sanções se dá ao seu final, após verificado o descumprimento dos preceitos legais. Ademais, concordamos com todas as demais afirmações do autor, inclusive quando admite também o exercício dessa atividade com relação a obrigações de fazer e não simplesmente de não fazer, como entendia a doutrina até recentemente. Hoje em dia, muitos autores afirmam não ter mais sentido a vinculação do *poder de polícia* apenas a ações negativas dos particulares, mesmo porque são muitos os exemplos encontrados na legislação de ações positivas previstas nesse sentido. GORDILLO explica: “E que a atividade policial seja somente proibitiva é uma concepção sem uso, atualmente: as obrigações de fazer instalações de segurança contra acidentes, de primeiros auxílios etc.; a obrigação de vacinar-se, de por silenciadores nos escapamentos de veículos, de construir muros, de expor ao público lista de preços, de colocar no comércio chapas com identificação do ramo e do proprietário, de uso de aventais etc., são todas obrigações policiais positivas e não meras proibições. Logo, também desapareceu esta característica da polícia.” (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, ob. cit., p. XII-15). Já de acordo com a posição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o *poder de polícia* envolve em regra um *non facere*, podendo apenas *aparentemente* apontar o exercício de um *facere*, mas tendo como fundo uma proibição: “Às vezes há, aparentemente, obrigação de fazer. Por exemplo: exibir planta para licenciamento de construção; fazer exame de habilitação para motorista; colocar equipamento contra incêndio nos prédios. É mera aparência de obrigação de fazer. O Poder Público não quer estes atos. Quer, sim, evitar que as atividades ou situações pretendidas pelos particulares sejam efetuadas de maneira perigosa ou nociva, o que ocorreria se realizadas fora destas condições.” (Curso de Direito Administrativo, ob. cit., p. 761). Também nesse sentido Clóvis BEZOS, para quem o poder de polícia consistiria na “atividade administrativa, exercitada sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, a fim de adequá-los aos demais valores albergados no mesmo sistema, impondo aos administrados uma obrigação de *não fazer*” (*Poder de Polícia*, ob. cit., p. 76).

caráter *repressivo* daquele “poder”, sempre que dela originar-se aplicação de sanções ou imposições de obrigações de quaisquer espécies.

Essa conclusão decorre naturalmente da assertiva aduzida logo no início desse tópico, no sentido de que a atividade fiscalizatória é meio instrumental para o exercício da função administrativa. E como já afirmado pela Professora Lucia Valle FIGUEIREDO, esse chamado *poder de polícia* não está submetido a nenhum regime jurídico diferenciado daquele que regulamenta a própria função administrativa, chegando a autora a afirmar que as duas figuras podem confundir-se conceitualmente, já que todos os princípios aplicáveis àquela também são igualmente válidos para a atividade em questão.¹¹⁴

Agora, é muito importante frisar: seja no seu aspecto observatório, preventivo ou repressivo, a atividade administrativa de fiscalização, justamente em razão do seu objeto estar diretamente relacionado à limitação da liberdade e da propriedade, deve – sempre, necessariamente, de forma absoluta – respeitar a garantia constitucional do devido processo legal substantivo, a que tanto nos referimos no Capítulo I.

De fato, naquela oportunidade concluímos que o devido processo legal, considerado na sua acepção substantiva, exige que toda a atividade originária dos três Poderes esteja sempre pautada nos primados da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade¹¹⁵, a fim de se obter a máxima eficácia dos ditames constitucionais que buscam diretamente a proteção da justiça social, objetivo este que – consoante acreditamos – é um dos maiores interesses públicos juridicamente tutelados em um Estado Democrático de Direito.

E no que diz respeito especificamente à atividade administrativa de fiscalização é interessante notar que, ao mesmo tempo em que a atenção àqueles princípios decorrentes do devido processo legal substantivo torna-se necessária para garantir a eficácia do próprio procedimento de controle exercido sobre os particulares (representando, conseqüentemente, um importante instrumento de atuação administrativa na busca da manutenção do bem

¹¹⁴ *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 313.

¹¹⁵ Apesar de, por diversas vezes nesse estudo, fazermos menção a esses mesmos princípios como decorrentes do devido processo legal substantivo (isonomia, razoabilidade e proporcionalidade), devemos lembrar que existem muitos outros que, apesar de não serem aqui referidos por não estarem diretamente relacionados ao tema central do nosso estudo, também são corolários daquela cláusula constitucional. É o caso, por exemplo, dos princípios

público tutelado pela respectiva legislação), essa atenção também é exigida em razão da característica peculiar desse procedimento, que por vezes pode envolver formas de restrição à liberdade e até mesmo à propriedade desses mesmos particulares. Assim, na verdade não há nenhum problema em que haja tais restrições, desde que – evidentemente – elas estejam fundadas em previsão legal e sejam aplicadas de maneira razoável e proporcional.

É fácil pensarmos em exemplos com relação à liberdade: vemos com normalidade as regras que impõem não apenas o dever de se obedecer às normas de trânsito quando dirigimos veículos automotores (visando-se um autocontrole da própria liberdade de ir e vir), mas também aquelas que determinam que os agentes fiscais atuem de forma efetiva na atividade de verificação de cumprimento a essas regras; da mesma forma, não há como se opor à sujeição dos limites de horário para produção de ruídos sonoros (em atenção ao sossego público) e nem tampouco à circunstância de se permitir que agentes públicos verifiquem se esses limites estão ou não sendo atendidos.

Já no que tange à propriedade, podemos pensar, por exemplo, na obrigatoriedade de submetermo-nos à prévia avaliação de órgãos públicos para a autorização de obras de construção civil, ou mesmo nas inúmeras regras de segurança, de saúde pública ou de vigilância sanitária a que estamos submetidos e que nos representam ônus econômicos significativos (compra de equipamentos, medidas profiláticas, obras de adequação às previsões normativas – enfim, são inúmeros os exemplos).

De nossa parte, pensamos que inclusive a atividade administrativa de fiscalização tributária representa um claro exemplo de restrição legalmente prevista à liberdade e também à propriedade. No regular cumprimento de suas obrigações tributárias, o contribuinte vê-se submetido a uma imensa gama de normas que lhe impõem uma série inumerável de deveres. Tais normas dizem exatamente como ele deve proceder sua escrita contábil e fiscal, como deve agir para recolher as quantias determinadas ao erário, ou mesmo o modo com que deve atender à fiscalização, entregando-lhe seus bens se necessário (em uma fiscalização alfandegária, por exemplo), ou simplesmente abrindo as portas de seu estabelecimento e apresentando seus talonários fiscais, como ordinariamente ocorre em ações fiscais.

da motivação e da boa-fé da Administração Pública, além daqueles referidos no *caput* do artigo 37 do texto Constitucional (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

Seja qual for a atividade administrativa de fiscalização, portanto, poderão ser verificadas em maior ou menor grau restrições à liberdade e à propriedade, caracterizando-se o chamado exercício do *poder de polícia*¹¹⁶. E em havendo exercício do poder de polícia, deverá haver igualmente obediência ao devido processo legal substantivo.

Nesse sentido, a lição de Lucia Valle FIGUEIREDO:

“As limitações, em sobretudo as restrições administrativas somente podem interferir na liberdade e na propriedade quando forem proporcionalmente as menores possíveis, considerando-se as situações a tutelar, e forem razoáveis, é dizer, guardarem compatibilidade lógica entre a decisão legislativa ou administrativa e os princípios constitucionais, acrescidos dos legais no concernente às restrições.

Ademais disso, se forem manifestadas pelo tombamento ou servidões, devem ser efetuadas em nítido compasso com o procedimento administrativo adequado, em que o *due process of law*, garantia constitucional, deve ser observado com a maior fidelidade.”¹¹⁷

No mesmo diapasão, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO trata da questão específica da proporcionalidade dos meios utilizados na atividade de polícia:

“A utilização de meios coativos por parte da Administração, conforme o indicado, é uma necessidade imposta em nome da defesa dos interesses públicos. Tem, portanto, na área de polícia, como em qualquer outro setor de atuação da Administração, um limite conatural ao seu exercício. Este limite é o atingimento da finalidade legal em vista da qual foi instituída a medida de polícia.

¹¹⁶ Cumpre advertir: com isso não estamos afirmando que todo e qualquer efetivo exercício da atividade de fiscalização poderia autorizar a instituição de taxa, em razão do que dispõe o artigo 145, II da Constituição da República (“Art. 145 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: ... II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização...”). Algumas atividades administrativas de fiscalização, como a própria fiscalização tributária, parecem-nos ter uma finalidade instrumental em relação a uma atividade final arrecadatória, o que impediria a cobrança de tributo sobre elas, por simples falta de razoabilidade ou mesmo de legitimidade social. Explicamos melhor: é crível que o Estado necessite ser remunerado especificamente para fiscalizar, p.ex., anúncios ou a instalação de estabelecimentos. Não nos parece razoável, porém, que se remunere, por meio de taxa, a atividade de fiscalização de – por exemplo – um contribuinte para se saber justamente se os tributos estão sendo devidamente recolhidos por ele, assim como pela atividade de fiscalização de estacionamento de veículos na chamada “zona-azul” (em que a fiscalização também seria um meio para auxiliar a atividade arrecadatória). Sem adentrar em análise aprofundada que fugiria muito do tema em análise, em ambos os exemplos a fiscalização configura simples instrumento para se obter um fim econômico e não nos parece que a autorização constitucional para instituição de taxas tenha tamanha abrangência, embora saibamos que a receita para manutenção dessas atividades de fiscalização também será originada principalmente da arrecadação de outras espécies tributárias (sobretudo dos impostos). De qualquer forma, deixamos a questão lançada, para melhor análise dos mestres no assunto.

¹¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 323-324.

Mormente no caso da utilização de meios coativos, que, bem por isso, interferem energicamente com a liberdade individual, é preciso que a Administração se comporte com extrema cautela, *nunca se servindo de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção do resultado pretendido pela lei*, sob pena de vício jurídico que acarretará responsabilidade da Administração. Importa que haja *proporcionalidade* entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida.”¹¹⁸

Assim, o exercício da atividade administrativa de fiscalização, justamente por referir-se a uma das espécies de atividade exercida pelo Estado que podem envolver algum tipo de limitação à liberdade e à propriedade, deve integral respeito ao devido processo legal e aos corolários dele decorrentes (razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, etc.). Dito de forma clara: não se pode esquecer que a atividade administrativa de fiscalização é um meio, um instrumento de busca a um interesse público maior, razão por que ela só pode ser executada pelas formas legalmente admitidas e desde que sejam razoáveis e proporcionais aos fins pretendidos.¹¹⁹

Feitas todas essas considerações acerca do procedimento de fiscalização, encerremos esse capítulo com sua conceituação.

Dissemos que o termo *procedimento* – e não processo – administrativo deve ser utilizado, conforme a classificação que adotamos, para as relações jurídicas que não envolvam interesses contrapostos. Essa é a premissa em que nos embasamos para denominar

¹¹⁸ *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 772. No mesmo sentido, Jaime Vidal PERDOMO: “El examen judicial no se circunscribe a la medida de policia em si (su legalidad intrínseca); siempre va hasta su adaptación a la proporcionalidad con los motivos de ella; es necesario que la gravedad de la medida guarde relación con la amenaza de desorden... El juez entra a analizar la oportunidad de la medida, oportunidad que en estos casos es un elemento de la legalidad, y la prescripción de policia se anula si la perturbación hubiere podido evitarse con una medida menos grave, como si el fin buscado se consiguiera con la aplicación de una multa y se há procedido a cerrar un establecimiento”. (*Derecho Administrativo*, Octava edición, Bogotá: Temis, 1985, p. 188).

¹¹⁹ Nesse ponto, interessante a lição de Tércio Sampaio FERRAZ JR., para quem o administrador está vinculado aos meios, enquanto é o legislador quem está adstrito aos fins pretendidos: “Graças à técnica de validade condicional, ao administrador é possível desvincular, nestes casos, meios e fins, respondendo pelos meios corretos, mas eximindo-se de responsabilidade pela fixação dos fins. Ou seja, se os meios determinados forem usados corretamente, mas deles não se seguiram os fins colimados, ele não tem uma responsabilidade solidária pela opção (política) do legislador. Assim, do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, entendido no sentido de que os interesses públicos não se encontram à livre disposição de quem seja, por inapropriáveis, segue não apenas um poder mas um dever em relação a um objeto, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade que lhe serve de parâmetro. Isto significa, afinal, que o decisor não tem a responsabilidade dos fins em termos de um compromisso futuro; apenas comprova se se verificam as hipóteses preestabelecidas, podendo, deste modo, manter-se objetivo e neutro”. (*A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 32).

também a atividade administrativa fiscalizatória de *procedimento de fiscalização* e não de *processo de fiscalização*.

De fato, enquanto o Estado está atendo-se à ação de fiscalizar, ele não está saindo do exercício lícito de sua função administrativa de observar se o administrado está cumprindo a lei e assim prevenir a ocorrência de danos ao interesse público tutelado. E se não houver nenhuma desobediência dos particulares à legislação que rege sua atividade, não haverá que se falar sequer na possibilidade de se gerar conflito ou interesses contrapostos e nem mesmo à expectativa de lesão a direitos públicos ou subjetivos desses particulares.

Isso porque a atividade de fiscalização, como veremos no capítulo subsequente, é em regra vinculada à lei. Se Estado e particular nada mais fizerem do que cumpri-la, não haverá litigância e, conseqüentemente, não poderá ser configurado um *processo* propriamente dito, mas apenas *procedimento*.

E tratando-se de *procedimento* administrativo, a atividade fiscalizatória será sempre constituída de uma *seqüência de atos autônomos e vinculados entre si* e terá por objeto a constituição de um *ato administrativo final*. Este ato administrativo final poderá veicular (i) ou a simples confirmação de que o particular está agindo em conformidade com os preceitos legais e nesse caso teremos uma mera *homologação* dos atos por ele praticados, ou então poderá veicular (ii) uma imposição (um ato constitutivo ou declaratório, portanto) de uma obrigação qualquer, que terá por objeto a regularização da situação do particular ou mesmo a aplicação de uma sanção administrativa, desde que legalmente prevista.

Além disso, como visto, em se tratando de exercício de função administrativa, a atividade de fiscalização deve buscar *dar cumprimento fiel aos comandos normativos, para realização dos fins públicos* (chamados interesses públicos primários), sendo controláveis interna e externamente. E para garantir esse cumprimento à lei, esse tipo de *procedimento* tem por peculiaridade a múltipla função de observação, prevenção e investigação dos atos praticados pelos particulares, inclusive podendo interferir nas esferas de liberdade e de propriedade, dentro dos limites legalmente estabelecidos.

Daí porque termos afirmado que o *procedimento* fiscalizatório dá-se por meio de uma das facetas do chamado *poder de polícia*. Deve-se, contudo, ressaltar sempre a sua submissão ao primado do devido processo legal substantivo e dos seus corolários, o que significa dizer que sua execução só pode dar-se pelos meios legalmente admitidos, de forma razoável e proporcional à busca do fim público a ser atingido.

Enfim, na tentativa de se reunir o que de mais relevante vimos acerca do procedimento fiscalizatório, podemos conceituá-lo como sendo o *procedimento administrativo – que não envolve interesses contrapostos, portanto – exercido na função administrativa de fiscalização, consubstanciada na observação e investigação dos atos praticados pelos particulares, a fim de prevenir eventual lesão a interesse público, que poderá ter como ato final (produto) ou a confirmação acerca do fiel cumprimento à lei ou então a imposição de uma obrigação a ela vinculada (inclusive de natureza sancionatória), permitindo-se para tanto a adoção de medidas que, embora relacionadas a restrições à liberdade e à propriedade, devem ser empregadas de maneira razoável e proporcional à busca do fim público colimado, sob pena de invalidade¹²⁰ a ser reconhecida por meio de controle interno e externo.*

E quando afirmamos que a atividade fiscalizatória consiste no dever de se proceder à investigação dos atos praticados pelos particulares, empregando-se as medidas “razoáveis” e “proporcionais” na busca do fim público tutelado pelo Ordenamento, estamos nos referindo também à chamada busca da verdade material, acerca da qual passaremos a tratar no capítulo seguinte.

¹²⁰ Sendo o caso, portanto, de invalidação do ato, quando se der pela própria Administração, ou de anulação, caso a discussão chegue à esfera do Poder Judiciário. Seja como for, em se tratando de ato administrativo incompatível com a ordem jurídica, ele deverá ser retirado do sistema e a decisão que determinar essa retirada deverá – necessariamente, portanto – possuir efeitos *ex tunc*. Acompanhamos, também nesse ponto, os conceitos de invalidação e anulação dos atos administrativos da Professora Lucia Valle FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., pp. 229-230).

Capítulo III - O Procedimento Administrativo de Fiscalização e a Busca da Verdade Material

III.1 – As Questões da Vinculação e da Discricionariedade no Procedimento de Fiscalização

Como visto, todo *procedimento* fiscalizatório está, de um lado, voltado à verificação do fiel cumprimento à lei pelos particulares e, de outro, cingido à legalidade dos atos praticados pelo agente público. Daí dizermos que um dos princípios que devem orientar todo o *procedimento* realizado no exercício da função administrativa de fiscalização é o da legalidade¹²¹, razão por que sua característica substancial mais relevante está justamente no seu caráter estritamente vinculado à lei.¹²²

Contudo, questão de extrema relevância para o escopo do presente trabalho é a de definir o alcance do mencionado caráter de vinculação à lei, a que está submetido o *procedimento* administrativo de fiscalização.

Na verdade, parece-nos perfeito que, com relação aos seus aspectos formais, o *procedimento* de fiscalização deva ser totalmente vinculado à lei. Não é possível admitir-se a prática de atos no decorrer desse *procedimento* que não sejam emanados por um agente público investido na competência de fiscalizar, assim como é absolutamente necessário que tais atos sejam praticados de acordo com os requisitos – formais – exigidos pela legislação.

¹²¹ Como já afirmamos em nota ao primeiro Capítulo (item I.2 - nota 39), não desconhecemos as recentes teorias acerca da ponderação do princípio da legalidade e acreditamos realmente que pode haver casos concretos em que essa ponderação deva ser procedida. Contudo, estamos tecendo considerações gerais e em tese acerca do procedimento de fiscalização e, nesse prisma, entendemos que é nosso dever ressaltar a sua estrita vinculação à lei.

¹²² Tércio Sampaio FERRAZ JR faz interessante colocação acerca da vinculação do administrador à lei e suas conseqüências: “Neste ponto, o princípio da legalidade é fundamental, ao lado de outros. Ele subordina explicitamente a atividade administrativa à lei. Esta subordinação é, no fundo, uma relação de meios e fins, pois a atividade mencionada se vincula à vontade da lei, não só em termos de conformidade, mas também de autorização como condição da ação. Desta vinculação decorrem conseqüências, como a possibilidade de se definir o desvio de poder ou seu abuso, ao que se conjuga o princípio da ampla responsabilidade do Estado. Mas por isso mesmo o princípio da legalidade tem também um efeito de validação finalística para o legislador, pois este, ao fixar na lei um conjunto de princípios, até inconscientemente, se vê prisioneiro de um sistema que ele próprio instaura. Ou seja, o mesmo princípio que para o administrador o alivia do compromisso com o futuro, cinge o legislador de modo finalista, não podendo este separar a sua responsabilidade pelos meios da dos fins e vice-versa, os quais, são para ele, solidários. Este é, aliás, o sentido mais profundo da legalidade nos Estados de Direito. Esta solidariedade, por sua vez, reverte à própria administração, enriquecendo a responsabilidade condicional do administrador” (*A Relação Meio/Fim na Teoria Geral...*, ob. cit., p. 32).

Indagamo-nos, porém, se em alguma medida determinados atos praticados no decorrer do *procedimento* de fiscalização não podem vir a possuir algum conteúdo de discricionariedade, no que diz respeito ao seu conteúdo.

Antes de adentrarmos nesse ponto específico, porém, cumpre-nos definir o que entendemos por vinculação e discricionariedade. Essa última, em especial, vem sendo muito rediscutida e revista pela doutrina mais moderna, demandando maior atenção.

Diz-se estritamente vinculado o ato administrativo que apenas aplica a lei de ofício, para usar a lapidar e sempre atual lição de M. SEABRA FAGUNDES¹²³. É o caso de qualquer ato cujo rigor formal e substancial esteja de tal forma previsto em lei que não reste ao administrador absolutamente nenhuma margem de liberdade, não havendo outra opção senão a de agir exatamente de acordo com aquela previsão abstrata.¹²⁴

Ao tratar-se de atos administrativos vinculados, já é clássico o exemplo da concessão da aposentadoria compulsória quando o segurado da Previdência Social atinge a idade prevista em lei. Nesse caso, ao agente público só resta a opção de reconhecer o direito à aposentadoria. É verdade, porém, que não são muitos os casos práticos em que a subsunção do fato concreto à hipótese legal dá-se de maneira tão cristalina e objetiva.¹²⁵

Já no que diz respeito à *discricionariedade*, a professora Lucia Valle FIGUEIREDO a define nos seguintes termos:

¹²³ *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 16.

¹²⁴ “No interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa. A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a norma a ser implementada prefigura antecipadamente, com rigor e objetividade absoluta, os pressupostos requeridos para a prática do ato e o conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter, uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseqüente, que o ato a ser expedido é vinculado.” (Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, in Revista de Direito Público n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974).

¹²⁵ Citado por Lucia Valle FIGUEIREDO, Philippo SATTÀ sustenta que, na verdade, o real foco de crise reside no conceito de vinculação, e não no de discricionariedade: “Aquilo, que, portanto, entra em crise e deve-se assujeitar à radical revisão é o *conceito da atividade vinculada*. Enquanto esta era definida, de fato, como exclusão da efetiva e operante participação intelectual da Administração aos juízos necessários para cada agir, impende dizer que esta exclusão se funda sobre o pressuposto inexato de que as normas possam, em certo caso, ter e, em outros, sempre privadas de um conteúdo determinado. *Este conteúdo existe sempre, no sentido de que há sempre uma precisa vontade do legislador, que a Administração deve realizar*; para este fim, deve ela agir não como máquina, mas como ser inteligente que, *entendido o valor da norma, entendido em seu fim*, liga-o ao

“...competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias – portanto, dentro de critério da razoabilidade geral – dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.”¹²⁶

Interessante notarmos que, de acordo com essa concepção, o procedimento de produção de atos administrativos está intrinsecamente relacionado ao procedimento hermenêutico, na medida em que, apenas após proceder à perfeita interpretação do texto normativo e verificar se houve a subsunção do fato concreto à hipótese abstratamente prevista naquele texto, é que o agente responsável pela prática do ato administrativo poderá discernir se está diante de um ato discricionário ou vinculado.¹²⁷

Explicamos melhor. Apenas após esgotada a primeira etapa do processo hermenêutico¹²⁸ e no caso de restar alguma dúvida acerca de qual a melhor opção ou de como – ou mesmo quando e porquê – deve ser praticado o ato administrativo, somente nesse momento é que será possível estar-se diante de um ato discricionário, pois restará uma margem de liberdade ao administrador para que ele integre, *in concreto*, o conteúdo rarefeito da lei, a fim de satisfazer a sua finalidade.¹²⁹

Dessa forma, consideramos que a discricionariedade só poderá ser efetivamente aferida na dinâmica da norma jurídica, já que a única forma de verificarmos sua presença é diante do caso concreto.¹³⁰ Isso não significa, por outro lado, que por vezes a origem da

fato e a tal ligação ajusta a sua ação...”. (*Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo*, p. 216 apud Lucia Valle FIGUEIREDO, *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 200).

¹²⁶ *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 223.

¹²⁷ *Idem*, p. 222.

¹²⁸ Dentre as inúmeras terminologias empregadas pelos estudiosos da Semiótica, adotamos a proposta de Edmund HUSSERL para dizer em apertadíssima síntese que a interpretação de um texto normativo dá-se em três fases: inicialmente com a decifração dos signos (texto de lei), passando-se pela identificação dos significados (referências conceituais relacionadas aos signos) e chegando-se às significações, elaboradas na mente do intérprete (no caso, a própria norma jurídica). Para maior aprofundamento do tema, por autor que acata essa mesma linguagem, verifique-se a já mencionada obra de Paulo de BARROS CARVALHO, *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*, ob. cit.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, ob. cit., p. 20.

¹³⁰ Novamente socorremo-nos à lição de Lucia Valle FIGUEIREDO: “O conceito de discricionariedade, portanto, não pode ser extraído da norma geral, da hipótese normativa. Note-se que nem sempre quando a norma diz ‘poderá’ há faculdade, pois, no caso concreto, muita vez, o ‘poderá’ converter-se-á em ‘deverá’. Portanto,

discricionarietà não possa decorrer das previsões contidas na hipótese ou mesmo no comando da norma jurídica¹³¹, quando – intencionalmente ou não – o legislador utiliza-se de termos cuja interpretação exige uma atuação decisória (dentro de uma certa margem de liberdade, portanto) por parte do administrador.

É nesse sentido a advertência de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO quando, tratando da questão da discricionarietà com relação à finalidade do ato administrativo, afirma que essa *margem de liberdade* só surge para o administrador na medida em que “além de toda *interpretação* possível, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos”.¹³²

Não estamos afirmando – frise-se – e nem acreditamos que a discricionarietà surja simplesmente da utilização, pelo legislador, de conceitos indeterminados. Nesse sentido, acompanhamos o grande mestre GARCÍA DE ENTERRÍA, que repudia tal confusão, mormente porque a discricionarietà refere-se apenas à liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou *indiferentes jurídicos*, enquanto que a aplicação de conceitos indeterminados não deixa de ser uma aplicação vinculada à lei, sem nenhuma possibilidade de escolha pelo intérprete.¹³³

não é, por exemplo, o ‘poderá’ que enseja competência discricionária.” (*Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 203).

¹³¹ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO é quem esclarece: “A esfera de liberdade administrativa – aliás, sempre circunscrita – pode residir na hipótese da norma jurídica a ser implementada, no mandamento dela ou, até mesmo, em sua finalidade.” (*Discricionarietà Administrativa...*, ob. cit., p. 22).

¹³² *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 894. Em seguida, o Professor Titular da Pontificia Universidade Católica de São Paulo lembra a clássica lição de Genaro Carrió acerca da zona de penumbra, para quem “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe.” (*Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 1ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, pp. 31-32 *apud* *Curso de Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 895).

¹³³ “La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello es un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejercita una potestad discrecional.” (*Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit., p. 450). Outro trabalho de grande envergadura do autor em que ele sustenta pormenorizadamente as razões que o levam a afastar a idéia de que a discricionarietà pode estar relacionada aos conceitos jurídicos indetereminados é a

Para afastarmos de vez essa aparente correspondência entre a discricionariedade e a utilização de conceitos indeterminados, socorremo-nos a um exemplo fictício: suponhamos uma dada lei que determine que o agente público deverá conceder prazo “razoável” para apresentação de determinados documentos ao iniciar uma fiscalização, prevendo ainda que o não cumprimento desse prazo ensejará a aplicação de penalidade ao administrado faltoso. Imaginemos ainda que essa mesma lei diga que se considera um prazo “razoável” o de 20 (vinte) dias, salvo se o número de documentos exigidos for excepcionalmente grande, hipótese em que aquele prazo poderá ser prorrogado por mais 20 (vinte) dias.

Que os termos “razoável” ou “excepcional” sejam conceitos vagos e indeterminados, isso não se discute. Contudo, não é deles que decorrerá a discricionariedade, como veremos.

Prosseguindo no exemplo proposto, vislumbramos facilmente que ao menos três situações concretas possam vir a ocorrer nesse caso: de acordo com o escopo da fiscalização, pode acontecer de (i) o número de documentos ser efetivamente pequeno e, portanto, aquele prazo ser considerado absolutamente razoável; (ii) o número de documentos ser muito grande, hipótese em que o prazo de vinte dias certamente deixará de ser razoável; como pode acontecer ainda de (iii) o número de documentos não ser nem pequeno nem grande.

Nas situações descritas em (i) e (ii), é evidente que não há margem de liberdade para o administrador, no que concerne à sua decisão de conceder ou não o prazo genericamente previsto de vinte dias. É claro que em (i) esse prazo é razoável e não precisará ser prorrogado. Por outro lado, também é óbvio que em (ii) tal prazo seria muito exíguo para o número *excepcional* de documentos solicitados, razão de sua desarrazoabilidade e conseqüente necessidade de prorrogação, sendo descabida a aplicação de penalidade pelo seu não cumprimento.

Mas o importante a se ressaltar é que nem mesmo na situação fictícia indicada em (iii) acreditamos que poderá advir uma decisão discricionária por parte do agente fiscal. É que este deverá interpretar o fato concreto e, ainda que o número de documentos em princípio não seja

obra *Democracia, Juices y Control de la Administración*, Madrid: Civitas, 2000. No mesmo sentido, vale também conferir a – tão abalizada quanto – opinião de Antônio Francisco de SOUSA em seu *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994.

excepcional, deverá analisar diversos outros fatores peculiares à espécie fiscalizada para chegar à conclusão acerca da razoabilidade ou não do prazo de vinte dias face a possibilidade de localização/produção dos documentos solicitados.

Assim, a existência de algum indício que demonstre uma excepcional dificuldade para a apresentação dos documentos pelo administrado poderá levar o agente público a considerar que o prazo de vinte dias não é razoável, devendo prorrogá-lo para esse caso concreto. E nessa hipótese, apesar de o administrado não ter cumprido a intimação, não poderá sofrer aplicação de penalidade.

Por outro lado, no caso, por exemplo, de que a documentação exigida venha ser meridianamente simples e não se justificar a dificuldade em cumprir a determinação, poderá aquele agente público concluir facilmente que o mesmo prazo seria suficiente e que o número de documentos exigidos, para esse dado administrado, não seria “excepcional” a justificar a sua prorrogação. Nesse caso, o auditor fiscal deverá inclusive proceder à aplicação de multa pelo descumprimento da exigência fiscalizatória.

Nas três hipóteses consideradas, uma única opção restou ao administrador (que – dessa forma – atuou sem nenhuma margem de liberdade): a de conceder ao administrado um prazo razoável. Na verdade, a lei só estabeleceu essa opção e qualquer prazo que não fosse razoável seria, portanto, ilegal.

Não devemos, portanto, confundir a circunstância de o aplicador da lei interpretar qual seria o prazo razoável diante do caso concreto, com a margem de liberdade para ele decidir acerca da concessão ou não de um prazo razoável, pois essa margem efetivamente não existe.

Talvez o processo hermenêutico de um conceito indeterminado seja mais tormentoso do que o de um conceito objetivo, mas essa dificuldade não é jurídica. Acreditamos que ela está no plano intra-subjetivo do intérprete, que lidará com essa questão em sua mente, antes de realizar o ato administrativo. Mas esse ato administrativo, em si, não terá sido discricionário, ainda que a norma jurídica que lhe dá fundamento contenha conceitos indeterminados.

Entendemos ser esse um exemplo de situação prática em que a existência do conceito indeterminado no comando normativo não leva à discricionariedade.

Não obstante, queremos crer que poderá haver, sim, atos auxiliares componentes do procedimento de fiscalização que possuam uma certa margem discricionária. Mas pensamos que isso só ocorrerá quando o administrador puder optar entre duas decisões igualmente válidas juridicamente, isto é, sempre que houver dois *indiferentes jurídicos*, na feliz linguagem de ENTERRÍA.

É o caso, por exemplo, do agente de saúde pública poder escolher, a fim de proceder à análise química de determinados produtos de uma empresa, entre dois ou mais diferentes testes de laboratório que levariam a mesma possibilidade de averiguação técnica dos componentes desses produtos. Da mesma forma, também haveria discricionariedade por parte da Administração quando ela elege quais as vias públicas serão vistoriadas por radares eletrônicos (para o caso de fiscalização de trânsito) ou então quais os equipamentos serão utilizados na medição de emissão de poluentes (caso da fiscalização ambiental).

Tais escolhas ocorrem entre uma ou mais possibilidades igualmente válidas e que atenderão exatamente da mesma maneira aos objetivos da atividade de fiscalização. Nessa única hipótese é que se pode afirmar a existência de uma “opção” para a Administração, cuja escolha dependerá apenas e exclusivamente de fatores de sua conveniência e oportunidade, que a ninguém é dado imiscuir-se.

