

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR JACY DE ASSIS
PROGRAMA MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO (CMDIP)

HÁRRISSON FERNANDES DOS SANTOS

GARANTIA FUNDAMENTAL DA CELERIDADE: ANÁLISE DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA

UBERLÂNDIA

2013

HÁRRISSON FERNANDES DOS SANTOS

**GARANTIA FUNDAMENTAL DA CELERIDADE: ANÁLISE DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA**

**Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito – Curso Mestrado em Direito Público pela
Universidade Federal de Uberlândia, como pré-requisito
para obtenção do Título de Mestre em Direito Público.**

Área de Concentração: Direitos e garantias fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

UBERLÂNDIA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

S237g
2013

Santos, Harrisson Fernandes dos, 1984-
Garantia fundamental da celeridade : análise do processo administrativo tributário no município de Uberlândia. / . - Uberlândia, 2013.
146 f.

Orientador: Alexandre Walmott Borges.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos fundamentais - Teses. 3. Processo administrativo - Uberlândia - Teses. 4. Processo tributário - Uberlândia - Teses. 5. Celeridade (Direito) - Teses. I. Borges, Alexandre Walmott. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

HÁRRISSON FERNANDES DOS SANTOS

**GARANTIA FUNDAMENTAL DA CELERIDADE: ANÁLISE DO PROCESSO
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do
Título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal
de Uberlândia, sob a orientação do Prof. Dr. Alexandre Walmott
Borges

FOLHA DE APROVAÇÃO

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges

Profa. Dra. Shirlei Silmara de Freitas Mello

Profa. Dra. Irene Patrícia Nohara

Aprovado em 25/11/2013

Dedico o produto deste trabalho especialmente àqueles que ainda acreditam na construção de um país e na superação de seus limites através da educação.

AGRADECIMENTOS

Enveredar na pesquisa de cunho acadêmico, por muitos momentos representa um verdadeiro momento de renúncia individual, fazendo com que a pesquisa acabe se confundindo com a sua própria identidade.

Enfim, vejo que esse trabalho é fruto de um sonho e de uma vontade pessoal no aperfeiçoamento da pesquisa para a produção de um resultado academicamente relevante o qual pretendo prosseguir. Enveredar nessa pesquisa representou um verdadeiro despertar para um horizonte ainda não despertado até então em minha trajetória acadêmica, profissional e até mesmo pessoal.

Compete a mim humildemente agradecer a Deus pela existência, aos meus pais que, a partir de muita simplicidade de pessoas que não completaram o ensino superior, tiveram por iniciativa da Sra. Augusta a visão necessária para a superação de obstáculos e conseguiram realizar sonhos individuais de “bacharelarem” os três filhos em cursos dessa Notável Universidade Federal de Uberlândia.

Aos meus irmãos, sempre agradeço pelo carinho e amizade constante desses longos anos. Não podendo deixar de esquecer dos meus filhos Bernardo e Artur que me permitem acreditar que a finalização do mestrado é uma nova etapa para a formação de um super-herói. A Rejane, meus agradecimentos por ter me acompanhado durante toda essa fase de mestrado.

Na academia, agradeço ao apoio sincero dos professores Shirlei Silmara, Anderson Rosa Vaz, Alexandre Walmott por sempre acompanharem e opinarem construtivamente para a conclusão desse trabalho, por derradeiro a Profa. Irene Nohara que mesmo antes de compor a banca avaliadora já prestava a devida ajuda com suas obras. Continuamente, não posso me furtar de também homenagear a nossa amiga Isabel que sempre no exercício de suas funções junto a secretaria do mestrado funcionou como verdadeira facilitadora. Também, cabem as devidas homenagens aos nossos amigos da 4ª Turma, na pessoa do colega Murilo Naves Amaral, o qual tive a oportunidade de reforçar a construção constante de uma amizade de doze anos.

Por fim, agradeço a todos que de forma direta ou indireta torceram ou contribuíram para a finalização dessa pesquisa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
PAD	Processo Administrativo Disciplinar
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Volume de execuções ajuizadas entre 2008 e 2013 (até 01/10/2013)...p. 133
Tabela 2	Volume de extinções de execuções distribuídas entre 2008 e 2013 por motivo de extinção (até 01/10/2013) p. 133

RESUMO

A partir da elevação da celeridade do processo administrativo e judicial na qualidade de garantia fundamental, observamos um nítido reclamar pela prestação da tutela processual de forma efetiva e célere. Nesse sentido, acusamos algumas reformas legislativas observadas no interior dos inúmeros ordenamentos jurídicos, de forma a termos, efetivamente um processo célere, dotado de velocidade. Ocorre que, pela proposta a qual se presta, entenderemos pela análise da celeridade sob o viés de garantia fundamental a ser considerada em conjunto com as demais outras garantias processuais constitucionalmente reconhecidas. Ademais, conforme demonstrado no título, a pesquisa proposta se limitará a análise da celeridade processual no processo administrativo tributário estabelecido no ordenamento jurídico de Uberlândia. Assim, pelas premissas traçadas, o processo buscará a evidência, principalmente pela análise legislativa e, inclusive, procedimental colhida junto a Procuradoria Geral do Município de Uberlândia.

Palavras-chave: processo; celeridade; administrativo; tributário; Uberlândia

RESUMEN

Desde el aumento de la velocidad del proceso administrativo y judicial como garantía fundamental, observamos una demanda clara para la prestación de los Procedimientos de tutela efectiva y rápida. En este sentido, existe la acusación de algunas reformas legislativas observadas dentro de las numerosas jurisdicciones con el fin de tener una eficacia rápida, dotado de velocidad. Resulta que la propuesta que se presta, entender el análisis de la velocidad bajo el sesgo garantía fundamental para ser considerado junto con otras otras garantías procesales reconocidas constitucionalmente. Por otra parte, como se indica en el título, la investigación propuesta se limitará al análisis de celeridad en los procesos administrativos tributarios establecidos en el ordenamiento jurídico de Uberlândia. Así, las hipótesis señaladas, el proceso buscarán evidencia, sobre todo por el análisis legislativo, e incluso procesal cosechado a lo largo de la Procuraduría General de la Municipalidad de Uberlândia.

Palabras clave: proceso; celeridad; administrativo; tributario; Uberlândia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	13
1.1. NECESSIDADE DE CONCEITUAÇÃO E DISTINÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	15
1.1.1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	16
1.1.2. CONCEITUAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	19
1.2. DOGMÁTICA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS	21
1.2.1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DO RECONHECIMENTO DAS GARANTIAS NO ESTADO LIBERAL E NO SOCIAL	22
1.2.2. ANÁLISE DOGMÁTICA DAS GARANTIAS EM Kelsen	25
1.2.3. OS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIOLÓGICO E GARANTISTA.....	29
1.3. A ELEVAÇÃO DA CELERIDADE A GARANTIA PROCESSUAL FUNDAMENTAL	34
1.3.1. AS GARANTIAS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	36
1.3.2. EMENDA CONSTITUCIONAL 45 – A FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA COMO ELEMENTO DE BUSCA DE EFETIVAÇÃO PROCESSUAL.....	38
1.3.3. A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS COM A INSTITUIÇÃO DA CELERIDADE	41
1.3.4. CONTEXTUALIZAÇÃO DA CELERIDADE APÓS A EC 45/2004.....	46
2. A CELERIDADE COMO MEIO DE EFETIVIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	51
2.1. EFETIVIDADE E PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	52
2.1.1. A COMPREENSÃO DA NOÇÃO DEMOCRÁTICA	53
2.1.2. DO PROCEDIMENTO AO PROCESSO	55
2.1.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	62
2.1.4. A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	68
2.1.5. DEVER DE DECIDIR COM EFICIÊNCIA E CELERIDADE	76

2.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA DO ESTADO DE DIREITO	81
2.2.1. PROCESSO COMO MITIGADOR DE DESIGUALDADES	82
2.2.2. A IMPORTÂNCIA DAS PARTES PARA A PRODUÇÃO DA DECISÃO FINAL ...	84
2.3. CELERIDADE E SUMARIZAÇÃO PROCESSUAL.....	91
2.3.1. O PROCESSO INSERIDO EM UMA REALIDADE DINÂMICA.....	92
2.3.2. COGNIÇÃO EXAURIENTE E O TRANSCURSO DO TEMPO.....	96
2.3.3. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E TUTELA CAUTELAR	101
3. A ABORDAGEM DA CELERIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA.....	105
3.1. A LEI 8814/2004 E A EFETIVIDADE DO PROCESSO	105
3.1.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	108
3.1.2. O REGULAMENTAR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO FEDERAL E DO ÂMBITO MUNICIPAL	111
3.1.3. PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EFETIVIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO	115
3.2. A LC 508/2009 E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM UBERLÂNDIA	120
3.2.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA E SUAS FASES	121
3.2.2. ANÁLISE DA EC 45/2004	125
3.3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO AJUIZAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS	129
3.3.1. CRITÉRIO DE AJUIZAMENTO DE DEMANDAS JUDICIAIS – APURAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA	130
3.3.2. QUANTIDADE DE PROCESSOS AJUIZADOS E EXTINÇÕES EM FUNÇÃO DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	132
3.3.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROCURADORIA EM TORNO DA EFICIÊNCIA DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.....	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	136
PRINCIPAIS REFERÊNCIAS	137
ANEXO	144

INTRODUÇÃO

De forma a considerar a importante alteração no ordenamento jurídico brasileiro, a inserção do parágrafo LXXVIII ao Art. 5º da CF por força da EC 45/2004, observação a elevação a garantia fundamental a celeridade e duração razoável do processo judicial e administrativo. Diante dessa notória elevação axiológica da celeridade processual, assomada das demais garantias fundamentais e respaldada na observância da dignidade da pessoa humana, objetivo da República Federativa do Brasil, representa uma forma de assegurar a efetividade de um direito e garantia fundamental, sendo também instrumento de promoção de justiça.

Assim, por importante inserção constitucional, a pesquisa pretende atentar à realidade do processo administrativo tributário uberlandense, o delimitando pela problemática de esclarecer se pela implementação da celeridade ao processo administrativo tributário, o mesmo será mais efetivo?

Pela temática proposta, observamos a aplicação dos direitos e garantias fundamentais ao processo administrativo tributário. Logo, não apenas pelo comando constitucional, mas também pelas iniciativas da legislação complementar e ordinária do município observaremos a busca de um processo administrativo tributário justo célere e, em função disso, dotado de efetividade. Nesse ponto, destacamos que além de toda a ocorrência fática observável, vê-se que a preocupação em termos de celeridade, mesmo em todas as reformas já propostas, se adstém à proposta de pura e simplesmente de imposição de velocidade processual, rapidez.

A simples iniciativa de efetivarmos os processos via decisões parametrizadas, sem considerar o verdadeiro escopo individual das demandas postas, não são suficientes para a equacionalização das demandas.

Como viés metodológico para a evolução da pesquisa e seu deslinde lógico, será realizada uma abordagem dedutiva. No mesmo sentido, para o fiel cumprimento da proposta, buscaremos um respaldo teórico do processo administrativo tributário, dos direitos fundamentais, legislativo, se centrando na legislação municipal de Uberlândia, bem como documental, mediante questionamento formulado à Procuradoria Geral do Município de Uberlândia e resposta oficial, bem como histórico-documental referente à EC 45/2004, além de uma busca jurisprudencial.

Por fim, faz-se necessária uma análise dessas fontes para a elaboração da proposta de dissertação e a partir de todos os elementos, apresentar uma proposta a acrescentar ao estudo do processo administrativo tributário no âmbito do Município de Uberlândia, sempre no intuito de garantir a sua celeridade bem como a sua efetividade.

1. ANÁLISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

No abordar da garantia fundamental da celeridade, no estudo que se propõe acerca da sua consideração dentro de um contexto de garantias fundamentais, por muito tem se entendido pela ausência de formas ou simplificação do processo, o que na verdade a proposta de trabalho busca a demonstração de que a isso não se relaciona.

Diferentemente do que pode ser observado, entendemos que a análise da celeridade do processo administrativo-tributário no ordenamento jurídico de Uberlândia deve compreender a importante consideração de BARBOSA MOREIRA (1997):

[...] A diminuição da complexidade muita vez impõe que se tratem determinados problemas com menor delicadeza, que se despreze tal ou qual exigência da etiqueta. Para ficarmos num exemplo importante, a compressão do contraditório é frequentemente condição *sine qua non* da viabilidade de projetos simplificadores. Ora, quando, num mesmo momento histórico, o legislador se empenha em dar igual ênfase à preservação das garantias e à simplificação do procedimento, assume o risco de fazer brotar, no espírito de algum observador desprevenido, a suspeita de estar querendo acender simultaneamente uma vela a Deus e outra a Satanás[...]¹

No mesmo sentido, observamos ser de constante preocupação acerca da análise dos Direitos Humanos a constante preocupação observada na Europa e na América acerca da duração razoável do processo, sendo objeto de constante preocupação pelas organizações internacionais.

Como exemplo, temos a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, firmada no Conselho da Europa em 1950. Referida Convenção tratado internacional, tem como característica peculiar a previsão de um mecanismo autônomo de proteção dos direitos e das liberdades previstos no texto, por meio de um órgão jurisdicional que controla a sua aplicação, chamado de Corte Europeia de

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**. In: Temas de direito processual, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997 p. 49-50.

Direitos do Homem (CEDH). A exemplo, para a Corte, o direito genérico à Justiça, proclamado no art. 6º, I, da Convenção, é tido como um direito de capital importância para as sociedades democráticas, por seu sentido e objeto, merecendo interpretação ampliativa e sempre orientada por uma perspectiva material².

Observamos que o acesso a justiça diz respeito a uma peculiaridade dada ao homem o que implica na conclusão da observância ao menos da sua satisfação dentro de um prazo razoável.

Na opinião da Corte Europeia no que se refere a sua jurisprudência, aos retardos que podem comprometer a eficácia e a credibilidade da justiça. Os problemas estão ligados às chamadas dilações indevidas ou sem objetividade³.

Como forma de combate, temos a premissa de desenvolvimento de um processo num prazo tido como razoável que não se perpetue com dilações indevidas e afrontosas às garantias fundamentais.

De forma bastante semelhante, observamos o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacando, inclusive, a oportunidade ao ofendido pela demora de seu Estado na possibilidade de formulação de reclamação:

A cláusula do julgamento do prazo razoável, diferentemente do que se pode pensar, não consta dos documentos internacionais de proteção aos direitos humanos apenas como enunciado normativo que atribui a todos os indivíduos, de modo abstrato, um dado direito.

[...]

Assim é que, havendo demora injustificada por parte do Estado em oferecer a devida resposta à alegada violação dos direitos consagrados na Convenção poderá o prejudicado reclamar proteção diretamente à Comissão Interamericana, que fará o juízo de admissibilidade da petição, afastando, se for o caso, a exigência de prévio esgotamento dos recursos internos, para, na sequência encaminhar o processo à apreciação da Corte.

[...]

A Corte considera, no particular, como princípio básico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo o Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos quanto às violações dos direitos consagrados na Convenção.⁴

Ora conforme veremos em linhas posteriores, a opção dada pelo legislador constituinte brasileiro foi no sentido de conferir tratamento de garantia individual à celeridade do processo

² SCHENK, Leonardo Faria. **Notas sobre o Modus Operandi das Cortes Europeia e Interamericana para a Aferição das Violações do Direito à Razoável Duração dos Processos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, São Paulo, Ano XII, n. 84, jul/ago. 2013. p. 94.

³ Ibid. p. 94.

⁴ Ibid. p. 98/99.

judicial e administrativo, o que nos permite abordar não apenas a necessidade de uma tutela jurisdicional célere, mas também a tutela administrativa.

1.1 NECESSIDADE DE CONCEITUAÇÃO E DISTINÇÃO DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao iniciar a pesquisa em torno da celeridade do processo administrativo como uma garantia fundamental, nos deparamos com a sua elevação a tanto. Ocorre que, para a melhor depuração, devemos compreender a construção histórica na formação das garantias fundamentais.

Conforme passaremos a enfrentar a conceituação e distinção das garantias se prestarão, inclusive para a viabilidade do reconhecimento dos direitos fundamentais no interior do Estado. A noção passará pela noção de cidadania, a qual enfrentaremos:

Uma vez que relaciona qualquer espécie de direitos ao cidadão, a teoria contemporânea da cidadania parece negar a si mesma a possibilidade de “ver” o problema dos direitos da pessoa, e a sua específica relevância e gravidade atual. Em síntese, o erro de perspectiva sobre a qual está fundada pode ter consequências funestas em um mundo por migrações de massa. A refatação do erro sobre o qual se baseia a teoria contemporânea da cidadania leva a reiterar a necessidade de distinguir dois status do sujeito titular de direitos fundamentais: os direitos do homem (da pessoa) e os direitos do cidadão, além disso, toda a história do conceito de “cidadão” leva, como vimos, a identificar a segunda classe de direitos com os direitos poderes de participação política. Portanto, os direitos do cidadão não são direitos do homem.⁵

Considerando até mesmo a inversão entre indivíduo e sociedade, prevalecendo esta em detrimento daquele não podemos pura e simplesmente reconhecer a prevalência do coletivo. Diante do que procuraremos abordar, demonstraremos a necessidade de reestabelecimento de uma feição que prima pela cidadania de forma abrangente a uma quantidade maior de indivíduos – atingindo a maior quantidade de pessoas.

Pois bem, conforme notaremos a finalidade da pesquisa corresponderá a necessidade de tratarmos enquanto valorização individual frente a eventuais arbítrios do Estado.

⁵ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 130.

1.1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Considerando o Direito a partir de uma perspectiva moderna, temos a consideração do enfrentamento do reconhecimento do Estado de Direito, nesse sentido, observamos que até mesmo a demonstração democrática⁶ se faz a partir desse ditame.

Assim, a grande preocupação do Direito nos tempos atuais não passa mais pelo reconhecimento de direitos individuais e coletivos, muito além, a grande preocupação e temática passa pela efetivação de aludidos direitos. A menção de direitos e garantias fundamentais do homem representa uma criação recente na história da humanidade, que ganhou importantes contornos com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Com isso, verifica-se o quão recente é a preocupação da sistematização de ditos direitos.

Com esse primeiro ato, tem-se o reconhecimento da existência de direitos humanos, que pode-se melhor dizer como sendo direitos à pessoa⁷. Assim, relata a História uma fase que antecedeu a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10 de dezembro de 1945, oportunidade em que houve o seu reconhecimento, e outra que buscou a efetivação de aludidos direitos.

⁶ Nesse aspecto acerca da demonstração democrática nos valeremos a partir de páginas posteriores os estudos em torno da conceituação realizada por Bovero (2002) para o autor italiano: “O que proponho é exatamente caminhar em direção à explicitação do confronto entre democracia ideal e democracia real que subjaz em muitos dos nossos juízos políticos cotidianos. Contudo, para que caminhemos nesta direção, me parece antes de mais nada necessário reconstruir o primeiro termo de comparação, ou seja, o modelo ideal de democracia, Mas entendo “ideal” não tanto no sentido de meta desejável, mas no sentido de conceito puro, de ideal-tipo. E sugiro que não o procuremos no supramundo das idéias, mas que nos mantenhamos, sim, muito próximos da linguagem comum. [...]Acolhendo a sugestão de Willey, mencionada na introdução, imaginemos ter de ajudar um rapaz, que obviamente já tenha alcançado certo grau de escolaridade- ou um estrangeiro não privado de cultura geral, ou um alienígena dotado de boa capacidade para se comunicar- a orientar-se em meio à profusão de termos que, com maior frequência, se fazem presentes nos debates mais comuns sobre a democracia. Para fazê-lo, deveríamos tentar reconstruir no modo mais simples e direto as regras de uso não ambíguo de algumas palavras: a começar pelo próprio nome democracia, ou melhor, pelos dois substantivos gregos, dêmos e Krátos, a partir dos quais aquele nome foi composto. É assim que começam inumeráveis verbetes de dicionários e enciclopédias, e é salutar relê-los de vez em quando. Infelizmente, trata-se de duas palavras ambíguas, ainda que distinta medida, Krátos significa força, solidez, mas ao mesmo tempo também superioridade, capacidade de afirmar-se e, portanto, parece indicar um força subjugadora, preponderante, que se impõe: poderíamos dizer, a força do mais forte, mas como componente de palavras tais como democracia ou aristocracia, Krátos passa a designar o poder político, ou seja, o poder de tomar decisões coletivas, portanto o poder atribuído àquele sujeito que em uma comunidade determina as escolhas públicas, e é por isso supremo ou soberano. Nesse sentido, “democracia” indica aquela forma de comunidade política na qual tal poder é atribuído ao dêmos.” BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 13-15.

⁷ Utiliza-se pessoa de modo a valorar os demais seres humanos englobando mulheres, crianças e não apenas a limitação em homens.

Ocorre que, anteriormente a esse período pode-se até mesmo destacar a Declaração dos Direitos da Virgínia e a Declaração Francesa de 1789, vinculada à Revolução Americana e à Revolução Francesa, que dão início ao grande processo de positivação, proclamam nas suas aberturas, nos seus respectivos artigos iniciais, a dimensão igualitária dos direitos humanos ao afirmar que todos os seres humanos são livres e iguais. É esta dimensão igualitária que caracteriza o processo de generalização⁸.

Nesta linha, observamos que o próprio processo de generalização adquire dimensão internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – principalmente pela leitura de seu Art. 1º.

Ademais, a Constituição de 1988 explicita de maneira inequívoca a afirmação dos princípios inerentes ao processo de generalização, com os seus componentes de igualdade e não-discriminação que discuti anteriormente. Esta explicitação está contida no caput do Art. 5º.

Nesse ínterim, a especificação, observa Bobbio, é uma outra etapa do processo de afirmação histórica dos direitos humanos. Está voltada para determinar de maneira mais concreta – e não de forma abstrata, como no processo de generalização – os destinatários da tutela jurídica dos direitos e garantias individuais. É assim que se completa a idéia dos destinatários genéricos – os seres humanos, os cidadãos – com a especificação do ser humano situado – como por exemplo, a criança, a mulher, o deficiente mental, os idosos⁹.

A concretude do pensamento do italiano, no início dos anos sessenta, é evidenciada na parte introdutória do volume de apostilas universitárias dedicado a Locke e o direito natural, avaliando os méritos e os defeitos, as venturas e desventuras do jusnaturalismo moderno, afirmava, entre outras coisas, que ele levava ao que supõe ser uma supervalorização da esfera privada sobre a esfera pública, a uma concepção meramente negativa das tarefas do Estado, à teoria do liberalismo clássico que agora está de qualquer forma em declínio¹⁰.

Pela primeira análise, mostra-se relevante a distinção terminológica entre as expressões iniciais na busca de uma que constantemente se busca entre os direitos

⁸ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. 1ª edição. Barueri: Manole, 2005, p. 37.

⁹ *Op cit.* p. 38.

¹⁰ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p.93.

fundamentais e os direitos humanos. Afinal, aqueles representam estes reconhecidos e positivados na esfera constitucional¹¹.

Diferentemente, os direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal. Assim, os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições. Daí que importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional). Os direitos fundamentais nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados¹².

Desta forma, pode-se dizer que a segunda fase representa a oportunidade da efetivação dos direitos humanos, que, constitucionalmente positivados nos diversos ordenamentos jurídicos nacionais recebem a rubrica de Direitos Fundamentais.

Não apenas, essa última fase a qual passa a tratar o estudo, tem se valido essencialmente das estruturas e prerrogativas jurisdicionais e judiciais. Nesse sentido, não pode ser ocultado o fato de que diversos catálogos constitucionais, a exemplo do brasileiro, ao disporem sobre os direitos fundamentais passa a vincular os três poderes do Estado de modo a condicionar e vincular ações. Assim, não é difícil observar que a efetivação dos direitos fundamentais, ao longo dos anos, mostra-se fundamentalmente uma construção de ordem jurisprudencial pautada em princípios e regras.

A nova ordem imposta, corresponde a uma dimensão de não apenas delimitar funções, estabelecer sanções, do contrário que era observado há séculos, oportunidade em que os homens apenas possuíam deveres para com a sociedade a qual estavam inseridos, e por muitas

¹¹ Nesse momento, leva-se ao conhecimento do leitor a necessidade do estabelecimento de distinções necessárias com o fito de não incorrer em equívocos de ordem semântica, que certamente atrapalham a compreensão acerca do necessário entendimento sobre o surgimento da expressão direitos fundamentais em contraponto a direitos humanos. Destaca-se o entendimento de afamados doutrinadores que, de modo não cientificamente apurado acabam por confundir e não realizar a devida distinção entre tais conceitos.

“Os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.

Essas idéias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo.” MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 19.

“O respeito aos direitos humanos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, é pilastra-mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático.” MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002, p. 21.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. p. 37.

vezes os homens eram alvos de desproporcionais punições estatais em não realizando as suas obrigações segundo a vontade soberana.

os grandes textos legais, os monumentos legislativos da Antiguidade estabeleciam apenas deveres e não direitos. Do mesmo modo, para os romanos, por exemplo, não existiam propriamente direitos, ou pelo menos não direitos “subjettivos” (que é uma construção teórica moderna e de cunho bem mais individualista), mas somente alguns direitos enunciados de forma genérica (em que se definia a coisa, e não a titularidade do possuidor de direitos, o que fica bem claro em relação à propriedade) ou algumas ações, dizendo-se por isso que possuíam um “Direito Judicial”.¹³

O que é observado nos dias atuais, diferentemente do que era no Direito Romano, é um caráter universal dado aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

1.1.2 CONCEITUAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Considerando desse modo a realidade dos direitos fundamentais como aquela correspondente ao reconhecimento constitucional, afinal para que prestariam as garantias fundamentais e ainda, qual seria o seu conceito de modo a distingui-la dos direitos fundamentais?

Interessante, que desde Ruy Barbosa essa preocupação e apontamento foi devidamente enfrentada na doutrina nacional: a distinção entre o que vem a ser direitos e o que corresponde a garantias fundamentais, ainda pela análise da Constituição de 1891, que passara a inaugurar a Primeira República:

[...] empreendendo um confronto entre direitos e garantias constitucionais com base na Constituição de 1891, separando “as disposições meramente declaratórias, que são as que exprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecutorias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito (apud. Ruy Barbosa).¹⁴

Essa realmente é uma situação que desperta preocupação entre muitos teóricos. Ainda, tem sido o entendimento predominantemente aceito pelos teóricos que enfrentam a distinção

¹³ BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional – Parte I Teoria Constitucional**. 1ª edição. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999. p. 149.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 412.

conceitual das garantias. Ocorre que, não obstante o entendimento majoritário, pontuamos a existência do fato de que alguns entendem por desnecessária tal distinção, por seus argumentos próprios, conforme Scaff (2003):

Ora, qual a diferença entre um direito e uma garantia? Dizem alguns que existem direitos que não encerram em si uma garantia, sendo aqueles uma proclamação de vontades, de princípios, sendo aqueles uma proclamação de vontades, de princípios, e estas, as garantias, o meio através do qual os direitos poderão serem implementados. Caso conseguíssemos este entendimento, teríamos garantias que não são direitos, pois as garantias apenas implementariam os direitos, não sendo direitos; ou ainda, teríamos direitos que não possuem garantias, pois se estas duas coisas são distintas entre si e uma serve para implementar a outra, pode ocorrer da existência de direitos sem nenhuma garantia, ou seja, singelas declarações de vontade. Esta é uma visão processualista do direito, pois, desta forma existiriam direitos declarados sem nenhuma garantia e direitos garantidos, instrumentalmente garantidos.
[...] Garantias e direitos são duas palavras para significar a mesma coisa: a existência de normas que devem ser concretizadas através do trabalho do intérprete¹⁵.

Ora, em que pese referido entendimento, temos que o mesmo não corresponde à reconhecida distinção historicamente formada na acepção de tais institutos.

Observamos que a instituição dos chamados Direitos fundamentais se deu pela necessidade de garantir ao indivíduo prerrogativas básicas de existência no contexto social, no primeiro plano relacionado à liberdade.

Já em relação as garantias, considera-se que correspondem a instrumentos de defesa do indivíduo frente ao Estado – a partir das garantias é que se tem a eficácia dos direitos por elas protegidos.

Nessa perspectiva, tem-se que a garantia representa uma forma de afirmação de segurança frente a eventuais incertezas. Existe a garantia sempre da existência na necessidade de proteção de um perigo que se deve conjurar – em linhas gerais, ao se falar em garantias tem-se em consideração as proteções dos valores relacionados à personalidade como instrumento de proteção, de modo que de um lado temos as garantias e de outro os direitos como institutos distintos¹⁶.

¹⁵ SCAFF, Fernando Facury. **Garantias fundamentais dos contribuintes à efetividade da Constituição**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo, n. 94, jul. 2003. p. 38-39.

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 481-482.

Não obstante aludida distinção, tem-se que as garantias visarão a proteção dos indivíduos, bem como da liberdade. Com essa noção, paira pela sua noção conceitual a proteção da pessoa levada a eficácia e efetividade, de modo a assegurar e proteger o direito relacionado ao indivíduo e à liberdade¹⁷.

Pois bem, as liberdades são inerentes ao indivíduo, independentemente do Estado, diferindo-se das garantias que por si só reportam ao Estado na sua atividade em relação à pessoa. As liberdades correspondem a formas de agir dos indivíduos ao passo que as garantias modo de atuação estatal.

Ora, nítida está a demonstração da distinção conceitual entre os institutos.

Como se vê, ocorre o equívoco sempre que a garantia é posta numa acepção em conexão direta com o instrumento de organização do Estado que é a Constituição. Demais, se aceitássemos a confusão, nunca lograríamos tampouco um conceito preciso e útil do que seja uma garantia constitucional. Esse caminho conduziria sem dúvida ao obscurecimento de uma das noções mais valiosas para o entendimento da progressão valorativa do Estado liberal em sua passagem para o Estado social [...]¹⁸

As garantias, para o cumprimento da conceituação a qual se propôs se pretende a proteção ao direito reconhecido. Vê-se que a garantia é vetor da efetivação dos direitos, considerando como superada a fase do reconhecimento.

1.2 DOGMÁTICA DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Por muito tempo, em função de uma acepção liberal, a análise da criação do Estado, reconhecimento de Direitos, de certo modo atendendo ao escopo anteriormente mencionado: proteção da liberdade do homem. Pois bem, diante disso, constituindo o próprio Estado de Direito, aquele regido pela lei e conforme a mesma, observamos intensamente a consistência

¹⁷ Em importante contraponto aos que entendem pela desnecessidade de distinção entre direitos e garantias fundamentais, temos que: “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta ou imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se e as garantias estabelecem-se.” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, “Direitos Fundamentais”, Coimbra, 1988, p. 88-89)

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 482.

na concepção circunscrita ao princípio da legalidade, ponderando o aparato executivo aos ditames da lei.

Numa acepção inicial, verifica-se que a formação do Estado de Direito se dá no momento de seu estabelecimento frente a todos os indivíduos, sem distinção – noção esta de que a lei corresponde a uma realidade geral e abstrata. Desta feita, o Estado de Direito é inimigo dos excessos e do uso não regrado/regulado de poder a generalidade da lei era garantia da imparcialidade do Estado frente aos componentes sociais, assim como de sua igualdade jurídica. Abstração da lei, generalidades no tempo constituem prescrições destinadas a valer indefinidamente e, portanto, formuladas mediante supostos de feitos abstratos. A abstração é inimiga das leis retroativas, necessariamente concretas¹⁹.

Pois bem, com o atingimento dos efeitos da lei a todos os cidadãos, partimos da defesa de uma premissa dogmática de formação do Direito ao qual conhecemos e ensejador da formação e consolidação das garantias, pesando que as liberdades, ainda que se assentem sobre a pessoa, as garantias vão ao Estado reportar, demonstrando-se uma finalidade teleologicamente observada na consolidação dos efeitos valorativos, principiológicos e garantistas²⁰ aos quais se pretende debruçar.

1.2.1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS ACERCA DO RECONHECIMENTO DAS GARANTIAS NO ESTADO LIBERAL E NO SOCIAL

Verificando as garantias constitucionais como produto de uma realidade e vivência social, ao resolver colocar essa temática criamos a dúvida sobre em qual plano reconhecer a validade das garantias: se num plano físico ou metafísico²¹.

Essa discussão, do mesmo modo coloca em lados opostos aqueles que defendem o positivismo jurídico, daqueles que não o defendem.

¹⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 29.

²⁰ A esse despeito, desde já anunciamos que a análise das garantias as quais enfrentaremos pelo presente estudo partirá de uma perspectiva dogmática tendo como referencial a proposta de Kelsen acerca do Direito, da necessidade de seu reconhecimento e, até mesmo, partindo da norma jurídica como unidade referencial do estudo do Direito. Assim, decorrerá a busca pela solução da análise da garantia, a doutrina influenciada necessariamente por Bobbio, abordando a atual análise sistêmica proposta pelo doutrinador italiano: enquanto alguns irão optar por uma análise principiológica da análise constitucional, ou ainda dúctil, que se amolda, a exemplo de Gustavo Zagrebelsky, outros vão enfrentar a questão sob o prisma garantista da Constituição, a exemplo de Luigi Ferrajoli.

²¹ enfim talvez essa questão se põe no momento de afetação do Direito com a moral, a sua relação com o conceito de justiça, e principalmente como ordenamento jurídico conformador da sociedade.

Ao tratar o Direito como um plano justificado numa realidade sobrenatural, destaca-se os momentos em que a temática passa a ganhar importância. Primeiramente, como defensores dessa realidade, tem-se os jusnaturalistas, ao reconhecerem a existência de direitos inatos ao indivíduo, bem como a necessidade de se realizar um pacto social para justificar e reconhecer expressamente aqueles direitos naturais do homem.

Com o aflorar das escolas exegeticas e positivistas, naturalmente os jusnaturalistas perdem o espaço e essas teorias, passam a ser revolucionárias e justificar o Direito.

No decorrer da história universal, observa-se que, com as I e II Guerras Mundiais, o positivismo jurídico e o ideal ditado pelas forças sociais e políticas dominantes nele inserido não conseguiram fazer com que a realidade social fosse mitigada, bem como os valores constitucionais daquelas sociedades fossem reduzidos a pó.

Ora, mas como sanar juridicamente essa situação? A resposta encontrada por diversos pensadores juristas foi o retorno do direito enquanto valor de modo que em muito passou a se assemelhar àquelas noções metafísicas e jusnaturalistas:

De um ponto de vista histórico-epistemológico, principalmente após a Segunda Guerra Mundial e a ocorrência do Holocausto, a reação dos juristas romano-germânicos ao juspositivismo do século XIX foi um retorno ao direito enquanto valor, próximo ao jusnaturalismo, mas fixado em princípios constitucionais, tendo seus praticantes não apenas abandonado a ideia de ciência jurídica, mas efetivamente se afastado das demais ciências naturais e sociais na medida em que elas teriam falhado em fornecer uma Teoria do Valor que pudesse racionalizar decisões jurídicas.²²

Por essa situação, observa-se que o Direito nesse momento passa a distanciar das ciências sociais aplicadas e em muito se aproximar das ciências filosóficas.

A crítica que se tece a essa movimentação é a de que o jurista passa a analisar demandas a priori de atribuição da filosofia e com isso, perde o Direito pois o seu objeto de análise proposto desde Kelsen, a norma jurídica, perde a sua importância na investigação dos fatos sociais²³.

²² GICO JÚNIOR, Ivo. **Metotologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, p. 25-65, jan-mar/2010. p. 26 e 27.

²³ Ademais, mesmo considerando que a realidade não representa um todo acabado, encara-se o Direito como fenômeno da sociedade que não obedece por óbvio as essências ideais, almejadas e criadas por teorizadores filósofos ao abordarem o Direito. Não deve encarar a realidade social bem como os seus fenômenos naturais como um dependente de uma realidade metafísica. Deve-se ater à constante movimentação da transformação da realidade empírica.

Ora, a realidade a qual estamos inseridos e contextualizados, encara a mesma como sendo prescrita desde o Império, que visavam desde lá a proteção aos abusos propostos pelo aparato estatal, conforme posto em discurso formulado na Primeira República do Brasil por Leovegildo Filgueiras em 1º de agosto de 1892:

os nossos estadistas e publicistas do tempo do Império haviam aprendido com todos os publicistas e juristas do mundo civilizado a distinguir formalidades prescritas pelas constituições para abrigarem dos abusos do poder e das violações possíveis de seus concidadãos os direitos constitutivos da personalidade individual e direitos, quer sociais, quer políticos, que não são formalidades prescritas por constituições, mas atributos da natureza humana (Apud. Leovegildo Filgueiras).²⁴

Assim, tem-se pelo reconhecimento da Constituição uma modalidade de promoção de segurança jurídica, bem como fato de proteção individual. Com essa visão, rompe-se com a idéia de mera proteção individual visada pela Constituição até então prevalente no liberalismo.

Vemos que inicia uma preocupação em torno da inserção de garantias institucionais. Afinal, com efeito, ampliaram por igual o raio da segurança a formas funcionais institucionalizadas, que se prendem organicamente ao exercício constitucional das atividades dos poderes públicos no regime de juridicidade imposto pelo próprio Estado de Direito. Até mesmo em Ruy Barbosa na Primeira República pôde arrolar entre outras, ilustrativamente, as seguintes garantias constitucionais de um modelo já desprovido, de forma imediata, do conteúdo subjetivo individualista: a dualidade das câmaras, a colaboração do chefe de Estado na produção das leis, a responsabilidade dos funcionários²⁵.

Desse modo, uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal. Em suma, a garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a determinadas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza²⁶.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 485.

²⁵ Ibid. p. 490/491.

²⁶ Ibid. p. 492.

Ocorre que, com o surgimento do Estado social no capitalismo, fez surgir o natural anseio de alteração de postulados normativos com o objetivo de cumprimento das vontades sociais e econômicas que surgiam²⁷. Fez-se necessária a separação entre as garantias institucionais dos direitos fundamentais observada inicialmente na Alemanha:

Das discussões sobre a Constituição de Weimar, Klaus Stern fez emergir uma clara distinção entre a garantia institucional, sempre referente a instituições de direito público, e a garantia do instituto, em que se protegem os institutos de direito privado, assim entendidos a propriedade, a família, o direito sucessório etc. Na esfera material da Constituição, movido na preocupação schmittiana com determinados perigos e determinadas experiências históricas malfadadas, o constitucionalismo da época separou, de uma parte, os direitos fundamentais, que abrangem e visam proteger como tais os chamados direitos clássicos da liberdade individual, os direitos da igualdade e os direitos da participação política e, doutra parte, as garantias das instituições ou garantias institucionais, que conferem a certa instituições, estruturas de organização e figuras jurídicas fundamentais, uma idêntica proteção de grau superior, no patamar normativo da Constituição.²⁸

No Brasil o Estado social iniciou o seu esboço a partir da Revolução de 1930, resguardando ao texto constitucional de 1988, um melhor primor no abordar das garantias fundamentais, equacionando o Estado de Direito do Estado Social mediante a introdução de normas tanto de direito objetivo como de direito subjetivo²⁹.

1.2.2 ANÁLISE DOGMÁTICA DAS GARANTIAS EM KELSEN

Realizar a análise da dogmática das garantias fundamentais, realmente a feita em Kelsen mostra-se oportuna e necessária para a melhor compreensão acerca do resultado e

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª edição, 1980, p. 205.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 498/499.

²⁹ Com o objetivo de se prender na temática proposta pela dissertação, sem se alongar na leitura acerca da dogmática das garantias constitucionais, reserva ainda a análise de Paulo Bonavides acerca da distinção das garantias constitucionais entre as “qualificadas” e as “simples”. Pontua que, em relação àquelas existe a impossibilidade de alteração da Constituição, correspondendo a reserva de cláusulas pétreas. Ao passo que a “garantia constitucional simples ou de segundo grau, ao contrário da garantia qualificada ou de primeiro grau, recai unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar contudo o poder reformista do legislador constituinte constituído, completamente habilitado pela Constituição para exercer o poder de emenda.[...] resguardam apenas contra o legislador ordinário, mas não prevalecem contra o legislador constituinte que exerce, nos limites da Constituição, o poder de emenda constitucional. [...] no tocante a garantias constitucionais de natureza processual, tem-se que são formas de meios ou instrumentos processuais, que trouxeram para reforçar no constitucionalismo do Estado social a defesa e o amparo dos direitos subjetivos(BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 504/505).

entendimento alcançado até mesmo pela evolução demonstrada acerca do entendimento das garantias fundamentais postas no Estado de Direito, seja sob o viés liberal seja pelo social.

Pela perspectiva posta em Kelsen, devemos nos valer e, ao mesmo tempo, extrapor aos conceitos que agregaram o conhecimento da Ciência do Direito. Assim, é necessário o devido reconhecimento da contribuição da compreensão do Direito a partir do rasgo epistemológico realizado pelo alemão Kelsen.

A partir do reconhecimento da norma jurídica como unidade mínima do Direito, a sequencia de pensadores que passaram a vislumbrar o Direito como ordenamento, a exemplo de Bobbio, tornou-se mais fácil e aceitável. A primeira teoria, de fato representou um norte e facilitador da compreensão até mesmo das garantias fundamentais.

A própria ideia de um escalonamento normativo fez com que melhor compreendêssemos afinal, somos cientes de que dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo vale, significa o agir conforme a norma. Lembramos que as normas até o momento de atingimento de seu ápice que seria a norma hipotética fundamental, temos que o fundamento de validade de uma norma tão somente corresponde ao fundamento de validade de outra norma. Em suma, uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação à mesma, norma inferior³⁰.

Não fosse notadamente a importante contribuição, acrescentamos, para a análise da validade das garantias fundamentais a sua outra proposta de reconhecimento das normas segundo planos de reconhecimento, ora como primário e ora secundário.

Pois bem, para início de sua abordagem na pensada temática, Kelsen inicia o estabelecimento da separação entre o dever jurídico e a norma. Para a boa realização de sua perspectiva, dispõe que, intuitivamente relacionando com o conceito de ato antijurídico está o dever jurídico. Pois bem, o conceito de dever é originariamente um conceito específico da moral e designa a norma moral na sua relação com o indivíduo a quem se prescreve ou proíbe determinada conduta³¹.

Assim, o conceito de dever jurídico não é senão a contrapartida do conceito de norma jurídica. Mas a relação é um pouco mais complexa, posto que a norma possui uma estrutura

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado) 6ª edição 5ª tiragem. São Paulo: Martins e Fontes, 2003. p. 215.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. (trad. Eduardo García Máynez). 3ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969. p. 68.

mais complicada que a moral. A norma jurídica não se refere, como a moral, à conduta de apenas um indivíduo, senão ao menos afeta dois – o indivíduo que comete ou pode cometer o ato antijurídico, o infrator, e aquele que se deve executar a sanção. A sanção é dirigida contra outro indivíduo distinto do infrator imediato, a norma jurídica assim se refere a três indivíduos.