Todavia, devemos agir com grande cautela quando afirmamos a legalidade de um ato discricionário, sob pena de servirmos à infeliz construção jurisprudencial de que um ato administrativo assim conceituado não seria passível de revisão pelo Poder Judiciário. De fato, somente o resultado da interpretação que realmente permita chegar a duas conclusões igualmente válidas juridicamente é que poderá ser tido como limitador da revisão judicial.¹³⁴

¹³⁴ Muito valiosa a assertiva da Professora Lucia Valle FIGUEIREDO: “Entendo que o Judiciário pode e deve fazer amplo controle dos atos administrativos. Cabe ao próprio Judiciário, ao dissecar o ato, traçar o limite de exame, a fim de deixar intocável a esfera devida do administrador. Deve percorrer na trilha do exame até o momento em que, quer a decisão ‘a’, quer a ‘b’, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor. Neste momento, é imperioso que se detenha, a fim de não agredir o princípio da separação de poderes, como insculpida no texto constitucional” (*Discricionariedade: Poder ou Dever? in Curso de Direito Administrativo*, Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 130). Ainda sobre a questão da revisão judicial em face da discricionariedade de atos administrativos,

E desde que – obviamente – essa opção veiculada pelo ato administrativo não represente nenhuma violação a nenhum princípio ou standard jurídico privilegiado pelo Ordenamento, pois nesse caso sequer seria considerado um ato juridicamente válido.

Valendo-nos novamente do exemplo trazido acima, na hipótese referida no item (ii), a concessão do prazo genericamente estipulado (de 20 dias) não teria respeitado a lei por ser esse manifestamente desarrazoada, razão da nulidade de eventual ato administrativo nesse sentido. É que nessa hipótese não poderia de forma alguma o agente público, sob o pretexto de se tratar de ato discricionário, alegar competência para escolher entre a prorrogação ou não do prazo, pois apenas a decisão pela prorrogação é que seria jurídica, sob pena de violação não apenas ao preceito normativo (que exigiu um prazo razoável), mas também aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e demais corolários da cláusula do devido processo legal substantivo.¹³⁵

Em face das premissas expostas, concluímos que (i) apenas diante do caso concreto é que será possível aferir-se se um determinado ato administrativo possui conteúdo discricionário ou não e que (ii) em qualquer hipótese, só restará margem de liberdade ao administrador se, após a correta interpretação do texto legal em cotejo com a realidade fática, ele puder escolher entre duas ou mais opções igualmente jurídicas.

Esses são os dois requisitos básicos que elegemos para que seja verificada a existência de discricionariedade em quaisquer atos administrativos, inclusive nos atos auxiliares que compõem o procedimento administrativo de fiscalização.

Nesse ponto, uma importante advertência deve ser feita: como já adiantamos no início desse capítulo, acreditamos que nenhuma *margem de liberdade* ao agente público realmente é admitida no procedimento administrativo de fiscalização, no que diz respeito aos seus aspectos formais. Pelo contrário, é vedada – de maneira absoluta – ao agente público a realização de todo e qualquer ato não previsto por lei sob o pretexto de se proceder à verificação dos atos praticados pelos particulares. Daí porque afirmarmos que todos os atos

verifique-se o excelente estudo de Eckart HIEN, *O Controle Judicial das Decisões Administrativas Discricionárias*, in Revista CEJ n. 27, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2004.

¹³⁵ Verifique-se, acerca do devido processo legal substantivo, o Capítulo I, item I.3 deste trabalho.

que compõem o procedimento de fiscalização devem ser pautados apenas e exclusivamente no que diz a letra da lei.

Aliás, não só formal é essa vinculação, sendo na maioria dos casos também material. Isso porque não consideramos possível ao agente fiscal a prática de qualquer ato administrativo cuja realização não encontre total respaldo em lei, como por exemplo a exigência de que o administrado possua um equipamento de segurança de manutenção não obrigatória, ou de que seu estabelecimento comercial apresente certificado de tratamentos de higienização mensais quando a lei exige que esse procedimento seja trimestral.

Contudo, o que pode ocorrer – e de fato ocorre – em determinados casos concretos é que o agente fiscal poderá deparar-se com certas situações em que lhe restará uma margem, ainda que pequena, de liberdade para escolher entre duas decisões igualmente jurídicas. E apenas e exclusivamente nesse caso, em que a opção do agente público não interfira em nada na qualidade e nos objetivos da investigação, é que poderá falar-se de discricionariedade no procedimento de fiscalização.

Em todas as demais hipóteses, sempre que o administrador estiver diante de uma única opção válida (jurídica), não haverá que se falar de discricionariedade. E nesses casos, os referidos atos administrativos auxiliares, componentes do procedimento administrativo de fiscalização, deverão ser ampla e ilimitadamente contrastáveis pelo Judiciário, uma vez que nem mesmo a lei poderá excluir da sua apreciação lesão ou mesmo ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal).

III.2 - O Procedimento de Fiscalização e a Busca da Verdade Material

Acabamos de ressaltar a ampla vinculação do procedimento administrativo de fiscalização à lei, vinculação essa não apenas formal, mas no mais das vezes também substancial. Como vimos, são muito restritas as hipóteses em que o agente público possui alguma margem de liberdade para a prática de atos no decorrer desse procedimento, que tem por objeto a aferição do efetivo cumprimento às normas administrativas, pelos particulares.

Esclareça-se desde logo um ponto muito importante: a ausência de liberdade para prática de atos de verificação do cumprimento à lei não implica, de forma alguma, em restrição à utilização dos meios de investigação autorizados por lei.

Muito pelo contrário. Justamente em função do caráter vinculado desse procedimento de fiscalização é que as autoridades administrativas devem valer-se de todos os meios em direito admitidos para a investigação pormenorizada dos atos concretamente praticados pelos particulares, para só então poderem concluir ou não pela sua fiel observância à lei. Assim, é – e deve mesmo ser – ampla e vasta a atuação dos agentes públicos no desempenho de tal atividade.

E quando afirmamos que a Administração deve esgotar os meios legalmente autorizados para o exercício da atividade de investigação, que fique bem claro tratar-se de um *dever* de utilização desses meios, e não de mera “faculdade”, pois não há opção de assim proceder. Afirmar que o procedimento administrativo de fiscalização é vinculado à lei também significa dizer que todo e qualquer meio lícito *deve* (e não simplesmente *pode*) ser utilizado na busca da real essência dos fatos ocorridos.

Essa conclusão decorre diretamente da aplicação do chamado princípio da busca da verdade material, intrinsecamente relacionado ao exercício da função administrativa de fiscalização. Ao tratar da importância desse princípio no processo administrativo, Lúcia Valle FIGUEIREDO ensina:

“É de cabal importância o princípio da *verdade material*, até porque estamos diante da função administrativa e devemos lembrar que função é relação de dever daquele que não está acima, mas sim daquele que deve prestar, que deve fazer. A relação de função faz com que o princípio da verdade material seja de cabal importância no processo administrativo. Não está o administrador impedido, muito pelo contrário, é-lhe não só permitido como seu dever, de procurar a verdade material no processo, independentemente das provas que a parte tenha produzido.”¹³⁶

¹³⁶ *Devido Processo Legal e Fundamentação...*, ob. cit., p. 214.

E se no decorrer do procedimento de fiscalização houver fatos que demandem profunda investigação (e na maioria das vezes há), a verificação desses fatos pelo agente público *deverá* ser procedida de maneira exauriente.

Trata-se de verdadeiro *dever-poder* do Estado no exercício da função administrativa, na busca de uma finalidade legalmente imposta. Utilizamos o emprego desse binômio acolhendo a proposta de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que faz questão de ressaltar a subordinação do poder exercido pela Administração ao seu dever de executar fielmente a função que lhe é outorgada. Vale transcrever sua longa porém preciosa lição nesse sentido:

“Convém reiterar, e agora com maior detença, considerações dantes feitas, para prevenir intelecção equivocada ou desabrida sobre o alcance do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado na esfera administrativa. A saber: as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, *sic et simpliciter*. Na verdade, o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de ‘função’.

Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao *dever* de buscar, no *interesse de outrem*, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar *poderes*, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como *meios* impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir.

Segue-se que tais poderes são *instrumentais*: *servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, *deveres-poderes*. Não ‘poderes’, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-lo como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na idéia de *dever*, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade.”¹³⁷

¹³⁷ *Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., pp. 80-81.

Essas reflexões aplicam-se perfeitamente ao procedimento de fiscalização, em que a competência – de fiscalizar – é outorgada ao agente público com a única finalidade de que ele verifique, no mundo fenomênico, se os preceitos abstratamente previstos estão sendo cumpridos pelos administrados. Os *poderes* instrumentais concedidos à Administração no decorrer desse procedimento devem sempre ser considerados como servientes ao *dever* maior de se proceder àquela verificação.

Concluimos assim, com convicção, que no exercício dessa atividade de investigação vigora como cerne norteador o já mencionado princípio da busca da verdade material, em decorrência direta do princípio da legalidade.

Esclareça-se desde logo: não estamos afirmando que todos os procedimentos administrativos estão submetidos a essa intensa busca da verdade material, sujeitos portanto a uma investigação aprofundada de todos os atos praticados pelos particulares. É provável que em algumas espécies procedimentais, por razões até mesmo de ordem prática, essa busca não seja possível ou nem mesmo necessária.

O que estamos afirmando – e isso sim é importante – é que no procedimento administrativo de fiscalização, que, como vimos, tem por objeto a verificação do cumprimento da lei pelo particular (a fim de se proteger um interesse público maior), essa busca deve ser procedida da forma mais cuidadosa possível.

Aliás, é natural que assim seja não apenas em razão de se estar tutelando um interesse público como também pelo fato de que, como já tivemos a oportunidade de esclarecer no capítulo anterior, por meio do procedimento de fiscalização podem vir a ser praticados atos restritivos de liberdade ou de propriedade dos particulares.

Dessa forma, quer nos parecer que na atividade fiscalizatória, assim como em qualquer outro procedimento administrativo investigativo (por meio do qual se pode verificar a prática de ilícitos por parte do administrado, inclusive com a imposição de atos *repressivos* de polícia), a busca da verdade material é absolutamente necessária.

Essa conclusão, em última análise, encontra seu principal fundamento de validade na própria cláusula do devido processo legal, considerada em sua acepção substantiva. Como afirmamos no Capítulo segundo desse trabalho, justamente por implicar a possibilidade de atos restritivos da liberdade e da propriedade dos jurisdicionados, não é possível falar-se em procedimento de fiscalização sem a devida atenção ao devido processo legal substantivo. E um meio importantíssimo para se verificar não apenas a legalidade desse procedimento, mas também a sua razoabilidade, proporcionalidade, igualdade de tratamento às partes e também a sua eficácia (enfim, todos os princípios corolários do devido processo legal substantivo), é exatamente a busca da verdade material.

Dito de outra forma, concluímos que apenas por meio da exaustiva busca da verdade material poderá haver um procedimento de fiscalização justo e eficaz, que realmente atenda à cláusula do devido processo considerado em sua dimensão substantiva.

Nesse ponto, cabe uma breve digressão acerca da terminologia utilizada: no decorrer desse estudo, preferimos referir sempre a *princípio da busca da verdade material* e não simplesmente *princípio da verdade material*, como comumente se usa mencionar. A verdade material (ou real), em si, acerca dos fatos ocorridos, nunca será atingida, pois se esvaiu no tempo. Por meio dos *procedimentos* de fiscalização verifica-se os registros relatados em linguagem acerca dos acontecimentos que teriam ocorrido no mundo do dever-ser e, com base nesses elementos e em todos os outros indícios cuja apuração em direito se admita, busca-se a reconstrução mais fidedigna e verossímil possível acerca da verdadeira essência daqueles fatos.¹³⁸

¹³⁸ Esse processo de busca tem por objetivo relatar em linguagem os fatos que teriam ocorridos, recriando-os. Nesse ponto, explicando a distinção entre a realidade e a verdade relatada em linguagem, citamos Tárek Moysés MOUSSALEM: “A pré-interpretação (ou pré-juízo) é uma linguagem, de forma que sem ela não há que se falar em realidade. Mais uma vez, o mundo nos aparece como uma camada lingüística. Fala-se em compreensão porque o homem, como ser imerso em uma cultura, pertence a uma comunidade com interpretações já estabelecidas (linguagem), o que confirma a precedência das palavras às coisas (...) Destarte, o conceito de verdade sai de sua mística aura de relação entre palavra e realidade e passa a figurar como relação entre linguagens, ou melhor, a relação de não-contradição entre os enunciados *dentro* de um mesmo sistema (...) A verdade é criada porque a linguagem é independente da realidade. Basta recordarmos que o significado não é mais a relação entre o suporte físico e o objeto representado, mas, sim, entre as significações de suportes físicos, entre sentidos, entre linguagens. Explica-se uma palavra por outra palavra” (*Fontes do Direito Tributário*, São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 37-38). E conclui: “... a realidade é constituída pela linguagem, que por sua vez cria a verdade, que somente por meio de outro enunciado é alterada” (idem, *ibidem*).

Voltando à importância da busca da verdade material no exercício da função administrativa, trazemos a seguinte lição de Geraldo ATALIBA:

“Por circunstâncias e razões – que os mestres do Direito Processual talvez me censurem pela imprudência de pronunciar-me na matéria – por razões que a História foi ensinando o nome, o processo judicial tem que basear-se na verdade formal e não há outra maneira de chegar-se à função última do Poder Judiciário, como órgão do Estado, de trazer segurança e pacificação às relações sociais, se não repousar, em determinado instante, na verdade formal, radicalmente, ao contrário disso, o processo administrativo persegue sempre, insaciavelmente, a verdade material. Esse princípio é de tal proporção, monta ou significação, que vai determinar a catadura, a feição e até mesmo o alcance dos princípios dinâmicos do procedimento administrativo...”¹³⁹

E também comparando o processo administrativo ao judicial, Juan Carlos CASSAGNE assinala:

“...a diferença do que acontece no processo judicial onde o juiz circunscreve sua função jurisdicional às afirmações e provas aportadas pelas partes, sendo elas o único fundamento da sentença, no procedimento administrativo, o órgão que o dirige e impulsiona deve ajustar sua atuação à verdade objetiva ou material, prescindindo ou não do alegado e provado pelo administrado.”¹⁴⁰

Mas a verdade material não é objetivo apenas do *procedimento litigioso* (ou *processo*, para nós) administrativo. Pelo contrário, é justamente a busca dessa verdade objetiva, que está além das alegações e provas produzidas pelo administrado, o fim colimado pela Administração Pública no exercício das atividades de fiscalização e controle sobre os atos praticados pelos particulares, o que se dá – como vimos – por meio de procedimento administrativo.

¹³⁹ *Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Tributário n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 123.

¹⁴⁰ Tradução livre. No original: “...a diferencia de lo que acontece en el proceso judicial donde el juez circunscribe su función jurisdiccional a las afirmaciones y pruebas aportadas por las partes, siendo ellas el único fundamento de la sentencia, en el procedimiento administrativo, el órgano que lo dirige e impulsa ha de ajustar su actuación a la verdad objetiva o material, con prescindencia o no de lo alegado y probado por el administrado” (*Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, p. 321).

Nesse sentido, ao tratar de procedimento administrativo em sentido amplo (incluindo-se, portanto, os não contenciosos), Héctor Jorge ESCOLA assim se manifesta acerca da importância da busca da verdade material:

“Em correlação lógica com o princípio da oficialidade, aparece a conclusão de que, no procedimento administrativo, o que interessa é estabelecer a verdade material, em oposição ao procedimento judicial (excluído o penal), em que o juiz deve ater-se ao princípio da verdade formal, ou seja, a que resulta das provas que tenham sido produzidas pelas partes dentro do processo, a qual pode coincidir ou não com a verdade material. Na esfera administrativa, portanto, o que importa é que se chegue a precisar os fatos, tal qual eles são, com total prescindibilidade de que tais fatos tenham sido alegados e provados pelos administrados, ou admitidos ou negados por estes. Por isso, não tem valor, no procedimento administrativo, que o interessado, por sua própria conveniência, aceite como real um fato ou circunstância não ocorrida, ou omita-se de fazer menção a fatos ou condições que efetivamente se produziram. A administração, deixando de lado o panorama que pretende oferecer-lhe o administrado, deve esclarecer os fatos, circunstâncias e condições, tratando, por todos os meios admissíveis, de precisá-los em sua real configuração, para logo, sobre eles, poder fundar uma efetiva decisão. A verdade material deve predominar, com exclusão de qualquer outra consideração.”¹⁴¹

Dessa forma, podemos afirmar que o objetivo primordial do *procedimento* administrativo de fiscalização é buscar, por todas as formas em direito admitidas, conhecer intimamente os atos praticados por aqueles que fiscaliza, pois só mediante a perfeita inteligência acerca de todos os detalhes correlatos às obrigações legais e procedendo-se ao exame de todo e qualquer elemento a elas relacionados, chegar-se-á a um conhecimento profundo de tais operações, viabilizando-se a verificação da correspondência desses fatos às previsões legais pertinentes.

¹⁴¹ Tradução livre. No original: “En lógica correlación con el principio de oficialidad, aparece la conclusión de que, en el procedimiento administrativo, lo que interesa es establecer la verdad material, en oposición al procedimiento judicial (excluido el penal), en el cual el juez debe atenerse al principio de la verdad material, o sea, a la que resulta de las pruebas que han sido producidas por las partes dentro del proceso, la cual puede coincidir o no con la verdad material. En la esfera administrativa, por tanto, lo que importa es que se lleguen a precisar los hechos, tal cual éstos son, con total prescindencia de que tales hechos hayan sido alegados y probados por los administrados, o admitidos o negados por éstos. Por ello, no tiene valor, en el procedimiento administrativo, que el interesado, por propia conveniencia, acepte como real un hecho o circunstancia no ocurrido, u omita hacer mención de hechos o condiciones que efectivamente se produjeron. La administración, dejando de lado el panorama que pretenda ofrecerle el administrado, debe esclarecer los hechos, circunstancias y condiciones, tratando, por todos los medios admisibles, de precisarlos en su real configuración, para luego, sobre ellos, poder fundar una efectiva decisión. La verdad material debe predominar, con exclusión de cualquier otra consideración” (*Tratado General de Procedimiento Administrativo...*, ob. cit., pp. 126-127).

Assim, em atenção à busca da verdade material deve a legislação administrativa autorizar ao agente público a prática dos mais amplos meios de investigação, respeitados – sempre – os direitos e garantias fundamentais albergados pelo Ordenamento. Mais do que isso, será contrário ao princípio em análise qualquer forma veiculada pela legislação de restrição aos meios lícitos de verificação das atividades praticadas pelos particulares.

Concluimos que há, assim, um *dever* da Administração de examinar os atos praticados pelos particulares, ao lado de um outro *dever*, do administrado, de cooperar com essa verificação, prestando todas as informações que lhe forem exigidas. Um não está contraposto ao outro, na verdade ambos os *deveres* caminham juntos e seguem o mesmo objetivo, que é o de satisfazer, além do interesse do particular de demonstrar que obedeceu aos ditames legais, principalmente o interesse público que se visa tutelar e que na verdade é a razão de ser da atividade fiscalizatória.

Explicando esse caráter *cooperativo* entre particular e Administração na busca da verdade material por meio do *procedimento* administrativo, assim novamente se manifesta Héctor Jorge ESCOLA:

“Tanto o princípio da oficialidade, como a exigência de chegar ao conhecimento da verdade material, encontram sua razão de ser na condição, tantas vezes citada e tão predominante no âmbito administrativo, de que a ação dos órgãos da administração pública não está dirigida, somente, a satisfazer um interesse particular, senão também e principalmente deve estar encaminhada ao logro de finalidades de interesse público, à satisfação de um interesse geral, do qual participa o próprio interesse administrativo.

Como bem disse Fiorini, no procedimento administrativo deve cumprir-se ‘o objetivo de determinar a verdade administrativa, aplicá-la e executá-la, tratando de satisfazer com eficácia os interesses públicos, respeitando as situações particulares dos administrados’. E conclui este autor que é por isso que aos particulares, salvo no caso dos procedimentos sancionatórios, considera-os como colaboradores, posto que coadjuvam ao fim proposto à administração, é dizer, o sustento de um benefício coletivo.”¹⁴²

¹⁴² Tradução livre. No original: “Tanto el principio de oficialidad, como la exigencia de llegar al conocimiento da la verdad material, encuentran su razón de ser en la condición, tantas veces citada y tan predominante en el ámbito administrativo, de que la acción de los órganos de la administración pública no está dirigida, solamente, a satisfacer un interés particular, sino que también y principalmente debe estar encaminada al logro de finalidades de interés público, a la satisfacción de un interés general, del que participa el propio interés administrativo. Como bien dice Fiorini, en el procedimiento administrativo debe cumplirse ‘el objeto de determinar la verdad administrativa, aplicarla y ejecutarla, tratando de satisfacer con eficacia los intereses públicos, respetando las

Nesse contexto, é apropriado esclarecer que não vemos aplicação, no *procedimento* de fiscalização (não litigioso, portanto), do princípio jurídico segundo o qual ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si próprio.¹⁴³ Ainda que essa fase procedimental possa implicar a colheita de provas da ocorrência do fato ilícito, ainda não há que se falar na existência de *processo* tal como considerado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, conforme exaustivamente sustentado no capítulo anterior. Isso porque, como vimos, nessa etapa investigativa ainda não há uma contraposição de interesses e nem tampouco uma pretensão resistida por parte do administrado que possa caracterizá-lo como litigante ou acusado (mas apenas mero interessado/cooperador).

Deveras, não há dúvidas de que todas as determinações e exigências impostas pela Administração no decorrer do procedimento de fiscalização devem ser fundamentadas em lei. Caso não o sejam, serão inválidas e por isso passíveis de anulação, não devendo sequer ser cumpridas pelo particular¹⁴⁴. Contudo, tratando-se de determinações legais, não há como se argüir direito ao silêncio, devendo ser apresentados todos os elementos exigidos e esclarecidos todos os pontos necessários ao correto exercício de fiscalização.

Essa impossibilidade do administrado negar-se a cooperar com a atividade de fiscalização é compatível com o caráter neutro do *procedimento*, no sentido de que ele é vinculado à lei e busca apenas a verificação da regularidade dos atos praticados pelos administrados. Como já esclarecemos no capítulo anterior, esse *procedimento* pode culminar num ato final de mera homologação dos atos praticados pelo particular ou em uma imposição de obrigação legalmente estabelecida, caso tenha sido verificado algum descumprimento à lei.

situaciones particulares de los administrados'. Y añade este autor que es por eso que a los particulares, salvo en el caso de los procedimientos sancionatorios, se los considera como colaboradores, puesto que coadyuvan al fin propuesto a la administración, es decir, el sustento de un beneficio colectivo" (idem, p. 127).

¹⁴³ Trata-se do direito ao silêncio, albergado no artigo 5º, LXIII da Constituição da República.

¹⁴⁴ Acreditamos, assim, que nenhuma exigência que não encontre respaldo em lei possa ser imposta ao particular no decorrer do *procedimento* de fiscalização. É o caso, por exemplo, de um determinado fiscal exigir do administrado, dentre alguns documentos de manutenção obrigatória, correspondências particulares relacionadas à matéria investigada. Nessa hipótese, afirmamos que o administrado não possui o dever de cumprir essa exigência, mas não propriamente em razão do direito ao silêncio (porque não haveria *processo* em que se pudesse falar em produção de provas), mas sim por força do próprio princípio da legalidade expresso no artigo 5º, inciso II da Constituição da República, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

A idéia central do que pretendemos sustentar nesse capítulo é simples e pode ser assim sintetizada: o *procedimento* de fiscalização tem como finalidade essencial a busca da verdade material, seja essa verdade a verificação de um descumprimento legal incorrido pelo particular ou a sua inocorrência, em razão da regularidade dos atos por ele praticados. E desde que lícitos, todos os meios de investigação devem ser empregados pela Administração nessa busca, inclusive aqueles meios que dependem da participação do administrado. Em última análise, a necessidade dessa busca decorre do próprio devido processo legal substantivo, na medida em que visa um procedimento fiscalizatório justo (e portanto igualitário, proporcional e razoável) e eficaz.

Importante ressaltar, nesse ponto, que é escassa a legislação reguladora da atividade fiscalizatória, de modo que no mais das vezes podemos apenas inferir da leitura do direito positivo alguns indícios implícitos da exigência que estamos tratando. Assim, a conclusão pela necessidade da busca da verdade material do *procedimento* de fiscalização decorre muito mais de uma interpretação sistemática das normas gerais de direito constitucional e administrativo do que de disposições expressas e específicas do legislador ordinário.

De qualquer forma, apenas a título ilustrativo, trazemos à colação alguns exemplos do direito positivo que regulamentam a atividade fiscalizatória por parte da Administração Pública, em diferentes áreas de atuação, apenas com o intuito de verificarmos a forma com que nossa legislação aborda a matéria.

Nesse sentido, vejamos a Lei federal n.º 10.357, de 27 de dezembro de 2001, que “estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica”, trazendo as seguintes disposições:

“Art. 1º - Estão sujeitos a controle e fiscalização, na forma prevista nesta Lei, em sua fabricação, produção, armazenamento, transformação, embalagem, compra, venda, comercialização, aquisição, posse, doação, empréstimo, permuta, remessa, transporte, distribuição, importação, exportação, reexportação, cessão, reaproveitamento, reciclagem, transferência e utilização, todos os produtos químicos que possam ser utilizados como insumo na elaboração de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica.”

“Art. 8º - A pessoa jurídica que realizar qualquer uma das atividades a que se refere o art. 1º desta Lei é obrigada a fornecer ao Departamento de Polícia Federal, periodicamente, as informações sobre suas operações.

Parágrafo único. Os documentos que consubstanciam as informações a que se refere este artigo deverão ser arquivados pelo prazo de cinco anos e apresentados ao Departamento de Polícia Federal quando solicitados.”

“Art. 12 - Constitui infração administrativa:

.....

III - omitir as informações a que se refere o art. 8º desta Lei, ou prestá-las com dados incompletos ou inexatos;

IV - deixar de apresentar ao órgão fiscalizador, quando solicitado, notas fiscais, manifestos e outros documentos de controle;

.....

XIII - dificultar, de qualquer maneira, a ação do órgão de controle e fiscalização.”

Na esfera municipal, encontramos a Lei paulistana n. 13725, de 09 de janeiro de 2004 de São Paulo, que institui o Código Sanitário Municipal e é bastante enfática em seu artigo 100:

“Art. 100 - As autoridades sanitárias, observados os preceitos constitucionais, terão livre acesso a todos os locais sujeitos à legislação sanitária, a qualquer dia e hora, sendo as empresas obrigadas, por seus dirigentes ou prepostos, a prestar os esclarecimentos necessários ao desempenho de suas atribuições legais e a exhibir, quando exigido, quaisquer documentos que digam respeito ao fiel cumprimento das normas de prevenção à saúde.”

Ao tratar da concessão de licenças em matéria ambiental, dispõe o artigo 21 do Decreto federal n.º 99.275, de 6 de junho de 1990:

“Art. 21 – Compete à SEMAM/PR propor ao CONAMA a expedição de normas gerais para implantação e fiscalização do licenciamento previsto neste Decreto.

§ 1º - A fiscalização e o controle da aplicação de critérios, normas e padrões de qualidade ambiental serão exercidos pelo IBAMA, em caráter supletivo à atuação dos Órgãos Seccionais Estaduais e dos Órgãos Locais.

§ 2º - Inclui-se na competência supletiva do IBAMA a análise prévia de projetos, de entidades públicas ou privadas, que interessem à conservação ou à recuperação dos recursos naturais.

§ 3º O proprietário de estabelecimento ou o seu proposto responsável permitirá, sob as penas da lei, o ingresso da fiscalização no local das entidades potencialmente poluidoras para a inspeção de todas as suas áreas.

§ 4º As autoridades policiais, quando necessário, deverão prestar auxílio aos agentes fiscalizadores no exercício de suas atribuições.”

Como visto, podem ser mais ou menos específicas as previsões encontradas no direito positivo que buscam regulamentar os meios outorgados à atividade de fiscalização na busca da verdade material. Mas sejam quais forem tais disposições, fato é que no regular exercício da atividade fiscalizatória, será dever do agente público esgotar todos os meios em direito admitidos para conhecer de forma íntima e profunda os atos praticados pelos particulares que estejam no escopo da fiscalização.

Após cumprida essa etapa de fiscalização, poder-se-á chegar apenas e tão somente a duas conclusões possíveis: se dentre esses atos praticados pelos particulares for verificada a configuração de alguma prática contrária à lei, nesse caso deverá ser emanado um ato administrativo de imposição de uma obrigação ao particular (seja de aplicação de penalidade, seja de adequação às normas aplicáveis, etc.); caso contrário, em se verificando o estrito cumprimento da lei pelo particular, encerra-se o *procedimento* de fiscalização, simplesmente homologando-se os atos praticados.

A conclusão mais importante de todas as considerações expostas nesse capítulo, que esperamos ter atingido, é a de que o objetivo primordial do *procedimento* de fiscalização é a busca da verdade material, seja ela qual for. Assim, no exercício dessa atividade, não resta nenhuma margem de liberdade ao agente público para optar entre exaurir ou não os meios de investigação no exercício dessa busca. Não há que se falar em discricionariedade nesse ponto: a Administração está obrigada a praticar todos os atos em direito admitidos para se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos.

E frise-se: qualquer ato praticado pela Administração que não seja compatível com essa busca, seja ele omissivo (em decorrência da desídia ou da superficialidade das investigações) ou comissivo (como, por exemplo, a recusa injustificada de esclarecimentos ou

demais elementos relacionados à matéria analisada), está maculado de invalidade e, portanto, poderá ser passível de anulação pelo controle judicial.¹⁴⁵

Em suma, o *procedimento* de fiscalização está irrestritamente vinculado à busca da verdade material, cujas únicas limitações estão na legalidade e no próprio princípio do devido processo legal substantivo.

E não é diferente a hipótese do *procedimento* de fiscalização tributária, em relação ao qual passamos a refletir, especificadamente.

III.3 - O Procedimento de Fiscalização Tributária

III.3.1 - O Ato Administrativo de Lançamento Tributário e o Procedimento que o Antecede

Muito já se discutiu na doutrina acerca da natureza jurídica do lançamento tributário, especialmente sobre sua caracterização como ato ou *procedimento* administrativo.

Isso porque o termo lançamento é polissêmico, comumente utilizado na legislação, jurisprudência e na própria doutrina em diversas acepções. Para se chegar a um conceito que nos sirva para os fins do presente estudo, inicialmente devemos voltar nossa investigação ao direito posto.

¹⁴⁵ Conforme pensamos, não apenas o ato final (produto) do procedimento, mas quaisquer dos atos que o compõem – inclusive os omissivos – são passíveis de impugnação por meio de mandado de segurança, desde que demonstrado o direito líquido e certo do particular que está sendo lesado. Nesse exato sentido, verifique-se a lição de Lucia Valle FIGUEIREDO: “Se estivermos diante de procedimento administrativo (série encadeada de atos levando a ato final, como, por exemplo, no procedimento da licitação – um dos sentidos da palavra procedimento), todos os atos que atinjam diretamente o administrado podem ensejar mandado de segurança (...) No procedimento administrativo, com a acepção que utilizamos a palavra, qualquer ato deflagrador de coação indevida, *per se*, sem necessidade do ato final, já é passível de ser impugnado por meio do remédio heróico” (*Mandado de Segurança*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pp. 91-92). Haverá ainda, desde que compatível com o caso concreto, a possibilidade de propositura de quaisquer das ações previstas na legislação processual, tais como a ação com procedimento ordinário com pedido de anulação do ato administrativo ou ainda, conforme o caso concreto, a ação popular ou mesmo a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa (essas últimas de competência do Ministério Público – Leis 7.347/85 e 8.429/92, respectivamente).

Verificamos em primeiro lugar que, arvorando-se em função típica da ciência do direito, a quem compete estabelecer conceitos jurídicos¹⁴⁶, o artigo 142 do Código Tributário Nacional assim se reporta ao lançamento tributário:

“Art. 142 – Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o **procedimento** administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único: A **atividade** administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.” (destacamos)

E em seu artigo 150, *caput*, o mesmo Diploma Legal afirma que o lançamento “que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa” – ou seja, o chamado auto-lançamento ou lançamento por homologação – “opera-se pelo **ato** em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa” (destacamos).