A existência de um dever jurídico não é senão a validade de uma norma de direito que faz decorrer a sanção da conduta contrária àquela que forma o dever jurídico. Este não se concebe fora da norma jurídica. O dever jurídico é simplesmente a norma de direito em sua relação com o indivíduo cuja conduta a mesma norma estabelece a sanção. A conduta oposta àquela que como ato antijurídico é condição da sanção, constitui o conteúdo do dever jurídico. Este é o dever de abster do ato jurídico. É a obrigação de obedecer a norma de direito³².

Afinal, o conceito de dever jurídico também implica em um dever ser. O que alguém esteja juridicamente obrigado a determinada conduta significa que o órgão deve aplicar-lhe uma sanção no caso em que se comporte de maneira contrária. Mas o conceito de dever jurídico se difere do dever moral no fato de que a primeira não é a conduta que a norma exige, a conduta que deve ser observada.

Ao contrário, deve-se atentar que o dever jurídico é a conduta oposta àquela que constitui a condição da sanção.

Nesse diapasão melhor se define a chamada norma secundária³³ proposta por Kelsen. Ora, se também se diz que a obrigação jurídica “deve ser” cumprida, então esse “dever ser” representa um epifenômeno do “dever ser” da sanção. O feito pressupõe que a norma jurídica se encontra dividida em duas normas separadas, em duas expressões do dever: uma que tende

³² Ibid. p. 69.

³³ Destaca-se que a análise do Direito a qual defende o apontamento no presente trabalho encerra com a análise do sistema jurídico, e no tocante a valide a abordagem deve ser de pertinencialidade e eliminação de possíveis antinomias mediante estabelecimento de critérios. Considerando ser o ordenamento jurídico um todo escalonado, hierarquizado e ordenado, tem-se que pouco importa a inclusão doutras validades senão a jurídica para reconhecimento do Direito. Em sentido diferente, destaca-se a abordagem teórica de Hart ao estatuir a norma hipotética empírica, ou a *rule of recognition* que se difere da proposta de Kelsen por entender pela necessidade de reconhecimento das normas inferiores, o que implicaria, se realizada uma maior divagação no estabelecimento de outros critérios senão os jurídico e normativo para determinar a inserção ou não de uma determinada norma no ordenamento jurídico. “Hart deduz a existência da *rule of recognition* de sua aceitação, que se manifesta na prática jurídica, e a utiliza como fundamento para a validade de todas as outras regras jurídicas. Aceitar uma regra que encontra sua expressão numa prática comum significa passar do fato de que existe a prática ao juízo de que se ordena o comportamento em conformidade com essa prática. A vantagem da teoria kelseniana da norma fundamental consiste no fato de essa transição de um ser para um dever não estar escondida atrás de conceitos como os de aceitação e de existência de uma prática, mas de ser exposta à luz, tornando-se um tema” (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 147).

a conseguir que certo indivíduo observe a conduta devida e outra segundo a qual um segundo indivíduo deve executar uma sanção, no caso em que a primeira norma seja violada³⁴.

Apenas podemos bem expressar esta dependência se damos à segunda o nome de norma primária, e à primeira, de norma secundária. Esta estipula a conduta que a ordem jurídica trata de provocar mediante o estabelecimento da sanção. Se o faz uso do conceito auxiliar de norma secundária, então o oposto ao ato antijurídico aparece como conduta jurídica ou comportamento conforme a outra norma secundária, e a violação como conduta antijurídica ou comportamento contrário à secundária.

Vemos que quando uma dada infração é definida simplesmente como conduta antijurídica, o direito é concebido como um sistema de normas secundárias. Mas quando um se atenta que o direito é uma ordem coercitiva que estipula sanções, tal opinião deixa de ser objeto de defesa.

Para Kelsen, o Direito corresponde à aplicação da norma primária que estabelece a sanção, e esta não resulta pelo ato antijurídico do súdito, senão, ao contrário, tal ato é a condição específica da sanção.

Nessa seara, o cumprimento a aplicação de uma norma jurídica, se dá por aquele elemento inicialmente posto inicialmente acerca da validade como sendo um dever ser jurídico. Vias de consequência, o Direito, ou seja, a norma primária, somente vale diretamente para o órgão que deve executar a sanção.

Se supõe que, ao entrelaçar a sanção ao ato antijurídico, a norma de direito cria o dever de evitar esse ato, dever que pode também ser visto na forma de uma norma separada que proíbe o mesmo ato. A formulação de tal norma facilita indubitavelmente a exposição do Direito. Mas semelhante procedimento apenas é justificável se se tem presente que a única norma jurídica genuína é a sancionadora. Pelas razões dadas por Kelsen, esta é a norma primária, e se queremos fazer uso da que proíbe o ato antijurídico, tal norma apenas terá o caráter de norma secundária³⁵.

Em suma, pelo entendido em Kelsen por direito e deveres primários e secundários, não representam por si só uma distinção lógica. Pois um direito ou dever primário não é assim mesmo o dever independentemente do direito ou dever secundário que o sustenta e vice e

³⁴ Ibid. p. 71.

³⁵ Ibid. p. 74.

versa³⁶. Se o dever jurídico primário deve inteiramente a sua existência ao secundário ou sancionador, parece mais correto chamar o primeiro de secundário e ao segundo de primário.

A pensar na teoria formulada pelos garantistas, verificamos que as disposições constitucionais que nos desafiam seguramente podem ser pensadas. De forma exemplificativa temos atualmente um modelo de estado social garantista ao passo que passamos a enfrentar limitações de dotação orçamentária.

No tocante as garantias processuais, passamos por situação análoga no sentido de que ao prestar tutela jurisdicional, o Estado não está apenas a dizer imperativamente o Direito como também a cumprir o dever, incumbência de assim a prestar, dentro de um prazo razoável, que remete à ideia de celeridade e, acima de tudo, ao prestar uma garantia fundamental estar a promover a dignidade da pessoa humana.

1.2.3 OS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO PRINCIPIOLÓGICO E GARANTISTA

Conforme tentativa anteriormente demonstrado pela dogmática proposta por Kelsen acerca da formulação do Direito, o reconhecimento de normas primárias e a sua correspondência por normas secundárias, observamos que cumpriu ao referido autor a sistematização do Direito como ciência, conseqüentemente daqueles que evoluíram, certamente tomaram em si as bases para a fundamentação de posteriores teorias.

Após Kelsen, reportamos a importante contribuição de Bobbio, principalmente no que tange a sua habilidade em pautar pela teoria da norma jurídica, em Kelsen o substrato mínimo, ou melhor, a unidade mínima objeto das ciências jurídicas, ter conseguido inseri-la num contexto maior de formulação sistemática com a ideia de ordenamento jurídico.

Verificamos nessa etapa uma melhor formulação do Direito principalmente no momento em que passamos a justificar a existência de normas inferiores pelo permissivo das superiores. Observamos que, em considerando essa perspectiva de Bobbio podemos chegar a conclusão valorativa de que se, o meu aparato constitucional privilegia a existência de garantias fundamentais, o meu aparato infraconstitucional deve, por sua vez, passar a estabelecer um reconhecimento dessas normas jurídicas e a elas se reportar.

³⁶ Ibid. p. 75.

Pois bem, a partir dessa importante contribuição dos pensadores dogmáticos, pela estruturação decisiva de Bobbio acerca do ordenamento jurídico, alguns outros pensamentos passaram a ser desenvolvidos em torno do alastrar e interpretar constitucional: seria a realidade principialista ou garantista.

Para alguns que defendem o principialismo, nesse ponto nos reservamos a apresentar o posicionamento de Zagrebelsky, que em muito vai aproximar o Direito da moral, com a extrema valoração dos princípios e com realidade dúctil do Direito.

Pontuamos que para esse defensor, existe o reconhecimento da coexistência de valores e princípios, sobre a que hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para não renunciar a seus conteúdos de unidade e integração e ao mesmo tempo não ser incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um dos tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os que se deve conviver³⁷.

Pois bem, nessa perspectiva valorativa, os termos aos quais se deve associar a ductilidade constitucional aqui tratada são a coexistência e o compromisso. Talvez sejam justamente os traços desta época os que podem mostrar uma via de saída adequada ao caráter político que é, e que se deseja ser, próprio da Europa: uma convivência dúctil, construída sobre o pluralismo e as interdependências e inimigas de qualquer ideal de interposição pela força³⁸.

A guisa de conclusão, temos que se cada princípio e cada valor fossem entendidos como conceitos absolutos seria impossível admitir outros junto aos mesmos, digamos em convivência simultânea. Enfim, a heterogeneidade do Direito no Estado Constitucional demonstra para o autor que a lei já não mais representa uma expressão pacífica de uma sociedade coerente senão a demonstração da existência de um enfrentamento social.

Pontua que a lei já não é garantia absoluta e última de estabilidade, senão que ela mesma se converte em instrumento e causa de instabilidade³⁹.

Nessa seara o papel assumido pela Constituição seria o de ser um objeto de mediação nessa situação conflituosa, a nesta recondução e redução consistia propriamente o positivismo jurídico, digamos, a teoria e a prática jurídica do Estado de direito do século XIX.

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 14.

³⁸ Ibid. p. 15.

³⁹ Ibid. p. 38.

Zagrebelsky para a formulação do seu pensamento, procurou a distinção entre os conceitos de liberdade e direitos de Justiça, procurando a não simplificação de um conceito a outro⁴⁰.

Assim, Zagrebelsky passa a justificar as suas formulações a partir de uma teoria de princípios⁴¹. A partir daí tem-se que verdadeiramente normas são as regras, enquanto que os princípios são um plus, algo que somente é necessário como válvula de segurança do ordenamento. Uma vez mais, o positivismo se revela como uma ideologia deformadora no campo do direito. A incidência direta dos princípios sobre a realidade, é dizer, a possibilidade de que conferem aos fatos um valor normativo próprio, é algo não apenas não previsto, senão inclusive excluído pelo positivismo jurídico. Por isso, não seria possível pensar em uma recuperação positiva da temática dos princípios mediante o passo de um positivismo das regras a um positivismo dos princípios esta conclusão, desde logo, é coerente com a premissa com a que é fácil estar de acordo: dos juízos de fato apenas podem derivar outros juízos de fato; dos juízos de valor, apenas outros juízos de valor. Ao passo que uns outros se supõe que introduza nos primeiros um juízo do segundo tipo, ou nos segundos um juízo do primeiro tipo. São questões demasiadamente conhecidas como para deter-se nas mesmas⁴².

A pluralidade dos princípios e dos valores a que as constituições remetem é a outra razão que torna impossível um formalismo dos princípios. Desse modo, as sociedades que quisessem preservar seu caráter pluralista deveriam afirmar valores que não têm preço,

⁴⁰Pontua o autor em seu *El derecho dúctil* a distinção entre as modalidades de humanismo capazes de levar as formulações por ele desejadas, nesses termos: o humanismo laico fala daqueles direitos com cuja violação se frustra a pretensão de liberdade do homem; o humanismo cristão daqueles outros cuja violação se frustra a aspiração à justiça se os quer dar valor absoluto, cada uma das duas posições poderia excluir a outra mediante uma dupla e oposta redução: da justiça à liberdade ou da liberdade à justiça. A primeira redução é a própria das concepções radicalmente individualistas; a segunda é a própria das concepções holistas, concepções que tem conhecido numerosas formas de expressão no curso da história do pensamento político. Enfim, em Zagrebelsky tem-se que a positividade de conteúdos morais afirmados pelo direito natural que se opera no máximo nível do ordenamento jurídico, e que é de grandíssima importância para a história do direito, apenas é uma circunstância historicamente contingente que no futuro poderia ser substituída por elaborações materiais diferentes, tanto do direito constitucional como do direito material.

⁴¹Do mesmo modo, destacamos que o autor brasileiro Humberto Ávila bem explora essa distinção normativa em sua obra *Teoria dos Princípios*, cabendo-lhe os dizeres de que “... a definição de princípios como *deveres de otimização* aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem: fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de condutas só pode ser determinado quando diante dos fatos. A distinção entre princípios e regras – segundo Alexy – não pode ser baseada no modo *tudo ou nada* de aplicação proposto por Dworkin, mas deve resumir-se, sobretudo, a dois fatores: *diferença quanto à colisão*, [...]; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios constituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função de outros princípios colidentes. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38.

⁴² *Ibid.* p. 117.

valores entre os quais o equilíbrio deva alcançar mediante a ponderação com outros valores do mesmo tipo, sem a participação do *medium* homologador e desnaturalizador do dinheiro⁴³.

Diferentemente, em Ferrajoli acusaremos a realização de críticas em torno desse modelo principialista formulado por Zabrebelsky, principalmente no que tange, segundo aqueles a inadequada aproximação do direito e da moral, e a busca da realização do procedimento de ponderação da colisão entre princípios constitucionais tidos como fundamentais.

Assim, é ciente de que uma interpretação do Direito à luz da Constituição nos leva ao entendimento de uma existência de uma unicidade constitucional, superior à legislação ordinária, sendo diversificadas as técnicas utilizadas para assegurar esta superioridade. Podendo ser citado o modelo estadunidense e europeu de controle da constitucionalidade das leis.

Demonstrando de forma bastante esclarecedora, o que concerne à teoria do direito, o Constitucionalismo se refere à conformidade da produção normativa com os procedimentos formais para sua elaboração, e também, especialmente, à pertinência material dessas normas com os princípios constitucionalmente estabelecidos⁴⁴.

O grande diferenciar dessa teoria garantista, em linhas gerais, é o estabelecimento e a vinculação material e formal da produção legislativa infraconstitucional.

Nos parece até mesmo remeter a ideia de um hipotético-fundamental no sentido de que, devemos obedecer os comandos constitucionais ou ainda, devemos nos vincular aos preceitos – ainda que não consigamos desvencilhar dos princípios valorativos que permeiam a ideia garantista de Ferrajoli.

De certo modo a perspectiva garantista supera as formuladas anteriormente pelo positivismo jurídico afinal tem-se que em suma, tanto Kelsen como Bobbio compartilham uma concepção simplificada e unidimensional da validade como ser, em vez de como um dever ser jurídico do Direito, não distinta da existência; com a consequência de que fecham o caminho à crítica jurídica das leis inválidas, a acrescentar à crítica ético-política das leis injustas. Tanto Kelsen como Bobbio, em outras palavras, ignoram a divergência deôntica, interna ao Direito positivo, entre normas sobre a produção e as normas produzidas e, via de

⁴³ Ibid. p. 126.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13.

consequência, a dissociação entre existência e validade substancial, gerada pelo constitucionalismo rígido, a acrescentar a dissociação entre justiça e existência gerada pelo primeiro positivismo jurídico do Estado legislativo de Direito⁴⁵.

As razões pelas quais se privilegiou como figura deôntica primitiva o conceito de expectativa em relação ao de imperativo são múltiplos. A primeira razão consiste em maior alcance empírico e na maior capacidade explicativa destes termos em referência aos textos constitucionais. Nestes textos, os princípios fundamentais estão expressados habitualmente em termos de normas atributivas de direitos universais, e não em termos de normas imperativas de deveres absolutos a cargo da esfera pública. Esta é já por si mesma uma razão suficiente para conceder centralidade, na análise do paradigma constitucional, aos direitos antes que aos deveres correspondentes. Os direitos fundamentais porque pertencem a todos, devem estar subtraídos da disponibilidade das maiorias, que não podem dispor do que lhes pertence, e portanto, devem estar subtraídos também do poder de revisão constitucional⁴⁶.

Sua perspectiva garantista extrapola inclusive quanto repensa o Estado em suas relações externas à luz do atual direito internacional não é diferente de pensar o Estado em sua dimensão interna à luz do direito constitucional. O paradigma, em todo caso, não pode ser senão aquele do Estado constitucional de direito, que nos foi consignado pela experiência das democracias modernas⁴⁷.

Ao se falar em democracias, conforme será abordado posteriormente, devemos desde já atentar a própria origem de seu conceito:

[...] a começar pelo próprio nome democracia, ou melhor, pelos dois substantivos gregos, dêmos e Krátos, a partir dos quais aquele nome foi composto. É assim que começam inumeráveis verbetes de dicionários e enciclopédias, e é salutar relê-los de vez em quando. Infelizmente, trata-se de duas palavras ambíguas, ainda que distinta medida, Krátos significa força, solidez, mas ao mesmo tempo também superioridade, capacidade de afirmar-se e, portanto, parece indicar um força subjugadora, preponderante, que se impõe: poderíamos dizer, a força do mais forte, mas como componente de palavras tais como democracia ou aristocracia, Krátos passa a designar o poder político, ou seja, o poder de tomar decisões coletivas, portanto o poder atribuído àquele sujeito que em uma comunidade determina as escolhas públicas, e é por isso supremo ou soberano. Nesse sentido, “democracia” indica aquela forma de comunidade política na qual tal poder é atribuído ao dêmos.⁴⁸

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos Modelos de Constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2012. p. 38-39

⁴⁶ Ibid. p. 52-53.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo, Martins e Fontes. 2002. p. 52.

⁴⁸ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 15.

Enfim, pontuamos como posição de visualização da Constituição como mais apropriado dos garantistas, pelo fato de nos parecer como a teoria que demonstra o texto constitucional como mais vinculável. Com isso tem-se reconhecido um papel normativo das constituições como sistemas de limites e de vínculos, os mais precisos possível, tanto para a legislação como para a jurisdição e, por isso, neste sentido, como complemento do Estado de Direito.

1.3 A ELEVAÇÃO DA CELERIDADE A GARANTIA PROCESSUAL FUNDAMENTAL

Conforme buscamos a demonstração mediante o presente estudo, temos o entendimento de que o problema maior que passa os direitos fundamentais diz respeito a efetivação de tais direitos, não mais a questão do reconhecimento como tanto. É fato que os direitos fundamentais são direitos estabelecidos juridicamente a uma determinada nação através de sua Constituição. Mais do que isto, eles constituem um elemento básico para a concretização do próprio princípio democrático.

Nesse sentido, um movimento que se tem na realidade atual, inclusive, busca o questionar do Direito, principalmente invocando-o como realidade transformadora. Assim, o Direito deve ser visto como um verdadeiro vetor de expectativas individuais e sociais.

Uma das formas de obtenção dessa resposta do Direito enquanto expectativa, estaria na forma e acesso à Justiça atualmente explorado por doutrinadores.

Ponderamos inclusive a menção de um teoria crítica do Direito que corresponde a um movimento de pensamento integrado por várias correntes teóricas que possuem como causa comum a apresentação de uma concepção emancipadora em torno do Direito, de forma a desmistificar outras concepções teóricas que representam a manutenção de uma realidade socialmente injusta ou que possam provocar retrocessos em relação às conquistas democráticas da sociedade ou que possam impedir a evolução do processo democrático de mudanças sociais.

Revelando-se assim a cabal importância de inserção das garantias fundamentais, destacando ainda o próprio enfoque sobre acesso à justiça como movimento de pensamento a

partir da teoria crítica do direito constitui, atualmente, um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, permitindo a análise do Direito, especialmente dos direitos fundamentais, no plano da sua efetivação, o que é fator imprescritível para a mudança da realidade social, especialmente para atender, no caso do Brasil, que ainda não passou por uma transformação social, as diretrizes fixadas no art. 3º da CF/88. Logo, o acesso à justiça deve ser concebido e compreendido nos dois planos do Direito: o plano dos direitos individuais e o plano dos direitos coletivos, conforme exigência da teoria dos direitos e garantias fundamentais adotada na CF/88.

Consequentemente, nessa linha proposta, temos que sena fase da primeira geração os direitos fundamentais consistiam essencialmente no estabelecimento das garantias fundamentais da liberdade, a partir da segunda geração tais direitos passaram a compreender, além daquelas garantias, também os critérios objetivos de valores, bem como os princípios básicos que animam a lei maior, projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras.⁴⁹

Ademais, pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, é que se tem como premissa almejada: o direito processual estaria a serviço do direito material, de modo que aquele não se justifica sem a presença deste.

A elevação das expectativas visando o reconhecimento e promoção de um verdadeiro Estado Democrático é que devem pautar a atuação do aplicador do Direito.

De forma a difundir tais valores, atualmente a sociedade é defrontada com decisões judiciais em que até mesmo o judiciário se atreve em opinar e estabelecer norteadores para as diretrizes orçamentárias, conforme bem lembrado.

Mas não é só: o Judiciário, em face da insuficiência de recursos e da falta de previsão orçamentária, devidamente comprovadas, determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública. E, como a lei orçamentária não é vinculante, permitindo a transposição de verbas, o Judiciário ainda deverá determinar, em caso de descumprimento do orçamento, a obrigação de fazer consistente na implementação de determinada política pública [...].

Desse modo, frequentemente a “reserva do possível” pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma a obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento da

⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria Crítica do Direito e o Acesso à Justiça como novo método de pensamento**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org). **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 175/176.

obrigação; e, em seguida, à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação.⁵⁰

Veja que mesmo a imposição de restrições de ordem orçamentária tem obrigado o judiciário a se posicionar, principalmente para efetivar direitos fundamentais já positivados.

Outra iniciativa louvável, diga-se de passagem, implica nas constantes promulgações de legislações esparsas que acabam por dar uma elevada densidade normativa ao texto já colocado na Constituição⁵¹.

Ora, o agir estatal deve ter como premissa não apenas o aparato como ordem coatora, mesmo no dinamismo da sociedade atual, deve promover e estruturar a sociedade diante das suas premissas fundamentais centradas na promoção da dignidade da pessoa humana.

1.3.1 AS GARANTIAS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o objetivo de salvaguardar os direitos individuais, em que pese o fato de já termos noticiado que a preocupação de proteção institucional constituída por um Estado Social de Direito iniciou-se na década de 30, observamos que a Constituição de 1988 a partir do formato de instrumentos processuais trouxe amparo aos direitos subjetivos.

Inicialmente, cumpre destacar que o Brasil não atingiu um patamar suficientemente e cabal de promoção de um Estado Social, de qualquer modo, devemos tecer a devida importância de, a partir da leitura constitucional, verificar e observar a constituição de um Estado que visa a garantia institucional de promoção de referidos direitos.

Consequentemente, devemos do mesmo modo considerar que a Constituição de 1988 se deu em um momento histórico no qual se findava um regime autoritário em que muitas das garantias constitucionais eram simplesmente inobservadas por um Estado autoritário, o que,

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org). **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 12.

⁵¹ Uma alternativa hermenêutica seria considerar que a não indicação de limite de idade mínima indica a presença de normas de baixa densidade normativa, cabendo ao legislador ordinário estabelecer limites de idade razoáveis para o exercício de cada direito. Caberia, por exemplo, ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei. 8.069/1990) concretizar a forma de exercício dos direitos fundamentais pelas crianças e pelos adolescentes, fixando limites de idade para o exercício das várias categorias de vários direitos. Contudo, esse texto legal simplesmente reitera os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, sem estabelecer faixas etárias ou idade mínima e indicando somente que alguns direitos se exercem sob a reserva legal. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2011. p. 89.

naturalmente faz abranger consideravelmente o leque protetivo pós regime autoritário instaurados pelos militares entre 1964 e 1985.

Coadunando nessa mesma perspectiva, sob a influência de uma leitura garantista da Constituição, vemos, do mesmo modo que a observância das garantias constitucionais, também revela um traço distintivo do Estado de Direito que passa a ser performador das potencialidades individuais.

Assim, no que tange a legislação infraconstitucional vemos que grande parte dela foi devidamente recepcionada pelo legislador constituinte, o que nos obriga, inclusive a releitura desses instrumentos normativos. Desse modo, antes da aplicação da legislação anterior à Constituição de 1988 devemos nos perguntar se estamos realmente preocupados e observantes às garantias constitucionais de ordem processual postas.

Não obstante, sabemos, conforme veremos posteriormente, que o controle de constitucionalidade jurisdicional certamente refuta situações legislativas de contrariedade ao texto constitucional, de qualquer modo a análise garantista deve ser feita a todo momento de aplicação de um dado direito individual.

Ademais, sabemos que a mera institucionalização das garantias fundamentais não seriam o bastante se não considerássemos a necessidade de termos um verdadeiro Estado de Direito, sendo este em conformidade com a lei. Ainda, este não seria conquistado dentro de um contexto ou de um regime autoritário, conforme o constante da ordem constitucional anterior.

Logo, a observância da separação de poderes em sua plenitude, representará o viés necessário para a institucionalização das garantias processuais, principalmente com o fito de coibir qualquer excesso, seja por qual poder, ou melhor função estatal for.

Nesses termos, volvemos a explicação anterior no sentido de haver a utilização de limites e controle das funções estatais, devendo existir o verdadeiro refrear da concentração de titularidade de um exercente do poder soberano, destacamos:

A jurisprudência das cortes constitucionais, em todos os Países abraçados à ordem jurídica do Estado de Direito tem sabido por igual adotar o princípio [da separação de poderes] como a melhor das garantias tutelares com que estabelecer as bases de um sistema de leis onde o exercício do poder se inspire na legitimidade dos valores que fazem a supremacia do regime

representativo em todas as suas modalidades democráticas de concretização⁵².

Vejam que a análise interpretativa e valorativa pesa nessa concepção de observância ao princípio da repartição de poderes. Nessa perspectiva sim teremos condições de realizar e formatar um modelo de Estado que visa o salvaguardar das garantias fundamentais.

Enfim, somente por uma ordem garantista em que não temos a observância de um governo autoritário, podemos de forma redundantemente garantista ter algumas das prerrogativas constitucionalmente postas, tais como podemos exemplificar: o exercício dos remédios constitucionais (mandado de injunção, mandado de segurança, habeas corpus, habeas data) e sequer a garantia de um processo com duração razoável suficientemente capaz de atender o direito ali pleiteado.

1.3.2 EMENDA CONSTITUCIONAL 45 – A FUNDAMENTAÇÃO HISTÓRICA COMO ELEMENTO DE BUSCA DE EFETIVAÇÃO PROCESSUAL

A questão da efetividade processual, a sua instrumentalidade no tocante ao cumprimento do direito material, deve ser entendida como premissa para a solução de conflitos e para a finalidade de solução de conflitos em sociedade.

A estrutura processual deve ser construída e entendida como um todo formal capaz de verter em linguagem competente a solução de conflitos pretendida.

Partindo-se dessas premissas, revela-se preocupante o momento em que é observado que todo o aparato estatal não se mostra o bastante para a solução de conflitos, fugindo do escopo ao qual foi colimado.

No tocante ao cumprimento das garantias fundamentais, observamos que tendo em vista a opção do ordenamento jurídico brasileiro, as decisões culturalmente foram concentradas no poder judiciário, afinal, conforme pontuado em linhas anteriores, não observa-se a existência da coisa julgada administrativa.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 509.

Observamos que a preocupação precípua no tocante ao processo em sua celeridade, instrumentalidade e eficácia, inicialmente se deu com o processo judicial, conforme Proposta de EC 96/1992, que posteriormente culminou na edição da EC 45/2004.

Historicamente, o processo correspondeu a um instrumento a serviço dos mandatários para a realização de perseguições aos seus súditos. Nesse sentido, como forma de combate a essa situação, foi um dos fundamentos da institucionalização da República⁵³.

Ademais, torna-se profundamente angustiante o momento em que a tutela jurisdicional não consegue atender aos pleitos dos súditos. Ora, se esse poder investido das garantias constitucionais que lhe são culminadas não atende a esses anseios, seguranças ainda menores se terá nos pleitos administrativos.

Ora, a administração da Justiça é problema que a todos interessa. Não basta que o Legislativo elabore as leis, o Executivo as sancione. É preciso que o Judiciário assegure a sua execução em cada caso concreto.⁵⁴

Desde muito tempo, era latente a ineficácia e ineficiência dos pleitos processuais da população, conforme posto, num primeiro momento preocupa-se apenas com o processo judicial como meio de solução de litígios e de reformas. Nesta linha de raciocínio desde o governo Geisel, a Suprema Corte brasileira, realizou minuciosa coleta de dados no sentido de demonstrar a ineficiência do Judiciário brasileiro, restando demonstrado conclusões claras no sentido de necessidade de realização de uma reforma profunda, que dentre os propósitos necessariamente estaria a existência de processos céleres:

O “diagnóstico” assinalou o óbvio: a Justiça brasileira é cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhes deve. Tais falhas vieram bem acentuadas em alguns setores; e de maneira mais discreta em outros. Faltou, de maneira geral, uma configuração mais exata da crise: a situação presente decorre da defasagem entre o conservadorismo tão típico das classes jurídicas e o ímpeto desenvolvimentista que se espalhou pelo resto da vida do país desde a revolução de 1964.

[...]

Uma conclusão, portanto, se impõe, diante do pouco que se fez a nível da elaboração constitucional dos anos, 86/88. A Justiça, em seus vários setores precisa modernizar-se, com a consciência de que os juízes fazem parte da comunidade e que somente enquanto partícipes dessa mesma comunidade podem distribuir Justiça. Não apenas do campo da criminalidade, mas em

⁵³ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), Ano XLVII, nº 58, 1º de maio de 1992. Brasília-DF. p. 7850.

⁵⁴ Ibid. 7851.

todos os outros, relativos aos direitos civis, trabalhistas, comerciais e tributário.⁵⁵

Ora, assim, considerando todo o cenário de ineficiência, a necessidade de análise que vise a celeridade na satisfação processual à população, culminou na promulgação da EC 45/2004.

Não apenas isso, destacamos que anteriormente a esse período desconhecemos a existência de qualquer disposição acerca do direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável⁵⁶.

Considerando essa contextualização histórica, temos visto que a efetivação da celeridade, conforme trataremos nos capítulos seguintes, revelam também a necessidade de uma melhor preparação e comprometimento do juiz para encarar esse desafio, maior celeridade é verificada na tramitação dos processos⁵⁷.

Pontuamos a importância da EC, ao ponto de influenciar o atual Projeto do Código de Processo Civil (PLS 166/2010) que acabou por não desprezar o importante momento histórico de efetivação dos direitos fundamentais mediante inserção de garantia constitucional, sem ignorar o assegurar do devido processo legal.

Nesse ínterim, consta da redação do Art. 4º do PLS 166/2010 que “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa”.

Reiteramos que a impostergável introdução de mecanismos aptos a prosseguir a duração razoável do processo não deve, em qualquer hipótese, vulnerar o princípio fundamental do devido processo legal⁵⁸.

Tem-se que, elevada ao plano da garantia fundamental, a celeridade do processo administrativo aproxima o jurisdicionado ao *status quo* anterior ao seu pleito e é meio de promoção de justiça e paz social.

⁵⁵ Ibid. 7851/7852.

⁵⁶ Essa contextualização não era observada, em que pese a existência da regra do art. 8º, 1, do referido Pacto de San José da Costa Rica: “Toda pessoa terá direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável (...)”.

⁵⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Ano 36. n 192. Fev/2011 RT. p. 204.

⁵⁸ Ibid. p. 206.

1.3.3 A IMPORTÂNCIA DAS GARANTIAS PROCESSUAIS COM A INSTITUIÇÃO DA CELERIDADE

Ao se falar em garantias fundamentais, necessariamente visará a efetividade processual, ademais, entendemos que o processo deve funcionar como um vetor do direito material, como meio de promoção de direitos de forma a não simplesmente visar expectativas de direitos como certamente realizar a verdadeira promoção.

Pois bem, devemos considerar até mesmo a compreensão da necessidade do estabelecimento de um mínimo existencial, pode-se até mesmo afirmar que mesmo a partir dessa perspectiva preliminar, temos a visão das facetas de direito subjetivo e de norma objetiva. Desta, podemos ter pela declaração de direitos fundamentais, atingíveis pelas pretensões de cidadania. Ao passo que daquelas temos no direito subjetivo que investido ao cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos⁵⁹.

Ora, mesmo nos pesquisadores não estudiosos do processo temos que a efetividade dos direitos materiais passa pela observâncias das prerrogativas e garantias processuais.

Encarada a perspectiva da análise das garantias em momento anterior, pressupõe de forma adequada o fato de que estariam sujeitos apenas os agentes abrangidos e afetados pelo Estado de Direito.

Em suma, isso acaba por representar uma certa realidade principalmente se pensar até mesmo numa noção singela de antecedente e consequente normativo: se não auferir renda, logo não será sujeito passivo de imposto sobre a renda; se não possuir veículo automotor num dado exercício fiscal, não será tampouco sujeito passivo da relação jurídico-tributária do imposto sobre veículo automotor.

Não fosse apenas essa situação, as privações aos acessos estatais representa por si só uma violação aos direitos fundamentais.

Divagando um pouco mais sobre a questão, doutrinariamente, o conhecimento do professor Roberto Gargarella estabelece afirmação na qual os membros de uma comunidade democrática que sofrem com a pobreza extrema possuem o direito de violar a lei, na medida em que satisfaçam determinados critérios. Em suma, entende de forma cientificamente

⁵⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 38.

construída que referidas pessoas não terão o mesmo dever de obediência às leis semelhante aos que a lei tem atendido de modo apropriado⁶⁰.

Não é a simples pobreza por si só a capaz de constituir uma justificação tamanha ao ponto de que alguém se mostre justificado para se isentar de uma dada obrigação. Ao contrário, verifica-se que a situação posta corresponde certamente à de extrema pobreza demonstrável pelo não alcance das prerrogativas constitucionais ao indivíduo.

Do mesmo modo poderia-se até mesmo apoiar no pensamento de Radbruch, principalmente ao se elucidar pontos acerca de injustiça extrema que não configuraria situações reconhecidas pelo Direito⁶¹.

Enfim, por essas e outras teorias principalmente desenvolvidas pelo pós-guerra, observa-se que a conotação jurídica valorativa, no sentido de visar a construção teleológica dos ideais jurídicos, tem-se revelado que a análise das garantias fundamentais deve ser ao menos explorada no intuito de, no segundo momento, se obter resultados viáveis ao desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Não apenas, o estudo acredita que o processo deve ser, conforme insistentemente tem se afirmado, um vetor de promoção do direito material. A razão de existir do processo deve ser o atingimento e cumprimento do direito ali defendido, ou debatido.

Assim, a idéia puramente normativa do direito passa a ser substituída por outra valorativa que verificará a existência do Estado Democrático de Direito como um algo finalisticamente considerado.

Nesse sentido pode ser acrescido de teorias acerca do processo reconhecido como uma demonstração e lei democrática:

⁶⁰ OLSEN, Frances. **Legitimidad, pobreza y resistencia**. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2005. p. 122.

⁶¹ RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962. A partir de Radbruch observa-se uma mudança essencial, e as causas relacionadas a esse câmbio não se encontram em mudanças internas do autor, senão nas ocorrências externas (ditadura nacionalista desde 1933, e a ocupação aliada de 1945). As chamadas mudanças na doutrina de Radbruch constituíram em: a) negação do relativismo e do racionalismo com a inevitável volta ao direito natural; b) formulação do conceito da situação objetiva como princípio primeiro da jusfilosofia; c) o reconhecimento que a idéia de justiça material ocupa posto mais alto que a seguridade jurídica ou eficácia. A meta de seu relativismo era desmascarar as mentiras convencionais da civilização. A possibilidade de uma mudança na ordenação da trilogia jurídica (justiça, eficácia, segurança) pelo qual um dos valores fora destacado em detrimento de outros, já estava no pensamento de Radbruch. Ademais, o relativismo do pensamento de Radbruch encontra-se compensado pela expressão “Natur der Sache” (situação de fato). Nesse sentido, foi importante sua experiência pessoal com o direito inglês. A jusfilosofia de Radbruch pontua que o jurista que deve manter uma atitude crítica sempre e nunca concentrar em si mesmo ou perder o contato com os demais.

O autoritarismo do direito kelseniano é um kantismo antropológico racionalizado numa sociologia de senso comum em que a razão natural da natureza humana assume o imperium de uma reta livre vontade normativista intrinsecamente válida pela autoridade do legislador dotado de poder político, submetendo todas as hipóteses (modelos) de Direitos a um dever-ser jurídico-normativo não suscetível de discernimento nos seus fundamentos de legitimidade. Ora nos Estados de Direito Democrático, a legitimidade se enuncia propositalmente em direitos-garantias de fiscalidade processual ampla e irrestrita desde sempre da existência do ordenamento jurídico. Direito, Lei e Norma, confundem-se no ensino kelseniano, não permitindo a discussão no marco de uma teoria crítica da lei por seus próprios conteúdos proposicionais a distingui-la de outras concepções de lei egressa da voluntariedade humana impregnada de poderes míticos juridicamente institucionalizados pela força da autoridade.⁶²

De forma, delineando o processo como uma vertente garantista que visa a difusão das garantias processuais inerentes ao indivíduo, tem-se que, sob o atual formato que se presta, em que pese disposição constitucional dispondo acerca da inafastabilidade da Jurisdição, tem-se que, diferentemente do desejado, o processo divorcia-se sorrateiramente da participação das partes, imiscuindo o cunho vetorial do processo em serviço do direito material.

Ademais, conforme presta a dispor, entende-se que pela formação de um Estado de Direito legitimamente democrático, o processo deve ser visto como o meio a qual insiste se propor, conforme pesquisa apontada.

O que se tem entendido por processo, descasa daquela ideia tradicionalmente posta, a qual nega discordar, no sentido de que corresponde a um conjunto de atos e procedimentos ordenados, em que se observam as garantias fundamentais dispostas no Art. 5º da CF, e que visa a pacificação social de modo teleologicamente considerado.

Ora, ao se tratar sobre a questão até mesmo de processualizar a Constituição, recheando-a de garantias fundamentais, demonstra que o estudo do processo deve ser realizado a partir do ângulo de referidas garantias. A partir daí, as normas de cunho processual devem ser vistas como limites ao arbítrio do Estado⁶³.

Diferentemente, as reformas processuais que se prestam, tem intentado no sentido de fazer do processo uma supressão de atos, em que o mesmo fica a mando e sujeito à arbitrariedade do seu respectivo julgador, promovendo, ao invés de garantias para a efetiva

⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 159/160.

⁶³ Além de representar um limite ao arbítrio do Estado, complementa-se que referida atuação também deve representar um condicionante ao Estado nas oportunidades em que atuará como julgador, bem como como parte envolvida em processo (seja judicial ou administrativo).

demonstração de celeridade e de duração razoável para um conjunto de mecanismos destinados ao arquivamento e resolução do feito.

Nota-se que aludidos mecanismos tem sido veementemente observados principalmente pelos estudiosos que encaram no processo como algo participativo de construtivo de uma realidade democrática:

Tais alterações, ao invés de instaurar um modelo social de processo, o que já seria criticável, estabeleceu, em muitas hipóteses de aplicação, o neoliberalismo processual, com a massificação dos julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração.

Desse modo, o discurso do neoliberalismo processual reduziu o processo a uma mera burocracia, que precisa ser eliminada, pois, em verdade, o processo corporifica um instituto legitimante e estruturador da participação cidadã e da própria democracia.⁶⁴

Enfim, essa posição em nada se relaciona às novas formas de acesso aos órgãos de julgamento (nesse sentido, menciona-se tanto os judiciais como os administrativos) mas a inobservância da concepção teleológica do processo preconizada por um acesso, a todo e qualquer custo a esses órgãos de forma a demonstrar rapidez e velocidade.

Ao sentir observado desse estudo, conforme procurará demonstrar em páginas posteriores, o afugentar do processo observável nas últimas reformas processuais que, diga-se de passagem, buscou a valorização massifica do processo judicial em detrimento do administrativo. Também, a demonstração de valoração do julgador em função de dados mensuráveis demonstráveis por eliminação de processos (verdadeiras extinções processuais ao invés de tutela do direito ali pleiteado ou combatido), demonstra que a noção de acesso aos órgãos jurisdicionais está dissociada da precípua noção de celeridade e duração razoável do processo⁶⁵.

⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais**. 1ª Edição Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 209.

⁶⁵ Tem-se que os meios criados como forma de acesso a população, principalmente a mais carente para que se achegue aos Tribunais mais revelam uma forma do Estado se afastar de sua posição garantista e simplesmente aumentar a sensação de insegurança e falta de garantias processuais. A título de exemplo, pode-se ter a própria Lei 9.099/95 que instituiu no âmbito estadual os Juizados Especiais responsáveis pela conciliação e promoção de tutela jurisdicional para aqueles casos de menor complexidade, permitindo, em determinadas situações o acesso ao judiciário sem a presença e acompanhamento de advogado. Outra situação, também reveladora, o próprio art. 26-A do Decreto 70.235/72 que não permite o afastamento de aplicação da legislação tributária em decorrência de arguição de inconstitucionalidade de ato da Administração – neste último, observa-se o quanto a preocupação

Diferentemente, o processo, principalmente o de conhecimento, deve ser visto como uma realidade dialógica, em que as partes verdadeiramente apresentam seus fatos e contra-fatos aos que lhe são imputados. Ademais, entende-se pela necessidade de valoração da chamada tríade processual – a noção de que o processo é composto por três extremidades, autor, juiz e réu – que representariam atributos de efetivação das garantias constitucionais.

A supressão das partes, o desejar em solucionar os feitos administrativos tributários, bem como os jurisdicionais, tão somente negligencia a comparticipação inerente ao processo.

Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o desenvolvimento no seu interior, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, o próprio controle do mesmo, mediante a implementação de aplicação técnica de direitos fundamentais em perspectiva de dinâmica dialética.

Insiste a pesquisa que a efetivação dos direitos fundamentais será observada no momento em que se tem a implementação das garantias fundamentais:

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.⁶⁶

Naturalmente, entende-se que o processo em que essas prerrogativas são respeitadas e observadas em tempo hábil terá a sua duração razoável. Logo celeridade não se correlaciona a supressão de garantias com o fito de diminuir a instrução processual.

Chama a atenção é que o sistema brasileiro, diferentemente do italiano (que previu que a lei assegurará a duração razoável do processo), dispôs como prerrogativa constitucional a garantia fundamental da duração do processo:

A definição da razoabilidade da duração do processo exige que o julgador observe alguns critérios para aferição do atendimento do direito fundamental. A doutrina, lembrando algumas diretrizes traçadas pela *Corte di Strasburgo* a respeito do tema, refere que a duração razoável do processo deve ser aquilatada à luz da complexidade da causa, do comportamento do

é não garantista no sentido de preservar inclusive o ato inconstitucional, reservando toda a análise de situações afrontosas ao texto constitucional ao judiciário.

⁶⁶ Opcit. p. 211.

autor durante o procedimento e do comportamento das autoridades judiciária, administrativa e legislativa.

[...]

De observar que a excessiva duração do processo decorre não dos diversos prazos processuais, mas especialmente das chamadas etapas mortas do processo, períodos em que permanece parado nas prateleiras à espera de andamento, acentuando-se no Brasil pelo excesso de causas que ingressam na justiça e o insuficiente número de magistrados para atender à demanda, que cresce em proporção geométrica ano a ano.⁶⁷

Enfim, é essa a real precisão que se deve obter por duração razoável de processo. Deveras pode-se concluir, inclusive, que mesmo naquelas situações em que se aplica por demasiado prazos curtos e abreviados, existe a inadequação da utilização do instituto no caso em concreto, supressão de garantias e total violação à duração razoável do processo (celeridade).