Verifica-se, assim, que o mesmo Código Tributário Nacional ora conceitua lançamento como procedimento, ora como atividade e ora ainda como ato administrativo. Talvez em razão dessa impropriedade terminológica do legislador ao tratar do lançamento é que a questão acerca de sua natureza seja objeto de infindáveis discussões doutrinárias.

A origem histórica desse problema está na importação, pela doutrina pátria, do termo *accertamento* comumente utilizado pela doutrina italiana. É na lição de Alberto Xavier que damos conta dessa confusão:

“A aplicação da norma tributária tem sido estudada, sobretudo pela doutrina italiana, através do conceito de *accertamento*, expressão que arraigados hábitos de linguagem da técnica fiscal e da ciência das

¹⁴⁶ Acolhemos a crítica de José Souto Maior BORGES acerca dessa pretensão do legislador em definir o conceito de lançamento tributário: “A definição de lançamento estabelecida no artigo 142, *caput* do Código Tributário Nacional não tem outro significado senão o de uma construção teórica do legislador que, subrogando-se autoritariamente no exercício de uma função doutrinária, pretende superar eventuais divergências teóricas sobre o conceito de lançamento com uma tomada de posição em termos de direito positivo. Ao invés de editar comando, avoca a definição de fenômeno regulado, uma forma atípica de exercício da função legislativa” (*Lei Complementar Tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 99).

finanças generalizaram nesse país. De resto, para a consolidação do termo na doutrina jurídico-tributária contribuiu em larga escala o preciso significado técnico que o conceito já adquirira no Direito Processual e no Direito Administrativo, onde exprime todo o fato, sentença ou ato administrativo, que se limita a verificar e a declarar a existência de determinadas situações da vida e a extrair os correspondentes efeitos jurídicos.

(...)

O *accertamento* designaria, nesta perspectiva, não só os atos ou operações individualmente considerados que visam a determinação de cada elemento do fato tributário, mas o complexo global desses mesmos atos e operações, que assim se encontrariam integrados numa realidade estruturalmente unitária. Com a mesma expressão tanto se denominaria o ato quanto o procedimento administrativo.¹⁴⁷

E de fato, em alguns dos grandes expoentes da doutrina nacional podemos encontrar menções ao termo lançamento com a conotação de *procedimento*, que na verdade representaria apenas uma das acepções da expressão italiana *accertamento*. Verifique-se, apenas a título exemplificativo, as afirmativas nesse sentido de Alfredo Augusto BECKER¹⁴⁸, Ruy BARBOSA NOGUEIRA¹⁴⁹ e Hugo de Brito MACHADO.¹⁵⁰

Contudo, ainda que parcela da doutrina admita uma acepção mais ampla para o termo lançamento, que sirva para referir tanto ao *procedimento* preparatório (*tendente a verificar a ocorrência do fato gerador*) como ao ato final, para os fins do presente estudo preferimos nos referir ao termo lançamento tributário apenas na sua concepção mais estrita, de ato administrativo. Acompanhamos, nesse exato sentido, a lição de Estevão HORVATH:

“Poderíamos atribuir ao vocábulo lançamento um sentido amplo e um sentido estrito. No primeiro deles estaria compreendida toda a atividade prévia necessária para determinar-se a quantia a pagar. Em sentido estrito, é o ato que fixa a quantia da obrigação nascida com a realização do fato imponiblel.

¹⁴⁷ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., pp. 27-29.

¹⁴⁸ *Teoria Geral do Direito Tributário...*, ob. cit., p. 359.

¹⁴⁹ *Teoria do Lançamento Tributário*, São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1965, pp. 31-32.

¹⁵⁰ *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 131. Há também professores do mais alto gabarito que sustentam o caráter dúplice do lançamento. Nesse sentido, José Souto Maior BORGES: “No Código Tributário Nacional o fim ou a meta – o ato administrativo de lançamento – está regulado com maior amplitude do que os caminhos – o procedimento – para a sua persecução. Mas essa circunstância, o maior grau de indeterminação legislativa do procedimento, não autoriza a conclusão de que o lançamento é só ato administrativo, como pretende equivocadamente certa doutrina.” (*Lançamento Tributário*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 120.). Ainda acerca das diversas posições doutrinárias em relação a esse ponto, verifique-se também o texto *Faculdades da Administração no Lançamento Tributário*, de Paulo de BARROS CARVALHO (*in* Revista de Direito Tributário n. 68, São Paulo: Malheiros Editores, 1997).

Fulcrados na idéia de que existem (ou podem existir) tributos sem que haja procedimento de lançamento e que, por outro lado impõem a lei que o lançamento é o ato privativo de autoridade administrativa (art. 142 do CTN), parece-nos mais tecnicamente adequado entender o lançamento como o ato administrativo em que culmina o procedimento impositivo. Ademais, isto propicia a aplicação da secular teoria dos atos administrativos para o deslinde das questões que surgem na atuação da norma individual e concreta posta pelo lançamento.¹⁵¹

Deveras, conforme sustentamos no capítulo anterior, por ato administrativo compreendemos toda *norma jurídica individual e concreta emanada por qualquer pessoa investida em função administrativa, que tenha por objeto declarar, criar ou modificar uma relação jurídica em que o Estado seja parte, em caráter complementar à lei e a fim de lhe dar cumprimento, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.*

Voltando-nos à análise do já transcrito artigo 142 do CTN, que embora não se refira expressamente ao termo lançamento como ato, mas apenas como *procedimento (caput)* e atividade (parágrafo único), verificamos que esse dispositivo fornece subsídios importantes para identificarmos os elementos substanciais do *lançamento tributário* e assim concluirmos por sua adequação ao conceito de ato administrativo que propusemos.

Da leitura daquele dispositivo, podemos depreender que o ato administrativo de lançamento deve ser antecedido por um *procedimento*, de competência privativa do Estado¹⁵², *vinculado* à lei, obrigatório (*sob pena de responsabilidade funcional*) e que tem por finalidade verificar a efetiva ocorrência do fato gerador, ou seja, a subsunção do fato concreto ocorrido

¹⁵¹ *Lançamento Tributário e "Autolancamento"*, São Paulo, Dialética, 1997, p. 34.

¹⁵² Duas ressalvas devem ser feitas nesse ponto: a primeira delas diz respeito ao fato de não acompanharmos parte da doutrina que admite o lançamento pelo contribuinte. Pensamos que as declarações que caracterizam o chamado "auto-lançamento" ou "lançamento por homologação" decorrem de deveres instrumentais relacionados à constituição do crédito tributário, mas que não se confundem com o lançamento, por essência privativo do Poder Público. A segunda concerne à circunstância de que, em todo o decorrer desse trabalho, quando fizermos menção ao *procedimento* que antecede o lançamento tributário, estaremos nos reportando apenas ao lançamento de eventual diferença de tributo não antecipado pelo contribuinte (ou pelo responsável tributário) apurada pela fiscalização tributária. Por não interessar diretamente ao tema, não iremos abordar a discussão sobre o chamado lançamento de ofício constituir ou não um procedimento, mas o que devemos deixar consignado é que todas as nossas conclusões (inclusive sobre a necessidade de busca da verdade material) dizem respeito ao lançamento decorrente da ação fiscal, em hipóteses em que o sujeito passivo da obrigação tributária deve antecipar o quanto devido a título de tributo aos cofres públicos (na verdade, a grande parte das hipóteses de cobrança tributária hoje) e não aos casos em que o fisco procede de ofício à cobrança (caso, por exemplo, do IPTU), sem nenhuma antecipação pelo particular. Para profunda análise da matéria verifique-se a obra já mencionada de Estevão HORVATH, *Lançamento Tributário e "Autolancamento"*..., ob. cit.

no mundo fenomênico à hipótese abstratamente prevista no antecedente normativo¹⁵³, identificando a relação jurídica tributária e quantificando seu objeto (*matéria tributável, montante do tributo, identificação do sujeito passivo, etc.*).¹⁵⁴

Se considerarmos os principais elementos dessa concepção de lançamento e buscarmos adequá-los à nossa definição de ato administrativo, poderíamos conceituar lançamento como *a norma*¹⁵⁵ *individual e concreta dirigida ao sujeito passivo da obrigação tributária*¹⁵⁶, *emanada por qualquer pessoa investida em função administrativa relativa à fiscalização e arrecadação de tributos, que tem por objeto declarar a subsunção do fato concreto ocorrido no mundo fenomênico à hipótese abstratamente prevista em lei, identificando e quantificando aquela obrigação, suscetível de controle pelo Poder Judiciário.*¹⁵⁷

¹⁵³ Conforme nos ensina Geraldo ATALIBA em seu fundamental *Hipótese de Incidência Tributária*, “subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei” (São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 63). Na linguagem escorregada de Paulo de BARROS CARVALHO, “diremos que houve a subsunção, quando o conceito do fato (fato jurídico tributário) guardar absoluta identidade com o conceito desenhado normativamente na hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la” (*Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 174).

¹⁵⁴ Caminhamos ao lado da maioria esmagadora da doutrina que não admite a imprecisão técnica veiculada pelo artigo 142 do CTN ao incluir, dentre as finalidades do lançamento, o ato de imposição de penalidade. Enquanto o lançamento aplica a norma tributária, no exercício da função administrativa de fiscalização, o ato de imposição de penalidade (comumente chamado de auto de infração) visa a aplicação de uma norma penal (administrativa ou tributária), decorrente do exercício de uma atividade sancionatória. Novamente socorremo-nos à lição de Alberto XAVIER: “É certo que lançamento – ato relativo a tributo – e auto de infração – ato relativo a penalidade – encontram-se por vezes formalmente confundidos no mesmo texto ou documento, que ora surge designado por um como por outro modo. Mas a simples corporização num só documento não pode conduzir o jurista a confundir realidades que, pela substância, se distinguem.” (*Do Lançamento: Teoria Geral...*, ob. cit., pp. 58-59).

¹⁵⁵ Não temos dúvidas acerca do caráter normativo do lançamento tributário. Nesse ponto, seguimos a lição do grande Mestre do Recife José Souto Maior BORGES, para quem “A polivalência de significados do termo ‘lançamento’ revela-se, ainda na distinção entre dois sentidos geralmente confundidos pela doutrina tradicional. Deve-se distinguir, no lançamento, (a) o ato ou procedimento de criação normativa, ato e procedimento pelos quais é posta numa norma individual e concreta, inovando o ordenamento jurídico, e (b) a própria norma instituída por esse ato ou procedimento. O termo significa não só um ato ou procedimento determinado, mas também o produto jurídico desse ato ou procedimento, ou seja, a consequência imputada pelo ordenamento jurídico a esse ato ou procedimento” (*Lançamento Tributário*, ob. cit., pp. 122-123).

¹⁵⁶ No decorrer desse estudo, usaremos a expressão *sujeito passivo da obrigação tributária* para designar indistintamente tanto os contribuintes (que entendemos ser aqueles que integram a relação jurídica tributária) como os responsáveis tributários, que têm o dever legal de recolher ao erário determinada quantia a título de tributo.

¹⁵⁷ Não desconhecemos o posicionamento de parcela da doutrina que, partindo de premissas diferentes das nossas, chega a conclusões também diferentes. Daí porque respeitamos – mas não seguimos – a proposta, por exemplo, de um conceito “dinâmico” da figura de lançamento sustentado por Marco Aurélio GRECO, em seu *Dinâmica da Tributação e Procedimento* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979). Para o conceito de lançamento aqui desenvolvido, restringiremos nossa análise – jurídica – apenas ao direito posto, sem

Parece clara, assim, a caracterização do lançamento tributário como ato administrativo, na medida em que todos os seus principais elementos configuradores, tanto formais (o de ser norma concreta dirigida pelo agente público ao administrado) como materiais (o de ser uma declaração de relação jurídica, em caráter complementar à lei e sujeito ao controle jurisdicional), são facilmente percebidos.

Não é outra a concepção que verificamos na irretorquível definição de Alberto XAVIER, para quem o lançamento tributário é “o ato administrativo de aplicação da norma tributária material que se traduz na declaração da existência e quantitativo da prestação pecuniária e na sua conseqüente exigência”.¹⁵⁸

Distinguindo-se apenas no que concerne ao caráter formalizador do lançamento (em relação ao crédito tributário), Paulo de BARROS CARVALHO o conceitua da seguinte forma:

“...ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, modificativos ou assecuratórios e vinculados, mediante o qual se declara o acontecimento do fato jurídico tributário, se identifica o sujeito passivo da obrigação correspondente, se determina a base de cálculo e a alíquota aplicável, formalizando o crédito e estipulando os termos da sua exigibilidade”.¹⁵⁹

Em face dessas reflexões, podemos dissociar facilmente o ato de lançamento tributário do procedimento administrativo que deve precedê-lo.

Nesse ponto, retomando nossas reflexões anteriores, lembramos que por *procedimento* administrativo designamos a atividade consistente em uma seqüência de atos administrativos relativamente autônomos e vinculados entre si, realizada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, tendentes a um mesmo ato final.

adentrarmos na verificação de outros fenômenos da vida indiretamente ligados à Ciência do Direito, mas que são primordialmente estudados por outras ciências, tais como das finanças, da economia, sociologia, etc.

¹⁵⁸ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 66.

¹⁵⁹ *Curso de Direito Tributário*, ob. cit., pp. 264-265. Não adentraremos na complexa discussão acerca da natureza declaratória ou constitutiva do lançamento, por entendermos que esse ponto não interferirá em nossa abordagem sobre o tema proposto. Há inúmeras referências bibliográficas sobre o assunto, dentre as quais destacamos Alberto XAVIER (*Do Lançamento: Teoria Geral...*, ob. cit.), José Souto Maior BORGES

Em termos formais, o *procedimento* administrativo que antecede o – ato – lançamento tributário não foge dessas caracterizações, podendo ser conceituado genericamente como uma seqüência coordenada de atos auxiliares em relação ao ato final (de lançamento) e heterogêneos e autônomos entre si (podendo por isso, inclusive, haver previsão de sanções próprias pelo seu descumprimento). Em regra, essas características de auxiliaridade, heterogeneidade e autonomia devem ser verificadas em todos os atos preparatórios do lançamento, do termo de início de fiscalização (ou coisa que o valha) até o último ato que o precede.

E analisando especificamente o *procedimento* administrativo fiscalizatório, em sua acepção material, conceituamo-o como aquele *exercido na função administrativa de fiscalização, consubstanciada na observação e investigação dos atos praticados pelos particulares, a fim de prevenir eventual lesão a interesse público, que poderá ter como ato final (produto) ou a confirmação acerca do fiel cumprimento à lei ou então a imposição de uma obrigação a ela vinculada, permitindo-se para tanto a adoção de medidas que, embora relacionadas a restrições à liberdade e à propriedade, devem ser empregadas de maneira razoável e proporcional à busca do fim público colimado, sob pena de invalidade a ser reconhecida por meio de controle interno e externo.*

Deveras, também o *procedimento* fiscalizatório na seara tributária tem por objeto justamente a *observação e investigação dos atos praticados pelos particulares, a fim de prevenir eventual lesão a interesse público* (no caso, a própria arrecadação tributária), *que poderá ter como ato final (produto) ou a confirmação acerca do fiel cumprimento à lei* (homologação do procedimento adotado pelo contribuinte) *ou então a imposição de uma obrigação a ela vinculada* (v.g., sanções administrativas por descumprimento de dever acessório, a concessão de prazo para regularização dos livros fiscais, a própria constituição do crédito tributário, etc.).

E como qualquer outro *procedimento* de fiscalização, no tributário também podem ser adotadas *medidas que, embora relacionadas a restrições à liberdade e à propriedade, devem*

(*Lançamento Tributário*, ob. cit.) e o próprio Paulo de BARROS CARVALHO (*Natureza Jurídica do Lançamento*, in Revista de Direito Tributário n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978).

*ser empregadas de maneira razoável e proporcional*¹⁶⁰ à busca do fim público colimado (a própria verificação do cumprimento da lei tributária pelo contribuinte), *sob pena de invalidade a ser reconhecida por meio de controle interno e externo.*

Já o lançamento em si, como visto, seria o ato culminante, o termo final desse *procedimento*, não havendo como se confundir o produto com o procedimento de produção. A sempre precisa linguagem de Paulo de BARROS CARVALHO é conclusiva sobre a questão:

“Em suma, caracterizar o lançamento como um procedimento, consoante a expressão do artigo 142 do Código Tributário Nacional, é operar com grande imprecisão. Se o procedimento se consubstancia numa série de atos que se conjugam, objetivamente, formando um todo unitário para a consecução de um fim determinado, salta aos olhos que, ou escolhemos o ato final da série, resultado do procedimento, para identificar a existência da entidade, ou haveremos de reconhecê-lo, assim que instalado o procedimento, com a celebração dos primeiros atos. Parece óbvio que não basta existir o procedimento, para que haja lançamento. Ainda mais, pode haver lançamento sem qualquer outro procedimento que o anteceda, porque aquele nada mais é que um ato jurídico administrativo, com peculiaridades...”¹⁶¹

Aliás, uma evidência de que o ato de lançamento não se confunde com o *procedimento* que o antecede está na circunstância de que, em termos formais, um *procedimento* de fiscalização tributária que termina com o lançamento de um dado crédito tributário pode ser composto exatamente dos mesmos atos constitutivos de um *procedimento* que conclui pela inoccorrência da subsunção do fato concreto ao antecedente normativo, e que, dessa forma, dá por encerrada a fiscalização sem lançar nenhum valor a título de tributo.

Nesses termos, todos – e não menos que todos – os atos componentes de um e outro procedimento podem ser idênticos, incluindo-se v.g. a solicitação de documentos, cálculos procedidos pela auditoria fiscal, esclarecimentos prestados pelo contribuinte, etc. Essa,

¹⁶⁰ Não temos dúvidas de que o *procedimento* administrativo de fiscalização tributária está submetido ao devido processo legal substancial. A advertência que já fizemos e que reiteraremos mais adiante diz respeito à incompatibilidade lógica do chamado devido processo legal formal (ou processual – que garante a ampla defesa e o contraditório) com esses *procedimentos*, tendo em vista seu caráter não litigioso. Para outras análises acerca do tema que não chegam a fazer essa distinção, verifique-se a obra *O Devido Processo Legal Tributário*, de Alberto NOGUEIRA (Rio de Janeiro: Renovar, 1995), além do clássico já mencionado de Antônio Roberto SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law...*, ob. cit.

¹⁶¹ *Decadência e Prescrição*, in São Paulo: Cadernos de Pesquisas Tributárias 1, 1976, p. 39.

inclusive, é a razão pela qual aquele mesmo artigo 142 do CTN refere-se a procedimento tendente a verificar a ocorrência do fato gerador.

Deveras, esse *procedimento* é direcionado à verificação da ocorrência do fato jurídico tributário;¹⁶² fiscaliza-se o sujeito passivo da obrigação tributária (seus livros e documentos fiscais) e se, e somente se, for o caso, pratica-se o ato de lançamento. Assim, a única diferença que se pode apontar entre um *procedimento* de fiscalização qualquer (que não culmine no lançamento) e um *procedimento* preparatório do lançamento na verdade não está no *procedimento* em si, mas sim no ato final – o lançamento, neste último, e o termo de encerramento, no primeiro.

Nesses termos, o *procedimento* de fiscalização pode ou não levar ao lançamento tributário, mas com ele não se confunde. O lançamento é consequência, é o próprio resultado de um *procedimento* de fiscalização que conclui (a) pela ocorrência do fato jurídico tributário e (b) pela falta de recolhimento do tributo devido.

Já o *procedimento* de fiscalização, por sua vez, prescinde do lançamento (desde que não tenha havido falta de recolhimento do tributo), mas seu objetivo primordial será sempre a verificação minuciosa de todos os documentos, fatos e informações quaisquer relativas ao objeto fiscalizado. Essa advertência é essencial para conseguirmos delimitar algumas características próprias do *procedimento* tributário, ora analisado.

Dessa forma, assentadas algumas premissas que consideramos relevantes acerca da natureza jurídica de ato administrativo do lançamento tributário e a distinção entre ele – produto – e o *procedimento* de fiscalização que o antecede, voltemo-nos agora à análise da questão concernente a vinculação desse último à lei.

¹⁶² A expressão adotada é de Paulo de BARROS CARVALHO. Há enorme variedade de taxonomia na doutrina para designar o fato concreto que, uma vez ocorrido, faz incidir a norma tributária. Apenas para exemplificar, lembramos que Amílcar de Araújo FALCÃO referia-se a *fato gerador*, enquanto Alfredo Augusto BECKER reportava-se simplesmente a fatos; num momento posterior, dando evolução ao conceito desenvolvido por Dino

III.3.2 – A Vinculação do Procedimento de Fiscalização Tributária

No primeiro item desse capítulo ressaltamos a vinculação à lei de todo e qualquer *procedimento administrativo de fiscalização*.

E como não poderia deixar de ser, o mesmo vale para o *procedimento* de fiscalização tributária. Nesse sentido, ensinam José Artur LIMA GONÇALVES e Márcio Severo MARQUES:

“... por procedimento administrativo tributário devemos entender aquele instaurado para implementação da função administrativa relativa ao controle e fiscalização da arrecadação de tributos, o qual deve ser exercido mediante atividade – administrativa – plenamente vinculada, submetida irrestritamente à lei, que deve pautar a conduta dos agentes e órgãos do Poder Executivo incumbidos de levá-la a cabo.”¹⁶³

De fato, um dos princípios norteadores do *procedimento* instaurado para o exercício da função administrativa de fiscalização e arrecadação de tributos é o da legalidade.¹⁶⁴

Por outro lado, a mesma observação feita genericamente em relação aos *procedimentos* administrativos de fiscalização, vale também para os atos auxiliares componentes da subespécie *procedimento* de fiscalização tributária: é possível que, em hipóteses excepcionais, esses atos possuam uma certa carga discricionária. Contudo, continuamos afirmando que isso só poderá ser verificado quando o agente fiscal puder optar entre dois *indiferentes jurídicos*.

Podemos pensar, por exemplo, na hipótese do auditor fiscal poder escolher, a fim de proceder à análise de determinados dados de uma empresa, entre exigir a apresentação de um ou outro livro fiscal, sendo ambos igualmente de manutenção obrigatória. Da mesma forma, também haveria discricionariedade da Administração Tributária quando ela elege quais as

JARACH, Geraldo ATALIBA tornou clássica entre nós a expressão *fato imponível*. Verifique-se, a propósito, o já mencionado *Hipótese de Incidência Tributária*... ob. cit.

¹⁶³ *Processo Administrativo Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 231.

¹⁶⁴ No afã de ressaltar a importância desse princípio na seara tributária, parte da doutrina usa as mais variadas denominações: estrita legalidade, tipicidade cerrada, legalitariedade, etc. Na nossa opinião, todos os termos tratam da mesma garantia, qual seja, a de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II da CF).

espécies de tributo que irá fiscalizar, ou então quais os períodos de apuração que serão objeto de sua investigação, numa dada diligência.

Assim, apenas em casos como esses, em que existem duas ou mais possibilidades igualmente válidas e que atendem da mesma forma aos objetivos da Administração Tributária é que se poderá falar em discricionariedade, pois só nessas hipóteses – repita-se – é que o fisco terá em mãos duas “opções” propriamente ditas; assim, em face dessas circunstâncias, só aos agentes fiscais será dado decidir, seguindo os critérios próprios de conveniência e oportunidade administrativas.

E lembramos: apenas diante do caso concreto é que será possível aferir se um determinado ato auxiliar praticado no decorrer do *procedimento* de fiscalização tributária possui ou não alguma carga discricionária. Além disso, essa margem de liberdade do agente fiscal só poderá ser aferida se, uma vez procedida à escorreita interpretação do texto legal em cotejo com a realidade fática posta a sua apreciação, ele puder escolher entre duas ou mais opções igualmente jurídicas.

Devemos reiterar sempre e com muito cuidado: negamos veementemente a possibilidade de qualquer margem de discricionariedade no ato final desse procedimento, concernente ao lançamento. Nesse ponto, não tergiversamos da melhor doutrina, muito bem representada nessa lição de Paulo de BARROS CARVALHO:

“O ato administrativo do lançamento é vinculado, o que significa afirmar que se coloca entre aqueles para a celebração dos quais não atua o agente com qualquer grau de subjetividade. Há de ater-se ao único e objetivo caminho que o tipo legal prescreve, não lhe sendo outorgada margem de liberdade para sopesar, avaliativamente, os dados concretos de que dispõe, decidindo sobre a conveniência ou oportunidade da celebração do ato. Pelo contrário, o agente público, nos atos vinculados, há de pautar sua atuação, nos estritos termos que a lei estipula, guardando-lhe plena e integral aderência. Exatamente assim o ato de lançamento tributário, onde não se permite atuação discricionária. Declara-o, prescritivamente, o art. 142 do Código Tributário Nacional, e o sistema do direito positivo o confirma.”¹⁶⁵

¹⁶⁵ *Erro de Fato e Erro de Direito na Teoria do Lançamento Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 73, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 25.

No mesmo sentido, novamente acolhemos a preleção de José Artur LIMA GONÇALVES e Márcio Severo MARQUES, para quem, durante o exercício da atividade de fiscalizatória (que para os autores seria a *função executiva concernente à fiscalização e controle da arrecadação tributária*), “a interferência valorativa do agente público encarregado de levá-la a cabo é absolutamente vedada, pois, em face do princípio da legalidade, trata-se de atividade administrativa plenamente vinculada”.¹⁶⁶ E prosseguem os mestres da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo:

“Daí poder-se afirmar o caráter estritamente vinculado do lançamento (reconhecido pelo art. 142 do Código Tributário Nacional), porque a autoridade administrativa apenas verifica a efetiva subsunção do fato jurídico correspondente ao evento ocorrido (no mundo fenomênico) ao antecedente da norma jurídica de tributação (abstratamente descrita em lei), evidenciando as características da obrigação – jurídica – daí contidas no mandamento desta mesma norma jurídica.”¹⁶⁷

Concluimos, desse modo, ser rígida a submissão do ato de lançamento tributário à lei. Contudo, exige-se maior reflexão quando a questão colocada diz respeito à vinculação do procedimento que antecede esse lançamento, sobretudo à vinculação do conteúdo dos atos auxiliares que o compõem.

Deveras, uma primeira leitura do já analisado artigo 142 do CTN leva à conclusão de que a vinculação à lei alcança não apenas o ato, mas também o *procedimento* que o precede.

Como já expusemos no início desse capítulo, acreditamos que a mais adequada interpretação desse dispositivo legal seja no sentido de que, no exercício de atividade de averiguação da conduta realizada pelos contribuintes, a Administração Pública deve proceder

¹⁶⁶ *Processo Administrativo Tributário...*, ob. cit., p. 233.

¹⁶⁷ Idem, ibidem. Em decorrência da legalidade, Alberto XAVIER aborda a indisponibilidade em matéria tributária: “Na verdade, nenhuma das manifestações que pode assumir o princípio dispositivo tem qualquer relevo no campo do Direito Tributário. Não o tem quanto ao direito material, pois que, em virtude da natureza pública dos interesses em causa, do princípio da legalidade e, em especial, da rígida inderrogabilidade das normas tributárias, o Fisco não pode dispor do seu direito, ou renunciando à aplicação do tributo, ou à sua cobrança, ou aceitando a tributação em medida diversa da prevista na lei. Por outro lado, também não pode o contribuinte consentir espontaneamente no pagamento dum tributo indevido, ou por não lhe caber no caso concreto, ou por ser devido em medida inferior, o que significa que a limitação da esfera patrimonial dos particulares que tenha como fundamento uma lei tributária não está na livre disponibilidade dos particulares” (Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, ob. cit., pp. 122-123).

em estrita conformidade com os preceitos previstos por lei, sem nenhuma margem de liberdade no que diz respeito aos aspectos formais desse procedimento.

Assim, não seria admissível, por exemplo, a intimação verbal para prestação de esclarecimentos se a lei determina a necessidade de termo escrito, da mesma forma que não seria possível ao Auditor Fiscal do Tesouro Nacional realizar uma fiscalização com o escopo de verificar os procedimentos do contribuinte relativos à apuração e recolhimento de contribuições previdenciárias, se a lei outorga competência exclusiva para tanto aos agentes fiscais do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

E como não se admite nenhuma *margem de liberdade* ao agente fiscal, no que diz respeito aos aspectos formais do procedimento administrativo tributário, é terminantemente proscrito a esse agente praticar qualquer ato não previsto por lei com a finalidade de se verificar a ocorrência dos fatos jurídicos tributários ou mesmo de se proceder à cobrança da respectiva obrigação.

Mas como já visto, além dos aspectos formais, em sua grande maioria os atos auxiliares também estão materialmente vinculados à lei, razão por que não se pode admitir, por exemplo, a exigência de que o contribuinte apresente um livro auxiliar de utilização não obrigatória, ou que se valha de sistema eletrônico de processamento de dados quando a lei lhe faculta a escrita manual.

O que excepcionalmente ocorre, conforme já adiantamos, são hipóteses em que o agente fiscal depara-se com situações em que lhe resta uma pequena margem de liberdade para escolher entre duas opções igualmente válidas. É apenas e tão somente nesses casos é que se poderá falar em discricionariedade no *procedimento* administrativo de fiscalização tributária.

Para todos os demais casos, em que o agente fiscal queda-se diante de somente uma única alternativa válida, não lhe restará nenhuma margem de discricionariedade na prática dos atos administrativos auxiliares componentes do *procedimento* administrativo de fiscalização tributária.

III.3.3 - O Procedimento de Fiscalização Tributária e a Busca da Verdade Material

Vimos que, assim como ocorre com os demais *procedimentos* administrativos de fiscalização, no tributário também são pouquíssimos os casos em que o agente fiscal possui alguma margem de liberdade para proceder à aferição da efetiva ocorrência, no mundo fenomênico, das situações de fato previstas no antecedente da norma de tributação.

Contudo, ainda que não possua liberdade para escolher os meios de verificação da ocorrência do fato jurídico tributário, não há que se falar em restrição à utilização dos meios de investigação autorizados por lei. É justamente em razão do caráter vinculado desse *procedimento* que os agentes fiscais devem lançar mão de todas as medidas lícitas para a investigação aprofundada concernentes aos fatos concretamente ocorridos, para só então poderem concluir ou não pela sua – dos fatos – subsunção à hipótese abstratamente prevista em lei.

Todas as reflexões feitas acima, acerca da necessidade de esgotamento dos meios investigativos em qualquer *procedimento* de fiscalização, aplicam-se perfeitamente ao *procedimento* tributário, em que a outorga de competência aos agentes fiscais possui como objetivo primordial propiciar meios de busca para investigação dos atos praticados pelos contribuintes, a fim de ser verificado se foram ou não realizados os fatos abstratamente previstos em lei como sendo passíveis de tributação.

Nesse sentido, confira-se a lição de Geraldo ATALIBA:

“...todos os meios, da forma mais ampla, devem ser dados ao fisco para desempenhar sua atividade de fiscalização. O controle das atividades dos contribuintes, o conhecimento dos fatos que se ligam direta e indiretamente à ocorrência dos fatos impositivos, o acompanhamento de todos os fatos que dão ensejo a qualquer das revelações de capacidade contributiva, assim qualificados pela lei, tudo isto requer quase plena liberdade para o fisco, agilidade e presteza de movimentos, possibilidade de ampla liberdade de indagação e investigação (...) A tal liberdade corresponde o dever de examinar locais, livros e mercadorias, de contrastar toda e qualquer atividade econômica do contribuinte.”¹⁶⁸

¹⁶⁸ *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*. v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 331. A mesma advertência é feita por José Artur LIMA GONÇALVES e Márcio Severo MARQUES: “A fiscalização (na qualidade de agente da Administração Tributária), portanto, deve esgotar completamente a sua tarefa de

Aliás, esse caráter de subordinação do poder de fiscalização ao dever de buscar a verdade dos fatos está expressamente previsto pelo já analisado artigo 142 do CTN, cuja redação é clara no sentido de que a atividade administrativa de fiscalização e o lançamento dela decorrente são obrigatórios, compulsórios para o agente público, inclusive *sob pena de responsabilidade funcional*.¹⁶⁹ O uso desses meios investigativos não derivam, portanto, de nenhuma interferência de vontade e nem tampouco de razões de conveniência ou oportunidade da Administração, mas sim de obrigação legalmente prevista.¹⁷⁰

Ao referir-se à busca da verdade material no *procedimento* de fiscalização tributária, assim se manifesta Alberto XAVIER:

“A instrução do procedimento tem como finalidade a descoberta da verdade material no que toca ao seu objeto com os seus corolários da *livre apreciação das provas e da admissibilidade de todos os meios de prova*. Daí a lei fiscal conceder aos seus órgãos de aplicação meios instrutórios vastíssimos que lhes permitam formar a convicção da existência e conteúdo do fato tributário. Essa convicção é, porém, uma livre convicção, no sentido de que não está limitada à existência de regras legais de prova, antes os meios probatórios têm, em princípio, o valor que corresponder à sua idoneidade como elementos da referida convicção.”¹⁷¹

Assim, será incongruente com a busca da verdade material toda e qualquer forma veiculada pela legislação de restrição aos meios lícitos de verificação das atividades praticadas pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Nesse sentido a disposição do artigo 195 do Código Tributário Nacional:

“Art. 195 – Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos

esclarecer a ocorrência e as reais circunstâncias dos fatos relacionados às atividades exercidas pelo contribuinte (investigando a verdade material), em face do caráter vinculado que reveste o ato administrativo de lançamento, relativamente ao qual a discricionariedade encontra-se totalmente proscria.” (*Processo Administrativo Tributário...*, ob. cit., p. 233).