1.3.4 CONTEXTUALIZAÇÃO DA CELERIDADE APÓS A EC 45/2004

Temos observado após o período apontado pela EC 45/2004, com a instituição do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) observamos que os números e indicadores do judiciário passaram a ser mensurados e divulgados.

Nesse sentido, interessante a inserção de alguns indicadores, todos no intuito de demonstrar a efetividade ou ineficácia das medidas e processos em trâmite perante todos os órgãos da Justiça. Inclusive acabando por estabelecer alguns mensuradores até então desconhecidos.

A título de ilustração, na última disponibilização constante no portal do CNJ, o Justiça em Números de 2011, publicado no ano seguinte, revela alguns números relacionados a chamada “taxa de congestionamento” tida como o percentual de processos que não foram baixados durante o ano.

Verificamos que essas menções direcionam o processo ao seu desfecho, o que enfrentaremos noutras páginas que não podemos correlacionar a finalização à celeridade e duração razoável do processo, o que de fato consideraríamos uma deturpação conceitual.

⁶⁷ OLIVEIRA, Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil – volume I**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53/54.

De qualquer modo, um importante aspecto atualmente levantado pelo CNJ que ao entender da pesquisa acabam por conduzir à efetividade processual é o atual mensurar das atividades relacionadas à Justiça, especificamente no que tange a movimentação processual.

Do mesmo modo, é muito importante o estabelecimento de comparativos com anos anteriores com o objetivo maior de apontar as possíveis evoluções⁶⁸.

Não fossem apenas esses indicativos, observamos o importante apontamento realizado no relatório no sentido de detectar pela necessidade de se atingir uma maior amplitude e confiabilidade dos dados relacionados à Justiça.

Nesse ínterim, destacamos a recomendação da maior automatização dos dados pelos tribunais ao CNJ com o objetivo de criação de dados estatísticos com o objetivo de se evitar erros e inconsistências. Outro ponto importante e de atenção passa pela reforma dos indicadores referente a recorribilidade das decisões com o objetivo de se evitar fragilidades com relação a esses indicadores.

Com tudo isso, o grande objetivo é o da criação de dados transparentes a toda a sociedade, influenciando na criação de um indicador que mensure a diferença entre a data de

⁶⁸ Destaca-se nesse momento alguns dizeres constante no Justiça em Números de 2011: “Pela primeira vez na história do Justiça em Números, é conhecido o total da movimentação processual de toda Justiça, já que nesta versão foram incluídos novos tribunais que anteriormente não eram considerados. Dessa forma, pode-se observar que, tramitaram, ao longo de 2011, quase 90 milhões de processos, sendo que, desse quantitativo, 71% (63 milhões) já estavam pendentes desde o início do ano e os 26 milhões restantes ingressaram durante o ano. Foram baixados aproximadamente 26 milhões de processos, quase o mesmo quantitativo ingressado, e foram proferidas 23,7 milhões de sentenças e decisões. De acordo com o infográfico relativo ao total do Poder Judiciário, considerando as ressalvas mencionadas anteriormente, o total de processos baixados no ano de 2011 apresentou aumento de 7,4 % em relação ao ano anterior, sendo, inclusive, o maior aferido nos últimos três anos. Entretanto, isto não foi suficiente para gerar uma redução do estoque de processos. Pelo contrário, segundo o infográfico, este teve um crescimento constante nos últimos três anos, sendo de 3,6 % no período entre 2010 e 2011. Em muito, esta situação tem como origem o aumento da demanda, visto que somente no último ano o número de casos novos aumentou 8,8 %, não sendo equilibrado, portanto, pelo crescimento do total de processos baixados. Quanto aos processos julgados, percebe-se que embora possua um crescimento menor que o verificado nos processos baixados, as séries históricas de ambas variáveis seguem a mesma tendência. Apesar do aumento nas turmas recursais, em geral foi verificada uma diminuição da taxa de congestionamento em relação ao período anterior. Embora isso seja muito positivo, é oportuno comentar que o indicador de baixados por caso novo, manteve-se inferior a 100 %, com exceção dos julgados especiais, inclusive observando-se nestes uma curva crescente nos últimos três anos. A própria natureza das demandas que chegam aos julgados incide positivamente na celeridade dos julgamentos, entretanto não se pode negar que o descongestionamento processual tem tendido a diminuir desde o início de sua medição, em 2009. Outro aspecto relevante diz respeito à influência das execuções no Poder Judiciário. Conforme demonstrado no gráfico de funil, juntamente com balança a seguir, observa-se que ingressaram no Poder Judiciário mais processos na fase de conhecimento do que da fase de execução, entretanto, como também foram baixados mais processos nesta fase, o estoque é composto majoritariamente por processos de execução. A maior causa da morosidade são os processos de execução de título extrajudicial fiscal que representam aproximadamente 35 % do total de processos que tramitaram na 1ª instância no ano de 2011 e apresentam taxa de congestionamento de 90 %. Não contabilizando esses processos, a taxa de congestionamento da fase de execução passaria de 85 % para 74 %. Em contrapartida, de cada cem processos que tramitaram na fase de conhecimento no ano de 2011, 38 foram baixados nesse período, sendo o maior congestionamento verificado nos processos criminais, com uma taxa de congestionamento de 65 %” (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2011. Publicação: 2012. p. 448).

distribuição de um processo e da data de sua baixa, e ainda pela criação de faixas de intervalo temporal processual, com o fito de se estabelecer o quantitativo de processos de acordo com o tempo de duração⁶⁹.

Pois bem, não apenas as informações prestadas pelo CNJ, observamos recentemente a existência de outros estudos, todos com o fito de visar a transparência e solução das demandas administrativas fiscais.

Pontamos que, em uma pesquisa inédita do Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) foi demonstrado e apontado cenário para um estudo no tocante ao julgamento dos recursos administrativos fiscais, que evidenciou um ponto muito sensível: falta de divulgação de informações.

O ponto de maior preocupação revelado pela pesquisa diz respeito a capacidade de transparência dos julgadores administrativos – situação essa mensurada pelo NEF mediante o chamado Índice de Transparência do Contencioso Administrativo (iCAT) da União, Estados Distrito Federal e da capital paulista.

Enfim, observa-se que a ausência de transparência e de observância certamente eclodem numa maior litigiosidade de situações que, a priori, poderiam ter sido solucionadas na esfera administrativa além de uma forma efetiva de controle dos atos dos agentes fiscais⁷⁰.

O que é mais importante é buscarmos uma constante segurança jurídica nos litígios administrativos e judiciais de forma a tornar realmente suas ocorrências em manifestação do Estado de Direito.

Em que pese a existência dessa preocupação pontual, destacamos que em função da nossa cultura jurídica em privilegiar a redução do campo do fenômeno do processo no

⁶⁹ Ibid. p. 452.

⁷⁰ Conforme edição do jornal Valor Econômico de 16/07/2013, foi melhor explicitada a pesquisa realizada pelo NEF da FGV, conforme disposto: “o Índice de Transparência do Contencioso Administrativo (iCAT) da União, Estados, Distrito Federal e capital paulista ficou abaixo dos 60 pontos (em uma escala de 0 a 100). A maioria teve menos de 40 pontos. “É uma verdadeira caixa preta. A situação é histórica, mas não tem sido questionada”, afirma o coordenador do NEF, Isaías Coelho, ex-secretário adjunto da Receita Federal. O desempenho foi medido a partir de dez critérios, dentre os quais a divulgação dos autos de infração questionados pelos contribuintes, das decisões dos órgãos administrativos responsáveis pelo julgamento dos recursos e até de informações básicas, como o número de um processo em andamento, a pauta e o tempo médio dos julgamentos. Segundo a pesquisa, apenas os Estados de São Paulo e Santa Catarina publicam as decisões administrativas de primeira instância. Responsável pelo recolhimento de 70% dos tributos, a União ficou em quarto lugar no ranking, com 34 pontos, especialmente porque não divulga os autos de infração lavrados pelos auditores e as decisões das delegacias da Receita Federal. As sessões de julgamento, inclusive, não são públicas e os advogados não podem fazer a defesa oral. De acordo com a Receita, os documentos não são divulgados porque contêm informações financeiras e operacionais dos contribuintes, protegidas pelo sigilo fiscal. O artigo 198 do Código Tributário Nacional (CTN) proíbe os servidores da Fazenda Pública de tornarem públicos esses dados.” (http://www.valor.com.br/impimir/noticia_impreso/3199098), acesso em 16/07/2013)

exercício da jurisdição, nos levou ao reconhecimento da valorização das lides judiciais em detrimento das administrativas. Como consequência, tem-se que o processo jurisdicional melhor regulado que o administrativo⁷¹.

Inobstante todos os esforços de se aplicar verdadeira efetividade ao processo administrativo, observa-se também os esforços do legislador ordinário em tornar efetivas as inovações que versam essencialmente o processo judicial:

A cláusula constitucional concorre para viabilizar, por lei ordinária, que se afaste a ideia do tempo-inimigo do Juiz e dos males do retardamento na prestação jurisdicional, que constituem o fundamento de todas as queixas que contra ele se erguem.

No âmbito da Reforma do Poder Judiciário, editou-se a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, com o propósito e efetivar a celeridade processual. A lei, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, estabelece a possibilidade de uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais, indistintamente, nos processos civil, penal e trabalhista, bem como nos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.⁷²

Por impregnar na cultura jurídica esse pensamento, por muitas vezes observa-se o descasamento das decisões administrativas até mesmo a entendimento jurisprudencial. Talvez esse descompromisso pode-se creditar ao fato de no direito brasileiro adotar a modalidade de processo administrativo gracioso, que sujeita a decisão administrativa a análise do judiciário.

De qualquer forma, o Estado é parte e julgador no processo administrativo, necessária se faz uma melhor distribuição do tempo do curso processual de modo a fazer valer o preceito fundamental aqui exposto, além do mais, tem o Estado o dever de propiciar meios para a duração razoável do processo. Nesse diapasão, revela-se esclarecedor o entendimento de Marinoni, no sentido de que:

O Estado é a parte devedora do direito fundamental à duração razoável. Porém, este direito não apenas tem o Estado como seu devedor, com ainda incide, nos moldes de qualquer direito fundamental, sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário.⁷³

Mesmo antes da EC/45 de 2004, que inseriu o inciso LXXVIII do Art. 5º do texto constitucional, reconhece a existência de posicionamento jurisprudencial no sentido de reconhecer o direito a celeridade do processo administrativo como dever da Administração

⁷¹ FAZZALARI, Elio. **Proceso: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano**. Torino, v. XIII, p. 1069, 1966.

⁷² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008. p. 761.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

Pública ao administrado, reforçando a tese do reconhecimento do mesmo como um direito fundamental que reclamava por reconhecimento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANISTIA POLÍTICA. ATO OMISSIVO DO MINISTRO DE ESTADO ANTE A AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DA PORTARIA PREVISTA NO § 2º DO ART. 3º DA LEI 10.559/2002. PRAZO DE SESENTA DIAS. PRECEDENTE DO STJ. CONCESSÃO DA ORDEM.

(.....)

Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o comprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final do processo administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte. 4. Ordem parcialmente concedida.⁷⁴

Enfim, por todo o exposto a observância a duração razoável do processo é meio de efetivação de direitos fundamentais, bem como demonstração de efetividade da Administração.

Vejam, ao prestar tutela aos administrados, deve o fazer dentro de um prazo razoável, observando as demais garantias processuais. Ora, não pode a Administração retardar paralisar processos administrativos sem razão plausível.

Nessas situações, já posicionou o Des. Carlos Álvaro de Oliveira em julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo inclusive a responsabilização em função de atraso processual injustificado:

Esse atraso inexplicável da conclusão dos trabalhos por quase 1 ano e meio (período compreendido entre 11.12.1996 e 15.5.1998) prolongou sem justificativa a angústia e a incerteza do autor, que naturalmente almejava o fim do procedimento administrativo, visto que inocente das acusações, como ao final veio a ser reconhecido. Essa dor moral impõe-se reparada, responsabilizado o Município demandado, que por negligência no desempenho de suas funções agravou a situação aflitiva do autor. De ressaltar que o dano moral, como prática atentatória aos direitos da personalidade, traduz-se num sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, capaz de gerar-lhe alterações psíquicas ou prejuízos à parte social ou afetiva de seu patrimônio moral. Nessas condições, torna-se a meu ver difícil senão mesmo impossível em certos casos a prova do dano, de modo que me filio à

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9420/DF – DJ 06.09.04

corrente que considera estar o dano moral *in re ipsa*, dispensada a sua demonstração em juízo.⁷⁵

Nesses termos, temos como evidente que a observância de uma duração razoável está a disposição do indivíduo como meio garantia processual a ser prestada pelo aparato estatal. Assim, pelo aresto acima a incumbência se reserva inclusive nas demandas administrativas.

2- A CELERIDADE COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Pela proposta depreendida pela pesquisa a busca da tutela processual, naturalmente, passa pelo transcurso do prazo para a efetivação das postulações em função do decurso do tempo.

A necessidade de demonstração dentro de um determinado lapso temporal não é vista como algo a ser cumprido desmensuradamente. Nesse sentido, podemos inclusive mencionar exemplificativamente o próprio reconhecimento no sentido de propiciar a não nulidade em situações de prorrogação motivada do prazo para a conclusão dos trabalhos da comissão em processo administrativo disciplinar. Em situação de análise do STJ, determinou-se que a comissão deve cercar-se de todas as cautelas para colher os elementos de prova de modo a subsidiar a conclusão dos trabalhos. Muitas vezes, até mesmo para preservar o exercício da ampla defesa, é necessário que diversos atos sejam praticados no PAD, nem sempre possíveis dentro do prazo assinalado pela autoridade instauradora⁷⁶.

Não obstante essa ocorrência, temos também que a importância do processo administrativo atualmente é vista, inclusive no momento em que o mesmo STJ opina pela não paralização do curso de processo administrativo disciplinar apenas em função de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente⁷⁷.

Importante mensurar nessas situações a importância da apreciação administrativa que além de representar um desafogar a demandas judiciais exprimem a melhor noção

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL (Estado). Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 700006474233 – DJ 15.09.04

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 16.031/DF – DJ 26.06.13.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.090/DF – DJ 08.05.13.

democrática do Estado de Direito. Acrescenta-se também o importante enfoque dado ao processo e não apenas a formalização do ato.

2.1 EFETIVIDADE E PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Durante muito tempo, os estudos acerca do direito administrativo, centraram-se na preocupação do esgotar do ato administrativo, observando a valorização exclusiva deste instituto. Diferentemente, a proposta da pesquisa se dispõe a valorizar o contexto no qual referido ato encontra-se inserido: o processo administrativo. Especificamente, o processo administrativo tributário.

Conforme nos debruçamos se apenas pensarmos na limitação do espectro do estudo ao ato administrativo, correremos o risco, talvez por inaptidão, de nos circunscrever a legalidade do mesmo, nos tornando incapazes de inseri-lo dentro de um contexto garantista de observância a supedâneos constitucionais.

Ademais, se considerada apenas uma análise em torno da estrita legalidade do ato administrativo, nos furtaremos da defesa de que o processo administrativo tributário representa um meio de oponibilidade do contribuinte frente ao Estado e, em que pese este ser o julgador na esfera executiva, deve sim observar, conforme se dispõe a defender, as garantias individuais do contribuinte.

Para que o processo administrativo tributário assim se preste, nesse momento proporemos a realização de uma abordagem passando pela necessária importância dada ao processo administrativo, primeiramente no tocante ao seu reconhecimento, após a análise do processo administrativo, preocupando-se com a sua efetivação, principalmente na participação dos seus envolvidos.

Com esses elementos veremos a construção de um processo administrativo tributário como construção de uma realidade garantista tendo em vista o seu respaldo oriundo do texto constitucional, passando, inclusive pela compreensão da idéia de democracia.

2.1.1 A COMPREENSÃO DA NOÇÃO DEMOCRÁTICA

Ao se falar em um Estado de Direito que está sob a égide da noção de um Estado sujeito a lei, também surge a discussão em torno de ser ou não esse Estado uma realidade democrática, pois bem, afinal o que seria e como vem sendo desempenhada essa noção para a compreensão da formação do processo.

A democracia deve ser vista como uma forma de convivência que irá se distinguir das demais, dentro do contexto no qual encontramos inseridos, devemos encarar como forma de correção de qualquer desnível, seja o encontrado entre particulares e até mesmo o evidenciado entre o Estado e o particular.

Nesse sentido, observaremos que o governo sob o formato democrático corresponde ao que se melhor alinha a noção de promoção da isonomia e de igualdade.

A isonomia como sinônimo de democracia tem origem na teoria clássica das formas de governo. Ainda, o problema da igualdade faz sentido se inserido em um contexto em que notamos a preocupação com questões morais, sociais e políticas, tal qual o ordenamento jurídico brasileiro. Logo, os diversos problemas de igualdade social e política podem ser atribuídos, a um problema de tratamento igual ou desigual de indivíduos, justificado em base a um juízo que ao menos neles reconhece, de fato, um igual valor⁷⁸.

Em ato contínuo, na análise da igualdade, observamos que entre a democracia dos antigos e a atual não mudou muito a concepção política, de forma que tanto antes como agora cidadão a pleno título, ou seja, participe do poder político, todo indivíduo membro da coletividade, sem distinção de classe ou patrimônio, considerado simplesmente como sujeito capaz de vontade racional, e por isso mesmo dotado de dignidade política⁷⁹. A maior mudança é observada na concepção antropológica – que por um momento reconheceu estar limitado aos homens, por algum momento também legitimava a existência de cidadãos e de escravos de forma indistinta. A esse despeito nos remete Bovero (2002):

A análise da igualdade como “substantivo da democracia”- aquela igualdade que distingue a democracia na sua especificidade entre as formas de governo, e que consiste na igual distribuição do poder de decisão coletiva entre todos os indivíduos membros da coletividade para os quais as decisões estão voltadas, justificadas em base ao reconhecimento de que todos os

⁷⁸ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 23.

⁷⁹ Ibid. p. 27.

indivíduos são iguais na capacidade de juízo político- nos levou assim a identificar aquele que denominarei o princípio da democracia: o princípio, ou seja, o fundamento, no sentido de pressuposto e ponto de partida inelutável, da democracia é o indivíduo sujeito de vontade racional.⁸⁰

Ao se debruçar em todos esses conceitos, acusamos que o formato democrático não se coaduna com o aspecto totalitário, daí a conclusão de que a noção processual deve estar inserida em um contexto de valorização das potencialidades individuais.

Registramos a concepção defensora da não existência da democracia sem o liberalismo, mesmo porque não há democracia com o socialismo, segundo a concepção, senão predominante, bastante difusa nos tempos da assim denominada hegemonia cultural marxista evidenciada da Europa Oriental, não há democracia sem socialismo, mesmo porque não há democracia com o liberalismo.⁸¹

Por se tratar de uma realidade formal e garantista, tendo como referência o nosso ordenamento, observamos que pela noção democrática não realizamos o estabelecimento de uma concepção e verdade oficial, nesse sentido fazemos a devida menção de que o processo se prestará justamente para a formação de um discurso dialético para a determinação da pacificação social.

Pesa em torno da convicção e formação do contexto democrático o fato de que a realidade deverá ser construída dentro de um contexto laico capaz de promover a igualdade nas considerações entre os individuais.

A acepção da realidade democrática de forma avessa à totalitária, faz considerar que a Democracia moderna será vista a partir do cumprimento de algumas fases ou etapas, as quais passamos a considerar.

Considerando que a formatação política possa em suma escapar completamente das mãos dos cidadãos assim que tenham concluído a sua tarefa estritamente específica, que é aquela de eleger. Em outras palavras, os cidadãos não devem se transformar, de eleitores por um dia, em sujeitos passivos durante anos, simples espectadores mais ou menos alheios ou, pior, súditos ignaros, mas devem conservar um papel ativo, assumindo a figura da opinião pública crítica⁸².

⁸⁰ Ibid. p. 28.

⁸¹ Ibid. p. 44.

⁸² Ibid. p. 59.

Sob o formato atual, devemos apontar quais serão aqueles que agirão pela coletividade, ou seja, quem serão os representantes:

O termo latino representar é semanticamente complexo: significa, em uma primeira acepção, colocar alguma coisa diante dos olhos de alguém, em uma segunda, remeter ou reinvocar alguma coisa; em uma terceira, imitar, reproduzir, fazer reviver. Destes significados originários derivam todos aqueles pouco a pouco pressupostos pelos verbos correspondentes nas línguas modernas. Entre eles, os mais relevantes do ponto de vista político são sobretudo dois. No primeiro, representar equivale a tornar sensível ou inteligível um abstrato mediante um concreto, de modo que este se torne símbolo daquele. No segundo, representar equivale, a estar no lugar de alguém e agir por ele.⁸³

Posterior a isso, passa pela deliberação e decisão que, na linguagem jurídica consolidou-se o uso convencional de entender por deliberação pura e simplesmente a decisão de um órgão colegiado.

Fazendo as devidas considerações de que se estivéssemos propensos a estabelecer uma equivalência entre o conceito político de decidir e aquele de governar, então deveríamos em primeiro lugar negar a identificação corrente do governo com o poder executivo, deveríamos afirmar que chama-lo desta forma é um equívoco. Pois bem, um poder puramente executivo, por definição, não decide nada politicamente relevante, no máximo toma decisões técnicas sobre os meios, mas não toma decisões políticas sobre os fins coletivos. Em segundo lugar, identificado o governo como um poder não simplesmente executivo, deveríamos nos perguntar quais decisões lhe cabem e dentro de que limites materiais e formais⁸⁴.