¹⁶⁹ José Souto Maior BORGES ressalta tratar-se “de um dever-poder da Administração o exercício das faculdades em que se traduz a competência para lançar o tributo. Precisamente porque ao não-exercício do lançamento é cominada a pena de responsabilidade funcional” (*Lançamento Tributário*, ob. cit., p. 184).

¹⁷⁰ Com o perdão do pleonismo para aqueles que consideram não haver obrigações que não sejam *ex-lege*. A intenção aqui é apenas de ressaltar a impossibilidade de se admitir todo e qualquer elemento volitivo no procedimento investigativo tributário.

¹⁷¹ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 124.

comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se refiram.”

Como já visto, ainda que o *caput* do artigo 195 refira-se ao *direito* de examinar, sabemos que se trata de verdadeiro *dever* da Administração Tributária, longe de se confundir com mera faculdade do agente público. E assim como há o *dever* do fisco de proceder a esse exame, existe o *dever* do contribuinte de cooperar com essa verificação, prestando todas as informações e apresentando todos os documentos fiscais que lhe forem exigidos.

E conforme afirmamos anteriormente, não é possível ao contribuinte negar-se a cooperar com a atividade de fiscalização, tendo em vista o caráter não litigioso do *procedimento*, que tem por objeto apenas a verificação da regularidade dos atos praticados pelos sujeitos passivos da obrigação tributária. Como já advertimos acima, nesse *procedimento* o agente fiscal poderá valer-se dos mesmos meios de investigação, podendo culminar num ato final de lançamento (caso se verifique a ocorrência do fato jurídico tributário) ou num termo de encerramento sem lançamento de tributo.

Assim, também a finalidade primordial do *procedimento* administrativo de fiscalização tributária é a busca da verdade material, seja essa verdade a ocorrência do fato jurídico tributário ou a sua inoccorrência, tendo em vista a regularidade dos atos praticados pelo sujeito passivo da obrigação tributária. E sendo lícitos, quaisquer meios de investigação devem ser empregados pela Administração Tributária nessa busca, inclusive aqueles meios que dependem da participação do contribuinte.

Nesse exato sentido, novamente reproduzimos o pensamento de Alberto XAVIER:

“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 colaboração para a descoberta da verdade material.”¹⁷²

Na legislação específica, encontramos diversos exemplos da implementação do princípio da busca da verdade material.

Verifique-se, apenas a título ilustrativo, o artigo 9º, *caput*, do Decreto n. 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal no âmbito da Administração Federal, por meio do qual é determinado que o *auto de infração ou a notificação de lançamento* (isto é, o ato final do procedimento de fiscalização que concluiu pela ocorrência do fato jurídico tributário) deve ser instruído com todos os elementos de prova colhidos na fase de fiscalização, a fim de que o agente público não tenha dúvidas acerca da subsunção do fato concreto à hipótese abstrata prevista no antecedente normativo. Eis a redação do dispositivo em referência:

“Art. 9º - 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 ilícito.”

Outro exemplo encontrado no direito posto acerca dos meios de busca da verdade material e que revela o caráter obrigatório da participação do contribuinte com a investigação levada a cabo pelo Poder Público, está na possibilidade de instauração de regime especial de fiscalização em determinadas hipóteses em que os agentes públicos da Administração Tributária Federal encontram dificuldades em seu exercício de investigação. É o que prevê o artigo 33, *caput* e incisos I a III da Lei n. 9.430/96:

“Art. 33 – A Secretaria da Receita Federal pode determinar regime especial para cumprimento de obrigações, pelo sujeito passivo, nas seguintes hipóteses:

I – embaraço à fiscalização, caracterizado pela negativa não justificada de exibição de livros e documentos em que se assente a escrituração das atividades do sujeito passivo, bem como pelo não fornecimento de informações sobre bens, movimentação financeira, negócio ou atividade, próprios ou de terceiros, quando intimado, e demais hipóteses que

¹⁷² *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 160.

autorizam a requisição do auxílio da força pública, nos termos do art. 200 da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (*Código Tributário Nacional*)

II – resistência à fiscalização, caracterizada pela negativa de acesso ao estabelecimento, ao domicílio fiscal ou a qualquer outro local onde se desenvolvam as atividades do sujeito passivo, ou se encontrem os bens de sua posse ou propriedade;

III – evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam ou verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;”

No Estado de São Paulo, a Lei 10.641/01 que regulamenta o processo administrativo tributário é expressa em seu artigo 19:

“Art. 19 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos obtidos de forma lícita, são hábeis para provar a verdade dos fatos controvertidos.”

Nesses termos, resta evidente que também na seara tributária deverá o agente público esgotar todos os meios em direito admitidos para verificar a efetiva ocorrência, no mundo dos fatos, da hipótese abstratamente prevista no antecedente da norma jurídica de tributação. Tudo isso em atenção à busca da verdade material e não apenas formal.

E uma vez cumprida essa etapa de fiscalização, é possível chegar-se a apenas duas conclusões: se tais atos configurarem aquela exata hipótese abstratamente prevista, a qual imponha como consequência o dever do sujeito passivo de recolher determinada quantia de tributo ao erário, então nesse caso estaremos diante de um fato jurídico tributário, devendo ser praticado o ato administrativo de lançamento do respectivo crédito tributário; caso contrário, em não se configurando a subsunção do fato concreto à hipótese abstrata prevista na lei tributária, encerra-se o *procedimento* de fiscalização, sem a constituição de nenhum valor a título de tributo (já que não existirá nenhum valor devido a tal título).

Em face dessas considerações, também com relação à seara tributária podemos afirmar que o objetivo principal do procedimento administrativo de fiscalização é a busca da verdade material que, repita-se, só pode ser limitada por lei.

E considerando que o contribuinte pode e deve colaborar na averiguação da realidade dos fatos objeto da atividade fiscalizatória, a questão – cerne desse estudo – que passaremos a

enfrentar diz respeito à efetiva necessidade de oitiva do particular no regular exercício de todo e qualquer procedimento administrativo de fiscalização, elemento de investigação que consideramos indispensável à busca da verdade material.

Capítulo IV - O Direito de Ser Ouvido no Procedimento Administrativo de Fiscalização

IV.1 – O Direito de Ser Ouvido

No segundo capítulo desse trabalho verificamos que as garantias à ampla defesa e ao contraditório previstas no artigo 5º, LV da Constituição da República só estão dirigidas de forma expressa aos litigantes e acusados em geral, não alcançando, assim, todo e qualquer *procedimento* travado entre um ou mais particulares e a Administração pública, mas apenas aqueles qualificados como *processo* administrativo (na concepção, portanto, de *procedimento* litigioso).

E também advertimos, naquela mesma oportunidade, que essa afirmação não deveria levar à conclusão de que os *procedimentos* administrativos em geral não estariam alcançados pela garantia do devido processo legal substantivo.

Pelo contrário, como fizemos questão de afirmar desde o início, em se tratando de exercício de função administrativa, todo e qualquer *procedimento* administrativo está adstrito àquela cláusula, a fim de se melhor atingir o fim público colimado pela respectiva legislação.

Especificamente com relação ao procedimento administrativo de fiscalização, verificamos no Capítulo anterior a sua subordinação ao chamado princípio da busca da verdade material, tendo em vista a necessidade de se verificar com o maior grau de exatidão possível o fiel cumprimento à lei, pelos particulares. Vimos que, dentro dos parâmetros legais de atuação, o agente público deve exaurir todos os meios de investigação necessários à recomposição daquela verdade objetiva, dita material.

Nesse contexto, chegamos a antecipar nosso posicionamento no sentido de que um dos elementos investigativos indispensáveis para a busca da verdade material está justamente na participação do administrado. É esse, enfim, o ponto central do presente trabalho, que será melhor desenvolvido a partir de agora.

Contudo, como veremos a seguir, essa *participação* do administrado no procedimento administrativo de fiscalização não configura apenas um instrumento de investigação disponível à Administração, de utilização facultativa. Constitui-se, conforme pensamos, um direito subjetivo do particular fiscalizado, ao qual chamaremos de *direito de ser ouvido*, que possui – para nós – exatamente a mesma significação de outros termos usualmente referidos pela doutrina, tais como direito de audiência¹⁷³ ou, no inglês, *the opportunity to be heard*.

Antes, porém, de tecermos quaisquer considerações acerca do que compreendemos por *direito de ser ouvido*, faz-se necessário conceituar a garantia ao contraditório, que, apesar de ter naquele direito um dos seus elementos constitutivos, revela-se de abrangência muito mais ampla e com ele não se confunde.

É de Cândido Rangel DINAMARCO uma advertência inicial acerca do contraditório, que entendemos relevante para sua correta compreensão:

“A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não jurisdicional (art. 5º, inc. LV) -, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como a abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.”¹⁷⁴

¹⁷³ Diferentemente de nós, Alberto XAVIER distingue o chamado “direito de audiência prévia” daquilo que chamamos de direito de ser ouvido, que para ele seria a participação do administrado, na forma de *declarações e esclarecimentos*. Mas o importante é verificar que – assim como nós – o autor entende que essa participação seria um meio inerente à busca da verdade material: “Com o direito de audiência prévia não deve confundir-se a participação do particular no procedimento administrativo, sob a forma de declarações e esclarecimentos, que não representam uma garantia de defesa, mas a realização de diligências instrutórias, no cumprimento do dever de colaboração para a descoberta da verdade material” (*Do Lançamento: Da Teoria Geral do Ato...*, p. 166).

¹⁷⁴ *Fundamentos do Processo...*, vol. 1, ob. cit., p. 124. O autor nos ensina ainda que “o juiz participa em contraditório, também, pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria *prejulgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a distribuição do ônus da prova ou quando as *adverte* da necessidade de provar melhor (...) Nem decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir de ofício uma decisão particularmente gravosa, antes chama as partes à manifestação sobre esse ponto. O *juiz* mudo tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça” (*Fundamentos do Processo...*, vol. 1, ob. cit., p. 135). Vale citar também a lição de Ada Pellegrini GRINOVER, para quem “a participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do direito existe para reverter em benefício da

Assim, conforme nos ensina o Mestre do Largo de São Francisco, em primeiro lugar contraditório significa participação das partes. E por *partes* devemos considerar, como se sabe, não apenas os sujeitos locados nos diferentes pólos da relação processual, como também o Juiz, que deve da mesma forma *participar* ativamente do desenvolvimento do processo.

E conforme nos ensina José Carlos BARBOSA MOREIRA, a exigência do contraditório decorre de uma falha intrínseca ao conhecimento humano. Para o Mestre, na função judicante de dirimção de conflitos postos à apreciação do Órgão competente, um pressuposto para a fiel aplicação das normas jurídicas é a reconstituição da verdade dos fatos; e essa reconstituição, por sua vez, depende da contraposição de pelo menos mais de um ponto de vista acerca daqueles fatos. São suas as palavras:

“É missão do processo conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto; por conseguinte, a atividade judicial cognitiva, consciente embora das suas inevitáveis limitações, deve *tender* à reconstituição verdadeira dos fatos, pressuposto da correta aplicação das normas jurídicas. Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto as diversas imagens parciais assim colhidas.”¹⁷⁵

E conclui o autor, atribuindo à garantia em baila os elementos significantes que considera mais relevantes:

“A garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se dão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas; seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas

boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente” (*Processo Constitucional em Marcha*, p. 8, citada por Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra MARTINS (*Comentários à Constituição do Brasil*. 2º v., São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8). Para melhor aprofundamento da concepção moderna do contraditório como diálogo, remetemos à obra de grande envergadura de José Souto Maior BORGES, *O Contraditório no Processo Judicial (um visão dialética)*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

¹⁷⁵A *Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*, in *Revista de Processo* n. 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, pp. 231-232.

pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.”¹⁷⁶

Já Eduardo COUTURE, também conceituando o contraditório, traz alguns exemplos importantes de conseqüências de sua aplicação aos casos concretos postos à apreciação jurisdicional:

“a) obrigatoriedade da citação do réu, na abertura do processo; b) garantia de que a citação se faça com estrita observância dos requisitos legais de validade do ato de comunicação processual, sob pena de nulidade; c) concessão de prazo razoável para comparecimento do réu em juízo e para elaboração de sua defesa; d) comunicação prévia das provas de uma parte ao adversário; e) garantia de que toda prova seja acompanhada e fiscalizada pela parte contrária durante sua produção e de que possa ser impugnada depois de produzida nos autos; f) todas petições incidentais devem ensejar oportunidade de manifestação do adversário antes de obter solução judicial; g) ambas as partes devem ter iguais possibilidades de apresentar suas exposições ou alegações, e de impugnar mediante recurso as soluções que lhes sejam adversas.”¹⁷⁷

Analisando o conteúdo das concepções doutrinárias e também os exemplos práticos que essas nos dão acerca da exigência do contraditório, concluímos ser realmente ampla e complexa essa garantia constitucionalmente prevista, tanto para os *processos* administrativos como para os judiciais. E nem poderia ser diferente, pois, como já visto inicialmente, o direito ao contraditório – tal como expresso no artigo 5º, inciso LV da Carta Constitucional – dá os parâmetros formais da garantia a ele correlata, concernente à ampla defesa¹⁷⁸ (prevista naquele mesmo dispositivo).

¹⁷⁶ *A Garantia do Contraditório...*, ob. cit., pp. 232-233

¹⁷⁷ *Fundamentos del Derecho Processal Civil*. 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, pp. 183-184. São muitas as conceituações do princípio que encontramos na doutrina. Em obra citada por Ada Pellegrini GRINOVER, TARZIA resume a exigência do contraditório da seguinte forma: “a) a proibição de utilização de fatos que não tenham sido previamente introduzidos pelo juiz no processo e submetidos a debate pelas partes; b) a proibição de utilizar provas formadas fora do processo ou de qualquer modo colhidas na ausência das partes; c) a obrigação do juiz que disponha de poderes de ofício para a admissão de um meio de prova, de permitir às partes, antes da sua produção, de apresentar os meios de prova que pareçam necessários em relação aos primeiros; d) a obrigação de permitir a participação dos interessados na produção das provas.” (*La parità delle armitra l e parti e poteri del giudice nel processo civil*, Studi parmensi, Milão, 1997, v. 18, p. 358, *apud* Ada Pelegrini GRINOVER, *Princípio do Contraditório – Infringência*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 21, dez. 1983, p. 263).

¹⁷⁸ Para Lucia Valle FIGUEIREDO, “assegura-se amplo contraditório porque a lei pretende seja assegurado direito amplo de defesa. Estar-se-ia garantindo formal e materialmente o amplo contraditório” (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 420).

A nosso ver essas duas garantias são indissociáveis: o contraditório garante todos os meios e procedimentos inerentes ao exercício do direito de defesa, que não possui outra forma de se implementar senão por aquele. Em suma: a ampla defesa não existe sem o amplo contraditório e este não teria razão de existir se não fosse para assegurar o pleno exercício daquela. Edgard Silveira BUENO FILHO ressalta de forma precisa essa relação entre ambas as garantias:

“O entrelaçamento do exercício da ampla defesa com o do contraditório é tão gritante que não se pode imaginar a existência de um sem o outro. Deveras, como afirmou o saudoso Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o direito de defesa assenta-se na possibilidade que o litigante tem de se opor ao que contra ele se afirma. Bem por isto está impregnado na memória de todos que tiveram o privilégio de tê-lo como mestre: a primeira peça da defesa consiste na acusação. Partindo dessa sábia afirmação tem-se que o contraditório começa a ser exercido quando o litigante toma ciência dos fatos e tudo o mais que contra ele é imputado. Com efeito, só depois de ter tomado conhecimento do teor da acusação é que o litigante ou acusado pode pensar em se defender.”¹⁷⁹

Assim, amparando-nos nessa breve colheita de lições acerca do contraditório, podemos conceituá-lo (para fins do presente trabalho) como uma *garantia constitucionalmente assegurada, aplicável a todo e qualquer processo administrativo ou judicial, de que às partes que compõem o litígio ou a acusação será propiciado igualmente o acesso a todos os meios em direito admitidos para participarem juntamente com o Órgão julgador do desenvolvimento desse processo, inclusive com a produção de provas, comunicação dos atos processuais e ampla – prévia e posterior - manifestação acerca desses atos, tudo com a finalidade de se obter os elementos necessários ao conhecimento da verdade sobre os fatos envolvidos e de propiciar formalmente o adequado exercício da ampla defesa.*

Eis, em apertada síntese, essa ampla e complexa garantia constitucionalmente prevista, tal como a vimos. De todos os elementos que compõem a definição acima, podemos destacar as seguintes principais características concernentes ao contraditório: (i) ele aplica-se apenas em caso de *processo* (há que haver litígio ou acusação, portanto); (ii) propicia de forma isonômica às partes a efetiva participação no processo, por todos os meios admitidos; e (iii) busca ao mesmo tempo o conhecimento da verdade acerca dos fatos envolvidos na lide e garantir formalmente o exercício da ampla defesa.

¹⁷⁹ *O Direito à Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 47.

E dentre os meios de participação das partes no desenvolvimento do processo, percebemos que existem dois principais: a manifestação nos autos, prévia ao ato processual, e a resposta a esse ato, inclusive por meio de produção de provas. É Humberto THEODORO JR quem bem atesta o caráter complementar desses dois direitos na composição do contraditório:

“Não se completa o contraditório, todavia, com a simples ouvida da parte. Há de se lhe ensejar oportunidade de rebater as alegações do outro litigante, com argumentos e provas. De tal forma, se se ouve a parte, mas não se lhe dá oportunidade de provar as alegações, o contraditório fica vazio de conteúdo.”¹⁸⁰

Acatando a lição do autor, compreendemos que a garantia do contraditório abrange necessariamente tanto a oitiva das partes interessadas acerca dos atos praticados no processo, como a possibilidade de apresentar respostas (inclusive provas), que possam repudiar ou confirmar aqueles atos. É, dessa forma, tanto por meio da oitiva prévia das partes como pelas respostas e provas por elas apresentadas que o Órgão julgador busca a reconstrução da verdade dos fatos que deram origem à lide. No caso do processo civil, busca-se reconstruir uma verdade formal (amparada apenas nos elementos constantes dos autos) e, no caso do processo penal, uma verdade material.

Desses dois elementos concernentes ao direito da parte de *ser ouvida* e de responder, levando-se em conta o escopo desse trabalho, o que nos interessa mais diretamente é o primeiro.

Esse *direito de ser ouvido*, tal como o compreendemos, possui três características principais, quais sejam: (i) deve ser exercido previamente ao ato (administrativo ou judicial) que lhe diga respeito; (ii) consiste na possibilidade de que a parte interessada exponha suas razões à autoridade responsável pela verificação dos fatos; e (iii) implica na obrigatoriedade de que essa autoridade proceda à análise detida das razões expostas, as quais só poderão deixar de ser acolhidas de maneira adequadamente motivada.

¹⁸⁰ *Princípios Gerais do Direito Processual Civil...*, ob. cit., p. 182.

Assim, por *direito de ser ouvido* designamos o *direito da parte interessada de participação mediante manifestação prévia ao ato a ser praticado pela autoridade responsável, expondo suas razões e tecendo todos os esclarecimentos necessários à reconstrução da verdade dos fatos por essa autoridade, que deverá analisá-los de forma aprofundada, refutando-os ou acolhendo-os fundamentadamente.*

Dessa forma, o *direito de ser ouvido* não consiste apenas no direito da parte interessada de simplesmente falar nos autos. Ele abrange também a garantia de que tudo aquilo que for dito pela parte – desde que pertinente e necessário para a recomposição dos fatos investigados – será devidamente apreciado e sopesado pela autoridade responsável.

E só assim, com o administrado falando e sendo realmente ouvido, ser-lhe-á garantida sua efetiva participação nessa investigação. Caso contrário, abrindo-se a oportunidade de manifestação, porém sem a detida apreciação acerca do que foi manifestado, esse direito seria esvaziado e não passaria de mera formalidade, deixando de atender à sua finalidade de aperfeiçoamento do conhecimento humano acerca da realidade analisada, a que se refere BARBOSA MOREIRA.

Ao tratar do direito de defesa no processo administrativo, Agustín A. GORDILLO também relaciona de maneira complementar o direito de produzir provas com o *direito de ser ouvido*, tecendo importantes considerações acerca de ambos:

“Pois bem, dita garantia (*de defesa*) compreende vários aspectos:

1º) Direito de ser ouvido, o que por sua vez pressupõe:

- a) publicidade do procedimento, em um primeiro aspecto manifestado pelo leal conhecimento das *autuações administrativas*; o que se concretiza na chamada ‘*vista*’ das *autuações*; o ‘*segredo*’ do procedimento só se justifica em casos excepcionais e por decisão expressa da autoridade competente;
- b) oportunidade de expressar suas razões antes da emissão do ato administrativo, e desde logo também depois;
- c) consideração expressa de seus argumentos e das questões propostas, em quanto sejam conducentes à solução do caso;
- d) obrigação de decidir expressamente as petições e, como corolário de c);

e) obrigação de fundamentar as decisões, analisando os pontos propostos pelas partes;

f) direito a fazer-se patrocinar por profissional, tendo sua assistência e intervenção em todo momento: disto decorre que o advogado também possui necessário acesso ao expediente e pode efetuar todos os atos procedimentais que correspondem à defesa de seu cliente.

2º Direito a oferecer e produzir a prova de que queira valer-se, o que compreende:

a) direito a que toda prova razoavelmente proposta seja produzida ainda que a própria administração deva produzi-la (informes, etc.)

b) que a produção da prova seja efetuada antes de que se adote alguma decisão sobre a questão de fundo;

c) direito a controlar a produção da prova feita pela administração, seja ela pericial ou testemunhal, como outra manifestação do princípio da publicidade.”¹⁸¹

Como visto, em seus aspectos mais relevantes, nossas colocações não fogem muito das considerações do grande Mestre de Buenos Aires. Todavia, tal como o concebemos, o *direito de ser ouvido* possui um alcance um pouco menos amplo do que para o autor. Explicamos.

Enquanto consideramos esse direito como relacionado apenas à manifestação prévia do interessado, para GORDILLO também estaria abrangida a manifestação posterior (a qual acreditamos dizer respeito mais diretamente ao direito de resposta). Além disso,

¹⁸¹ Tradução livre. No original: “Pues bien, dicha garantía (*de defensa*) comprende varios aspectos: 1º) Derecho de ser oído, lo que a su vez presupone: a) publicidad de procedimiento, en un primer aspecto manifestado en el leal conocimiento de las *actuaciones administrativas*; lo que se concreta en la llamada ‘*vista*’ de las *actuaciones*; el ‘*secreto*’ del procedimiento sólo se justifica en casos excepcionales y por decisión expresa de autoridad competente; b) oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después; c) consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso; d) obligación de decidir expresamente las peticiones y, como corolario de c); e) obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes; f) derecho a hacerse patrocinar por letrado teniendo su asistencia e intervención en todo momento: ya de suyo que el abogado también tiene necesario acceso al expediente y puede efectuar todos los actos procedimentales que corresponden a la defensa de su cliente. 2º) Derecho a ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse, lo que comprende: a) derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida aunque deba producirla la propia administración (informes, etc.) b) que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión; c) derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad” (*La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo*, in *Revista de Direito Público* ns. 9/10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp. 21-22).

diferenciamos também o *direito de ser ouvido* do direito à publicidade dos atos processuais, assim como não acreditamos que dele decorra necessariamente o direito de defesa técnica.

De resto, no que diz respeito ao seu conteúdo propriamente dito, encontramos irrestrita similaridade do nosso conceito com a lição do Mestre, tendo em vista que – conforme pensamos – o *direito de ser ouvido* constitui justamente uma *oportunidade de expressar as razões das partes antes da emissão do ato*, assim como exige *consideração expressa e fundamentada de seus argumentos e das questões propostas, desde que necessárias à solução do caso*.

E também de acordo com o autor, acreditamos que o *direito de ser ouvido* previamente é apenas um dos elementos componentes do direito de defesa garantido formalmente pelo contraditório, que, em seu conteúdo – como já vimos – também conta com a publicidade dos atos do processo, oportunidade de manifestação posterior, direito de produzir provas e de tê-las consideradas na decisão final. E todos esses elementos, unidos, é que compõem a dialética processual mencionada por DINAMARCO, a fim de reconstruir a verdade dos fatos investigadas pela autoridade competente.

Nesse diapasão, cumpre-nos reiterar uma afirmação feita logo no início desse Capítulo: embora seja elemento constitutivo do contraditório, o *direito de ser ouvido* com ele não se confunde. É figura autônoma e, apenas quando reunido àqueles outros elementos, forma aquela complexa garantia constitucional estudada. Assim, justamente por tratar-se de uma garantia distinta e individualizada, acreditamos que o *direito de ser ouvido* não depende do contraditório para existir.

Daí porque é logicamente aceitável falar-se em *direito de ser ouvido* em *procedimentos* não litigiosos. Aliás, é exatamente essa a hipótese verificada, por exemplo, com a audiência pública prevista nos *procedimentos* referentes a licenciamentos ambientais, por meio da qual é aberta à comunidade a possibilidade de manifestação prévia, por parte de quaisquer interessados, sem que tenha sido instaurada alguma espécie de *processo* (sem que haja, portanto, conflito de interesses a ser dirimido por meio do contraditório).¹⁸²

¹⁸² A referida previsão de audiência pública em *procedimentos* administrativos de licenciamento ambiental encontra-se até hoje regulamentada pela Resolução CONAMA n.º 009/87 e decorre dos princípios da informação e da participação, de grande relevância no Direito Ambiental. Verifique-se, acerca do tema, a obra de Paulo

Voltando-nos especificamente ao tema central de nossa investigação, lembramos que, tendo em vista tudo o que foi abordado ao longo desse trabalho, para nós o amplo contraditório não encontra lugar no *procedimento* administrativo de fiscalização, em que também não há litigantes, acusados ou lide.

Deveras, até mesmo em razão do seu caráter inquisitório, acreditamos existir uma incompatibilidade lógica entre o procedimento administrativo de fiscalização e a garantia do contraditório. Nesse sentido, explica Romeu Felipe BACELLAR FILHO:

“O contraditório é incompatível com o processo inquisitório. Neste, a função de acusar, defender e julgar converge em um único órgão, excluindo a bilateralidade processual (fundamento lógico do contraditório), pontuando como método não o diálogo, mas o monólogo (fundamento político do contraditório).”¹⁸³

Assim, podemos afirmar que em razão do princípio inquisitório, ao qual está submetido o procedimento de fiscalização, não se permite qualificar essa atividade pelo amplo contraditório garantido constitucionalmente.¹⁸⁴

Contudo, a afirmação que fazemos agora – e que na verdade constitui o objeto principal do nosso estudo – é no sentido de que, embora não esteja qualificado pelo contraditório, todo e qualquer *procedimento* administrativo que tenha por objeto a busca da

Affonso Leme MACHADO, *Direito Ambiental Brasileiro*, 13ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005, especialmente itens 7 e 8 do Capítulo único do Título I (pp. 84-101) e o item 13.4 do Capítulo IV do Título IV (pp. 249-256).

¹⁸³ *Princípios Constitucionais do Processo...*, ob. cit., p. 211.

¹⁸⁴ Ressalte-se, nesse ponto, que preferimos não fazer a comparação – a nosso ver fácil e perigosa – entre o procedimento de fiscalização e o inquérito policial. E dizemos *perigosa* na medida em que tal comparação poderia levar a equívocos generalistas de interpretação acerca da função do procedimento administrativo de fiscalização, os quais podem e devem ser evitados no nosso caso, mormente porque essa questão não influencia a análise aqui proposta. Não obstante, verificamos que a questão da ausência do contraditório no inquérito policial já foi abordada pela doutrina. Edgard Silveira BUENO FILHO, ao tratar dessa espécie de inquérito juntamente com a sindicância administrativa, sustenta que “a rigor inexiste a necessidade de se garantir o contraditório e a ampla defesa nesta categoria de procedimento, até porque neles ainda não há acusado, como diz a Constituição na segunda parte do dispositivo em exame (art. 5º, LV). Assim, não havendo processo, litigantes ou acusados, não se faz presente o contraditório e não se abrem ensanchas à defesa” (*O Direito à Defesa...*, ob. cit., p. 50). Para Cândido Rangel DINAMARCO, a ausência de contraditório nesses casos é justificada pela ausência de decisões que interfiram na esfera jurídica dos interessados. São suas as palavras: “Onde o exercício do poder não conduz a decisões que sob a forma de provimentos interfiram na esfera jurídica das pessoas, a ordem social e política tolera os procedimentos sem contraditório. Ilustração expressiva é o inquérito policial, em que contraditório não há (daí ser ele mero procedimento, sem ser processo), justamente porque não se endereça a provimento algum; o inquérito termina com um relatório da autoridade policial, que servirá como fator para a opinião delicti do órgão acusador” (*A Instrumentalidade do Processo...*, ob. cit., p. 133).

verdade material deve – necessariamente, portanto – respeitar *o direito de ser ouvido* dos particulares interessados.¹⁸⁵

Na verdade, conforme pensamos, *o direito de ser ouvido* deve ser respeitado tanto no *processo* administrativo (em que há litígio ou acusação) como também no *procedimento* administrativo (sem envolver qualquer espécie de litígio) que deva voltar-se à busca da verdade material. O que ocorre é que, na primeira hipótese, tal direito será um dos elementos integrantes do contraditório. Já na segunda, será um elemento imprescindível à busca da verdade material e como tal será obrigatório em qualquer *procedimento* que possua nessa busca um objetivo que lhe seja inerente.

E é exatamente essa a hipótese do *procedimento* administrativo de fiscalização que, como vimos no Capítulo II, decorre do chamado exercício do poder de polícia e, desse modo, pode envolver a prática de atos restritivos de liberdade e de propriedade dos administrados, desde que – evidentemente – em conformidade com a lei.

Aliás, tratando especificamente da importância desse *direito de ser ouvido* no *procedimento* administrativo em que possam vir a ser afetados direitos subjetivos ou *interesses legítimos* do particular envolvido, Héctor Jorge ESCOLA já teve a oportunidade de averbar:

“Direito de ser ouvido – É evidente, e assim se aceita, que todo administrado deve possuir a oportunidade de ser ouvido, no curso de um procedimento administrativo que de qualquer modo o envolva, afetando seus direitos subjetivos ou seus interesses legítimos. Este direito consiste, em essência, na possibilidade de que o administrado possa fazer escutar suas razões e alegações, em momento oportuno, em face do órgão administrativo correspondente, direito do qual poderá usar sem mais limitações que as que resultem impostas pelo decoro e boa ordem do procedimento.”¹⁸⁶

¹⁸⁵ Não é todo e qualquer *procedimento* administrativo, portanto, que deve atender ao *direito de ser ouvido* do particular. Há atividades administrativas que realmente não necessitam e sequer admitem a participação do interessado. Nesse sentido, Romeu Felipe BACELLAR FILHO: “... isto não implica dizer que todo procedimento administrativo, em um Estado Democrático de Direito, deva garantir a participação do interessado. A processualização não atinge todo o exercício da competência administrativa. Contudo, a institucionalização desta exigência pelo sistema jurídico permite graduar a extensão democrática do Estado” (*Princípios Constitucionais do Processo...*, ob. cit., p. 134).