Enfim, o contexto democrático e garantista é considerado se inserido em um contexto valorativo no qual será possível a construção da formação de uma realidade deliberativa em torno das garantias fundamentais.

2.1.2 DO PROCEDIMENTO AO PROCESSO

Ao se falar em procedimento e processo, por muitas vezes o estudioso do Direito administrativo ou público não se preocupa com a acepção e distinção de algumas expressões,

⁸³ Ibid. p. 60.

⁸⁴ Ibid. p. 66.

dentre as quais passam a abordar indistintamente o uso das expressões procedimento e processo.

Pois bem, quiçá pela preocupação com o ato administrativo essa situação por muito tempo passou despercebida. Buscou-se por muito tempo a formação do ato jurídico perfeito sem se importar com as fases formais para a sua efetiva implementação, daí a importância do estudo do processo administrativo como implemento e justificativa para a produção de uma situação final teleologicamente considerada.

Desta forma, deve ser entendido o processo como um conjunto de atos e procedimentos ordenados, finalisticamente considerados. Buscando esmiuçar cada um dos elementos desse conceito, ainda será apurado neste estudo que o processo será composto por atos oficiais emitidos de ofício e por autoridade competente. No mesmo sentido, tem-se que os atos e procedimentos observáveis no processo são ordenados ou seja, exercidos num determinado lapso temporal, sob pena de não o fazendo incorrer-se até mesmo em preclusão temporal. Por fim, ao se falar que o processo deve ser considerado finalisticamente ou teleologicamente, considera-se que a finalidade do processo é a produção de uma decisão que, em outras palavras, o processo soluciona a demanda ali posta, de forma a produzir a pacificação de interesses.

Ora, a expressão processo é sabido que não é de cunho eminentemente jurídico, do modo que é chamado de processo qualquer fenômeno dinâmico, podendo ser físico, químico, dentre outros, de qualquer modo todos vão dar conta de uma determinada situação de transformação. Daí, logicamente, que a visão jurídica de processo também dará conta de uma construção histórico-semântica, desta que se dera por uma sequência de atos que não deverão ser considerados em sua individualidade, de forma autônoma entre eles⁸⁵.

Faz-se necessária a lembrança de que, na ciência do Direito, ao contrário das ciências exatas e naturais, não existe o tratamento dos fenômenos que se ordenem de forma independentemente da atividade do cientista. Na realidade jurídica ocorre a manipulação especulativa da realidade social, como visa a análise desta última, necessária a inserção subjetiva que objetiva a especulação, interpretação e sistematização – não é demais atentar

⁸⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 38.

que na realidade jurídica, até mesmo a linguagem se dá de modo estipulativo, de modo que as expressões não serão dotadas de sentido unívoco no tempo e no espaço⁸⁶.

Mas afinal em que aspectos repousariam a distinção entre processo e procedimento? Não se pode olvidar que, na acepção jurídica de processo tem-se que o mesmo além de representar toda a estrutura acima posta, por sua vez corresponde a uma relação jurídica.

Nesta última visão, temos inequivocamente que o processo corresponde a uma realidade participativa em que a produção dos resultados não se dá de forma simplesmente espontânea:

A tradicional justificativa jurídico-política para a existência do processo seria a impossibilidade de o órgão jurisdicional proferir decisões espontânea ou instantaneamente. Concepção à qual foi acrescida a necessidade de participação da pessoa que será afetada pela efetividade do processo, tornando legítima a decisão a ser proferida.⁸⁷

De forma complementar, é nítida a noção de que o processo, ou melhor, a relação jurídico-processual desenvolve por um desencadear de ritos os quais passam a ser simplesmente denominados de procedimentos. Enfim, o procedimento irá corresponder a uma realidade que irá desenvolver a realidade processual.

Assim, processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: ao passo que o primeiro corresponde a uma relação jurídica específica, o segundo pode ser visto tão somente como o desenrolar de fatos e atos que configuram o início, o meio e o final do processo⁸⁸.

Ademais, assomada a essa situação, temos que a Constituição passa a enfrentar os anseios contemporâneos oriundos da conflituosa relação entre Estado e indivíduo, entre interesse público e interesse privado, destacando nesse aspecto a própria expressão do texto constitucional em seu Art. 1º, que nossa República constitui-se em Estado Democrático de Direito, no qual o poder emana do povo, tendo como um dos objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Não apenas, observamos a consagração da necessária obediência ao conceito de democracia, além de serem passíveis de constante controle. Consequentemente, no Estado Democrático de Direito, o processo administrativo representa

⁸⁶ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª Ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 18.

⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 43.

⁸⁸ Opcit. p. 44.

um instrumento que se presta a duas finalidades, garantir, de um lado, a proteção dos direitos dos administrados, e portanto sua participação na formação da vontade estatal, e de outro, o melhor cumprimento dos fins da Administração⁸⁹.

Resvala assim a incumbência da Administração no cuidar de seus atos e prestar a devida tutela aos administrados. No mesmo sentido, considera-se que por intermédio do processo administrativo que se tem garantido que os administrados não mais serão surpreendidos com as medidas provenientes do exercício da função administrativa do Estado, podendo participar do processo decisório, contribuindo para a formação da vontade estatal. Também, em razão desse condicionamento do *modus processandi*, resta garantido que a função administrativa seja exercida com a observância dos princípios constitucionais do art. 37, em prol do melhor cometimento dos fins almejados pelo interesse público, eleito por nosso ordenamento jurídico vigente⁹⁰.

Observa-se que o reconhecimento da configuração de processo administrativo observa tanto as garantias constitucionais inerentes ao processo, bem como aos princípios da Administração Pública.

Diferentemente, o procedimento não designa uma relação jurídica. Se levada a conceituação de processo administrativo, tem-se que este representa uma relação jurídica dinâmica, coordenadas por normas que demonstrarão a existência do liame jurídico, e coordenadas por normas que vincularão os seus participantes.

Destaca-se que o funcionamento da Administração Pública se dá em vistas mediante a realização de atos interligados, tendentes a um resultado final, posicionamento este característico e já traçado anteriormente.

Vemos que a formação do Estado de Direito demonstra a real imposição da Administração à lei, assim a atuação do administrador é respaldada por lei.

Nesses termos, as normas jurídicas possuem modo de criação de forma a estabelecer a vontade estatal não se operando automaticamente e instantaneamente logo, as normas jurídicas resultantes do exercício das diversas funções estatais constituem produto, cada qual, de seu respectivo processo de formação. Observa-se que o fenômeno processual não é

⁸⁹ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito (arts. 1º e 2º)**. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.) **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 12.

⁹⁰ Ibid. p. 13.

exclusivo da jurisdição, antes é característico das várias funções do Estado e do tipo de vontade que elas expressam⁹¹.

Observamos a estreita relação estabelecida entre o processo e a Administração. Assim, temos que o processo relaciona-se à função administrativa, enquanto que o procedimento, para alguns passa a ser a sua manifestação.

O processo administrativo, regulando a relação jurídico-administrativa que se instaura entre o Poder Público e os administrados, garante a efetiva participação destes no processo de elaboração das decisões estatais com o que confere aos administradores proteção de seus direitos e possibilita, em larga escala, o controle da função administrativa, seja externo, seja interno. Nesse sentido, a realização do processo administrativo é exigência primordial para o bom desempenho da função administrativa.

Acrescentando os elementos já postos, até mesmo o controle judicial da função administrativa solidifica-se ante uma atuação administrativa processualizada, não resta dúvida de que, quanto maior o conhecimento das vias percorridas pelo Poder Público até a emissão do ato administrativo final, melhor poderá o Judiciário pronunciar-se sobre sua legitimidade⁹².

Não fosse apenas isso, tem-se que em função dessa série de atos existe uma maior possibilidade de controle da atividade administrativa, além de viabilizar a interferência e a participação dos sujeitos interessados.

Temos que, sempre que houver apenas a série de atos tendentes a um resultado final considerada em seu aspecto formal, mas que não tenha como finalidade a produção de um resultado que deva ser legitimado pela participação dos interessados (participação esta que ocorre de forma dialética, ou contraditória, se o resultado final consistir na solução de um conflito), tem-se um mero procedimento. Quando essa série de atos tiver por propósito produzir um resultado que deva ser legitimado pela participação dos interessados, tem-se, além do procedimento considerado em seu aspecto formal, também um processo propriamente dito⁹³.

No mesmo sentido, acusa-se e sopesa o pensamento na doutrina brasileira:

Na esfera da Administração Tributária, e dos processos em que seu âmbito se desenvolvem, não é diferente. Têm-se os meros procedimentos

⁹¹ SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados**. São Paulo: Malheiros Editores. p. 26.

⁹² Ibid. p. 29-30.

⁹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 54.

administrativos, nos quais podemos incluir o procedimento de fiscalização, de reconhecimento de uma imunidade ou de uma isenção etc; e os processos administrativos propriamente ditos, contenciosos, dentre os quais assume maior relevância o processo de impugnação do lançamento tributário.⁹⁴

Mesmo imperando na atividade administrativa a realização do autocontrole de suas atividades, de aplicação da lei em função do interesse público, tem-se observado a ocorrência por diversas vezes do processo administrativo, mesmo nas relações fiscais estabelecidas entre Fisco e contribuinte.

Conforme é sabido, para a maioria dos estudiosos, o processo administrativo fiscal também corresponde a um processo administrativo, tendo por objetivo o reconhecimento de uma determinada providência ou o reconhecimento de um direito, já que a ela também corresponde a análise da validade jurídica dos atos dos agentes fiscais⁹⁵.

Em complementariedade, conforme debruçaremos posteriormente, a sistemática processual observável atualmente a partir da Lei 9.784/99 buscou por este aparato legal o estabelecimento de regras gerais para regular o processo no âmbito administrativo federal, o mesmo ocorrendo com os demais entes federativos, como o Município de Uberlândia com a instituição da Lei 8.814/2004.

Enfim, o estabelecimento de regras gerais para o reconhecimento do processo administrativo e a permissibilidade da distinção com o procedimento, fez com que algumas noções também fossem colocadas principalmente para a cientificidade do estudo e reconhecimento dentro de um contexto institucional do Estado de Direito. A esse despeito podemos mencionar, a título de exemplo, que não há contenciosidade no processo administrativo no sentido de oferecer oportunidade de julgamento em sessão pública, com direito a defesa, debate e o anúncio da decisão com ato solene. Também, o processo administrativo geral é direcionado ao seio da Administração Pública, que movimenta, em todos os seus atos, com caráter de interioridade. A explicação é que o processo administrativo se conduz sob a égide do informalismo⁹⁶.

Caminhando ainda na tentativa da distinção entre o processo e procedimento devemos nos remeter a ideia do clássico italiano Liebman conforme posto por Moreira (2007) na tentativa de explicação do que eminentemente corresponde ao processo:

⁹⁴ Ibid. p. 54.

⁹⁵ CARTAXO, Maria de Fátima Pessoa de Mello. **Processo Administrativo: aspectos atuais**. São Paulo: Cultural Paulista, 1998. p. 470.

⁹⁶ VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito Processual Administrativo**. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 39-40.

Para Enrico Tullio Liebman procedimento configura o conjunto de atos “como as fases de um caminho que se percorre para chegar ao ato final, no qual se identificam a meta do itinerário preestabelecido e ao mesmo tempo o resultado de toda a operação”.

A conclusão que se pretende atingir é a seguinte: frente ao direito processual o termo procedimento jamais se prestou a designar, em sentido estrito, uma relação jurídica.⁹⁷

O autor italiano bem nos lembra acerca da relação processual formada com a noção de processo, além de, conforme mencionamos, a finalidade do estabelecimento de uma decisão final, uma resolução, observável a partir das garantias fundamentais constitucionalmente enfrentadas.

Complementando, o processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata relação jurídica específica, de caráter processual em sentido estrito: já o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo, realidade que não significa relação jurídica⁹⁸.

Se falamos em relação jurídica, estamos necessariamente estabelecendo um liame entre pessoas regulado pela lei que se perdura pelo tempo demonstrando assim a formação histórico-dialética observável no interior de uma relação processual.

Temos que no processo administrativo há vários atos que não existem manifestações sem valor jurídico específico, praticados por um ou mais sujeitos, todos- agentes e atos- com competência, eficácia e validade autônomas. Não há fusão de manifestações, constitutivas de um ato principal e a finalidade dos atos processuais é dúplice: proferir decisão para as questões endoprocessuais imediata e dar sequência ao processo, até a decisão final que produza efeitos extra processuais mediata⁹⁹.

Pois bem, temos com a distinção entre o processo e procedimento que a principal preocupação do estudo processual no interior da esfera administrativa não hão de se as prerrogativas da Administração, mas os direitos do administrado. Portanto o processo deve ser compreendido como um meio de proteção, exercício das garantias e direitos processuais a fim de se obter uma decisão final.

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 44.

⁹⁸ Ibid. p. 43.

⁹⁹ Ibid. p. 67.

2.1.3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Conforme depreendido ao longo da pesquisa, observamos de forma nítida que o Direito corresponde a uma realidade social aplicada. Assim, em vias de consequência, conforme já tratado, corresponde a uma ciência de segunda grandeza considerando que em primeiro lugar o fato social ocorrerá na realidade fática para, posteriormente, se aperfeiçoar na realidade jurídica.

Desta maneira, de forma singela o Direito, nesse contexto, possui um caráter instrumental, de forma que com esta qualidade a norma jurídica deverá servir de meio posto à disposição das vontades para obter, mediante comportamentos humanos, o alcance das finalidades desejadas pelos titulares daquelas vontades. De modo, teleologicamente considerado que dependerá de comportamentos humanos que visarão no direito a sua forma de alcance.

Vê-se que, o comportamento essencial da norma jurídica é o seu conteúdo mandamental permissivo, proibitivo, que demandará uma efetividade, que, conforme tentará traçar posteriormente será encontrado no processo:

O objeto da norma, ou o seu comando, é o comportamento humano. O comportamento deve adequar-se ao conteúdo mandamental da norma. O sujeito destinatário da norma deve comportar-se como nela se determina, sob pena de consequências (sanção) previstas em outras normas associadas à norma que estabeleceu tal comportamento.

Toda norma, pois, contém uma hipótese e um comando. O comando só é obrigatório associado à hipótese. Não existe sem ela, que, por sua vez, nada é sem o respectivo comando.

E a hipótese sempre contém dois aspectos: um subjetivo: determinação do titular do comportamento colhido pelo mandamento e outra (ou outras) pessoa que o pode exigir; e um objetivo: determinação das circunstâncias (de tempo, modo, lugar, qualidade e quantidade, etc.) em que o mandamento incide (incidir quer dizer: colher o comportamento, obrigar o comportamento).¹⁰⁰

Em suma, ao se tentar a realização da construção da análise do processo administrativo tributário como uma forma de realização e efetivação de direitos, naturalmente passará pela visão do mesmo como realidade instrumental e garantista¹⁰¹.

¹⁰⁰ ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª edição, 5ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 26.

¹⁰¹ Importante repisarmos que essa noção de uma realidade garantista, desse modo, passa pela acepção democrática na formação das decisões estatais, nesse sentido, retomamos explicativamente Bovero (2002) no que tange a formação piramidal de formação de decisões: “Pg: 32- De fato, o poder decisório inicial (aquele que

O processo administrativo tributário, principalmente considerando a fase de impugnação do crédito, decorre do dever do Estado de cumprir a lei. É instaurado, na maioria das vezes, para dirimir os conflitos dentro do próprio corpo da Administração, funcionando como instrumento de autocontrole da legalidade. Nessa medida, ou seja, enquanto meio para a solução de litígios, o processo administrativo foi elevado a categoria constitucional, encartado que está dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

No tocante a primeira importância destacada, o controle da legalidade, pontuamos que este princípio significa por diversas vezes, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente, naturalmente, para disciplinar a atividade administrativa. São indispensáveis as leis infraconstitucionais que passam a funcionar como legítima garantia específica e determinada da existência de normas mais concretas e determinadas¹⁰².

Assim, será visto o processo administrativo tributário não apenas como uma realidade dotada de autonomia didática, mas sim como uma realidade que terá como núcleo base e de partida a realidade constitucional.

Nesse sentido, conforme dispusemos na pesquisa por muito tempo no Brasil não tivemos uma disciplina normatizadora do processo administrativo, o seu reconhecimento era esparso e, tendo em vista a dificuldade de uma normatização consistente naturalmente o processo administrativo ficava a margem de um arbítrio considerável.

Nesse sentido, destacamos ser de cabal importância a instituição da Lei 9.784/99 que estabeleceu critérios gerais para o processo administrativo no âmbito federal, finalidade esta bem expressa no Art. 1º da lei que informa que a lei estabelece as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em

dá viabilidade ao processo) permanece sim distribuído igualmente entre os cidadãos, mas dele se separa e distancia o poder de decisão última: ele não está mais no “centro”, isto é, no mesmo plano dos cidadãos, ao alcance de todos e equidistante de cada um, mas se deslocou para cima, para um vértice ocupado apenas por alguns. Com isto, todo o sistema passa a assemelhar-se com uma pirâmide, isto é, exatamente como aquela figura que segundo Vernant representava adequadamente, em oposição à isonomia grega, a autocracia oriental.[...] Mas a representação “em pirâmide” do processo decisório ascendente, coloca em evidência outras características de democracia moderna, bastante relevantes na perspectiva da passagem da “gramática” para a “prática” de ambos os “substantivos da democracia”. Em primeiro lugar, os múltiplos planos intermediários que se inserem entre a base e o vértice são ocupados por organizações, cujos membros estão, mais próximos do momento culminante da decisão política, e capazes de influenciar mais sobre o seu conteúdo. Em segundo lugar, ao galgar os diversos planos, a orientação de base dada pelas decisões iniciais dos cidadãos eleitores pode ser desviada e distorcida, e todo, o curso decisório pode mudar de direção.”

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 32-33.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 105.

especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Verificamos que a referida lei representou um grande avanço na busca de uma sistematização do processo administrativo. Tamanha a influência que podemos mencionar que o município de Uberlândia, ao se valer de sua prerrogativa legislativa, ao instituir a Lei Municipal 8.814/2004 se valeu essencialmente dos dizeres da lei federal transpondo para o nível municipal. De forma semelhante, no Art. 1º estabelece que a lei municipal estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Municipal direta e indireta, visando a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. De forma semelhante estabeleceu a aplicação ao Poder Legislativo das disposições da lei quando do exercício de função administrativa.

Importante ressaltar que com o estabelecimento de regras gerais para o processo administrativo (como gênero do qual o processo administrativo tributário é espécie) é importante frisar a carga axiológico-valorativa instituída pelos dispositivos legais no estabelecimento de princípios¹⁰³ ao processo administrativo como um todo, naturalmente alinhado às disposições constitucionais relacionadas às garantias fundamentais, bem como aos princípios da Administração Pública.

Pois bem, considerando a inserção do processo administrativo tributário dentro desse contexto, enquanto condições gerais, verificamos que, do mesmo modo, possuem disposição própria para o seu estabelecimento.

No âmbito do processo administrativo tributário federal, a legislação que encontramos supedâneo corresponde ao Decreto 70.235/72 – legislação esta anterior à Constituição de

¹⁰³ Nesse sentido, o ordenamento jurídico de Uberlândia por força da Lei 8.814/2004 bem estabeleceu no seu Art. 2º que a Administração Pública obedecerá dentre outros aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Acrescentamos também o próprio parágrafo único do Art. 2º que observou que nos processos administrativos no âmbito municipal, alguns critérios devem ser observados, tais como: atuação conforme a lei e o direito; atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridade; atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição e na Lei Orgânica; adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de formas simples suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; proibição de cobranças de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; impulsão de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

1988. Em que pese o efeito da recepção do texto constitucional, destacamos a leitura deve ser garantista, considerando uma análise valorativa segundo as premissas do texto constitucional vigente.

Ademais, em matéria tributária, o ordenamento jurídico de Uberlândia também estabeleceu a sua legislação própria, bem representada pela Lei Complementar Municipal 508/2009, que em linhas gerais estabeleceu as diretrizes sobre o processo administrativo tributário municipal regulando as medidas de fiscalização, a formalização do crédito tributário, o processo administrativo fiscal decorrente de notificação de lançamento e auto de infração, o processo de consulta e demais processos administrativos fiscais, relativos a tributos administrados pela Secretaria Municipal de Finanças.

Quiçá pela sua inserção pós Constituição de 1988, bem como pela redação dada pela LC Municipal 522/2011, ficou disposto no Art. 2º que, sem prejuízo de outros direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal e pela LC Municipal nº 313, de 16 de abril de 2003, o processo administrativo tributário será informado pelos princípios da audiência do interessado e de sua acessibilidade aos atos praticados, da ampla instrução probatória, da motivação, da celeridade e da economia processual.

Veja que o alinhamento da lei municipal atualmente bem corresponde aos anseios constitucionais que versam sobre o processo administrativo tributário.

Sabemos que o processo administrativo tributário, além da parte oficiosa que lhe compete no tocante ao procedimento de realização do lançamento do crédito tributário, deve ser encarado como uma garantia a disposição do contribuinte com o fito de se observar a legalidade dos atos, bem como a promoção de uma expectativa individualmente considerada.

Vejamos, fazendo uma breve análise do processo administrativo tributário, a existência e a efetividade contra a exigência de tributos, o que vale dizer que corresponde a diretriz do Estado de Direito a discussão da sua legalidade. Assim a Constituição reporta que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, entre outros, a cidadania. E isto já é bastante para sustentarmos que em nosso ordenamento jurídico o direito de defesa não pode deixar de existir, independentemente do que as leis estabeleçam. Entretanto, nossa Constituição foi explícita, ao cuidar dos Direitos e Garantias Fundamentais¹⁰⁴.