¹⁸⁶ Tradução livre. No original: “Derecho a ser oído – Es evidente, y así se acepta, que todo administrado debe tener la oportunidad de ser oído, en el curso de un procedimiento administrativo que de cualquier modo lo involucre, afectando sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos. Este derecho consiste, en esencia, en la posibilidad de que el administrado pueda hacer escuchar sus razones y alegaciones, en momento oportuno, ante el órgano administrativo correspondiente, derecho del cual podrá usar sin más limitaciones que las que resulten

Assim, não temos dúvidas ao afirmar que, em casos como o *procedimento* administrativo de fiscalização, ainda que não haja contraditório, subsiste o *direito de ser ouvido* como elemento indispensável à busca da verdade material. É essa a idéia central do nosso trabalho e que passamos a desenvolver especificamente no próximo tópico.

IV.2 – O Direito de Ser Ouvido no Procedimento Administrativo de Fiscalização

Afirmamos por diversas vezes nesse trabalho, sobretudo nas reflexões feitas no corpo do Capítulo II, que somente as relações jurídicas envolvendo litigantes ou acusados devem respeitar as garantias da ampla defesa e do contraditório, inclusive por uma questão de pertinência lógica com as delimitações conceituais que fizemos acerca dessas garantias constitucionais e com as próprias figuras de *litigantes, lide e acusados*.

Deveras, naquela oportunidade afirmamos que utilizamos os termos (i) *litigantes* para designar os *titulares de interesses conflitantes* e (ii) *lide* para a relação entre os litigantes posta à apreciação de um Órgão investido na função judicante, caracterizada pela pretensão resistida. Nenhuma dessas duas figuras, portanto, podem ser encontradas naquilo que entendemos por *procedimento* administrativo.

Contudo, o que acabamos de afirmar no tópico acima é que, embora não possa contar com o amplo contraditório, a parte envolvida no *procedimento* administrativo de fiscalização possui o *direito de ser ouvida*.

Analisemos a questão com mais detenção e vagar.

No capítulo anterior vimos que o *procedimento* de fiscalização encerra atividade administrativa rigidamente vinculada à lei, que tem por objeto justamente a verificação – pelo agente público – do seu fiel cumprimento, pelos particulares.

impuestas por el decoro y buen orden del procedimiento” (*Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Editora Depalma, 1981).

E considerando que em última análise essa verificação tem por objeto apenas a busca da verdade material e que no regular desenvolvimento dessa busca não há espaço para atos que não sejam vinculados à lei¹⁸⁷, não vemos sequer como se configurar uma contraposição de interesses entre ambas as partes.

Isso porque, como visto, se verificada a ocorrência de algum ato praticado pelo particular em desconformidade com a legislação de regência, deve ser imposta a consequência prevista em lei. Se, por outro lado, concluir-se pelo fiel cumprimento à lei pelo administrado, encerra-se o *procedimento*, sem maiores consequências. Não há uma terceira alternativa nessa relação jurídica estabelecida entre ente fiscalizador e particular fiscalizado¹⁸⁸. E tratando-se de atividade vinculada à aplicação objetiva da lei, não existe a possibilidade de insurgência por nenhuma das partes contra essa aplicação.

Podemos afirmar, assim, que não há sequer interesses contrários no *procedimento* de fiscalização. De um lado, o agente público deve apenas aplicar as disposições legais que regem a sua atividade fiscalizatória, a fim de verificar se o interesse público tutelado está sendo atendido. De outro, se tiver agido em conformidade com a lei, ao particular só restará cooperar com a fiscalização para demonstrar a regularidade de seus atos.

Nesse sentido, Paulo de BARROS CARVALHO é enfático ao afirmar que “a legalidade que deve presidir a celebração e anexação dos atos, no quadro procedimental, não vem em favor ou detrimento de qualquer das partes, antes pressupõe o objetivo cardeal de efetivar os comandos legais, nos seus precisos e estritos termos.”¹⁸⁹

Na mesma linha de entendimento, novamente reproduzimos o pensamento de Alberto XAVIER, cujas considerações, apesar de fazerem referência especificamente ao procedimento tributário, valem para todo e qualquer procedimento administrativo de fiscalização:

“Sendo parte imparcial ou órgão de justiça, o Fisco não exprime um interesse em conflito ou contraposto ao do particular, contribuinte. E,

¹⁸⁷ Exceção feita aos atos de conteúdo discricionário que eventualmente possam vir a surgir, desde que as decisões dele decorrentes sejam igualmente válidas juridicamente. Para melhor análise do tema, verifique-se o Capítulo III desse estudo, tópico III.1.

¹⁸⁸ Aplica-se aqui o princípio do terceiro excluído, desenvolvido pela chamada Lógica Alética.

¹⁸⁹ *Procedimento Administrativo Tributário*, in Revista de Direito Tributário ns. 9/10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, pp. 282-283.

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 colaboração para a descoberta da verdade material.”¹⁹⁰

Novamente foi muito feliz o autor. Como vimos no capítulo anterior, é justamente no âmbito dessa atividade disciplinada de colaboração para a descoberta da verdade material que se desenvolve o procedimento administrativo de fiscalização. Ambos, Administração e administrado, devem cooperar mutuamente nessa busca, exaurindo todas as possibilidades de verificação acerca do fiel cumprimento da lei.

E essa mútua cooperação – repita-se mais uma vez – realmente não se confunde com o amplo contraditório, encontrado apenas no *processo*. Todavia, como mencionamos logo acima, embora *procedimentos* como o fiscalizatório não estejam qualificados pela presença dessa garantia constitucional, no seu regular desenvolvimento deve ser procedida uma profunda investigação regida pelo chamado *princípio inquisitório*, combinada com a apreciação dos fatos reconstruídos na busca da verdade material. Mais uma vez socorremo-nos da lição de Alberto XAVIER:

“O procedimento tributário de lançamento tem como finalidade central a investigação dos fatos tributários, com vista à sua prova e caracterização; respeita à *premissa menor* do silogismo de aplicação da lei.

Como, porém, proceder à investigação e valoração dos fatos?

A este quesito a resposta do Direito Tributário é bem clara. Dominado todo ele por um princípio de legalidade, tendente à proteção da esfera privada contra os arbítrios do poder, a solução não poderia deixar de consistir em submeter a investigação a um *princípio inquisitório*, e a valoração dos fatos a um *princípio da verdade material*.”¹⁹¹

Como também já afirmamos, é justamente na tentativa de reconstruir a verdade dos fatos investigados que o agente público fiscalizador está obrigado a (possui, portanto, o *dever-poder* de) esgotar todos os meios de investigação que lhe são disponíveis, a fim de chegar o mais próximo possível da real essência dos atos praticados pelo particular/fiscalizado.

¹⁹⁰ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 160

¹⁹¹ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 121

E não temos nenhuma dúvida ao afirmar: um dos meios de investigação indispensáveis à busca dessa verdade material, como medida imprescindível à atividade de fiscalização, é justamente a oitiva do administrado. A não ser que ela seja impossível ou negada ao agente público¹⁹², este deve – sempre, necessariamente – intimar¹⁹³ o particular para se manifestar no decorrer do procedimento, indagando-o amplamente acerca das circunstâncias relacionadas à matéria investigada.

Ninguém melhor do que ele – particular – possui condições de fornecer subsídios à fiscalização acerca das peculiaridades e circunstâncias concernentes aos fatos fiscalizados. E não basta – frise-se – a simples apresentação de documentos, há de se requerer explicações, esclarecimentos, exigir respostas às dúvidas, tudo na tentativa de se chegar à perfeita compreensão acerca daqueles fatos.

Em suma, após todo o caminho que trilhamos no decorrer desse estudo, o que concluímos é que, segundo pensamos, não há como proceder-se à busca da verdade real no procedimento administrativo de fiscalização sem ouvir o fiscalizado.

Amparando essa nossa conclusão, Geraldo ATALIBA é enfático acerca da necessidade de participação dos particulares nessa busca da verdade material investigada por meio do procedimento administrativo:

“Pois bem, se o procedimento administrativo é participativo e se supõe uma real limitação do processo judicial, da melhor maneira possível e o contribuinte é chamado a participar, dando sua contribuição com suas razões e alegações, suas provas e documentos, para que a Administração forme sua vontade, neste caso desde que haja evidente,

¹⁹² Ao se referir à obrigatoriedade de se ouvir o contribuinte no procedimento administrativo de fiscalização tributária, Ruy BARBOSA NOGUEIRA afirma: “Mas, na verdade, no lançamento de qualquer tipo de tributo são necessários esclarecimentos do contribuinte e a autoridade lançadora só abre mão dessa colaboração quando negada ou impossível” (*Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Resenha Tributária, 1973, p. 172).

¹⁹³ O *direito de ser ouvido*, tal qual o concebemos, depende ontologicamente dessa prévia intimação. Em regra não se pode exercê-lo sem que seja dada a oportunidade ao particular, mesmo porque o procedimento administrativo tem uma natureza investigativa e caberá ao agente público, dentro do que prevê a lei, verificar o momento adequado para essa oitiva. Como já dissemos, o direito de ser ouvido não encerra apenas o direito de falar nos autos, mas vai além, exigindo a detida análise do que foi falado. Daí porque consideramos importante que seja realmente aberta de ofício essa oportunidade ao particular (via intimação) para o seu exercício, pois o que se pretende é a mútua cooperação na busca da verdade objetiva. Isso não quer dizer que esse mesmo *direito de ser ouvido* não possa vir a ser forçadamente exercido pelo direito de petição, mas essa é uma hipótese excepcional, que será melhor analisada no tópico final desse Capítulo, inclusive porque poderá levar a conseqüências mais relevantes (como veremos, numa verdadeira conversão do *procedimento* não litigioso em processo). Em regra, portanto, acreditamos que essa intimação da Administração para o particular está umbilicalmente relacionada ao correto atendimento ao *direito de ser ouvido*.

completa, irrestrita, total, incensurável, equânime participação do administrado e ele deixe esgotar determinados prazos ou omita-se no exercício da faculdade de aduzir provas, trazer argumentos etc., na formação do procedimento administrativo.”¹⁹⁴

E para nós, desse dever da Administração de ouvir os interessados no procedimento de fiscalização, decorre, em contrapartida, o direito de ser ouvido (ou *opportunity to be heard*, como se refere parte da doutrina) que estudamos no tópico anterior.

Deveras, caso não seja dada oportunidade ao administrado para manifestar-se previamente no procedimento de fiscalização, jamais serão esgotados os meios de investigação exigidos para uma profunda busca da verdade material. E essa busca, como já visto, revela-se absolutamente necessária em uma atividade fiscalizatória, a qual se encontra absolutamente cingida ao devido processo legal considerado em sua acepção substancial, na medida em que pode implicar prática de atos restritivos da liberdade e da propriedade dos particulares.¹⁹⁵

Os exemplos das hipóteses em que esta oitiva do particular demonstra-se imprescindível para a busca da verdade material são inúmeros. Devemos compreender inclusive que, tendo em vista o impressionante estágio atual de desenvolvimento tecnológico e industrial a que chegamos, é humanamente impossível exigir-se dos agentes públicos fiscais que conheçam todas as técnicas e as especificidades dos processos produtivos e atividades operacionais hoje existentes.

¹⁹⁴ *Princípios Constitucionais em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Tributário n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 131. Embora o autor faça menção a *contribuintes*, sua lição pode ser aplicada aos *particulares* em geral, participantes de todo e qualquer *procedimento* administrativo de fiscalização. Ainda a respeito do tema da participação dos interessados no procedimento administrativo, verifique-se trabalho de Sérgio de André FERREIRA, que assim tratou a questão acerca da participação do administrado na fase instrutória do processo administrativo disciplinar: “Com efeito, tal como ocorre com o processo do Júri, a evidência obtida no ‘iudicium accusationis’ é definitiva e o acusado deve estar, obrigatoriamente, presente à sua produção. É irrelevante o fato de o poder ele, na fase de defesa, reinquirir testemunhas e requerer diligências, tanto assim que isto também ocorre no processo criminal (art. 421, e respectivo parágrafo único, do CPP) e, de qualquer modo, da instrução da causa o acusado participa. Há, aliás, uma razão importante para que tal ocorra: com sua atuação na fase instrutória, visa o acusado a evitar a pronúncia, no processo criminal, e a indicição, no procedimento administrativo, porquanto a primeira e a segunda acarretam ônus, limitações etc., constituindo, por si mesmos, pesadas sanções” (*A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar*, in Revista de Direito Público n. 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972).

¹⁹⁵ Vale citar, para aprofundamento bibliográfico acerca do tema, o interessante estudo do ilustre professor do Rio de Janeiro Sérgio FERRAZ, denominado *Instrumentos de Defesa do Administrado*, em que se proclama a necessidade de “participação do administrado em todas as facetas da atividade pública, ou seja, a participação na

Assim, para se saber ao certo se determinada empresa está – por exemplo – utilizando os meios adequados para controle de emissor de poluentes, ou se obras de construção civil estão respeitando as normas técnicas de procedimentos e materiais empregados, é necessário mais do que um exame unilateral por parte do agente fiscal. É necessário que se intime o particular para que ele explique exatamente os procedimentos técnicos adotados, com esclarecimentos amplos e na profundidade necessária à perfeita compreensão dos fatos verificados por aquele agente. Esses pedidos de esclarecimentos devem ser inclusive reiterados e pormenorizados quantas vezes bastem para que não reste nenhuma dúvida acerca dos pontos investigados.

Por outro lado, não é porque uma ou outra matéria fiscalizada possa ser de natureza técnica mais simples que não se deve exigir da mesma forma a prestação de esclarecimentos pelo administrado. Na verdade, seja qual for a atividade objeto de investigação, o particular tem o direito de ser ouvido e expor – ainda que de forma sucinta, caso o assunto seja realmente simples – as razões que o levaram a proceder de tal ou qual forma ou ainda o porquê de acreditar que seus procedimentos estão de acordo com a legislação aplicável.

Pensemos, ainda, na hipótese de uma fiscalização ambiental que tenha por objeto a verificação do cumprimento de normas relativas à criação de animais silvestres em cativeiro sob permissão. Não basta ao agente fiscal comparecer fisicamente à área de criação para concluir se os particulares fiscalizados estão adimplindo corretamente as suas obrigações. É necessário saber exatamente como esses animais estão sendo tratados, os tipos de medicação e alimentos que estão sendo empregados, etc. E é evidente que nenhuma dessas informações poderá ser obtida sem que esses particulares sejam amplamente indagados e sem que eles prestem todos os esclarecimentos necessários à perfeita solução das dúvidas pertinentes à matéria fiscalizada.

Do mesmo modo ocorre com a fiscalização de órgãos de qualidade quando analisam a composição técnica de produtos postos à venda para consumo no varejo. É necessário conhecer profundamente o modo de produção, saber quais as técnicas de conservação empregadas e quais são as informações específicas concernentes a cada componente utilizado

na manufatura desses itens, para só então ser possível concluir, por exemplo, se a saúde pública está ou não sendo posta em risco, ou se os direitos do consumidor estão sendo respeitados. E em todos esses casos, acreditamos ser impossível conhecer de forma realmente detalhada a verdade sobre o processo produtivo fiscalizado, se não for aberta ao particular a possibilidade de expor suas razões, sejam elas quais forem.

Lembramos, ainda, dos casos de fiscalização de trânsito em que os meios empregados hoje são, no mais das vezes, automatizados. Esses recursos técnicos, se por um lado podem gerar uma maior segurança com relação à efetividade dos atos fiscalizatórios, podem também levar a erros insuscetíveis de identificação em um processo mecanizado. Pode haver enganos, por exemplo, com os chamados veículos “dublê”, em que o infrator utiliza-se de placas falsas em seu veículo com características similares às do veículo correspondente à placa verdadeira (modelo, cor, etc.).

Nesse caso, o procedimento automático de se aplicar a penalidade apenas com base no registro e/ou fotografia das placas levaria fatalmente à imputação de penalidade ao particular que não cometeu a infração. Contudo, se for dada a oportunidade de prévia manifestação ao fiscalizado, ser-lhe-á possível apresentar elementos que poderão eventualmente ilidir sua responsabilidade, como, por exemplo, comprovações de quaisquer naturezas no sentido de que o seu veículo não se confundia com o veículo do verdadeiro infrator.

Nesse contexto, é interessante notar que, para se evitar nulidades dessa espécie na prática do ato administrativo de imposição de penalidade em fiscalizações de trânsito, a Resolução n. 149 de 2003 do Conselho Nacional de Trânsito¹⁹⁶ permite a apresentação de uma manifestação prévia, pelo particular notificado da suposta infração cometida, para que ele indique eventuais vícios evidentes da notificação, desde que esses vícios digam respeito justamente à divergência de informações apontadas na autuação, tais como marca, modelo, espécie e cor do veículo, ou mesmo na identificação de locais e vias inexistentes. E só no caso desses vícios não serem verificados pela autoridade de trânsito, será aplicada penalidade ao

¹⁹⁶ Com fundamento no artigo 280, parágrafo único, inciso I do Código de Trânsito Brasileiro, cuja redação é a seguinte: “Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível. Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente: I - se considerado inconsistente ou irregular”.

administrado, momento a partir do qual será instaurado o *processo* administrativo, com as respectivas garantias constitucionais de defesa.¹⁹⁷

Assim, no exemplo acima do veículo “dublê” conter alguma característica diferente do veículo do particular notificado, haverá uma oportunidade prévia à imposição de penalidade para que o particular esclareça que o seu veículo não é aquele constante da notificação recebida.

Não se trata, portanto, de exercício de direito de defesa¹⁹⁸ pelo administrado notificado, pois caso ele deseje tecer qualquer outra argumentação pertinente ao mérito da autuação só poderá fazê-lo por meio de recurso administrativo, que inclusive tem prazo previsto em lei distinto do aplicável àquela manifestação prévia.¹⁹⁹ Esta previsão, conforme pensamos, não deixa de ser uma efetiva atenção ao direito do particular de *ser ouvido*, a fim de que ele participe e coopere (ainda que de forma singela) com o *procedimento* de fiscalização, para que, por meio de seus esclarecimentos, possa evitar a instauração de um *processo* desnecessário ou mesmo a lavratura de uma autuação que posteriormente (pelo efetivo exercício de defesa) poderá vir a ser anulada por conta do reconhecimento daqueles mesmos vícios.

O que percebemos em todos os casos práticos trazidos acima é que, como condição de eficiência para o procedimento de investigação, deve haver uma mútua cooperação entre agente fiscal e fiscalizado. Lembre-se que, como visto, não existem interesses contrapostos nessa espécie de atividade administrativa. As duas partes têm – ou devem ter – apenas o interesse de que a legislação de regência seja cumprida. Assim, qualquer falha no

¹⁹⁷ Essa questão da instauração do *processo* administrativo será melhor analisada no último tópico desse Capítulo. Sobre a garantia do direito de defesa no *processo* que se instaura após a apresentação de recurso pelo particular penalizado pela autoridade de trânsito, verificamos a previsão expressa do Código de Trânsito Brasileiro que, em seu artigo 265, embora reporte-se especificamente a penas mais graves, evidentemente também é válida para qualquer insurgência por parte do administrado autuado: “Art. 265. As penalidades de suspensão do direito de dirigir e de cassação do documento de habilitação serão aplicadas por decisão fundamentada da autoridade de trânsito competente, em processo administrativo, assegurado ao infrator amplo direito de defesa.”

¹⁹⁸ Embora o referido ato normativo faça menção à “defesa” pelo particular notificado, acreditamos que a mera notificação da autuação, que antecede a notificação da penalidade, ainda faz parte do *procedimento* administrativo de fiscalização, o qual se dá em momento prévio ao *processo* administrativo. Este, por sua vez, só será instaurado com o ato de imposição de multa e com a posterior irrisignação do administrado.

¹⁹⁹ Nos termos da referida Resolução 149/2003 do CONTRAN, o prazo para essa manifestação é de 15 dias, enquanto o prazo para “recurso” contra a imposição de penalidade é de no mínimo 30 dias (artigo 282, § 3º do Código de Trânsito Brasileiro).

conhecimento do agente público acerca da matéria fiscalizada poderá gerar uma lesão de direito a uma das partes, seja do Estado (em que o interesse público tutelado pode não estar sendo devidamente atingido), ou seja do particular (caso ele tenha cumprido com os ditames legais e por falta de adequada investigação o agente público esteja considerando atos ilícitos que na verdade não foram cometidos).

É justamente nesse dever de mútua cooperação para o mais perfeito conhecimento da verdade material que reside a maior importância do *direito de ser ouvido* no procedimento administrativo de fiscalização.

Como vimos no tópico anterior, não se trata – esse *direito de ser ouvido* – de uma defesa prévia do administrado. Não há que se falar em defesa (mesmo porque não há litígio ou acusação), mas apenas em *esclarecimentos necessários à reconstrução da verdade dos fatos*.

Mais uma vez é Alberto XAVIER quem desfaz toda e qualquer confusão que possa surgir entre essa necessidade da oitiva dos administrados e o amplo contraditório. Reportando-se ao que chama de *direito de participação* dos interessados no procedimento de fiscalização tributária, ele aduz:

“A verdade é que no âmbito do procedimento administrativo de lançamento, propriamente dito, o contribuinte é apenas titular de *direitos de participação procedimental* tais como o direito de ser comunicado oficiosamente do início do procedimento; o direito de consulta dos atos procedimentais, o direito de apresentar memorandos e documentos; e o direito a requerer diligências instrutórias nos casos previstos em lei.

Estes direitos de participação procedimental não são suficientes para caracterizar a existência de um princípio contraditório no procedimento administrativo de lançamento, pois nele estão ausentes as suas características essenciais: a posição paritária das partes e o método dialético na investigação e na tomada da decisão.

(...)

Pressupondo este princípio uma igualdade tendencial das partes, não poderia revelar-se em toda a sua plenitude num processo não jurisdicional, como é o procedimento administrativo de lançamento, em que a Administração fiscal é simultaneamente parte e órgão imparcial de

aplicação do direito, a quem incumbe o dever primário de descoberta da verdade material.”²⁰⁰

Pois bem, todo esse longo – porém necessário – caminho que traçamos até aqui tem como único escopo sustentar nossa afirmação no sentido de que *em todo e qualquer procedimento de fiscalização a Administração Pública tem o dever – em contrapartida ao direito subjetivo do particular – de ouvir o fiscalizado, em atenção ao princípio da busca da verdade material, exigência esta que decorre, em última análise, do devido processo legal compreendido em sua dimensão substancial.*

Assim, apesar de não incidir o chamado *amplo contraditório* (artigo 5º, LV da Constituição da República) nessa espécie de *procedimento* administrativo, o dever de investigar profundamente a atividade dos particulares fiscalizados envolve também o dever de ouvi-los. E a esse dever da Administração corresponde – repita-se – o respectivo direito subjetivo do administrado de *ser ouvido*.

Trata-se, portanto, o *direito de ser ouvido*, de uma decorrência direta de outro princípio constitucional de abrangência ainda maior do que o do contraditório, qual seja o *devido processo legal* (artigo 5º, LIV) interpretado em seu âmbito substancial.²⁰¹

Interessante notarmos que esse direito dos administrados de serem ouvidos, embora não deva ser confundido com a garantia do contraditório, quando exercido no decorrer de um *processo* propriamente dito (litigioso, portanto), encerra *parte* dessa garantia, conforme demonstramos no tópico anterior. Daí concordarmos mais uma vez com Alberto XAVIER, quando ele afirma que no *procedimento* administrativo de fiscalização vigora na verdade um *contraditório mitigado* ou um *contraditório enfraquecido*.²⁰²

Realmente, tendo em vista que consideramos o amplo contraditório como uma soma de vários atributos empregados no desenvolvimento dialético do *processo*, dentre os quais

²⁰⁰ Idem, pp. 166-167.

²⁰¹ Para verificação da forma com que o Supremo Tribunal Federal vem tratando questões vinculadas à discussão, remetemos ao Anexo desse trabalho.

²⁰² “Em conclusão do que se expôs, pode afirmar-se que, apesar de o princípio do contraditório não vigorar no procedimento administrativo de lançamento, a tendência para o reforço dos direitos de participação procedimental, inspirada por aquele princípio, permite afirmar a existência de um ‘contraditório mitigado’ ou de um ‘contraditório enfraquecido’” (*Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 168).

encontra-se o direito de ser ouvido, podemos concluir que apesar daquela garantia mais ampla não ser aplicável ao *procedimento* de fiscalização, ao menos um dos seus elementos integrantes deve ser respeitado. Daí porque consideramos feliz a expressão empregada pelo autor português, no sentido de que no procedimento de fiscalização encontra-se um dos elementos que, se estivesse inserido em um *processo* (qualificado pela litigância), representaria realmente uma *parcela* daquele amplo contraditório (consubstanciada justamente no direito da parte de ser ouvida).

Contudo, cumpre ressaltar mais uma vez que o fundamento de validade para se exigir que o *direito de ser ouvido* esteja presente no *procedimento* de fiscalização não está no direito de defesa (já que não há conflito de interesses a justificá-lo), mas sim na necessidade de se atender à busca da verdade material, que, por sua vez, decorre de sua vinculação (dele, procedimento) à lei e ao devido processo legal substantivo.

Assim, não é porque o *procedimento* de fiscalização deve obedecer a esse *direito de ser ouvido* do particular que ele perde sua característica de não litigioso; pelo contrário, o que afirmamos é que, embora desenvolvida no âmbito de um procedimento e não – necessariamente – de um *processo* (sem, portanto, envolver litigância ou acusação), a atividade de fiscalização deve contar com a oitiva do particular como elemento necessário àquela busca da verdade objetiva, em decorrência do devido processo legal substantivo (já que se trata de *procedimento* vinculado à lei e cujo desenvolvimento pode envolver a prática de atos restritivos da liberdade e da propriedade, decorrentes do chamado poder de polícia).

Dessa forma, sejam quais forem os termos e designações adotados, acreditamos que o mais importante é termos a consciência de que, no procedimento de fiscalização tendente à constituição do crédito tributário por meio do lançamento, há um dever por parte da fiscalização de convocar a participação do fiscalizado, em contrapartida ao direito subjetivo desse último de se manifestar livremente e fornecer a maior gama possível de subsídios à Administração Pública, que só assim estará devidamente guarnecida e preparada para o exercício da busca da verdade objetiva, inerente à sua atividade fiscalizatória.

Lembramos, nesse ponto, que no Capítulo primeiro desse estudo analisamos a chamada dimensão material do *devido processo legal* e concluímos que essa nova construção

conceitual tem como principal mérito possibilitar, por meios admitidos em direito, uma maior atenção aos princípios mais comezinhos da Justiça (tal como positivamente qualificada).

Vimos, assim, que além dos princípios da legalidade e da igualdade, são inerentes ao devido processo legal substantivo a razoabilidade e a proporcionalidade, critérios que devem nortear qualquer atividade de aplicação e interpretação das normas jurídicas. Nesse sentido, não atendem ao devido processo substancial interpretações *contra-legem* ou das quais decorra um tratamento anti-isonômico, desarrazoado ou desproporcional.

Do mesmo modo, considerando que também decorre do devido processo legal substancial o chamado princípio da eficácia ou da eficiência, que atualmente encontra inclusive previsão expressa no texto constitucional em relação à Administração Pública²⁰³, acreditamos serem violadores daquela cláusula quaisquer atos administrativos que não dêem eficácia ao comando normativo em que tais atos estão fundamentados.²⁰⁴

É mais uma vez de GORDILLO a afirmação precisa acerca da vinculação desse *direito de ser ouvido* à busca da Justiça e também da eficácia da Administração, ambas decorrentes do devido processo legal analisado no seu âmbito substancial:

“O princípio de ouvir ao interessado antes de decidir algo que vá afetá-lo não é somente um princípio de justiça: é também um princípio de eficácia; porque inquestionavelmente assegura um melhor conhecimento dos fatos e portanto ajuda a uma melhor administração, além de uma decisão mais justa.”²⁰⁵

Em face dessas considerações, concluímos que, tão ou mais importante do que termos a certeza de que todo e qualquer *procedimento* administrativo de fiscalização deve respeito ao *direito de ser ouvido*, também devemos ter a exata percepção de que essa prerrogativa dos

²⁰³ A professora Lucia Valle FIGUEIREDO comenta a obviedade do texto constitucional (artigo 37, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.98), ao prever expressamente o princípio da eficiência da Administração Pública: “Ao que nos parece, pretendeu o ‘legislador’ da Emenda 19 simplesmente dizer que a Administração deveria agir com eficácia. Todavia, o que podemos afirmar é que sempre a Administração deveria agir eficazmente. É isso o esperado dos administradores.” (*Curso de Direito Administrativo*, ob. cit., p. 63).

²⁰⁴ Lembrando que, conforme acreditamos, todo ato administrativo possui caráter complementar à lei. Verifique-se, a propósito, nosso conceito de ato administrativo elaborado no item II.1 do Capítulo segundo desse trabalho.

²⁰⁵ Tradução livre. No original: “El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar no es solamente un principio de justicia: es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión” (*La Garantía de Defensa como Principio...*, p. 19).

particulares guarda relação direta com o *devido processo legal* constitucionalmente assegurado, razão da absoluta invalidade de todo e qualquer ato administrativo que não lhe dê guarida.

IV.3 O Direito de Ser Ouvido no Procedimento de Fiscalização Tributária

Assim como as demais espécies de procedimentos de fiscalização, o de natureza tributária encerra atividade administrativa absolutamente obrigatória e vinculada à lei.

E do mesmo modo com que ocorre com esses outros tipos de procedimento, no tributário não se configura uma contraposição de interesses entre as partes componentes da respectiva relação jurídica. Assim como pagar tributo configura-se uma prestação compulsória (artigo 3º do Código Tributário Nacional), é igualmente compulsório à Administração tributária constituir o crédito tributário por meio do lançamento no caso de ser verificada a ocorrência do fato jurídico tributário.²⁰⁶

Daí porque, no procedimento de fiscalização tributária também não há espaço para intervenção de vontade por nenhuma das partes e nem tampouco possibilidade de insurgência com relação ao bem público tutelado (no caso, o próprio orçamento público, atualmente composto majoritariamente da arrecadação de receitas tributárias).

Entendemos equivocado, portanto, admitir-se a hipótese de haver interesses conflitantes na relação jurídica tributária estabelecida entre fisco e contribuinte. Caso contrário, deveríamos assumir que todo contribuinte é, por natureza, um detentor de interesse contrário ao do Estado, pelo simples fato de possuir o dever de pagar tributo. Não nos parece essa a concepção mais correta, pois o interesse de ambos – numa acepção estritamente jurídica, sem margens para divagações de ordem econômica ou social – é de que o tributo seja pago, mas apenas se – e somente se – tenha havido a subsunção do fato concreto à hipótese legal.

²⁰⁶ Nesse sentido, José Souto Maior BORGES afirma ser “um dever-poder da Administração o exercício das faculdades em que se traduz a competência para lançar o tributo. Precisamente porque ao não-exercício do lançamento é cominada a pena de responsabilidade funcional” (*Lançamento Tributário*, ob. cit., p. 184).

A propósito, acerca dessa distinção entre os supostos diferentes “interesses” dos particulares e do erário, Alberto XAVIER comenta a existência, nessa relação, de um interesse *formal* ou *financeiro* e um outro interesse *substancial de justiça*, que é o que nos interessa para análise jurídica da questão. E conclui o mestre:

“Encarada a realidade sob o primeiro ponto de vista, depara-se-nos um verdadeiro conflito ou contraposição de interesses, análogo a todo e qualquer conflito próprio das relações entre credor e devedor; vista pelo ângulo do interesse substancial, já não se descortina contraposição de interesses, mas uma atividade puramente objetiva na descoberta da verdade material, como pressuposto de uma correta aplicação da lei.”²⁰⁷

Ainda nesse mesmo sentido, citamos Carlos Ari SUNDFELD, para quem “o lançamento tributário é precedido, na terminologia do Código Tributário Nacional, de procedimento, o que parece adequado, eis que não se vislumbra qualquer conflito”.²⁰⁸

Efetivamente, por ser o procedimento que antecede o lançamento uma atividade vinculada e obrigatória, não há que se falar sequer em conflito de interesses. E não havendo conflito na relação travada entre Estado e contribuinte, não existem litigâncias ou acusações, ao menos na concepção que adotamos (enquanto, obviamente, não for manifestada insurgência pelo particular).

Por via de conseqüência, se não há a presença de litigantes ou acusados, impossível a configuração da lide, já que não há controvérsia a ser dirimida perante um Órgão Judicante, seja judicial ou administrativo. Daí porque concluímos que o procedimento de fiscalização tendente à constituição do crédito tributário não configura nenhum *processo* na acepção abrangida pelo artigo 5º, LV da Constituição Federal.

Em resumo: da mesma forma com que ocorre nas demais espécies de *procedimento* fiscalizatório, na área tributária também não se aplica a garantia do amplo contraditório (e

²⁰⁷ *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 155. Mais adiante, conclui o autor: “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 colaboração para a descoberta da verdade material” (idem, p. 160).

²⁰⁸ *A Importância do Procedimento Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 72.

concomitantemente da ampla defesa)²⁰⁹, por absoluta incompatibilidade lógica entre a própria natureza não litigiosa desse *procedimento* e o que entendemos por direito de defesa.²¹⁰

Não obstante, retomando as conclusões aduzidas anteriormente no sentido de que todo *procedimento* administrativo fiscalizatório tem por principal objetivo a busca da verdade material em razão da sua submissão ao devido processo legal substancial, afirmamos agora que um dos meios de investigação imprescindíveis à busca dessa verdade no procedimento de fiscalização tributária, como medida indispensável à preparação do lançamento, é justamente a oitiva do contribuinte.

Infelizmente, todavia, no exercício da advocacia contenciosa já tivemos a oportunidade de testemunhar muitos casos de lançamentos de créditos tributários evidentemente ilegais, cuja lavratura poderia ter sido facilmente evitada se uma única oportunidade de prévia manifestação fosse dada ao fiscalizado.

Recentemente, aliás, em razão da informatização dos órgãos da Administração Tributária (sobretudo da Secretaria da Receita Federal) tem sido extremamente comum a prática de cobranças com base na verificação automática de diferenças entre valores declarados e recolhidos pelos contribuintes. E considerando tratar-se de débito declarado e não pago, essas diferenças – encontradas por programas de computador – são diretamente inscritas em dívida ativa (para subseqüente cobrança executiva), sem prévio lançamento ou qualquer *procedimento* administrativo de fiscalização.

O que ocorre, porém, é que muitas vezes essas cobranças são indevidas e, caso fosse previamente garantida a oportunidade ao contribuinte de ser ouvido, ele poderia ter

²⁰⁹ Existe uma exceção, legalmente prevista, que apenas comprova a regra enunciada: trata-se da modalidade de lançamento por arbitramento, prevista no artigo 148 do Código Tributário Nacional. Não o abordaremos nesse estudo, mas devemos deixar claro que, por uma imposição legal (não decorrente do texto constitucional), essa parece ser a única hipótese de lançamento que deve ser precedida por contraditório. Para maior aprofundamento do tema, remetemos sempre à leitura de Alberto XAVIER (Do Lançamento: Teoria Geral do Ato..., ob. cit.), bem como o interessante estudo do Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Mário da Silva VELLOSO, *O Arbitramento em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Tributário n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

²¹⁰ Com a devida vênia, respeitamos – porém discordamos – daqueles que sustentam o contrário e vêem a aplicação do direito de defesa não apenas em *processos*, mas também em *procedimentos* que, a nosso ver, só podem contar com as garantias atinentes ao devido processo legal substancial. Para uma leitura específica sobre o tema, em que o autor (como o próprio nome de sua obra já indica) possui um ponto de vista divergente em

demonstrado facilmente a inexistência do crédito cobrado. Como exemplo, podemos citar a circunstância dessa diferença verificada ter decorrido de equívocos simples na indicação dos códigos de receita preenchidos na guia de recolhimento ou mesmo o fato do pagamento – integral – de um valor devido a título de um único tributo ter sido dividido em duas guias.²¹¹

Por outro lado, em muitos casos práticos sabemos que não é dado ao agente fiscal sequer compreender a atividade praticada pelos contribuintes, como por exemplo a função de determinados produtos ou mesmo a forma de funcionamento de certos serviços, sem que esses sejam ouvidos. Inclusive pela mesma razão já mencionada referente ao avançado estágio de progresso tecnológico a que chegaram nossas atividades econômicas, é realmente inviável exigir do auditor fiscal que ele conheça tudo o que se produz no país em termos de mercadorias e serviços.

Daí porque, verificamos até com certa freqüência a ocorrência de fiscalizações desidiosas e displicentes que, ao invés de indagarem amplamente o contribuinte acerca da natureza de suas atividades, acabam concluindo, por exemplo, pela preponderância da prestação de serviço em uma atividade industrial, quando um simples esclarecimento do fiscalizado bastaria para demonstrar que aquele serviço representava apenas um meio para a execução de uma das fases da confecção dos seus produtos. Contudo, quando se fala em tributos, uma simples diferença de interpretação fática como esta pode gerar uma enorme e inesperada contingência para a empresa fiscalizada.

E é comum também acontecer o oposto em casos em que, por exemplo, um agente da fiscalização estadual, interpretando que determinadas prestações de serviço deveriam ser tributadas pelo ICMS pelo simples fato de tais serviços envolverem fornecimento de bens, acaba por proceder ao lançamento de crédito tributário do imposto estadual supostamente não pago. Assim, também em hipóteses como esta, em que sequer se demanda um aprofundado conhecimento científico acerca da atividade verificada, podemos concluir que uma análise um pouco mais pormenorizada da operação, subsidiada pela oitiva do contribuinte, levaria

relação ao que pensamos, verifique-se *Procedimentos Fiscalizatórios e a Defesa do Contribuinte*. 2ª ed., Campinas: Copola, 2000, de Adelmo da Silva EMERENCIANO.

²¹¹ Por essas sutilezas, que não podem ser acusadas por programas mecânicos, é que defendemos a necessidade de que ao menos uma única oportunidade prévia de manifestação seja dada ao contribuinte fiscalizado, em qualquer hipótese. Não é justa e nem eficaz – indo de encontro, portanto, ao devido processo legal substantivo – essa opção do fisco usualmente verificada de se proceder primeiro à cobrança do particular para depois anulá-la.

facilmente à conclusão de que sua atividade não envolve genuína circulação de mercadorias (mas sim prestação de serviços, tributável apenas pelo ISS).²¹²

Em matéria de tributos incidentes no comércio exterior, também é rica a gama de exemplos em que ocorrem equívocos de interpretação dos fatos verificados por falta de oitiva do contribuinte. Muitas vezes os fiscais alfandegários não sabem – e sequer têm como saber – a função de produtos importados e/ou exportados e assim não têm como classificá-los para efeito de verificar a correta aplicação das inúmeras alíquotas, isenções ou reduções de base de cálculo existentes na legislação acerca da tributação por meio do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, Imposto de Importação – II, Imposto de Exportação – IE e até mesmo do ICMS.²¹³

Assim, é comum verificarmos também nessa área a lavratura, pela fiscalização alfandegária, de “autuações” para constituição de supostas diferenças de tributo em decorrência de classificação divergente considerada pelo agente fiscal, quando na verdade pode ter havido uma má compreensão dele – fiscal – sobre a função desse bem, ou até mesmo um desconhecimento sobre a existência de um benefício aplicável àquele determinado produto, erros esses que poderiam ser facilmente evitados se – repita-se – tivesse sido atendido o direito de ser ouvido do particular, sempre necessário à fiel investigação da natureza dos fatos jurídicos tributários.

São inúmeros os exemplos de vícios desse tipo em todas as áreas da atividade de fiscalização tributária, muito comuns inclusive no que diz respeito à interpretação acerca das

²¹² Aliás, se há divergência jurisprudencial até mesmo em determinadas hipóteses em que o contribuinte vai a juízo e discute amplamente a natureza de suas operações, o que dizer então de casos em que o fiscal sequer abre espaço para que esclarecimentos e explicações sejam prestadas? Nesse sentido, lembramos que durante vários anos se discutiu na jurisprudência se a confecção de serviços gráficos seria tributável pelo ISS ou pelo ICMS, justamente porque a fiscalização estadual exigia o imposto estadual sobre essa atividade, por entender que o meio físico da prestação desse serviço (no caso, o suporte da impressão) seria preponderante em relação ao próprio serviço. Felizmente a confusão foi desfeita e a matéria encontra-se hoje sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS.” (Súmula 156 do Superior Tribunal de Justiça).

²¹³ Unificando os critérios de classificação das mercadorias importadas, exportadas e vendidas no Brasil, foi criada a normatização chamada Tarifa Externa Comum – TEC (aprovada pelo Decreto n.º 1.343/94), que traz todas as normas do denominado *Sistema Harmonizado*, por meio de tabelas que classificam em detalhes as propriedades de cada produto e assim podem ser associadas a alíquotas, benefícios fiscais, reduções de base de cálculo e quaisquer outras menções que possam ser feitas pelo legislador tributário, quando lhe interesse individualizar produtos de acordo com suas características específicas.

chamadas obrigações acessórias, já que também muito técnicas e específicas são as regras que regem os procedimentos de escrituração contábil e fiscal utilizados atualmente.

Em qualquer caso, é sempre o contribuinte quem possui o mais completo conhecimento acerca das operações por ele realizadas. É ele quem melhor pode tecer explicações acerca da natureza dessas operações, ou mesmo a respeito do modo com que sua escrita fiscal foi procedida. E ainda que consideremos a possibilidade de que o contribuinte, por má-fé, tente manipular suas informações na tentativa de embaraçar o andamento do *procedimento* fiscal, ainda assim o agente público não pode recusar-se a ouvi-lo. Na pior das hipóteses, caso nenhum dos esclarecimentos auxilie o fiscal em sua investigação, caberá a ele simplesmente refutá-los – sempre de maneira fundamentada – e não acatá-los para efeito de apuração dos fatos efetivamente ocorridos.

Consideramos também exemplar um caso prático que tivemos a oportunidade de patrocinar e apenas por seu alto teor ilustrativo pedimos licença para reportá-lo: certa feita, uma empresa prestadora de serviços de construção civil estabelecida na Capital do Estado de São Paulo, havia tido alguns de seus pertences furtados, dentre os quais um talonário de notas fiscais em branco. Tomadas as providências exigidas por lei para cancelamento daquele talonário, juntamente com outros talonários de numeração inclusive anterior que ainda não haviam sido utilizados, a empresa acabou encerrando suas atividades e deu a devida baixa em suas inscrições perante as esferas municipal e federal.

Anos após, o representante legal dessa empresa recebeu via correio um “Auto de Infração e Imposição de Penalidade” emitido por agentes da fiscalização municipal de um pequeno município do interior do país, por meio do qual se exigia um suposto crédito tributário relativo ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. Esse crédito seria devido sobre serviços supostamente prestados a uma outra empresa sediada naquele município, sobre valores indicados em uma das notas fiscais daquele talão furtado.

Desnecessário dizer que na verdade foi aquela outra empresa quem cometeu o ato ilícito, escriturando indevidamente em sua contabilidade a despesa referente a um serviço inexistente indicado naquele documento inidôneo (como se a empresa autuada tivesse prestado o serviço, que nunca ocorreu).

Contudo, sem nenhuma investigação acerca da verdade dos fatos e nem mesmo uma única intimação para que a suposta devedora (no caso, a empresa autuada) se manifestasse nos autos daquele procedimento de fiscalização, os agentes da Prefeitura local preferiram proceder ao caminho mais fácil, porém absolutamente injustificado, de já constituir o crédito tributário – evidentemente inexistente – contra a empresa de São Paulo.

Além dos prejuízos desnecessários incorridos pelo particular (inclusive para contratação de advogados e viagens ao município longínquo e nunca dantes visitado), as despesas do próprio Município foram altas: movimentou-se a máquina estatal para a lavratura de um lançamento totalmente inválido, gerou-se gastos públicos com a instauração de um *processo* tributário nulo, enfim, uma série de atos administrativos foi emitida desnecessariamente, pela simples circunstância de não ter sido respeitado o direito do contribuinte de ser ouvido, pois por meio de esclarecimentos singelos acerca do ocorrido seria facilmente evidenciada a ausência de sua responsabilidade sobre os fatos investigados.

Infelizmente casos como esse têm se demonstrado cada vez mais freqüentes. E acreditamos que tanto nesse como em todos os outros exemplos trazidos acima, a falta de atendimento ao direito do contribuinte de ser ouvido macula o ato de lançamento de nulidade insanável, por violação à busca da verdade material que deve nortear toda a atividade de fiscalização tributária.

Deveras, analisando todo o arcabouço teórico que envolve o tema de forma cumulada com esses exemplos empíricos, podemos afirmar que nenhuma atividade de fiscalização procede de maneira adequada a essa busca da verdade material sem que o próprio contribuinte ou o responsável tributário seja intimado²¹⁴ a prestar esclarecimentos a respeito da matéria fiscalizada, em respeito ao seu *direito de ser ouvido*.

²¹⁴ Infelizmente não é esse, contudo, o entendimento do Conselho de Contribuintes (Órgão Judicante de segunda instância na esfera administrativa tributária federal), que, justamente por confundir o direito de ser ouvido com o contraditório, sempre sustentou a desnecessidade de intimação prévia do contribuinte ao lançamento tributário: “Sendo o procedimento de lançamento privativo da autoridade lançadora, não há qualquer nulidade ou sequer cerceamento do direito de defesa pelo fato de a fiscalização lavrar um auto de infração após apurar o ilícito, mesmo sem consultar o sujeito passivo ou sem intimá-lo a se manifestar, já que esta oportunidade é prevista em lei para a fase do contencioso administrativo” (1º Conselho de Contribuintes, Acórdão 103-10.196/90 DO 24.07.90). Para outras decisões mais recentes do Conselho de Contribuintes acerca da matéria, verificar o Anexo de jurisprudência desse trabalho. Contudo, como sustentamos, do caráter inquisitório do procedimento de

Ainda que alguns atos praticados no decorrer desse procedimento sejam absolutamente vinculados à lei, produzidos em massa ou até mesmo automatizados em razão dos modernos sistemas de informática que hoje aparelham os Órgãos administrativos de arrecadação tributária, entendemos ser absolutamente necessário que ao menos uma vez²¹⁵ – sempre em momento anterior ao lançamento²¹⁶ – seja aberta a possibilidade ao particular de apresentar seus esclarecimentos acerca do objeto fiscalizado.²¹⁷

Dessa forma, afirmamos com segurança que também no procedimento de fiscalização tributária, a Administração Pública tem o dever de ouvir o contribuinte (ou o responsável tributário, se for o caso), enquanto este possui o respectivo direito subjetivo de *ser ouvido*, em atenção ao princípio da busca da verdade material.

Dito em outras palavras, no decorrer dessa espécie de atividade administrativa, em que também não se aplica o *amplo contraditório*, a sujeição ao devido processo legal substancial faz com que a fiscalização seja obrigada a ouvir o contribuinte, pois só dessa forma será possível exaurir os meios de investigação necessários à verificação da subsunção do fato concreto à hipótese legal abstratamente prevista no antecedente da norma jurídica de tributação.

fiscalização *não* decorre a desnecessidade de intimação do interessado acerca dos atos procedimentais, pois o direito de ser ouvido deve ser respeitado para fiel execução da busca da verdade acerca dos fatos investigados.

²¹⁵ O limite mínimo é esse, que servirá para resolver casos bastante simples. Acreditamos não haver, porém, limite máximo, pois deverão ser abertas tantas oportunidades de se ouvir o particular quanto forem necessárias para o completo esclarecimento acerca dos fatos investigados.

²¹⁶ Pois a partir daí qualquer insurgência levará ao surgimento de um processo administrativo, como será visto no tópico seguinte.

²¹⁷ É outra a opinião de Alberto XAVIER acerca do assunto: “Difícilmente se concebe, na verdade, que o lançamento tributário deva ser precedido de uma necessária audiência prévia dos interessados. Duas razões desaconselham tal audiência: em primeiro lugar, o caráter estritamente vinculado do lançamento quanto ao seu conteúdo torna menos relevante a prévia ponderação de razões e interesses apresentados pelo particular do que nos atos discricionários; em segundo lugar, o fato de se tratar de um ‘procedimento de massas’, dirigido a um amplo universo de destinatários e baseado em processos tecnológicos informáticos, tornaria praticamente inviável o desempenho da função, se submetida ao rito de prévia audiência individual” (*Do Lançamento: Teoria Geral do Ato...*, ob. cit., p. 165). Ousamos discordar do grande mestre – cujas lições tantas vezes nos auxiliaram nesse trabalho – especificamente com relação a esse ponto. Em se tratando de um procedimento de fiscalização do qual possa decorrer um lançamento tributário, acreditamos ser absolutamente necessária a prévia oitiva do interessado, ainda que de forma sucinta e objetiva. Como buscamos ilustrar, na prática da advocacia contenciosa é comum verificar-se erros crassos cometidos pela fiscalização (inclusive por conta de falhas nos sistemas informatizados utilizados) que poderiam ser evitados, por exemplo, pela simples apresentação de guias de pagamento ou declarações retificadoras.

Em conclusão, no procedimento de fiscalização tendente à constituição do crédito tributário por meio do lançamento há um dever por parte da fiscalização de convocar a participação do fiscalizado, em contrapartida ao direito subjetivo desse último de se manifestar, fornecendo a maior gama possível de subsídios à Administração Pública, que só assim estará devidamente guarnecida e preparada para o exercício da busca da verdade objetiva, inerente à sua atividade de controle sobre a arrecadação tributária.

Toda essa análise está fundamentada naquilo que acreditamos ser o conteúdo substancial do *devido processo legal* constitucionalmente assegurado, ao qual – como vimos – está submetido qualquer procedimento administrativo de fiscalização, inclusive o de natureza tributária.

IV.4 – A “Conversão” do *Procedimento Administrativo* em *Processo Administrativo*

Por fim, como decorrência das premissas assumidas anteriormente, cumpre agora esclarecer que esse *direito de ser ouvido* como meio necessário à busca da verdade material pode dar lugar à ampla defesa e ao amplo contraditório (ambos constitucionalmente garantidos) sempre que se instaurar a relação litigiosa no decorrer do *procedimento administrativo de fiscalização*, em razão de uma contraposição de interesses conflitantes.

Dessa forma, no regular desenvolvimento de um *procedimento* de fiscalização, todo e qualquer ato praticado pelo fiscalizado que veicule sua insurgência com relação aos atos praticados pelo agente fiscal, colocando-os em posições antagônicas que importem na configuração de um litígio, terá o condão de instaurar uma verdadeira lide e, conseqüentemente, transformar o *procedimento* de fiscalização em efetivo *processo administrativo*, sujeito às mencionadas garantias constitucionais.

Ao tratar da questão do surgimento do *processo administrativo*, Hely Lopes MEIRELLES assim se manifesta:

“É a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Quando provém da Administração deve consubstanciar-se em *portaria, auto de infração, representação ou*

despacho inicial da autoridade competente; quando provocada pelo administrado ou pelo servidor deve formalizar-se por requerimento ou petição.”²¹⁸

Acatamos parcialmente a lição do grande administrativista para afirmarmos que, de acordo com o que acreditamos, no decorrer do *procedimento* administrativo é o administrado quem pode vir a fazer nascer o *processo*, com todas as garantias a ele inerentes²¹⁹. E o faz por meio do exercício do direito constitucional de petição, previsto no artigo 5º, XXXIV, “a”.

Assim, pensamos que não basta a existência do ato administrativo, seja ele *portaria*, *auto de infração*, *representação* ou quejandos, para que se verifique a existência de um *processo* propriamente dito, tal como o concebemos. Isso porque, se por meio desse ato administrativo forem impostos deveres aos particulares e esses concordarem com tais imposições e adimplirem as respectivas obrigações, não haverá pretensão resistida ou conflito de interesses a caracterizar a litigância.

Nesse contexto, suponhamos, por exemplo, que no regular exercício de uma atividade administrativa de fiscalização o agente público intime o responsável legal por um dado estabelecimento, para que ele apresente licença para a industrialização de determinados produtos alimentícios para consumo humano. Sem dúvida terá havido um ato administrativo – de fiscalização – impondo uma obrigação ao particular fiscalizado.

Se esse particular possuir a mencionada licença, bastará apresentá-la ao agente fiscal que, satisfeito pela conformidade da conduta do administrado com a exigência legal, deverá dar por encerrado o procedimento administrativo (se for somente esse o seu propósito). Nessa

²¹⁸ *O Processo Administrativo*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n. 7, São Paulo, 1975, p. 39.

²¹⁹ Lembrando que para nós a caracterização de *processo* está vinculada à presença de litigância, definida pela presença de conflito de interesses, o qual poderá ou não decorrer de uma acusação (caso envolva imputação de ato ilícito ao particular). Assim, conforme pensamos, apenas o particular instaura o *processo* administrativo, pois nos termos do artigo 5º, LV da Constituição a referência a “acusados em geral” (que inclusive deve ser interpretado amplamente e não apenas no sentido de haver uma acusação formal) pela Administração Pública não deve levar à conclusão de que a simples acusação faz nascer o *processo*, mas sim de que ela propicia (torna aplicável) o exercício da ampla defesa e do contraditório. Contudo, somente com o exercício efetivo de tais garantias pelo particular é que se poderá falar na existência de interesses contrapostos. Dessa forma, não acreditamos que a Administração pode, unilateralmente, instituir o *processo* tal como o concebemos, pois caso o particular abra mão do seu direito de defesa e reconheça expressamente o ilícito que lhe foi imputado, não restará caracterizada a pretensão resistida necessária à configuração do litígio.

hipótese, não terá se configurado nenhum conflito de interesses a caracterizar a existência de um *processo* (de acordo com a classificação que adotamos).

Seguindo no exemplo proposto, suponhamos ainda a hipótese de o particular não possuir a referida licença para industrialização de produtos alimentícios para consumo humano. Nesse caso, o agente fiscal poderá – desde que a lei o permita – abrir um prazo para que o particular obtenha a licença exigida e determinar que se suspenda a produção enquanto não o fizer. E por parte do administrado, ser-lhe-á possível reconhecer a necessidade da licença e, conformando-se com a obrigação que lhe foi imposta, tomar imediatamente as providências necessárias à obtenção daquele documento.

Nesse caso, como sói acontecer em inúmeras outras relações jurídicas, verificamos que também no *procedimento* administrativo de fiscalização pode dar-se a circunstância de que, uma vez adimplida a obrigação imputada a uma das partes, resolve-se a pendência antes que ela se torne um conflito; e, nesses casos, justamente por não haver conflito a ser dirimido, o Direito dá por encerrada a sua função de pacificador social, sem que seja preciso recorrer-se a uma terceira parte interventora/julgadora. O que se verifica com isso é que não há necessidade de se instaurar um *processo*, sujeito a elaboradas garantias constitucionais, só porque o Estado emitiu atos que, dentro da lei e de forma razoável e proporcional, podem representar restrições à liberdade ou à propriedade do particular.

É exatamente isso o que acontece diuturnamente quando, por exemplo, o estabelecimento comercial é intimado a reparar suas saídas de incêndio e o faz, ou ainda quando o proprietário do prédio de acesso ao público toma as medidas necessárias para adequá-lo a uma nova legislação que amplia o acesso aos deficientes físicos.

Indo além, ainda na hipótese imaginária que propusemos, poderá ocorrer de aquele administrado não cumprir a exigência dentro do prazo concedido. Nesse caso, agindo novamente em estrita vinculação à lei, não restará ao agente fiscal outra opção senão a de lavar a autuação e impor a sanção legal cabível ao particular faltoso.

E caso o particular reconheça a ilicitude de seu ato, ele deverá então proceder ao recolhimento da respectiva multa aos cofres públicos, além de tomar as providências

necessárias à obtenção da licença exigida. Verificamos ter havido aqui a efetiva subsunção do fato ilícito abstratamente previsto no antecedente da norma administrativa, com a conseqüente aplicação da sanção prevista no conseqüente dessa mesma norma (a autuação para aplicação de multa).

Nessa última situação, ainda que tenha havido uma acusação por parte da Administração (mediante a imputação de um ato ilícito), a circunstância de o particular não exercer o seu direito de defesa e reconhecer expressamente²²⁰ o ilícito cometido, deixando de resistir à pretensão do Estado e procedendo inclusive ao pagamento das penalidades aplicadas, não faz com que se converta o *procedimento* em *processo*, pois daquele ato administrativo acusatório (e concomitantemente de aplicação de penalidade) não decorreu nenhuma insurgência por parte do fiscalizado a representar um conflito de interesses²²¹. É esse também o caso, por exemplo, do motorista autuado por fiscais de trânsito que reconhece sua infração e paga a multa recebida, ou do estabelecimento fornecedor de alimentação que recolhe ao erário a penalidade imposta pela vigilância sanitária sem contestá-la.

Da mesma forma ocorre com o contribuinte que, após ter sua escrita fiscalizada, é notificado acerca do lançamento de determinados valores relativos ao crédito tributário apurado. Se ele concorda com o valor devido e quita a respectiva obrigação, recolhendo integralmente o valor lançado a título de tributo, acrescido dos consectários legais decorrentes da mora no pagamento, não haverá que se falar em insurgência e conseqüente surgimento de um *processo* administrativo tributário.

²²⁰ Dizemos “expressamente” porque assim deve ser, não se devendo admitir nenhuma forma de conformação “tácita” pelo particular acerca do ilícito que lhe foi imputado. Inclusive, dependendo da gravidade da acusação (caso por exemplo dos processos administrativos disciplinares), a falta da apresentação de defesa pelo acusado público exige a nomeação de um defensor dativo. Nesse exato sentido, remetemos à obra de Odete MEDAUAR, *A Processualidade no Direito Administrativo...*, ob. cit., p. 118, bem como ao texto de Dinorá Adelaide Musetti GROTTI, *Devido Processo Legal e o procedimento administrativo...*, ob. cit.

²²¹ Diferentemente do que acontece com o processo penal judicial (também iniciado por uma acusação), em que o reconhecimento do ilícito – a confissão – possui valor relativo e não é suficiente para pôr termo ao *processo*, em razão da necessidade de se buscar – também judicialmente – a verdade material e não apenas formal. Com as devidas escusas aos mestres da área pela intromissão na seara penal, conforme pensamos esse – necessário – excesso de cautela na esfera judicial penal é justificado, dada a prerrogativa de suas decisões de constituírem coisa julgada, inclusive para imputar definitivamente penas privativas de liberdade ou mesmo de propriedade. Tendo em vista a extrema relevância dos bens da vida tutelados pelo Direito Penal, é de se presumir o conflito de interesses decorrente de uma acusação em juízo; aliás, o interesse pela aplicação da pena correta nessa seara foge à esfera individual do acusado, tornando-se de interesse público – indisponível, portanto – que o *processo* atenda a todos os preceitos constitucionais na busca da verdade objetiva, mesmo que a parte acusada aceite passivamente a imputação do ilícito contra si.

Contudo, ainda utilizando-nos daquele primeiro exemplo acima, podemos pensar na possibilidade de o particular, por qualquer motivo que seja, vir a discordar da necessidade da referida licença. Pode vir a alegar, por exemplo, que apesar de ele não possuir especificamente a licença emitida por determinado Órgão fiscalizador (como teria exigido o agente fiscal), tem em seu poder uma autorização emanada de uma outra entidade com competência análoga.

Em outra hipótese, poderá aquele mesmo particular vir a argumentar que, apesar do seu produto possuir condições de se destinar à alimentação humana, suas vendas eram restritas a consumo animal, razão por que estaria dispensada a licença exigida, tendo em vista o seu caso específico. Assim, sempre que for possível comprovar o erro da aplicação da obrigação que lhe foi imposta (inclusive de natureza sancionatória), o administrado terá o direito de impugná-la, defendendo-se desse ato administrativo que na verdade revelou-se ilegal em razão das circunstâncias fáticas peculiares à sua hipótese.

Em qualquer dessas impugnações, haverá uma insurgência do fiscalizado com relação ao ato administrativo emitido no procedimento de fiscalização. E, nessa hipótese, não resta dúvida de que o interesse do particular – respaldado em sua convicção de ter agido dentro dos ditames legais – poderá ser contraposto ao do Estado. Estar-se-á, assim, diante de uma legítima contraposição de interesses, apta a configurar uma lide a ser dirimida apenas por meio de *processo*, o qual, por sua vez, necessariamente deverá ser qualificado pelo exercício da ampla defesa e do respectivo contraditório, tudo como determina o artigo 5º, LV da Constituição.

Como se pode verificar nesse caso prático trazido apenas para melhor ilustração do que pensamos, mas cuja conclusão pode ser estendida a toda e qualquer atividade de fiscalização, é possível que em um dado *procedimento* administrativo um ou mais atos administrativos veiculem imposições aos particulares que, conformando-se com a sua legalidade, não se contraponham a adimplir as respectivas obrigações. Nessa hipótese, não haverá que se falar em *processo*. Por outro lado, sempre que o administrado insurgir-se contra qualquer desses atos, pode-se dizer que aquele *procedimento* converte-se em *processo*, com todas as conseqüências daí decorrentes.

Contudo, como visto no Capítulo anterior, ainda que estejamos diante de *procedimento* administrativo de fiscalização (não litigioso, portanto), vale sempre lembrar a importância de que o agente público venha a cumprir seu dever de ouvir o particular interessado, por tratar-se de elemento indispensável à busca da verdade material, exigência obrigatória em decorrência da prevalência do devido processo legal substancial.

Só o que afirmamos – e insistimos – é que, se no regular exercício do seu *direito de ser ouvido* esse interessado não manifestar de nenhuma forma sua insurgência com relação aos atos emitidos pelo agente público, o *procedimento* não se converterá em *processo*, por absoluta impossibilidade lógica (já que não haverá conflito de interesses a ser dirimido).

De outra face, vale reiterar, sempre que houver alguma manifestação de inconformidade pelo interessado no decorrer do *procedimento* administrativo, deverá ser instaurado verdadeiro *processo* administrativo. É isso o que ocorre com a defesa (ou impugnação, ou reclamação, a terminologia não importa) apresentada contra o auto de infração ou contra um lançamento tributário, com o recurso interposto contra a autoridade de trânsito, ou mesmo com uma simples petição do particular dirigida à autoridade fiscal recusando-se – de maneira fundamentada – a dar cumprimento às exigências veiculadas por determinado ato administrativo emanado no desenvolvimento de um procedimento fiscalizatório.

Conforme acreditamos, portanto, será sempre por meio do exercício do direito de petição, especialmente no seu objetivo contestatório, que o *procedimento* administrativo de fiscalização não litigioso converter-se-á em *processo* administrativo (litigioso, por definição).

Como sabemos, esse direito de petição está constitucionalmente assegurado, dispondo o artigo 5º, XXXIV da Carta Magna que “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”. O constitucionalista José Afonso da SILVA assim o conceitua:

“O direito de petição define-se ‘como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação’, seja para denunciar uma lesão concreta, e

pedir a reorientação da situação, seja para solicitar uma modificação do direito em vigor no sentido mais favorável à liberdade.”²²²

Em seguida, o autor explica que do exercício desse direito de petição decorre necessariamente o dever da Administração de responder, já que ele “não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação”.²²³

Assim, uma vez exercido o direito de petição no decorrer do procedimento administrativo, surge automaticamente o dever da Administração de responder ao objeto dessa petição, a qual, por sua vez, pode ou não referir-se a uma insurgência. Explicamos melhor.

É verdade que, conforme pensamos, o *procedimento* administrativo pode ser convertido em *processo* por meio do exercício do direito de petição pelo administrado. Contudo, não é toda a petição que manifesta um conflito de interesses. Pode ocorrer (e usualmente ocorre), por exemplo, de o administrado solicitar por meio dessa petição apenas uma dilação do prazo concedido para tomada de determinadas providências, ou ainda requerer esclarecimentos acerca das exigências impostas pela Administração.²²⁴

Por outro lado, quando manifesta sua insurgência com relação ao ato administrativo, o particular já declina quais são os motivos pelos quais entende que há direito subjetivo seu sendo violado. E nesse caso, não há dúvidas de que o exercício do direito de petição já fez nascer o *processo*, tratando-se tal petição de verdadeira peça de defesa. Nesse diapasão, Geraldo ATALIBA adverte que “entende-se também como ampla defesa o direito de entregar e de provar o recebimento de quaisquer petições”²²⁵. Em seguida, o saudoso Mestre desenvolve preciosas considerações acerca dessa verdadeira garantia fundamental:

²²² *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 443.

²²³ *Idem*, p. 444.

²²⁴ José Afonso da SILVA explica a diferença entre o exercício do direito de petição para fins de litigância daquele com a finalidade de mera representação, que não necessariamente possui objetivo de contestação: “Nota-se também que ele (*o direito de petição*) se reveste de dois aspectos: pode ser uma queixa, uma reclamação, e então aparece como um recurso não contencioso (não jurisdicional) formulado perante as autoridades representativas; por outro lado, pode ser a manifestação da liberdade de opinião e revestir-se do caráter de uma informação ou de uma aspiração dirigida a certas autoridades. Esses dois aspectos, que antes eram separados em direito de petição e direito de representação, agora se juntaram no só direito de petição.” (*idem*, p. 443).