¹⁰⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos do direito de defesa no processo administrativo tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo: Dialética, n. 175, abr. 2010. p. 107.

Entendemos que essa garantia dirige-se ao sujeito passivo da relação tributária. Assim, terá referido paciente a oportunidade para se manifestar perante as alegações ali postas e formuladas, bem como para a realização da produção de provas.

Considerando essa perspectiva, somos partidários da ideia dos que defendem inclusive o interesse da Administração Pública na produção do contraditório e da ampla defesa no interior do processo administrativo tributário, considerando que a sua não observância pode acarretar a nulidade da realização do lançamento fiscal, e sem dúvida, a Fazenda Pública possui interesse na realização deste ato de ofício.

Nesse ínterim, destacamos a posição da Fazenda em agir em conformidade com a legalidade, não resvalando a possibilidade do agente fiscal em deixar de cumprir o seu ato de ofício sob o pretexto de inconstitucionalidade.

Sobre o tema já tivemos o posicionamento no sentido de que a amplitude da defesa no processo administrativo tributário envolve a possibilidade de alegação de todos os fundamentos possíveis da ilegalidade de ato administrativo de lançamento, entre os quais o vício de inconstitucionalidade indireta, cujo reconhecimento é perfeitamente normal num sistema de controle difuso. Decorre que, sob um aspecto de controle de constitucionalidade, a única particularidade é que o órgão de aplicação do direito não é um juiz ou tribunal integrado no Poder Judiciário, mas um órgão judicante do Poder Executivo¹⁰⁵.

Não obstante respeitável posicionamento, destacamos aqueles que pontuam a necessidade de observância da Constituição tratando a temática sob um outro viés, na ciência de que no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios da estrita legalidade, da separação dos poderes e da presunção da constitucionalidade¹⁰⁶ das leis impossibilitam a existência de uma competência plena para a Administração Pública fiscalizar a constitucionalidade das leis:

¹⁰⁵ XAVIER, Alberto. **A questão da apreciação de inconstitucionalidade das leis pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária**. Revista Dialética de Direito Tributário. Nº 103, Dialética: São Paulo, abril. 2004. p. 43/44.

¹⁰⁶ A respeito da admissibilidade de um controle de constitucionalidade das leis realizado pela Administração Pública tem sido objeto de debate no direito comparado, inclusive nos países da Europa Continental, que adotaram o modelo da fiscalização abstrata da constitucionalidade. Já nos países que adotam o modelo do controle político de constitucionalidade, como na França, o tema da fiscalização pela Administração Pública não representa objeto da preocupação da doutrina. Assim, pontuamos: “[Alemanha] De um lado, localizam-se os autores que recusam a existência de uma competência da Administração para rejeitar as leis inconstitucionais, mas admitem a de apreciação. De outros, existe um setor da doutrina que aceita uma competência administrativa de rejeição. Nesse segmento pode-se identificar duas vertentes, a teoria da competência de rejeição em geral e a teoria da competência de rejeição limitada. A primeira baseia-se na vinculação da Administração à Constituição, que conferiria às autoridades administrativas superiores a faculdade de recusar a aplicação das leis supostamente inconstitucionais. Já a segunda corrente, defende a existência de limites à competência da Administração para recusar a aplicação da lei inconstitucional” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Fiscalização não Jurisdicional**

Não se nega a possibilidade de a Administração declarar a inconstitucionalidade de seus atos, nem de aplicar ‘diretamente’ a Constituição. Com efeito, caso um agente fiscal viole o domicílio de um contribuinte, ou sua correspondência, a Administração não só pode, como efetivamente tem declarado a inconstitucionalidade do ato de lançamento, porque efetuado ao arrepio de dispositivos constitucionais.

Questão diferente é aquela na qual o ato administrativo está rigorosamente de acordo com a lei, e é a lei que está permeada do vício de inconstitucionalidade. Nesse caso um órgão administrativo que declare a inconstitucionalidade de uma lei não estará praticando simplesmente o autocontrole, mas estará declarando a invalidade de ato praticado por outro poder.¹⁰⁷

Somos cientes que na esfera administrativa não é realizado a análise e o controle de constitucionalidade da materialidade das leis, diretriz essa expressa e esgotada a análise a partir da inserção do Art. 26-A do Decreto 70.235/72 em que não se permite a afastabilidade da aplicação do lançamento de determinado tributo em função da alegação de inconstitucionalidade. Não obstante, observamos a ainda excipiente preocupação do legislador em garantir a eficácia do processo administrativo tributário, de forma a se prestar como verdadeira garantia – a título de exemplo temos a Lei 12.844/13¹⁰⁸ que dispôs sobre a necessidade de não contrariedade das autuações do Fisco em confronto a jurisprudência de tribunais superiores.

De qualquer modo, repisamos no entendimento de que em sede de processo administrativo tributário, não se admite o controle genérico da constitucionalidade das leis. Assim, destacamos que entre os administrativistas pondera a opinião no sentido de que o Executivo não pode descumprir lei inconstitucional, e não pode fazê-lo porque o Executivo não tem o poder jurídico de expulsar uma norma do sistema, ela não a pode expelir do

de Constitucionalidade da Lei Tributária e a Lei nº 11.941/09. Revista Dialética de Direito Tributário (RDB) n. 169, Dialética: São Paulo, out. 2009. p. 120).

¹⁰⁷ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2012. p. 131.

¹⁰⁸ A esse despeito destacamos que no final do mês de julho, uma semana após a veiculação da Lei 12.844, importante destaque foi dado à legislação nos noticiários do mercado financeiro: “A Receita Federal não poderá mais divergir de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e autuar contribuintes. A presidente Dilma Rousseff sancionou lei que vincula a fiscalização às decisões proferidas pelos ministros por meio de repercussão geral e recurso repetitivo. Até então, os fiscais e as 15 delegacias regionais de julgamento da Receita - primeira instância administrativa - eram obrigados apenas a seguir entendimentos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade (Adins) ou súmulas vinculantes do Supremo. A medida busca dar eficiência à administração pública, dizem fontes da Fazenda Nacional, ao evitar o ajuizamento de recursos de contribuintes contra cobranças fiscais já declaradas ilegais pela Justiça. A aprovação de uma lei sobre o assunto era uma exigência da própria Receita Federal. Recentemente, o ministro da Fazenda, Guido Mantega, aprovou parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) que recomendava a vinculação do Fisco às decisões dos tribunais superiores. A Receita, porém, exigiu uma previsão legal para dar segurança aos fiscais, que podem ser responsabilizados por deixar de cumprir a função de fiscalizar e autuar.” (<http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/3208480/legislacao/3208480/receita-deve-s...> 25/07/2013, acesso em 25/07/2013)

sistema. Acrescentando, ele pode expedir atos administrativos do sistema mas não pode expelir leis¹⁰⁹.

Para tanto, observamos a considerável importância na distinção entre procedimento e processo, a visão da realidade democrática que encontra-se inserida na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, para a análise da necessidade de efetiva participação dos agentes processuais, tudo com vistas a produção de um resultado efetivo em tempo razoável.

2.1.4 A IMPORTÂNCIA DO RECONHECIMENTO DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Ao se tentar teorizar o estudo acerca do processo administrativo tributário, um primeiro ponto que se revela diz respeito a sua efetividade, afinal, de nada adianta um processo teorizado se não capaz o suficiente para a satisfação dos interesses relacionados aos administrados.

Desde já, temos como premissa de que a atividade administrativa é compreendida dentro de um regime jurídico administrativo subordinado aos ditames constitucionais. Desde já, os princípios decorrentes devem ser aplicados a todas as modalidades de processos. Conforme já denunciado, talvez uma ausência de estudos dos princípios constitucionais administrativos aplicáveis ao processo administrativo, inclusive o tributário, levam ao entendimento de alguns aplicadores do direito no sentido de apontarem maior importância a uma portaria do que à própria Constituição¹¹⁰.

Cientes do equívoco da análise do processo administrativo descasada com a abordagem de princípios constitucionais, temos que a Administração não possui a prerrogativa ou o condão de proceder com o descumprimento com os princípios constitucionalmente reconhecidos e estabelecidos. A análise do processo tem que passar pela análise das garantias fundamentais, bem como pelos princípios da Administração Pública.

Assim, via de consequência, somos cientes de que dentre as garantias fundamentais, encontram-se aquelas de natureza processual, com o fito de se estabelecer um Estado de

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos no Processo Administrativo Tributário**. Revista de Direito Tributário nº 75, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 15.

¹¹⁰ HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 89.

Direito, dentre as quais reservam inúmeros desdobramentos tanto no processo judicial como no processo administrativo.

Ora, mesmo por muito tempo o processo administrativo não ter encontrado a devida organização legislativa conforme hoje observável pela Lei 9.784/99, e no âmbito do ordenamento jurídico de Uberlândia pela Lei 8.814/2004, temos que o estudo desse processo do mesmo modo reclama um estudo que leve também em consideração as suas fases, esferas, dando-lhe a mesma importância científica do processo judicial.

Nessa esteira, mesmo diante da negativa de se obter um paralelo entre o processo administrativo e o processo judicial, ambos possuem como escopo a prestação de uma tutela, inadmitindo que o processo administrativo tão somente visará a obtenção de um direito à Administração. Ora, o processo administrativo tributário é um elemento de importância tal para a definição da validade do ato administrativo¹¹¹.

Se partirmos da noção de uma demonstração de compatibilidade entre a produção de um ato com a análise dos antecedentes, teremos uma considerável ampliação do campo de análise da legalidade do ato administrativo. Conforme entendimento, se antes o mérito era visto como elemento de competência exclusiva da Administração Pública e, portanto, insindicável, passa a ser integrante da legalidade, na medida em que os elementos que compõem a legalidade ampla tais como: proporcionalidade, razoabilidade. De forma semelhante, não pode passar sem menção que o princípio da legalidade, em sua configuração original, tem caráter essencialmente material, além de estrito. Pouco se acostumava perquirir acerca da legalidade formal de ato, ou seja, da realização de todas as etapas necessárias para a formação do ato administrativo¹¹².

Por essa análise, temos que com o aumento da importância da processualidade da atividade administrativa, entendemos não haver a exclusividade da legalidade material da Administração Pública. Assim, ganha importância a decisão administrativa no sentido de passar a ter um alcance que visa a efetividade da sua prestação.

¹¹¹ Em conformidade ao que buscamos demonstrar anteriormente, não se deve considerar o ato administrativo isoladamente, principalmente como um elemento desconexo a uma realidade processual e não como o resultado de um longo processo de ponderação e consideração de valores e interesses, perde-se em boa medida a capacidade de aferição da compatibilidade do ato com a legalidade ampla. Temos que o correto é a correta relação auferida pela noção do ato editado com a situação fática e a demonstração dentro do contexto processual.

¹¹² SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

Ora, ao se considerar esses elementos, temos que com a organização do processo administrativo temos o reconhecimento de uma nova legalidade estabelecida entre o contribuinte, no caso do processo administrativo tributário, e a Administração, demandando uma correta e adequada compreensão da atividade administrativa pautada na realização de princípios constitucionais, sem a sem renúncia a um grau de certeza e garantia, ou seja, um padrão de coerência sistemática, segundo as linhas inerentes ao Estado de Direito¹¹³.

Uma análise garantista desse processo administrativo, implica na análise procedimental, dos direitos e garantias fundamentais na aplicação do processo administrativo. Vias de consequência, ganha relevo a decisão administrativa¹¹⁴, o que incorpora não apenas o processo de construção da fundamentação constitucional da aplicação da lei aos particulares.

Feitas essas considerações, de nada adiantaria toda essa análise não fosse a compreensão da necessidade de efetividade das decisões administrativas.

Pois bem, cientes da leitura do Art. 37 da Constituição, temos que dentre os princípios da Administração Pública, estaria do da eficiência. Com a devida vênua, nos permite correlacionar os termos no sentido de buscar uma demonstração de que naquilo que lhe é tangível a Administração deve buscar a potencialização dos resultados almejados.

Assim, por efetividade nas decisões administrativas devemos compreender a noção de que a tutela, a decisão deve ser proferida de forma a se valer de meios capazes de atingir ao máximo dos resultados pretendidos, de forma efetiva e satisfativa.

A partir de uma lógica sequencialista, afinal, conforme apreendido o processo como conjunto de atos e procedimentos ordenados, o ato final não partirá do pressuposto da autonomia dos elementos constantes no processo. Disso temos que as decisões proferidas pelos agentes administrativos não são espontâneas ou instantâneas, diferentemente correspondem a verdadeiras construções cientificamente auferíveis.

Logo, verificamos a necessidade de uma criação de uma identidade constitucional, principalmente no sentido de não permitirmos a criação de normas que afrontam essa correspondência principalmente as que tangem aspectos processuais relacionados a sua efetividade.

Nesse aspecto, devemos atentar ao fato de que a inserção da eficiência como princípio constitucional pode causar distorções, que devem ser desde logo afastadas. A título de

¹¹³ Ibid. p. 32.

¹¹⁴ Ibid. p. 34.

ilustração, temos que no setor privado eficiência produtiva é a relação estrita entre objetivos lucrativos (resultados previstos) e eficácia da atividade (excelente utilização dos recursos disponíveis)¹¹⁵.

Se levarmos em consideração essas premissas, teremos que o controle da eficiência do processo administrativo tributário não partirá de uma norma genérica e abstrata da conduta e sim a utilização de mecanismos que visam o alcance de dados objetivos pela utilização dos recursos disponíveis.

O fato é que, a Administração Pública não se pode valer da lógica empreendida pela iniciativa privada, qual seja, ser orientada pela aferição de lucros sobre o capital, deixando no plano secundário a concretização das suas atividades e empenhos administrativos. Do contrário o perseguir estatal deve ser orientado no sentido de constantemente almejar a concretização das garantias fundamentais.

A eficiência processual deve ser um instrumento a fim de se potencializar os demais princípios processuais. Ainda, as previsões normativas devem ser colimadas em favor da produção eficiente de tutela.

Em suma, ao se abordar a eficiência, essa é a procura necessária ao hermenêuta jurídico. Logo, abrir mão do conceito econômico administrativo de eficiência e tentar criar visão puramente jurídica e democrática do tema. Interpretar a Constituição de forma coerente e integrada, a fim de sedimentar entendimento específico de direito constitucional administrativo¹¹⁶.

Observamos que na construção do processo administrativo sob o prisma da Lei 9.784/99, o princípio da eficiência passou a ser estruturado de forma lógica e predefinida com o fito do proferimento de uma decisão. Nesse sentido, revela fundamental o papel da Administração e dos demais interessados no processo no que tange a participação de modo a permitir o assegurar da legitimidade e transparência do conteúdo e objetivo ali traçado.

Via de consequência, a eficiência processual permitirá um processo efetivo capaz de atender a demanda ali pleiteada de forma mais célere, permitindo, desse modo, a produção de uma tutela dentro de um prazo razoável, observando a inserção das demais outras garantias processuais.

¹¹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 183.

¹¹⁶ Ibid. p. 187.

Enfim, dentro dessa economicidade atingida, nesse primeiro enfrentamento da celeridade temos que esta impõe que os atos processuais sejam praticados no mais curto espaço de tempo possível, de forma contínua e coordenada¹¹⁷.

Conforme veremos em páginas posteriores, a celeridade não está relacionada a velocidade mas a uma sequência de atos que atenda a uma duração razoável.

Nesse sentido, somos cientes de que muito se discute sobre as causas da morosidade do processo. Os desafios são amplos quando se fala em combater a lentidão da produção da decisão judicial e administrativa.

Na perspectiva de conhecermos o processo, tratá-lo de forma a conduzir na produção de uma decisão eficiente, devemos conhecer os problemas que atingem o processo que somos cientes não serem apenas de natureza legislativa. A propósito, ao se falar em ineficiência, podemos destacar a possibilidade de duas causas de morosidade processual, quais seriam: a sistêmica (decorre da sobrecarga de trabalho, excesso de burocracia e positivismo) e a ativa (consiste na interposição de obstáculos para impedir a sequência normal dos procedimentos, por parte não só de operadores como magistrados, funcionários, advogados, etc.; mas, também, de algumas partes e terceiros envolvidos)¹¹⁸.

Nesse aspecto, pegando por emprestado alguns pontos já pesquisados no processo judicial, verificamos que o próprio CNJ identificou alguns aspectos que tornam o processo inoperante e ineficaz:

Uma das conclusões da pesquisa foi de que ações de caráter proativo, capitaneadas pelo Poder Judiciário, incluindo o CNJ, são necessárias para o efetivo combate do problema da morosidade, dentre as quais se destacam o aperfeiçoamento da gestão judicial, a legitimação dos mecanismos alternativos de resolução de conflito, a elaboração de políticas de redução e filtro de demandas judiciais e a cooperação interinstitucional com os órgãos da Administração Pública.¹¹⁹

Assomado a esses elementos sabemos que inúmeros são os momentos processuais de inoperabilidade, as constantes conclusões dos autos, momentos que certamente alguns meios tecnológicos e pessoais complementaríamos certamente as disposições já constantes em lei.

¹¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann Moreira. **Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007..

¹¹⁸ SCHNEIDER, Gabriela. **A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios**. Revista Brasileira de Direito (RBD), Florianópolis: CONPEDI, n. 4, jan/abr. 2013. p. 465.

¹¹⁹ Ibid. p. 467.

Desse modo, empiricamente a eficiência está relacionada ao percurso regular do processo, não se vislumbrando situações de ausência de desenvolvimento neste curso por motivos injustificados, o que contrariaria a lógica da eficiência. Desse modo temos como incumbência desse princípio o cumprimento e observância de prazos preestabelecidos e a prática de atos necessários ao bom andamento do feito.

Até mesmo no processo administrativo tributário, não podemos aceitar as contínuas prorrogações extraordinárias, seja qual for sua razão, pena de ofensa à eficiência. O dever de atendimento aos prazos processuais é essencial a uma administração que se pretenda eficiente¹²⁰.

De todo o efeito, temos a força normativa do princípio da eficiência, de modo a reconhecermos a aplicação do mesmo para os processos administrativos inclusive em conformidade ao que se decide nos Tribunais Superiores:

Ainda no que se diz respeito à celeridade de um processo administrativo que se pretenda eficiente, é de se frisar que a Lei 11.417/2006, que disciplina a súmula vinculante (regulamentando o art. 103- A da Constituição), alterou a Lei 9.784/1999- acrescentando o inciso 3º ao art.56 e os novos arts. 64-A e 64- B.

Com tais modificações, a lei da súmula vinculante não só impõe a todas as esferas da Administração Pública (direta e indireta; federal, estadual e municipal) a obediência estrita aos enunciados das súmulas assim editadas, bem como instala a possibilidade de ser oposta reclamação ao Supremo Tribunal Federal de “ato administrativo que contrariar enunciado da súmula vinculante” (Lei 11.417/2006, art. 7º, inciso 1º, Lei 9.784, arts. 64-A e 64-B). Logo, os processos administrativos deverão ser orientados a não adotar providências e interpretações que porventura contrariem a jurisprudência do Supremo Tribunal consolidada em súmula vinculante. Isso certamente poupará o tempo dos cidadãos interessados, reduzindo o caminho para a prolação final de uma decisão que promova de forma efetiva a tutela dos seus direitos.¹²¹

Consequentemente, temos que um processo eficiente corresponde aquele que busca o evitar de repetições desnecessárias de atos e fases processuais, primando pela economia processual, da mesma forma alinhado à necessidade de busca de uma duração razoável do processo e efetiva o suficiente para a produção da tutela pleiteada.

Ponto de demonstração da eficiência do processo administrativo tributário, é o reconhecimento no seu âmbito dos efeitos da preclusão, que veda a reiteração de atos já

¹²⁰ Ibid. p. 210.

¹²¹ Ibid. p. 212.

praticados (ou que deveriam tê-lo sido ao seu tempo), impondo limites a determinadas atividades processuais e gerando estabilidade e segurança no processo¹²².

Em verdade, tanto o princípio da eficiência como o da celeridade irão demonstrar, conforme será abordado em tópico específico, a exigência de otimização de prazos. De modo, que ambos correspondem a incumbências do poder público a tomarem medidas e providências adequadas.

O fato que não pode ser esquecido é que o processo administrativo tributário deve ser compreendido como uma garantia constitucional e, por sua vez, deve ser tido como um vetor para a satisfação do direito material.

Já mencionamos que o princípio da razoável duração do processo administrativo mantém interface sobretudo com os princípios da eficiência, da segurança jurídica e da legalidade. Como implicação, o princípio constitucional da eficiência traz a ideia de ação, de agilidade para produzir resultado, de modo rápido e preciso. Eficiência contrapõe-se a descaso, a negligência, a omissão, características habituais da Administração Pública Brasileira, com poucas exceções. Agora, o princípio da razoável duração do processo administrativo carrega, ao princípio da eficiência, a agilidade temporal¹²³.

Ora, aliados a esses princípios temos como cristalina a prerrogativa da presunção de validade dos atos da Administração Pública, não fosse a mesma não teríamos condições de proceder o reconhecimento da eficiência e da efetividade do processo administrativo tributário.

Não obstante a existência das prerrogativas constitucionais que visam as implementação de garantias no âmbito do processo judicial e administrativo, temos de forma clara e evidente que, existe o reconhecimento dentre os atributos dos atos da Administração Pública sua presunção relativa de legalidade, usualmente a identificando também como presunção de legitimidade ou validade. Paralelamente a esse atributo do ato administrativo e em consequência dele, reconhece-se a presunção de veracidade. Nesse aspecto, temos que a presunção de legalidade dos atos relacionam-se diretamente com o poder de autotutela ou imperatividade da Administração. Tendo o reconhecimento da parte de alguns, como

¹²² Ibid. p. 218.