²²⁵ *Princípios informativos do contencioso administrativo tributário federal*, in *Revista de Informação Legislativa* n. 58, Brasília, 1978, p. 128.

“Direito de petição, de representação, ou reclamação aos órgãos competentes contra irregularidades, ilegalidade ou abuso de poder. Verifica-se que – num grande número de casos, no relacionamento diuturno entre administração e administrados – aparecem irregularidades, ou ainda, podem os administrados apontar ilegalidades ou atos de abuso de poder, surgindo assim, imediatamente em benefício do particular, o direito de petição, o direito de representação ou ainda o direito de reclamar aos órgãos competentes; conforme o caso, aos próprios emanadores daqueles atos ou os órgãos hierárquicos superiores. É evidente que o funcionamento do sistema jurídico, tal como ele existe no Brasil, teoricamente e em princípio já compreende todas essas possibilidades.”²²⁶

Assim, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito de um particular, o exercício do direito de petição será o meio adequado para a instauração do *processo*, com todas as garantias constitucionais que lhe são aplicáveis. E não será diferente se essa lesão for verificada no decorrer do *procedimento* administrativo de fiscalização.

E como já afirmado anteriormente, cabe ao particular interessado instaurar essa fase litigiosa do *procedimento* administrativo de fiscalização à qual denominamos *processo*²²⁷. É justamente o administrado que, exercendo o direito de petição de forma fundamentada e pertinente, pode retirar o Estado da sua inércia, obrigando-o a emitir uma decisão de acordo com as normas relativas ao exercício de sua função judicante (por meio de *processo* administrativo, portanto).

Nesse exato sentido, concordamos com Eduardo Domingos BOTTALLO quando estabelece que o exercício da atividade judicante dá-se “em uma situação de conflito, surgida no processo de aplicação do Direito”, concluindo que “tal situação contenciosa é instaurada não pela Administração Pública, mas sim pelo particular, na medida em que este, valendo-se da existência do processo administrativo, opõe resistência à pretensão estatal, mediante o exercício de seu direito de defesa”.²²⁸

²²⁶ Idem, p. 127.

²²⁷ A não ser, como já referimos, nos casos em que a Administração emite atos acusatórios (imputando ao particular a prática de atos ilícitos), aptos por si a fazerem nascer o *processo*. Contudo, como também já explicamos, mesmo nesse caso a continuidade do *processo* dependerá do particular, pois se ele aceitar a acusação e não manifestar sua inconformidade, inclusive mediante o pagamento das penalidades impostas, o *processo* não terá mais razão de existir (o que não acontece, por exemplo, com o processo penal judicial, em que até mesmo a confissão tem valor relativo e não é suficiente para por termo ao processo, em razão da necessidade de se buscar – também judicialmente – a verdade material e não apenas formal).

²²⁸ *Processo Administrativo Tributário*, in RDT 71, p. 98.

Dessa forma, não restam dúvidas de que, após a instauração do *processo* administrativo, originado da insurgência do particular, todas as amplas garantias relativas ao contraditório e à defesa lhe são assegurados.

José Eduardo SOARES DE MELO, ao tratar especificamente do procedimento administrativo de fiscalização tributária, sustenta que “a ampla defesa assegura ao contribuinte o conhecimento de todos os elementos que integram o processo tributário, iniciando-se pela ciência normal do lançamento e dos documentos que embasam a cobrança fazendária”.²²⁹

Contudo, em decorrência do que sustentamos acima, entendemos que não apenas a defesa ou impugnação administrativas, apresentadas contra o ato administrativo de lançamento tributário, faz instaurar o *processo* administrativo. Esse decorre, como já dito, de toda e qualquer manifestação de insurgência durante o regular desenvolvimento daquele *procedimento*, cuja forma por excelência é, como vimos, a apresentação de petição.

Nesse sentido acreditamos que, quando o artigo 14 do Decreto 70.235/72 afirma que “a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”, está referindo-se apenas à discussão relativa ao crédito lançado. Devemos lembrar, porém, que não só a impugnação da exigência do crédito em si pode fazer com que o *procedimento* de fiscalização ganhe foros de *processo*, mas também quaisquer outras insurgências correlatas à obrigação principal que venham a surgir no decorrer daquela atividade.

Seria o caso, por exemplo, de se impugnar a exigência de apresentação de um livro fiscal de utilização não obrigatória ou de certificados não exigidos por lei. Assim, consideramos que no decorrer do *procedimento* administrativo de fiscalização todo e qualquer ato administrativo que venha a gerar um conflito de interesses com o fiscalizado pode ser contestado por meio do exercício de petição e, conseqüentemente, fazer com que se converta esse *procedimento* em *processo*, tal como o concebemos.

²²⁹ *Princípios Administrativos Tributários*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 252.

Dessa forma, em conclusão de tudo o que sustentamos nesse último Capítulo, podemos afirmar que, no decorrer de todo e qualquer *procedimento* de fiscalização (fase não litigiosa dessa atividade administrativa, portanto), devem ser respeitados os direitos do particular de falar e de *ser ouvido*, em atenção à busca da verdade material, decorrente em última análise do devido processo legal substancial. E caso no regular desenvolvimento ou mesmo ao final desse *procedimento* sejam emitidos atos administrativos que de alguma forma venham a ensejar insurgências por parte do administrado fiscalizado, esse poderá exercer o seu direito constitucional de petição e assim fazer com que esse *procedimento* converta-se em *processo*, com todas as garantias constitucionais daí decorrentes.

Síntese Conclusiva

Todo o caminho percorrido nesse estudo teve como escopo principal – que esperamos ter sido atingido – esclarecer no que consiste exatamente, de acordo com o que pensamos, o *direito de ser ouvido* dos particulares nos *procedimentos* administrativos de fiscalização, bem como justificar a necessidade de atendimento desse direito nessa espécie de atividade administrativa.

Para tanto, foi necessário em primeiro lugar tratar de tema de ordem geral, concernente à delimitação do campo semântico do chamado âmbito substancial da cláusula do devido processo legal. Ponto de construção jurisprudencial e estudos doutrinários relativamente recentes, foi relevante deixarmos clara a sua importância em face do tema proposto, tendo em vista a correspondência direta da matéria referente aos procedimentos de fiscalização com a questão das limitações à liberdade e à propriedade (as quais não são admitidas sem o *devido processo legal* – art. 5º, LIV da Constituição da República).

Em seguida, fomos obrigados a enfrentar questão polêmica na doutrina, referente à diferenciação conceitual entre *processo* e *procedimento* administrativo. Foi necessário esclarecer que, para nós, as garantias previstas no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna concernentes à ampla defesa e ao contraditório só aplicam-se a *processos* propriamente ditos, assim compreendidas as relações jurídicas instauradas entre partes que compõem o litígio ou a acusação, em que há, portanto, interesses conflitantes a configurar uma lide. Para os *procedimentos* não litigiosos, de qualquer forma, remanesceriam garantidas as prerrogativas do devido processo legal substantivo, dentre as quais destacamos os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficácia.

Logo após, conceituamos o *procedimento* administrativo de fiscalização e verificamos a sua correspondência direta com o chamado exercício do *poder de polícia*, tendo em vista a possibilidade de emissão de atos restritivos da liberdade e da propriedade. Dessa vinculação foi que retiramos a necessidade – nos *procedimentos* fiscalizatórios – de se proceder à busca da verdade material, em atenção ao devido processo legal substancial. Verificamos que apenas por meio da profunda investigação dos fatos analisados pode ser atendida aquela garantia constitucional.

Por último, concluímos que um dos meios imprescindíveis ao exercício dessa busca da verdade material é justamente a oitiva do particular interessado. Assim, verificamos que em todos os procedimentos administrativos de fiscalização reside o dever da Administração de ouvir o administrado, em contrapartida ao *direito* desse último *de ser ouvido*.

Esse foi, em apertada síntese, o caminho trilhado que entendemos necessário para construção de um raciocínio seguro e que desse a sustentação adequada às idéias que defendemos. E ao longo desse caminho tecemos uma série de definições e chegamos a várias conclusões, as quais passamos a reiterar, resumidamente:

1. No primeiro Capítulo iniciamos nosso trabalho analisando a origem histórica da cláusula do devido processo legal. Verificamos que seu marco inicial deu-se em 1215, com a Magna Carta de João sem Terra, que em sua cláusula 39 previa a inviolabilidade dos direitos à vida, liberdade e propriedade, os quais só poderiam ser suprimidos em conformidade com a *lei da terra*. Essa expressão foi posteriormente substituída por aquela que conhecemos até hoje, o *due process of law*, cláusula que fundamentou a *Petition of Rights* de 1618, segundo a qual ninguém poderia ser privado de sua liberdade sem a evidência de uma justa causa.

2. No direito norte-americano referida cláusula foi ganhando desenvolvimento rapidamente até alcançar a redação da V Emenda à Constituição Norte-Americana, em que a garantia do *due process* assumiu a forma que conhecemos hoje, prevendo expressamente que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. Encerramos a análise histórica dessa cláusula verificando que o seu caráter fluido sempre foi respeitado pela doutrina e pela jurisprudência, justamente para que os limites do devido processo legal sejam adequados às características peculiares de cada caso concreto posto à apreciação do intérprete do Direito.

3. Em seguida vimos que, no Brasil, a primeira menção constitucional expressa à cláusula do *devido processo legal* só veio com o texto de 1988 (artigo 5º, LIV). E com amparo nas doutrinas clássica e contemporânea, concluímos que o respeito ao devido processo legal analisado em seu âmbito processual pode ser verificado quando a decisão proferida é exarada por um juiz imparcial e independente, decorrendo de procedimentos

adequados ao caso concreto, em cujo curso tenha sido assegurada igual oportunidade às partes para o amplo exercício do contraditório. E tudo em conformidade com a prévia e geral legislação processual aplicável.

4. Ao final do primeiro Capítulo dissemos que a realização da justiça social seria um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito, de onde concluímos que um dos maiores méritos do devido processo legal substantivo deve ser justamente a possibilidade de viabilizar o alcance a uma maior eficácia dos preceitos constitucionais. Nesse contexto, verificamos que a construção atual em torno da referida cláusula torna possível uma maior adequação da lei à realidade social a que ela se dirige, permitindo uma melhor adaptação das normas jurídicas às transformações axiológicas do conteúdo dos textos positivados. Concluímos, assim, que tomado em sua acepção substantiva, o devido processo legal permite uma interpretação mais razoável, proporcional e igualitária das normas jurídicas, buscando manter sempre uma atualização das cargas valorativas por elas consideradas. Daí porque termos afirmado ser a Justiça, tal como positivamente considerada, a maior beneficiada pelos efeitos da interpretação do *substantive due process of law*.

5. No Capítulo II do trabalho elaboramos inicialmente, com base no melhor da doutrina nacional e internacional, o nosso conceito de ato administrativo como sendo uma *norma jurídica individual e concreta emanada por qualquer pessoa investida em função administrativa, que tenha por objeto declarar, criar ou modificar uma relação jurídica em que o Estado seja parte, em caráter complementar à lei e a fim de lhe dar cumprimento, suscetível de controle pelo Poder Judiciário*. Ato contínuo conceituamos procedimento administrativo como sendo a atividade consistente em uma seqüência de atos administrativos relativamente autônomos e vinculados entre si, realizada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, tendentes a um mesmo ato final.

6. Em seguida, fizemos nossa opção acerca de ponto bastante divergente na doutrina ao afirmarmos que consideramos não ser possível falar-se, hoje, no Direito Positivo Pátrio, de *processo* sem a existência de contraditório, especialmente se considerarmos que este só se instaura quando há interesses conflitantes entre diferentes partes de um mesmo *procedimento*. Essa foi a razão para termos afirmado que, de acordo com a interpretação que consideramos mais correta do artigo 5º, LV do texto constitucional, só estaremos diante de *processo*

administrativo quando nos depararmos com *procedimentos* administrativos que sejam qualificados pela presença de litigantes e acusados em razão da existência de interesses contrapostos, que devam ser dirimidos por meio do contraditório.

7. Adentrando na questão específica do *procedimento* de fiscalização, verificamos que essa atividade administrativa pode ser compreendida dentro do conceito já conhecido de *poder de polícia*. Trata-se em princípio de uma primeira etapa do exercício desse “poder”, identificando-se com o seu caráter de observação e prevenção, visando evitar a ocorrência de dano ao interesse público tutelado, de acordo com o que vier a ser legislado. E conforme verificamos, caso essa investigação conclua pela ocorrência de um ilícito, deve gerar um outro ato administrativo, concernente ao caráter *repressivo* daquele mesmo “poder”, sempre que dela se originar aplicação de sanções ou mesmo imposição de obrigações quaisquer aos particulares.

8. Nesse contexto fizemos questão de frisar que, seja no seu aspecto observatório, preventivo ou repressivo, a atividade administrativa de fiscalização, justamente em razão do seu objeto estar diretamente relacionado à limitação da liberdade e da propriedade, deve – necessariamente, portanto – respeitar a garantia constitucional do devido processo legal substantivo. Assim, encerramos o Capítulo segundo conceituando *procedimento* administrativo de fiscalização como sendo o *procedimento administrativo – que não envolve interesses contrapostos, portanto – exercido na função administrativa de fiscalização, consubstanciada na observação e investigação dos atos praticados pelos particulares, a fim de prevenir eventual lesão a interesse público, que poderá ter como ato final (produto) ou a confirmação acerca do fiel cumprimento à lei ou então a imposição de uma obrigação a ela vinculada (inclusive de natureza sancionatória), permitindo-se para tanto a adoção de medidas que, embora relacionadas a restrições à liberdade e à propriedade, devem ser empregadas de maneira razoável e proporcional à busca do fim público colimado, sob pena de invalidade a ser reconhecida por meio de controle interno e externo.*

9. No Capítulo terceiro ocupamo-nos especificamente da questão da busca da verdade material nos *procedimentos* administrativos de fiscalização. Para tanto, verificamos inicialmente que em regra esse *procedimento* de fiscalização está formal e materialmente vinculado à respectiva legislação de regência, podendo ocorrer excepcionalmente de alguns

atos auxiliares que o compõem possuem uma certa carga discricionária. Concluimos, nesse tópico, que apenas diante do caso concreto é que será possível aferir se um determinado ato administrativo possui essa carga discricionária ou não, bem como vimos que em qualquer hipótese só restará margem de liberdade ao administrador se, após a correta interpretação do texto legal em cotejo com a realidade fática, ele puder escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas juridicamente.

10. Sustentamos, em seguida, a absoluta necessidade da busca da verdade material em qualquer espécie de atividade fiscalizatória, por meio da qual se pode verificar a prática de ilícitos por parte do administrado, inclusive com a imposição de atos *repressivos* de polícia. Afirmamos, nesse contexto, que nessa espécie de *procedimento* administrativo vigora um verdadeiro *dever* da Administração de examinar os atos praticados pelos particulares, ao lado de um outro *dever*, do administrado, de cooperar com essa verificação, prestando todas as informações que lhe forem exigidas. Vimos que ambos os *deveres* caminham juntos e seguem o mesmo objetivo, que é o de satisfazer, além do interesse do particular de demonstrar que obedeceu aos ditames legais, principalmente o interesse público que se visa tutelar e que na verdade é a razão de ser da atividade fiscalizatória.

11. Nesse ponto, concluimos que o *procedimento* de fiscalização tem como finalidade essencial a busca da verdade material, seja essa verdade a verificação de algum descumprimento da lei pelo particular ou a regularidade dos atos por ele praticados. E concluimos que, desde que sejam lícitos, todos os meios de investigação devem ser empregados pela Administração nessa busca, inclusive aqueles meios que dependem da participação do administrado. Como dissemos, essa é a única forma de que referido *procedimento* atenda à cláusula do devido processo legal interpretado em sua acepção substantiva, pois só com a busca da verdade material ele se demonstrará um procedimento eficaz e justo – e, portanto, razoável, proporcional e igualitário.

12. Finalizamos o terceiro Capítulo com uma análise específica do *procedimento* administrativo de fiscalização tributária. Nesse ponto, advertimos inicialmente que durante o trabalho referiríamos ao termo lançamento tributário apenas na sua concepção mais estrita, como sendo o ato administrativo final, produto do *procedimento* de fiscalização. Fixada essa premissa e elaborada a nossa definição de lançamento, concluimos, fundamentando-nos nas

reflexões que fizemos acerca do procedimento administrativo em geral, que também a finalidade primordial do procedimento administrativo de fiscalização tributária é a busca da verdade material, seja essa verdade a ocorrência do fato jurídico tributário ou a sua inoocorrência, em razão da correção dos atos praticados pelo sujeito passivo da obrigação tributária.

13. No quarto e último Capítulo do trabalho voltamo-nos ao cerne da reflexão a que nos propusemos. Antes de mais nada, fomos obrigados a dissecar o conteúdo da garantia do contraditório, de onde verificamos novamente que ele aplica-se apenas em caso de *processo* (há que haver litígio ou acusação, portanto), propicia de forma isonômica às partes a efetiva participação no processo, por todos os meios admitidos, e, por fim, busca ao mesmo tempo o conhecimento da verdade acerca dos fatos envolvidos na lide e garantir formalmente o exercício da ampla defesa. E verificamos que um dos elementos componentes do contraditório – ao lado do direito de resposta – é justamente o *direito de ser ouvido*, que conceituamos como sendo o *direito da parte interessada de participação mediante manifestação prévia ao ato a ser praticado pela autoridade responsável, expondo suas razões e tecendo todos os esclarecimentos necessários à reconstrução da verdade dos fatos por essa autoridade, que deverá analisá-los de forma aprofundada, refutando-os ou acolhendo-os fundamentadamente*.

14. Ato contínuo verificamos que, embora seja elemento constitutivo do contraditório, o *direito de ser ouvido* com ele não se confunde, sendo na verdade figura autônoma que, apenas quando reunida àqueles outros elementos, forma a complexa garantia constitucional estudada. Daí porque afirmamos ser logicamente aceitável falar-se em *direito de ser ouvido* em *procedimentos* não litigiosos e concluímos que, embora não esteja qualificado pelo contraditório, todo e qualquer *procedimento* administrativo que tenha por objeto a busca da verdade material deve – necessariamente, portanto – respeitar o *direito de ser ouvido* dos particulares interessados.

15. Como afirmamos, o *direito de ser ouvido* deve ser respeitado tanto no *processo* administrativo (em que há litígio ou acusação) como também no *procedimento* administrativo (não litigioso). Contudo, enquanto na primeira hipótese tal direito será um dos elementos integrantes do contraditório, na segunda será um elemento imprescindível à busca da verdade material, razão de sua obrigatoriedade nos *procedimentos* administrativos de fiscalização. E

como vimos, na verdade um dos meios de investigação indispensáveis a essa busca, como medida imprescindível à atividade de fiscalização, é justamente a oitiva do administrado. A não ser que ela seja impossível ou negada ao agente público, este deve – sempre, necessariamente – intimar o particular para se manifestar no decorrer do procedimento, indagando-o amplamente acerca das circunstâncias relacionadas à matéria investigada, pois ninguém possui melhores condições do que o particular para fornecer subsídios à fiscalização acerca das peculiaridades concernentes aos fatos fiscalizados.

16. Com base em tudo o que verificamos e trazendo alguns exemplos que consideramos ilustrativos acerca da matéria analisada, concluímos finalmente que, segundo pensamos, não há como se proceder à busca da verdade real no *procedimento* administrativo de fiscalização sem ouvir o fiscalizado. Assim, o dever da Administração Pública de ouvir o particular – em contrapartida ao direito subjetivo desse último de ser ouvido – revela-se um elemento indispensável à própria justiça e eficiência dessa espécie de atividade administrativa.

17. Mais uma vez analisamos, nesse ponto, o caso específico do *procedimento* de fiscalização tributária. Afirmamos inicialmente que, da mesma forma com que ocorre nas demais espécies de *procedimento* fiscalizatório, na área tributária também não se aplica a garantia do amplo contraditório (e concomitantemente da ampla defesa), por incompatibilidade lógica entre a própria natureza não litigiosa desse *procedimento* e o que entendemos por direito de defesa. Por outro lado, ainda que nesse *procedimento* fiscalizatório não sejam viáveis os meios de defesa decorrentes do devido processo legal analisado em sua concepção formal, verificamos que ele também possui como principal objetivo a busca da verdade material em razão da sua submissão ao devido processo legal substancial, razão por que afirmamos que um meios de investigação imprescindíveis a essa busca, como medida indispensável à preparação do lançamento, é justamente a oitiva do contribuinte.

18. Finalizamos nosso estudo afirmando que esse *direito de ser ouvido* garantido no *procedimento* pode dar lugar à ampla defesa e ao amplo contraditório sempre que se instaura a relação litigiosa no decorrer do *procedimento* administrativo de fiscalização, em razão de uma contraposição de interesses conflitantes. Assim, vimos que no regular desenvolvimento de um procedimento de fiscalização, todo e qualquer ato praticado pelo fiscalizado que veicule sua

insurgência com relação aos atos praticados pelo agente fiscal, colocando-os em posições antagônicas que importem na configuração de um litígio ou de uma acusação, terá o condão de instaurar uma verdadeira lide e, conseqüentemente, transformar o *procedimento* de fiscalização em efetivo *processo* administrativo, sujeito às mencionadas garantias constitucionais. E, como concluímos, essa possibilidade de *conversão* do *procedimento* em *processo* dar-se-á sempre por meio do exercício do direito de petição, constitucionalmente assegurado.

Anexo - Jurisprudência Administrativa e Judicial

Apenas para uma breve ilustração acerca da forma com que os nossos Tribunais administrativos e judiciais vêm tratando algumas das questões objeto de análise no presente trabalho, transcrevemos abaixo ementas (ou trechos de ementas) de decisões do Conselho de Contribuintes em Brasília (órgão administrativo subordinado ao Ministério da Fazenda, cuja função é de julgar processos administrativos tributários em segunda instância), bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal (referentes especificamente acerca do devido processo legal).

DECISÕES DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

JULGADOS ENVOLVENDO O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL:

Recurso 142.120

Primeira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 25/01/2006

Ementa: “IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E OUTROS – EX. 2000 PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRECLUSÃO MATERIAL – VERDADE MATERIAL – no processo administrativo fiscal deve prevalecer o Princípio da Verdade Material. A matéria tida pela decisão de primeira instância como não impugnada, de fato, havia sido questionada na impugnação apresentada...”

Recurso 142.926

Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 17/06/2005

Ementa: “PAF - REGRAS DE INTERPRETAÇÃO - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS - VERDADE MATERIAL/FORMALISMO MODERADO - COMPROVAÇÃO - Em caso de antinomia normativa cabe à autoridade administrativa, no processo exegético de solução de conflitos entre as normas, guiar-se pelos princípios elementares que regem o processo administrativo (legalidade objetiva, oficialidade, informalidade e verdade material) respeitados os direitos e garantias individuais emanados da CF: art.5o, XXXIV "a", LIV e LV.”

Recurso 303-121078

Câmara Superior de Recursos Fiscais

Data da Sessão: 16/05/2005

Ementa: “PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – PROVA MATERIAL APRESENTADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO – PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL E A BUSCA DA VERDADE MATERIAL - A não apreciação de provas trazidas aos autos depois da impugnação e já na fase recursal, antes da decisão final administrativa, fere o princípio da instrumentalidade processual prevista no CPC e a busca da verdade material, que norteia o contencioso administrativo tributário. "No processo administrativo predomina o princípio da verdade material no sentido de que aí se busca descobrir

se realmente ocorreu ou não o fato gerador, pois o que está em jogo é a legalidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento".

Recurso 133.427

Quinta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 17/03/2005

Ementa: "ERRO DE FATO - VERDADE MATERIAL - Provado que a fiscalização incorreu em erro de fato, é de rigor a retificação do lançamento para adequá-lo a realidade factual, por imposição do princípio da verdade material. Recurso de ofício negado."

Recurso 136.838

Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 20/10/2004

Ementa: "Recurso de Ofício - Princípio da Verdade Material - Adaptação da matéria impositiva às peculiaridades do sujeito passivo - Exclusões - A exclusão no âmbito da matéria tributável de certos valores que demonstradamente não compõe a base de cálculo impositiva ajusta o lançamento e atende ao princípio da verdade material."

Recurso 133.420

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 13/05/2003

Ementa: "IRPF - DECLARAÇÃO - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - O lançamento de ofício realizado com base em declaração do contribuinte pode ser passível de alteração caso haja prova material que se desconstitua a declaração realizada, por atendimento do princípio da verdade material que norteia a incidência da norma tributária. Recurso provido."

Recurso 105-110137

Câmara Superior de Recursos Fiscais

Data da Sessão: 02/12/2002

Ementa: "PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO - PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA VERDADE MATERIAL - PRESSUPOSTOS - No processo administrativo, para que o órgão julgador possa invocar a aplicação dos princípios da legalidade e da verdade material mister se faz a instauração do litígio. Se o próprio contribuinte apresenta seu conformismo, ainda que tácito, com parte do crédito tributário lançado de ofício, inclusive promovendo recolhimentos a título de tributos e de multa de ofício, não cabe ao órgão julgador acolher pedido no sentido da exoneração da exigência dos juros de mora, sob o fundamento de que a exigência do principal (tributo) seria indevida."

Recurso 119.014

Terceira Câmara do 2º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 21/08/2002

Ementa: "PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRINCÍPIOS DA VERDADE MATERIAL E DA OFICIALIDADE. INFORMAÇÕES CONTIDAS EM REGISTROS NA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. DEVER DE OFÍCIO DE TRAZÊ-LAS AOS AUTOS CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Compete à administração, em atenção aos princípios da verdade material e da oficialidade, instruir, de ofício, o processo administrativo com os elementos de fato contidos em registros e sistemas mantidos pela própria administração. Aplicação à espécie dos artigos 29, 36 e 37 da Lei nº 9.784/99. Processo anulado a partir da decisão de primeira instância, inclusive."

Recurso 120.823

Segunda Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 18/04/2001

Ementa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO PROVIDO EM HOMENAGEM À VERDADE MATERIAL - Verificado que o procedimento fiscal incorreu em equívoco, impõe-se que o mesmo seja cancelado em homenagem ao princípio da verdade material.”

Recurso 120.065

Quarta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 10/11/1999

Ementa: “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRESSUPOSTOS BASILARES - VERDADE MATERIAL - Sob o manto da verdade material, todo o erro ou equívoco deve ser reparado tanto quanto possível, da forma menos injusta tanto para o fisco quanto para o contribuinte. Erros ou equívocos não tem o condão de se transformarem em fatos geradores de obrigação tributária.”

Recurso 119.578

Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 19/10/1999

Ementa: “ERRO DE FATO - CORREÇÃO - ESPONTANEIDADE DO CONTRIBUINTE - PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - Detectada a existência de mero erro de fato no preenchimento da declaração de rendimentos, corrigido antes do início da ação fiscal, em respeito ao princípio da verdade material é de se cancelar crédito tributário calcado em mero equívoco praticado pelo contribuinte, sem repercussão na obrigação principal. Publicado no D.O.U, de 23/11/99 nº 223-E.”

Recurso 118.052

Primeira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 15/09/1999

Ementa: “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL-MATÉRIA DE PROVA-PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL- Sendo o interesse substancial do Estado a justiça, é dever da autoridade utilizar-se de todas as provas e circunstâncias de que tenha conhecimento, na busca da verdade material. Diante da impossibilidade do contribuinte de apresentar os documentos que se extraviaram, e tendo ele diligenciado junto aos seus fornecedores para obter a prova da efetividade do passivo registrado, deve a autoridade utilizar-se dessas provas, desde que elas reúnam condições para demonstrar a verdade real dos fatos. Recurso provido em parte.”

Recurso 133.355

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 13/05/1999

Ementa: “OPÇÃO DO CONTRIBUINTE - AUTO DE INFRAÇÃO - VERDADE MATERIAL - Desde que comprovada a boa-fé, a busca pela verdade material determina que o lançamento deve ser ajustado, ainda que esse ajuste se refira à opção do contribuinte. Recurso provido.”

Recurso 116.868

Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 08/12/1998

Ementa: “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL - NULIDADE - A não apreciação de documentos juntados aos autos depois da impugnação tempestiva e antes da decisão fere o princípio da verdade material, com ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa. No processo administrativo predomina o princípio da verdade material, no sentido de que aí se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato

gerador, pois o que está em jogo é a legalidade da tributação. O importante é saber se o fato gerador ocorreu e se a obrigação teve seu nascimento.”

JULGADOS ENVOLVENDO O PRINCÍPIO INQUISITÓRIO:

Recurso 145.337

Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 26/04/2006

Ementa: “... PAF - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO - Os princípios são as diretrizes que devem ser observadas pelo administrador tributário. A constituição traz em si normas e princípios jurídicos vinculantes que apontam o sentido no qual a decisão deve seguir.

PAF – PRINCÍPIO INQUISITÓRIO x CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco de provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato imponible, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios, segundo determine a regra aplicável ao caso, sendo esta fase privativa da autoridade lançadora. O contraditório se instala com a impugnação.

PAF - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS OBSERVÂNCIA - Na função de aplicador da lei não pode o julgador tributário esquecer de integrar a interpretação aos princípios constitucionais que funcionam como "vetores interpretativos". "O agente público que fiscaliza e apura créditos tributários está sujeito ao princípio da indisponibilidade dos bens públicos e deverá atuar aplicando a lei – que disciplina o tributo – ao caso concreto, sem margem de discricionariedade. A renúncia total ou parcial e a redução de suas garantias pelo funcionário, fora das hipóteses estabelecidas na Lei n. 5.172/66, acarretará a sua responsabilização funcional".(Aliomar Baleeiro).”

Recurso 136.055

Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 18/06/2004

Ementa: “PAF – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – Os princípios são as diretrizes que devem ser observadas pelo administrador tributário. A constituição traz em si normas e princípios jurídicos vinculantes que apontam o sentido no qual a decisão deve seguir.

PAF – PRINCÍPIO INQUISITÓRIO – O dever de investigação decorre da necessidade que tem o fisco em provar a ocorrência do fato constitutivo do seu direito de lançar. Sendo seu o encargo de provar a ocorrência do fato imponible, para exercício do direito de realizar o lançamento, a este corresponderá o dever de investigação com o qual deverá produzir as provas ou indícios segundo determine a regra aplicável ao caso. No caso, o levantamento do fluxo financeiro que demonstrou em vários meses do período fiscalizado a ocorrência de saldo credor de caixa e não trouxe a recorrente, qualquer explicação que justificasse tais resultados (fls.58/64), comprovando os indícios preconizados na lei como suficientes para respaldar o lançamento.

PAF – PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL – Confirmada a presunção legal pelo silêncio do sujeito passivo quanto à matéria de fato do lançamento, consolidada resta a verdade material...”

Recurso 134.593

Oitava Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 20/02/2004

Ementa: “PAF - NULIDADES – Não provada violação às regras do artigo 142 do CTN nem dos artigos 10 e 59 do Decreto 70.235/1972, não há que se falar em nulidade, do lançamento, do procedimento fiscal que lhe deu origem, ou do documento que formalizou a exigência fiscal.

PAF – NULIDADES – NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO – PRINCÍPIO INQUISITÓRIO – Se contém no âmbito do princípio inquisitório o poder/dever do fisco proceder ao lançamento da multa por atraso na entrega da declaração do imposto de renda das pessoas jurídicas, de forma sumária, eletronicamente, desde que na mesma conste os requisitos essenciais. Atendidas às determinações do artigo 10 do Decreto 70235/1972, não é motivo de nulidade o enquadramento legal no corpo da notificação...”

Recurso 125.016

Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 27/07/2001

Ementa: “REFIS - ABRANGÊNCIA DA OPÇÃO - Abrangendo a opção pelo REFIS somente débitos de IRRF e COFINS, e referindo-se a autuação a crédito tributário de IRPJ, exsurge sua irrelevância para o desate da causa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - DEVIDO PROCESSO LEGAL E CERCEAMENTO DE DEFESA - PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO - Não há se confundir procedimento administrativo fiscal com processo administrativo fiscal. O primeiro tem caráter apuratório e inquisitorial e precede a formalização do lançamento, enquanto o segundo somente se inicia com a impugnação do lançamento pelo contribuinte. As garantias do devido processo legal, em sentido estrito, contraditório e ampla defesa são próprias do processo administrativo fiscal. Estando o lançamento amparado por farta documentação e tendo o mesmo descrito com clareza, precisão e de acordo com as formalidades legais, as infrações imputadas ao contribuinte, não há se falar em cerceamento de defesa a impor a nulidade do feito.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE - ALEGADA FALTA DE MENÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS INFRINGIDOS - MENÇÃO AOS DISPOSITIVOS DO REGULAMENTO - A nulidade do auto de infração só deve ser declarada quando houver, na fase processual, cerceamento do direito de defesa do contribuinte, incorrente quando este faz menção aos dispositivos do Regulamento do Imposto de Renda infringidos, possibilitando-lhe conhecer plenamente a infração imputada e oferecer defesa eficaz...”

JULGADOS ENVOLVENDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL:

Recurso 141.855

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 20/10/2004

Ementa: “(...) FASE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - Somente com a apresentação da impugnação tempestiva, o sujeito passivo formaliza a existência da lide tributária no âmbito administrativo e transmuda o procedimento administrativo preparatório do ato de lançamento em processo administrativo de julgamento da lide fiscal, passando a assistir a contribuinte as garantias constitucionais e legais do devido processo legal...”

Recurso 138.823

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 16/09/2004

Ementa: “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - INTIMAÇÃO FISCAL POR VIA POSTAL - A intimação enviada e recebida, no domicílio fiscal do sujeito passivo, mediante

comprovação por AR implica em presunção de que foi efetivamente recebida, ademais, quando o contribuinte se manifestou acerca da matéria versada na intimação, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF, primordialmente, presta-se como um instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que seu nome foi selecionado segundo critérios objetivos e impessoais, e que o agente fiscal nele indicado recebeu do fisco a incumbência para executar aquela ação fiscal. Ocorrendo problemas com o MPF, não seriam invalidados os trabalhos de fiscalização desenvolvidos, nem dados por imprestáveis os documentos obtidos para respaldar o lançamento de créditos tributários apurados, vez que a atividade de lançamento é obrigatória e vinculada, e, detectada a ocorrência da situação descrita na lei como necessária e suficiente para ensejar o fato gerador da obrigação tributária, não poderia o agente fiscal deixar de efetuar o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)

FASE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - Somente com a apresentação da impugnação tempestiva, o sujeito passivo formaliza a existência da lide tributária no âmbito administrativo e transmuda o procedimento administrativo preparatório do ato de lançamento em processo administrativo de julgamento da lide fiscal, passando a assistir a contribuinte as garantias constitucionais e legais do devido processo legal...”.

Recurso 139.992

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 15/09/2004

EMENTA: “**PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - NULIDADE DO LANÇAMENTO - DESCRIÇÃO DOS FATOS** - Não há que se falar em falta de descrição dos fatos que deram origem ao lançamento se o Relatório de Ação Fiscal, parte integrante do auto de infração, descreve exaustivamente todas os fatos que culminaram na autuação, nele sendo indicadas, detalhadamente, todas as providências adotadas na ação fiscal, com a elaboração de demonstrativos em que são enumeradas e quantificadas todas as ocorrências verificadas relacionadas às situações que deram origem ao fato gerador da obrigação tributária. **CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA** - Se o autuado revela conhecer plenamente as acusações que lhe foram imputadas, rebatendo-as, uma a uma, de forma meticulosa, mediante extensa e substancial impugnação, abrangendo não só outras questões preliminares como também razões de mérito, descabe a proposição de cerceamento do direito de defesa. **FASE DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INAPLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA** - Somente com a apresentação da impugnação tempestiva, o sujeito passivo formaliza a existência da lide tributária no âmbito administrativo e transmuda o procedimento administrativo preparatório do ato de lançamento em processo administrativo de julgamento da lide fiscal, passando a assistir ao contribuinte as garantias constitucionais e legais do devido processo legal.

PROVAS - Tendo sido a ação fiscal desenvolvida no sentido de trazer aos autos os elementos de prova suficientes para demarcar o ilícito fiscal, com a anexação de cópias de documentos que comprovam as situações descritas no Relatório de Ação Fiscal e com a apresentação de demonstrativos, onde consta a indicação do documento que lhe deu suporte, com a referência à folha do processo em que se encontra, incabível a alegação de que o lançamento se deu por dedução subjetiva da autoridade fiscal.

OBSERVAÇÕES ACERCA DA CONDUTA DO FISCALIZADO - As referências da autoridade fiscal à conduta do fiscalizado, no sentido de que sua intenção seria burlar o fisco, em nada influíram para o desfecho da autuação, vez que não lhe foram irrogadas penalidades majoradas por tal fato...”.

Recurso 128.611

Sexta Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 21/08/2002

Ementa: “DEVIDO PROCESSO LEGAL - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO - No âmbito do procedimento administrativo fiscal vigora o princípio do devido processo legal que impõe o dever de julgamento do pedido de retificação/restituição pela autoridade competente, segundo o procedimento legal previsto, garantida a cognição formal e material ampla”.

Recurso 124.461

Primeira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 07/11/2001

Ementa: “I.R.P.J. – OMISSÃO NO REGISTRO DE RECEITAS. A falta de contabilização, na escrituração comercial e fiscal, de sinal de negócio e princípio de pagamento recebido pela promessa da venda de unidades imobiliárias, caracteriza-se como omissão no registro de receitas. CUSTOS OPERACIONAIS. – COMPROVAÇÃO. A intitulada "prova emprestada" deve servir apenas como início de procedimento fiscalizatório ao ente tributante, o qual em respeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, deverá dar ensejo a um processo, constituindo novas provas a partir daquela que lhe foi dada por empréstimo. Tratando-se de atividade plenamente vinculada (CTN, arts. 3º e 142), cumpre à Fiscalização realizar as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do crédito tributário...”.

Recurso 124.737

Terceira Câmara do 1º Conselho de Contribuintes

Data da Sessão: 22/05/2001

Ementa: “IRPJ - FALTA DE CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO - Em respeito à legalidade, verdade material e segurança jurídica não pode subsistir lançamento de crédito tributário quando não estiver devidamente demonstrada e provada a efetiva subsunção da realidade factual à hipótese descrita na lei como infração à legislação tributária.

ÔNUS DA PROVA - Na relação jurídico-tributária o onus probandi incumbit ei qui dicit. Compete ao Fisco, ab initio, investigar, diligenciar, demonstrar e provar a ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário ou da prática de infração praticada no sentido de realizar a legalidade, o devido processo legal, a verdade material, o contraditório e a ampla defesa. O sujeito passivo somente poderá ser compelido a produzir provas em contrário quando puder ter pleno conhecimento da infração com vista a elidir a respectiva imputação”.

DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ementa: “PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. PENALIDADE. PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. O CÓDIGO DE TRÂNSITO IMPÔS MAIS DE UMA NOTIFICAÇÃO PARA CONSOLIDAR A MULTA. DIREITO À DEFESA PRÉVIA. AUTO DE INFRAÇÃO EM FLAGRANTE. NECESSIDADE DE ASSINATURA DO CONDUTOR.

1. Súmula 312/STJ: "No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração".
2. Sobressai inequívoco do CTB (art. 280, caput) que, à lavratura do auto de infração, segue-se a primeira notificação in faciem (art. 280, VI) ou, se detectada a falta à distância, mediante comunicação documental (art. 281, parágrafo único, do CTB), ambas propiciadoras da primeira defesa, cuja previsão resta encartada no artigo 314, parágrafo único, do CTB em consonância com as Resoluções 568/80 e 829/92 (art. 2º e 1º, respectivamente, do CONTRAN).

3. Na impossibilidade de recolhimento da assinatura do condutor, quer pela ausência do flagrante, quer pela sua recusa, a autoridade de trânsito deverá proceder consoante o art. 280, § 3º c/c art. 281, parágrafo único, do CTB de molde a conceder ao autuado oportunidade de defesa.
4. Superada essa fase e concluindo-se, nesse estágio do procedimento, pela imputação da sanção, nova notificação deve ser expedida para satisfação da contraprestação ao cometimento do ilícito administrativo ou oferecimento de recurso (art. 282, do CTB). Nessa última hipótese, a instância administrativa somente se encerra nos termos dos artigos 288 e 290, do CTB.
5. Revelando-se procedente a imputação da penalidade, após obedecido o devido processo legal, a autoridade administrativa recolherá, sob o pálio da legalidade, a famigerada multa que pretendia abocanhar açodadamente.
6. Recurso especial desprovido.” (RESP 798.622/RS; Relator Min. Luiz Fux; Primeira Turma; Julgamento: 06/06/2006; Publicação: DJ 01/08/2006, p. 00382)

Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. DIREITO DE AMPLA DEFESA.

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Incorre a violação posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.
2. São princípios basilares do processo administrativo e judicial a ampla defesa e o contraditório, inculpidos no artigo 5º, LV, do Texto Constitucional, o qual estabelece 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".
3. A ampla defesa, constitucionalmente reconhecida, traduz a exigência de que o exercício do poder jurídico-público se realize de maneira justa, implicando para o Administrado o direito de conhecer os fatos e fundamentos invocados pela Autoridade, o direito de ser ouvido e de contrapor-se às alegações do adversário.
4. Deveras, esse postulado da ampla defesa, ou do direito de audiência, configura direito à participação procedimental, assegurando ao administrado, na maior extensão possível, a oportunidade do seu exercício pleno, com produção de provas e apresentação de alegações que lhe favoreçam.
5. Atestando a instância a quo a inexistência da intimação da decisão, a verificação que a Fazenda pretende em seu recurso esbarra em matéria fática, mercê de o cumprimento do due process of law não exonerar o contribuinte do pagamento, apenas diferindo-o até o cumprimento da exigência legal.
6. Recurso especial desprovido.” (RESP 667603/CE; Relator Min. Luiz Fux; Julgamento: 21/06/2005; Publicação: DJ 01/08/2005, p. 00334)

Ementa: “ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - INFORMAÇÕES PEJORATIVAS - EXCLUSÃO DE CANDIDATO - DIREITO AO CONTRADITÓRIO - SIGILO – DIREITO DE CERTIDÃO.

- EM CONCURSO PÚBLICO, O CANDIDATO DEVE SER OUVIDO SOBRE INFORMAÇÕES PEJORATIVAS, CAPAZES DE O EXCLUÍREM DO CERTAME. SOMENTE ASSIM, DÁ-SE EFICÁCIA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO. (CF, ART. 5., LV).
- O SIGILO QUE REVESTE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS NO PROCEDIMENTO DE CONCURSO PÚBLICO NÃO ALCANÇA O CANDIDATO A QUEM TAIS INFORMES SE REFEREM. A ESTE, DEVE SER FACILITADO O ACESSO E RECONHECIDO O DIREITO DE CERTIDÃO. (CF, ART. 5., XXXIV).” (RMS 1922/SP; Relator Min. Humberto Gomes de Barros; Julgamento: 09/02/1994; Primeira Turma; Publicação: DJ 14/03/1994; p. 04472)

Ementa: “ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO COM CONSEQUENTE REINTEGRAÇÃO NO QUADRO DA POLÍCIA MILITAR - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO-CERCEAMENTO DE DEFESA. O AUTOR FOI DEMITIDO SEM TER SIDO INTIMADO E SEM TER SIDO OUVIDO. NÃO TEVE OPORTUNIDADE PARA CONTESTAR OS FATOS, IMPUGNAR AS PROVAS E PARTICIPAR DA INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. HOVE GRITANTE CERCEAMENTO DE DEFESA. O DIREITO DE DEFESA É CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA É INEXPURGÁVEL PELO ESTADO. DIANTE DOS TERMOS IMPERATIVOS E CLAROS DO ART. 5., LV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NÃO HÁ DÚVIDA SOBRE O INALIENÁVEL E INCONTESTÁVEL DIREITO DOS ACUSADOS EM GERAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO ENTRELACAM-SE E CONSTITUEM POSTULADOS E MANDAMENTOS A SEREM OBRIGATORIAMENTE OBEDECIDOS POR TODOS E, PRINCIPALMENTE, PELO ADMINISTRADOR PÚBLICO, ESCRAVO DA LEI E DA CONSTITUIÇÃO.” (RESP 8264/SP; Relator Min. Garcia Vieira; Julgamento: 22/05/1991; Publicação: 24/06/1991, p. 08619)

DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29), é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. A ausência de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer lesão aos demais princípios constitucionais nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). Inconstitucionalidade. 7. Efeitos. Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade. Recurso extraordinário conhecido e, em parte,

provido.” (RE 273844/SP; Relator Min. Maurício Corrêa; Julgamento: 31/03/2004; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 21-05-2004; p. 00034).

Ementa: “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)” (MS 24268 / MG; Relatora: Min. Ellen Gracie; Relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes; Julgamento: 05/02/2004; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 17-09-2004; p. 00053).

Ementa: “SERVIDOR PÚBLICO. Pena. Demissão. Penalidade aplicada ao cabo de processo administrativo regular. Suposto cerceamento da ampla defesa e do contraditório na sindicância. Irrelevância teórica. Procedimento preparatório inquisitivo e unilateral. Não ocorrência, ademais. Servidor ouvido em condição diversa da testemunhal. Nulidade processual inexistente. Mandado de segurança denegado. Interpretação dos arts. 143, 145, II, 146, 148, 151, II, 154, 156 e 159, caput e § 2º, todos da Lei federal nº 8.112/90. A estrita reverência aos princípios do contraditório e da ampla defesa só é exigida, como requisito essencial de validade, assim no processo administrativo disciplinar, como na sindicância especial que lhe faz as vezes como procedimento ordenado à aplicação daquelas duas penas mais brandas, que são a advertência e a suspensão por prazo não superior a trinta dias. Nunca, na sindicância que funcione apenas como investigação preliminar tendente a coligir, de maneira inquisitorial, elementos bastantes à imputação de falta ao servidor, em processo disciplinar subsequente.” (MS 22791/MS; Relator Min. Cezar Peluso; Julgamento: 13/11/2003; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 19/12/2003, P. 00050)

Ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO. - Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria

a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes. - A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b"). - O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes." (RE 200.844; Rel. Min. Celso de Mello. Julg. 25.06.2002. Segunda Turma. DJ 16.08.2002, p. 00092)

Ementa: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEÇAS QUE DEVEM CONSTAR DO INSTRUMENTO: CPC, art. 544, § 1º. CONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO. I. - Não é ofensivo ao direito à ampla defesa - C.F., art. 5º, LV - assim não ofensivo ao devido processo legal processual, a disposição processual que exige, sob pena de não conhecimento do recurso, que o instrumento seja instruído com determinadas peças: CPC, art. 544, § 1º. Precedente do STF: Ag 261.829(AgRg)-SP, Moreira Alves, "DJ" de 26.6.2000. II. - Alegação de ofensa ao art. 60, § 4º, da Constituição: alegação impertinente, dado que não se tem, em discussão, emenda constitucional que tivesse afrontado o citado dispositivo constitucional. III. - Decisão contrária ao interesse da parte não constitui negativa de prestação jurisdicional (C.F., art. 5º, XXXV). IV. - O acórdão embargado não incorreu em erro material. V. - Inocorrência de ofensa ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, assim ao devido processo legal substantivo. VI. - Embargos de declaração rejeitados.” (AI 265.064-MS; Rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 11/06/2002; Segunda Turma; Publicação: DJ 23.08.2002, p. 00114).

Ementa: “MANDADO DE SEGURANÇA. SINDICÂNCIA. ALEGAÇÃO DOS IMPETRANTES DE NÃO TEREM SIDO OUVIDOS NESTA FASE. PROCEDIMENTO DESTINADO À SIMPLES VERIFICAÇÃO DE IRREGULARIDADES. EQUIPARAÇÃO AO INQUÉRITO POLICIAL. DISCUSSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DE PENA NO ÂMBITO DE SINDICÂNCIA. AMPLA DEFESA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PORTARIA. PUBLICAÇÃO NO BOLETIM DE SERVIÇO. VALIDADE. PRECEDENTE. EXCESSO DE PRAZO NÃO IMPLICA NULIDADE DO PROCESSO. § 1º DO ART. 169 DA LEI 8.112. CONTROVÉRSIA ACERCA DOS FATOS. MATÉRIA NÃO SUPORTÁVEL NA VIA DO MANDADO DE SEGURANÇA. Segurança indeferida.” (MS 22888/PR; Relator Min. Nelson Jobim; Julgamento: 18/02/1998; Tribunal Pleno; Publicação DJ 20/02/04; p. 00252)

Ementa: “MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.034, DE 03/05/95: ART. 3º E SEUS PARÁGRAFOS: DILIGÊNCIA REALIZADA PESSOALMENTE PELO JUIZ. PRELIMINARES: LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM"; PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AÇÃO CONHECIDA. FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA: USURPAÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO PROCESSO LEGAL: INEXISTÊNCIA DE OFENSA. IMPARCIALIDADE DO JUIZ: NÃO HÁ COMPROMETIMENTO. PRINCÍPIO DA

PUBLICIDADE: OFENSA NÃO CARACTERIZADA. MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA.

1. Preliminar: legitimidade ativa ‘ad causam’: tem-se como já pacificado o reconhecimento da legitimidade ativa ‘ad causam’ da ADEPOL, em face dos precedentes desta Corte, entendendo tratar-se de entidade de classe de âmbito nacional, com capacidade para agir em sede jurisdicional concentrada, atendendo assim o disposto no art. 103, inciso IX, da Constituição Federal. 2. Preliminar: pertinência temática: de reconhecer-se, uma vez que o objetivo social da Autora, segundo seus estatutos, é atuar na defesa das prerrogativas, direitos e interesses dos Delegados de Polícia, pugnando pela preservação das Polícias Federal e Cíveis dos Estados e do Distrito Federal como instituições permanentes e independentes, destinadas ao exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária, o que caracteriza o interesse na causa. 3. Mérito do pedido cautelar: a) a Lei nº 9.034/95 é lei especial, tendo em vista que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por grupos de organizações criminosas e constitui-se em medida de alta significação no combate ao crime organizado; b) não há dúvida que a Lei nº 9.034/95 subtraiu da Polícia a iniciativa do procedimento investigatório especial, cometendo-o diretamente ao juiz, pelo fato peculiar de destinar-se o expediente o acesso a dados, documentos e informações protegidos pelo sigilo constitucional, o que, mesmo antes do seu advento, já estava a depender de autorização judicial para não caracterizar prova ilícita; c) aceitável, em princípio, o entendimento de que se determinadas diligências, resguardadas pelo sigilo, podem ser efetuadas mediante prévia autorização judicial, inexistindo impedimento constitucional ou legal para que o próprio juiz as empreenda pessoalmente, com a dispensa do auxílio da polícia judiciária, encarregando-se o próprio magistrado do ato; d) o art. 3º da Lei nº 9.034/95 está inserido em um sistema que, tendo por corolário o dever do Estado, objetiva a prestação da segurança pública, a apuração das infrações penais e a punição dos infratores; e) as normas contidas no art. 144, § 1º, inciso IV, e § 4º não devem ser interpretadas como limitativas do dever da prestação jurisdicional, cuja extensão vai desde a apuração dos fatos até a decisão judicial, elástico esse compreendido no conceito de exercício da magistratura; f) competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária; g) a participação do juiz na fase pré-processual da persecução penal é a garantia do respeito aos direitos e garantias fundamentais, sobretudo os voltados para a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem da pessoa acerca de quem recaem as diligências, e para a inviolabilidade do sigilo protegido pelo primado constitucional; h) não há cogitar-se de violação das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, pois os §§ 3º e 5º do art. 3º da Lei nº 9.034/95 até asseguram o acesso das partes às provas objeto da diligência; i) a coleta de provas não implica valorá-las e não antecipa a formação de juízo condenatório; j) a diligência realizada pelo juiz, sob sigilo de justiça, não viola o princípio constitucional da publicidade previsto no inciso LX do art. 5º, que admite restringi-lo. 4. Medida cautelar indeferida.” (ADI-MC 1517/UF; Relator Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 30/04/1997; Tribunal Pleno; Publicação: DJ 22.11.2002, p. 00055)

Ementa: “ATO ADMINISTRATIVO - REPERCUSSÕES - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE - SITUAÇÃO CONSTITUIDA - INTERESSES CONTRAPOSTOS - ANULAÇÃO -CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular.” (RE 158543/RS – Relator Min. MARCO AURÉLIO; Julgamento: 30/08/94; Segunda Turma; Publicação: DJ 06-10-1995; p. 33135)

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Principi Di Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.
- ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Nulidade de Processo Fiscal por Irregularidade da Intimação*, in Revista de Direito Público n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Procedimento Fiscal de Autolancamento e de sua Homologação*, in Revista de Direito Público n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Os Princípios Administrativos na Constituição de 1988*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado, 1990.
- ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARZUA, Heron. *Aspectos do Procedimento Administrativo Fiscal*, in Revista de Direito Tributário n. 71, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. *Princípios Informativos do Contencioso Administrativo Tributário Federal*, in Revista de Informação Legislativa n. 15, Brasília, 1978.
- _____. *Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Público n. 46, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *Estudos e Pareceres de Direito Tributário*. v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, in Revista de Direito Público n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- _____. *Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social* in Revista de Direito Público ns. 57/58, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

- _____. *Apontamentos sobre o Poder de Polícia* in Revista de Direito Público n. 9, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo e Constituição: o Devido Processo Legal*, in Revista de Direito Público n. 68, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- BARBI, Celso Agrícola. *Unidade de Jurisdição e Justiça Administrativa no Brasil*, in Revista de Direito Público n. 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução*, in Revista de Processo n. 35, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BARBOSA NOGUEIRA, Ruy. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1965.
- BARRETO, Aires F.. *Procedimento Administrativo Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. *Processo Administrativo Tributário e Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- BARROS CARVALHO, Paulo. *Curso de Direito Tributário*, 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Decadência e Prescrição*, in São Paulo: Cadernos de Pesquisas Tributárias 1, 1976
- _____. *Natureza Jurídica do Lançamento*, in Revista de Direito Tributário n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. *Processo Administrativo Tributário*, in Revista de Direito Público n. 9/10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Erro de Fato e Erro de Direito na Teoria do Lançamento Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 73, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- _____. *Faculdades da Administração no Lançamento Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 68, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro e Ives Gandra MARTINS. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º vol., São Paulo: Saraiva, 1989.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3ª ed., São Paulo: Lejus, 1998.
- BEZOS, Clóvis. *Poder de Polícia*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

- _____. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, in *Curso de Direito Administrativo*, Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 4ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.
- BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *Significação do Princípio da Isonomia na Constituição de 1988* in *Revista Trimestral de Direito Público* n. 15, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *Lançamento Tributário*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. *Lei Complementar Tributária*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. *Processo Administrativo Tributário – Princípios, Amplitude, Natureza e Alvança das Funções nele Exercidas*, in *Revista de Direito Público* n. 71, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. *Princípios Gerais do Processo Administrativo Tributário*, in *Revista de Direito Tributário* n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O Direito à Defesa na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CALMON DE PASSOS, J. J.. *O Devido Processo Legal e o Duplo Grau de Jurisdição*, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* n. 17, São Paulo, 1980.
- CAMMAROSANO, Márcio. *A Moralidade e a Administração*. São Paulo: Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.
- CANOTILHO, J. J., *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- _____. *Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 3ª ed., 1991.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977.

- CASTRO FONTES, Ana Lúcia Berbert de. *Garantia do Devido Processo Legal – Princípio Constitucional da Administração Pública*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia n. 14, Salvador, 1990.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 2ª ed., tradução de Paolo Capitanio, Campinas: Bookseler, 2000.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Conceito e Elementos do Ato Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.
- COLE, Charles D. *O Devido Processo Legal na Cultura Jurídica dos estados Unidos: Passado, Presente e Futuro*, in Revista AJUFE n. 56, São Paulo, 1997.
- CORRÊA, Walter Barbosa. *Lançamento Tributário e Ato Administrativo Nulo*, in Revista de Direito Tributário n. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- COTRIM NETO, A. B.. *Do Contencioso Administrativo e do Processo Administrativo - no Estado de Direito*, in Revista de Informação Legislativa n. 95, Brasília, 1987.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, in Revista de Direito Público n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Contencioso Administrativo na Constituição Brasileira*, in Revista de Direito Público n. 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *O “Contencioso Administrativo” Inexistente*, in Revista de Direito Público n. 75, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo Disciplinar*, in Revista de Direito Público n. 92, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- DANTAS, San Tiago. *Igualdade Perante a Lei e Due Process of Law in Problemas de Direito Positivo*, Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- DICHIARA, Sara M. Clara. *Consideraciones sobre el Proceso Contencioso Tributario – el Anteproyecto Brasileño*, in Revista de Direito Tributário n. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- _____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ECHAVE, Delia Teresa, Maria Eugenia URQUIJO e Ricardo A. GUIBOURG. *Lógica, proposición y norma*, 4ª reimpressão, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- EMERENCIANO, Adelmo da Silva. *Procedimentos Fiscalizatórios e a Defesa do Contribuinte*. 2ª ed., Campinas: Copola, 2000.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 8ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires: Editora Depalma, 1981.
- FAZZALARI, Elio. *Procedimento e Processo (teoria generale)*, in Enciclopedia del Diritto, Itália: Giuffrè Editore, 1986.
- FEDELE, Andrea. *La Teoría del Procedimiento de Imposición y la Denominada Antecipación del Tributo*, in Revista de Direito Tributário n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FERRAZ, Sérgio. *Instrumentos de Defesa do Administrado*, in Revista de Direito Administrativo n. 165, Rio de Janeiro: Renovar, 1986.
- _____. e Adilson Abreu DALLARI. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2001.
- _____. *A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar*, in Revista de Direito Público n. 19, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Estado de Direito e Devido Processo Legal*, in Revista Trimestral de Direito Público n. 15, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *A Inscrição da Dívida como Ato de Controle do Lançamento*, in Revista Dialética de Direito Tributário n. 36, São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Direitos e Garantias Individuais: O Princípio da Isonomia*, in Revista de Direito Público ns. 49-50, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- _____. *Processo e Procedimento Administrativo*, in Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes (Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha), Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- _____. *Devido Processo Legal e Fundamentação das Decisões*, in *Revista de Direito Tributário* n. 63, São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- _____. *Princípios Constitucionais do Processo*, in *Revista Trimestral de Direito Público* n. 1, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- _____. *Mandado de Segurança*, 4ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- _____. *Discrecionariade: Poder ou Dever?* in *Curso de Direito Administrativo*, (Coordenação de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO), São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais*, in *Revista de Direito Administrativo* n. 111, Rio de Janeiro: Renovar, 1973.
- _____. *Introdução à Teoria da Prova Administrativa*, in *Revista de Direito Público* n. 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- _____. *A Prova no Processo Administrativo*, in *Revista de Direito Administrativo* n. 102, Rio de Janeiro: Renovar, 1970.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Crisis del Contencioso-Administrativo Francés el fin de un Paradigma*, in *Revista de Direito Público* n. 91, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- _____. *Hermeneutica e Supremacia Constitucional*, in *Revista de Direito Público* n. 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- _____. *Democracia, Juices y Control de la Administración*, Madrid: Editorial Civitas, 2000.
- _____. e Tomás-Ramón FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Octava Edición, Madrid: Editorial Civitas, 1998.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. 3ª ed., Milano: Giuffrè Editore, 1993.
- GOMES DE SOUZA, Rubens. *Procedimento Tributário*, in *Revista de Direito Tributário* n. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Ediciones Macho-Lopes, 1982.
- _____. *La Garantia de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo*, in *Revista de Direito Público* ns. 9/10, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- GRECO, Marco Aurélio. *Dinâmica da Tributação e Procedimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

- _____. *Dívidas Fiscais – I (Procedimento Administrativo)*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Do Direito de Defesa em inquérito Administrativo*, in Revista de Direito Administrativo n. 183, Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- _____. *Princípio do Contraditório – Infringência*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo n. 21, São Paulo, 1983.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “*Devido Processo Legal e o procedimento administrativo*”, Revista Trimestral de Direito Público n. 18, São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2000.
- HIEN, Eckart. *O Controle Judicial das Decisões Administrativas Discricionárias*, in Revista CEJ n. 27, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2004.
- HORVATH, Estevão. *Lançamento Tributário e “Autolancamento”*, São Paulo, Dialética, 1997.
- JARDIM, Torquato Lorena. “*Due Process of Law*” e a *Proteção das Liberdades Individuais*”, in Revista de Direito Público n. 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAROUSSE CULTURAL. *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999.
- LIMA GONÇALVES, José Artur. *Isonomia na Norma Tributária*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- _____. *Revisão do Lançamento Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. e Márcio Severo MARQUES. *Processo Administrativo Tributário*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Globo, 1987.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 13ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Due Process of Law, in Perspectivas do Direito Público: Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coordenação de Cármen Lúcia Antunes Rocha), Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MAITLAND, F. W. *The Constitutional History of England*, Cambridge: University Press, 1961.
- MARQUES, José Frederico. *A Garantia do “Due Process of Law” no Direito Tributário*, in Revista de Direito Público n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- _____. *Processo Tributário*, in Revista de Direito Público n. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MARQUES, Márcio Severo. *Classificação Constitucional dos Tributos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *O Processo Administrativo*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo ns. 33/54, São Paulo, 1975.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MOTA, Leda Pereira e Celso SPITZCOVSKY, *Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Editora Terra, 1995.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*, São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- NOGUEIRA, Alberto. *O Devido Processo Legal Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- OLIVEIRA LIMA, Pérsio de. *Poder de Polícia e o “Due Process of Law”*, in Revista de Direito Público ns. 35-36, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- PERDOMO, Jaime Vidal. *Derecho Administrativo*, Octava edición, Bogotá: Temis, 1985.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *O Direito à Defesa na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.

- PONDÉ, Lafayette. *Considerações sobre Processo Administrativo*, in Revista de Direito Público ns. 47/48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- PORTA, Marcos de Lima. *O Processo Administrativo e o Devido Processo Legal*". São Paulo: Dissertação de mestrado apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001.
- PRATES, Renato Martins. *O Processo Administrativo e a Defesa do Administrado*, in Revista de Direito Público n. 86, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- REALE, Miguel. *Limites da Discricionariedade Administrativa*, in Revista de Direito Público n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *A Instrumentalidade do Processo e o Princípio de Verossimilhança como Decorrente do Due Process of Law*, in Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados v. 127, São Paulo, 1994.
- RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. *Do Direito de Defesa no Procedimento Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 75, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- ROTHMANN, Gerd Willi. *O Processo Tributário*, in Revista de Direito Público n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- _____. *Princípios Constitucionais Tributários e a Cláusula Due Process of Law*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1964.
- SANDULLI, Aldo M. *Il Procedimento Amministrativo*, Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1964.
- SCARPINELLA BUENO, Vera. *Devido Processo Legal e a Administração Pública no Direito Administrativo Norte-Americano*, in Devido Processo legal na Administração Pública (Coordenação de Lúcia Valle FIGUEIREDO), São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOARES DE MELO, José Eduardo. *Princípios Administrativos Tributários*, in Revista de Direito Tributário n. 75, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SOUSA, Antônio Francisco. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1994.

- STASSINOPOULOS, Michael D. *Traité des Actes Administratifs*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 20 et 24, 5^a e, 1973.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*, 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*, in Revista de Direito Público n. 84, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Princípio da Publicidade Administrativa (Direito de Certidão, Vista e Intimação)*, in Revista de Direito Administrativo n. 199, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- _____. *Procedimentos Administrativos de Competição*, in Revista de Direito Público n. 83, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Processo e Procedimento no Brasil*, in *As Leis de Processo Administrativo*, São Paulo: SBDP e Malheiros Editores, 2000 (Coordenação de Carlos Ari SUNDFELD e Guillermo Andrés MUÑOZ).
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios Gerais do Direito Processual Civil*, in Revista de Processo n. 23, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Arbitramento em Matéria Tributária*, in Revista de Direito Tributário n. 40, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- VILANOVA, Lourival. *Fundamentos do Estado de Direito*, in Revista de Direito Público n.º 43-44, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- VIRGA, Pietro. *Il Provvedimento Amministrativo*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. São Paulo: EDUSP, 1993.
- XAVIER, Alberto. *Natureza Jurídica do Processo Tributário*, in Revista de Direito Tributário ns. 17-18, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- _____. *I. R. Lançamento por Arbitração Pressupostos e Limites*, in Revista de Direito Tributário n. 31, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Legalidade e Tributação*, in Revista de Direito Público ns. 47/48, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. *Do Lançamento: Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.