¹²³ MEDAUAR, Odete. **O princípio da razoável duração do processo**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100/101.

identidade desse poder ou do próprio princípio da legalidade, apontando indistintamente estes atributos como implícitos no ordenamento, decorrentes de seus princípios gerais¹²⁴.

Logo temos o reconhecimento da legitimidade atrelada à presunção de veracidade, em que pesem as possibilidades de correção dos atos administrativos.

Face a presunção de veracidade dos atos administrativos, dada em função da presunção de legalidade, temos a processualização observada no bojo do Direito Administrativo, demonstrando as mesmas, por sua vez, um reflexo das transformações históricas havidas o conceito ocidental de Estado, a partir do final do século XVIII e início do século XIX. No modelo de Estado liberal, é natural que o Poder Público tenha assumido, perante os particulares, feições ainda tímidas. Vislumbrando uma contextualização política, a Administração atual primordialmente de forma agressiva aos direitos dos cidadãos, sem propiciar prestações ou serviços em favor dos mesmos- um modelo que se convencionou denominar de Estado-Polícia. Nesse cenário, a atuação da Administração fiscalizadora e autoritária era concebida primordialmente através da ato administrativo, que representa o papel de protagonista absoluto do próprio Direito Administrativo¹²⁵.

De tal sorte, face ao não atendimento da Administração aos particulares, considerando as desigualdades sociais impostas pela realidade pós-industrial, as atividades do Estado mudaram radicalmente. De sorte que no Estado Social tem-se a ampliação significativa dos quadros e dos interesses a serem tutelados pelo Estado, que passam a abranger relações de trabalho, prestação de serviços públicos, cada vez mais complexos e dispendiosos, defesa do meio-ambiente, garantia de uma seguridade social¹²⁶.

Num melhor contexto, a Administração passa a protagonizar o papel de garantidora da sociedade. O contorno agora não mais de observância ao ato administrativo, mas sim de enfoque e preocupação da conformidade da lei que o instituiu à Constituição.

Verificamos que até mesmo nos países em que constatamos a diminuição do aparato estatal, a partir do neoliberalismo, até mesmo o declínio do Estado social e a adoção de um modelo de Estado regulador serviu apenas para reforçar a importância do processo

¹²⁴ GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 23/24.

¹²⁵ Ibid. p. 41.

¹²⁶ Ibid. p. 42.

administrativo como instrumento das relações entre os administrados e os diferentes ramos do Poder Público¹²⁷.

Nesta visão, temos o papel decisivo do processo administrativo na busca a operabilidade do Estado. Deste modo é demonstrável e plausível que a eficiência corresponde a um instrumento posto à disposição dos particulares e da Administração na busca do exercício dos direitos sociais celebrados pela Constituição. Em que pese referida distinção, o objetivo dessa eficiência deve se prestar a produção de uma segurança jurídica vinculada ao princípio da celeridade conformado com a duração razoável do processo administrativo tributário.

2.1.5 DEVER DE DECIDIR COM EFICIÊNCIA E CELERIDADE

Pois bem, mencionamos no trabalho a necessidade do agir da Administração e, em conformidade com a legalidade, tendo nessa premissa o entendimento de que ela possui os comandos necessários da autotutela de seus atos, com o fito de estabelecer o atendimento dos anseios da coletividade.

Naturalmente, considerando todo o contexto no qual nos inserimos, cientes da relação jurídica formada com o processo administrativo, a Administração tem a obrigação de proferir decisões e a elas se vincular¹²⁸, caso opine em favor do particular.

No que tange ao último ponto, vemos que em especial no âmbito tributário, naquelas situações de benefício ao contribuinte, a Administração deve salvaguardá-lo em não rediscutir aquela disposição judicialmente:

[...] ainda que não proferidas por contencioso administrativo, as decisões administrativas são irrevogáveis sempre que conferirem benefício em favor de situações jurídicas individuais, ou seja, em favor do contribuinte. Aliás, o art. 146 do CTN é expresso em resguardar os direitos subjetivos nascidos de decisões administrativas em matéria tributária, sempre que houver alteração da valorização jurídica, ao dispor: ‘a modificação introduzida de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou

¹²⁷ Ibid. p. 46.

¹²⁸ Hely Lopes Meireles complementa essa noção: “o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretroatividade do ato perante a própria Administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público.” (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 589)

judicial nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa, no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada em relação a um mesmo sujeito passivo quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução'.¹²⁹

Cientes dessa incumbência, cumpre destacar que esta se presta para o atendimento de determinado direito ali controvertido, sendo assim, deve a tutela administrativa ser prestada de forma otimizada, noutras palavras de maneira eficiente e eficaz, dentro de um prazo razoável, concernente à noção de celeridade.

Nesse dever de decidir que possui a Administração Pública, observamos a necessidade de se atentar as disposições do Art. 37 da Constituição, no que tange aos princípios da Administração Pública. Temos a conclusão pela leitura do texto constitucional de que inevitavelmente passaremos pelos princípios da legalidade e da eficiência – este correlato ao da celeridade ao fim que se propõe a tutela administrativa.

Um aspecto que nos chama a atenção é que a Lei 8.814/2004 do Município de Uberlândia, sob forte influência constitucional e até mesmo do seu espelho demonstrado pela Lei 9.784/99 demonstra bem esse ensejo processual, explicita nos Arts. 48 e 49 o dever da Administração em decidir, e mais, estabelece prazos para a realização de decisões, ainda trâmite processual diferenciado para dadas situações.

No mesmo sentido, podemos mencionar a Lei 9.784/99, no art. 49, estabelece o prazo de 30 dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada; o mesmo prazo incide sobre a decisão de recursos administrativos, conforme o art. 59, inciso 1º, outro exemplo: a Lei 10.177/98, arrola vários prazos máximos nos incisos do art. 32, dimensionados ao tipo de decisão, como, por exemplo: 6 dias, para expedição de notificação ou intimação pessoal; 20 dias, prorrogáveis por 10 dias, para elaboração de pareceres ou informes técnicos; 20 dias, prazo para decisão final.

Somos cientes que a decisão, ainda que no âmbito administrativo também deve realizar a Justiça, de modo eficiente e célere, e tornar efetivos os direitos assegurados pela Constituição Federal. Demora no atendimento de direitos significa desrespeito a direitos e descumprimento da Constituição. Com aludida incumbência, o dever de tornar efetivo o

¹²⁹ RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Processo Administrativo Tributário**. Pesquisas Tributárias, Nova Série. Nº 5, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Centro de Extensão Universitária e RT, São Paulo, 1999. p. 316

princípio da razoável duração do processo em seu âmbito, a Administração há de valer-se de medidas propiciadoras de sua concretização¹³⁰.

Com isso, observamos claramente o intento do processo administrativo nos últimos anos em representar um algo dinâmico, satisfativo no sentido de até mesmo prevenir conflitos estabelecidos no âmbito judicial.

A celeridade tem se mostrado como elementar ao cumprimento dessa finalidade, sabemos que para o seu atingimento as autoridades públicas podem valer-se do controle hierárquico para fiscalizar o cumprimento dos prazos fixados em normas ou decisões internas. Não apenas, sabemos da prerrogativa em estabelecer responsabilização pelo descumprimento de prazos com a previsão de consequências, para o agente público, ante o descumprimento de prazos, tais como advertência, perda de pontos em avaliação de desempenho ou produtividade para fins de promoção ou acesso.

A propósito, ainda que a demora na satisfação dos prazos possa não representar uma ocorrência de preclusão temporal, é imperioso que a injustificada perda de prazo pelo servidor responsável acarrete-lhe alguma sanção. Ainda, é de se evitar, portanto, que a responsabilização civil do Estado seja a única forma de sancionamento em decorrência da violação ao direito a um processo administrativo com prazo razoável, transferindo-se para a coletividade o ônus da falta de diligência e inoperância de um dado serventuário da repartição pública¹³¹.

Verificamos que a Administração tem tomado rumos em que o ato de decidir é inerente às prerrogativas do legitimado da Administração. Sabemos que é clássica a afirmativa de que administrar é tomar decisões, assim como a tradicional classificação das decisões em estruturadas e não estruturadas. Ademais, podemos fazer a distinção entre decisões tomadas em condições de certeza, de risco e de incerteza. Nesse ínterim temos a ciência de que no que tange a Administração Pública, tal tipo de decisão é bastante rara, posto que emerge da faixa de discricionariedade do administrador público. A condição básica da

¹³⁰ MEDAUAR, Odete. **O princípio da razoável duração do processo administrativo**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 102.

¹³¹ ROCHA, Sérgio André. **Duração razoável do processo administrativo fiscal**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo, n. 142, jul. 2007. p. 80.

submissão da Administração ao princípio da legalidade faz com que a maioria das decisões seja estruturada ou programada pela legislação aplicável a cada caso¹³².

Até mesmo o comportamento discricionário do administrado deve ser visto dentro de um contexto de permissibilidade e de legalidade estruturada de forma ao menos permissiva dentro do contexto administrativo.

Dentro desse contexto, temos que os pressupostos necessários para a construção do princípio da legalidade, seria inevitável a afirmativa de que a eficiência decisória, na Administração, dependeria essencialmente do conhecimento da lei e de estrita observância. Entretanto, tais pressupostos não são suficientes a dar conta do complexo fenômeno do comportamento decisório administrativo no âmbito da burocracia estatal e suas visíveis disfunções¹³³.

Afora essa questão, verificamos que o nosso legislador constitucional, mediante a inserção de remédios constitucionais buscou o evitar de autoritarismo por parte da Administração Pública, o que não significou o suprimir da atividade administrativa e a constante sujeição ao judiciário de questões que a própria deveria agir¹³⁴.

Preferimos a noção de que “o acesso à justiça é, mais do que o ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderia obter”¹³⁵. Nesse sentido, acreditamos ter sido esse o escopo do Constituinte de 1988 que passou a tratar de forma mais democrática os pleitos junto à Administração Pública.

¹³² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **O dever de decidir**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

¹³³ Ibid. p. 18.

¹³⁴ A esse despeito podemos mencionar que os anos da ditadura militar prevaleceu um endurecimento demonstrado pelo condenável autoritarismo estatal. Naturalmente, demonstra a história que nesse período o Judiciário era bombardeado de situações evidenciando abusos da Administração para com os cidadãos. Atualmente, dentro de um outro contexto, diga-se garantista no qual se pretende dirigir a pesquisa proposta, o peticionar, a faculdade de se dirigir às autoridades, a possibilidade de resposta aos comandos estatais. Como fato de conhecimento histórico, temos que até mesmo o encerrar das atividades parlamentares pelo Executivo, a figura do Decreto-Lei com o fito de constituir a demonstração da vontade governamental. A propósito, a título de mera ilustração, a figura do Decreto-Lei nº 2.300/86, que gerava dificuldades aos concorrentes ao certame licitatório, dada a ausência de diretrizes que obrigassem o Poder Público a decidir sobre eventuais impugnações ao edital. Enfim, verificamos que contexto e o ordenamento vigente a época não possuía o caráter garantista tal como o de 1988. No mesmo sentido, podemos mencionar o direito de recurso, embora teoricamente assente no âmbito do certame licitatório, não era suficientemente estruturado em termos de processamento e prazos, abrindo margem à letargia decisória da Administração.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 283.

Observamos que a Constituição de 1988 representou o primeiro passo institucional para a explicitação e o fortalecimento dos direitos do administrado. Como relatado, o próprio direito de petição e representação foi inserido de imediato no Art. 5º, inc.XXXIV, e mais tarde, pela EC 45/2004, restou assegurado o direito público subjetivo à razoável duração do processo, bem como aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Somos conhecedores que desde já a Administração Pública por força da Constituição prima pelos princípios da: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. A EC 19/98 acrescentou, ao rol de princípios, o da eficiência – esse sinônimo de boa administração.

Conforme relatado, a eficiência também deve ser manifesta no âmbito da prestação da tutela processual e, conforme denunciemos anteriormente, muitas vezes esbarra na ausência de recursos, de implementação de meios tecnológicos que vão permitir uma a ineficiência gerencial, permitindo o não atendimento da tutela administrativa.

Sabemos que, em que pese todo o avanço das comunicações proporcionado inclusive pelo meio eletrônico, e não obstante o incremento da informação pela rede de computadores, muitos dos instrumentos de participação popular que figuram nos diplomas legais permanecem implacavelmente elitistas. Consequentemente, o singelo direito do cidadão de obter resposta à sua petição, ainda, de um foco mais resolutivo no âmbito comportamental, pertinente à cultura das organizações burocráticas¹³⁶.

Ora tudo isso não tira a incumbência do agir garantista da Administração em providenciar o rápido andamento dos processos e a decisão temporânea acerca das demandas do interessado, mesmo havendo situações de contrariedade à proposta ensejada pela Constituição:

Em que pesem o empenho, a informação e dedicação da maioria dos servidores, temos visto as comissões de licitação, por exemplo, deixarem de responder a impugnações feitas ao edital, negligenciarem pesquisas de mercado, ficando sem informes suficientes para decidir; deixarem de promover diligências para solucionar dúvidas, recusaram-se a reconhecer a justeza de algum recurso interposto, aferrando-se cegamente ao despacho anterior, ao divergirem entre si, deixarem de registrar suas discordâncias em ata, conformando-se e submetendo-se á opinião do membro mais influente.
137

¹³⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **O dever de decidir**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23.

¹³⁷ Ibid. p. 29.

Conforme atentado no primeiro capítulo, até mesmo o Poder Judiciário vem efetivando o princípio da razoável do processo administrativo, por vezes citado no corpo das decisões, por vezes indicado na ementa, por vezes mencionado no vocabulário de indexação ao final. Somos cientes de que os Tribunais têm invocado também o princípio da eficiência e o princípio da segurança jurídica.

Enfim, uma Administração eficiente é a que compete a expressão da boa administração no sentido de ser capaz de atender aos administrados dentro de um prazo razoável e de forma satisfativa. Sabemos que em não havendo o seu agir, a própria Administração estará sujeita as consequências¹³⁸ do transcurso temporal.

2.2 PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO COMO GARANTIA DO ESTADO DE DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pelas noções trazidas acerca da feição emancipatória trazida pela Democracia, observamos que por inúmeras tentativas o ordenamento jurídico tem tentado conferir o cunho participatório dos indivíduos na condução da Administração.

Como melhor vetor para essa fenomenologia, temos, certamente a processualização na esfera administrativa tem, por si, gerado maior democratização principalmente por substituir o agir unilateral e impositivo manifesto sob atos administrativos¹³⁹ emanados pela simples alegação de necessidade de manifestação de legalidade.

A superação e demonstração do agir democrático manifesto pelo processo, evidenciamos pela formação dialética de atos que visam o controle da legalidade, manutenção da ordem primado pela pacificação social.

¹³⁸ Por exemplo: Lei Municipal 8.814/2004, em seu Art. 54 menciona que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

¹³⁹ NOHARA, Irene Patrícia. **Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 81.

2.2.1 PROCESSO COMO MITIGADOR DE DESIGUALDADES

Ao se abordar as garantias processuais colocadas no texto constitucional, especificamente as que denotam a existência de um Estado Democrático de Direito, ou ao menos o Estado de Direito (visto como aquele que age segundo a lei e por ela conformado), muito enfoque tem-se dado no contraditório, enfim como sendo aquele de melhor expressão da necessidade participativa no contexto processual.

Ocorre que essa visão simplista, não atende aos verdadeiros anseios nos quais o processo deve se prestar. Nesse ínterim ao se preocupar com a formação, constituição, desenvolvimento e desfecho do processo na esfera administrativa, do mesmo modo, deve se ater a formas capazes de diminuir as desigualdades desenvolvidas no interior do processo, assim, observa-se que não apenas o contraditório é necessário, mas também uma análise garantista de todo o processo¹⁴⁰.

Num primeiro momento, a lei acabou por servir como um instrumento de aperfeiçoamento da igualdade dos indivíduos sob um plano formal. Desse modo, ainda que não houvesse uma igualdade entre os homens o tratamento seria paritário frente a lei¹⁴¹.

Historicamente considerando, a partir de um momento de superação do modelo Liberal e formação de um Estado Social, algumas mudanças começam a ser observadas, afinal a noção de igualdade (no estudo chamado de tratamento igualitário) passa a ser sistematicamente considerado. Supera-se a ideia de que o homem deve ser tratado de forma igualitária para a de que devem se tornar iguais.

¹⁴⁰ Sob esse aspecto, considera-se que não só o contraditório, mas a observância de todas as garantias fundamentais é que são capazes de propiciar a formação de um processo justo, e se não consideradas tem-se uma verdadeira situação de artificialidade e insuficiência de participação e promoção das prerrogativas individuais.

¹⁴¹ A concepção formal da igualdade revela toda sua pujança com o desenvolvimento das ideias liberais primitivas. Em momentos em que o absolutismo e as atitudes arbitrárias que dele decorriam violavam os mais comezinhos princípios do Direito e no qual havia uma clara valorização do indivíduo em razão de sua origem e classe social – os da família real, os integrantes da corte e outros estamentos jamais eram considerados do mesmo modo que os demais súditos – encontravam-se o meio adequado para o florescimento da ideia de que os homens necessitavam ser tratados como se fossem iguais. Ou seja, com a derrubada do regime e dos valores que o constituíam não mais se justificava a manutenção de privilégios inaceitáveis. (...) No lugar de privilégios antes concedidos a determinados segmentos, passa-se a exigir que todos os homens sejam considerados como iguais. (...) Daí chega-se facilmente à convicção de que o Estado não pode fazer distinção entre os antigos súditos, agora cidadãos. (...) A questão jurídica aqui não passa necessariamente por afirmar-se que os homens são iguais (em essência), mas que devem receber o mesmo tratamento legal. Sendo ou não iguais, devem ser considerados como iguais para efeito de aplicação da lei. Essa concepção está chamada de igualdade formal, igualdade frente à lei ou igualdade perante a lei (ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) Dicionário de filosofia do direito. São Leopoldo: Unisinos, 2006).

Veja que a finalidade estatal não é de apenas organizador da vida social, o Direito nessa perspectiva passa a conter consigo uma série de expectativas sociais. O processo, desse modo, é elemento desse movimento de mudança referencial.

Ademais, sopesa que a moderna concepção de entendimento do processo procura transformá-lo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade. Essa visão ética é profundamente influenciada por fatores históricos, sociológicos e políticos. Por essa razão, para o completo entendimento do processo, dos seus fenômenos e princípios, deve-se atentar às suas raízes e origens constitucionais¹⁴².

Com isso, passa-se a ter a noção acerca do verdadeiro tratamento igualitário que, apresenta-se no processo em duas perspectivas. Do ponto de vista estático, diz respeito à estruturação do processo, o qual deverá ser organizado de forma isonômica, evitando privilégios e corrigindo eventuais desigualdades a partir da previsão de técnicas processuais que possibilitem essa finalidade¹⁴³.

Assim, sob uma perspectiva estática deve-se ater à noção de que o próprio legislador no exercício de suas atribuições não poderá promover um tratamento desigual ou ensejador de desigualdades entre os participantes da relação processual.

Ocorre que, por muitas vezes o tratamento igualitário entre as partes corresponde a uma atividade do agente julgador e não apenas mediante formas abstratas de promoção das fórmulas de cumprimento da legalidade visando a igualdade.

Como forma de diminuição das desigualdades, observa-se que nos últimos tempos a posição do julgador frente ao processo tem sido notadamente diferenciada, no sentido de que este exerce o seu papel de forma ativa agindo conjuntamente na instrução do processo:

[...]Por mais que o legislador tente estabelecer condições para diminuir as desigualdades, muitas vezes é somente à luz do caso concreto que será possível aquilatar a medida da desigualdade entre as partes. Isso não quer dizer que as normas abstratamente concebidas não possam servir de ponto de partida para a promoção da igualdade. Porém, nessa perspectiva dinâmica, a igualdade está diretamente ligada à atividade do juiz.¹⁴⁴

¹⁴² SOARES FILHO, José. **Acesso à Justiça no Brasil**. Revista Brasileira de Direito (RDB), n. 4, jan/abr. 2013. p. 594.

¹⁴³ SANTOS, Igor Raatz dos. **Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 84, set. 2002. p. 75.

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993. p. 13.

Daquilo que deve ser considerado como a melhor forma de se encarar o processo como um verdadeiro mitigador de desigualdades de fato é a sua acepção como uma realidade cooperativa entre o julgador e as partes envolvidas no processo¹⁴⁵.

2.2.2 A IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DAS PARTES PARA A PRODUÇÃO DA DECISÃO FINAL

Ao longo dos estudos do Direito Administrativo, tem-se observado uma constante preocupação no sentido de não apenas estabelecer um enfoque, como por muito tempo se observou, apenas no ato administrativo, mas em todo o encadear da produção desse ato.

Conforme já deixamos a ideia de que no período de formação e sistematização do Direito Administrativo corresponde à fase de irrelevância do processo administrativo na doutrina e na legislação. Ainda, as obras da primeira e da segunda metade do século XIX não tratam da matéria. Ausente estava a preocupação com os momentos que antecedem à edição do ato administrativo. Deste modo, pontuamos até mesmo os termos processo e procedimento eram usados, quanto à Administração, para o tema relativo ao controle jurisdicional de seus atos. Inexistia interesse pela matéria no campo do Direito Administrativo, para o qual deveria deixar o mais livre possível o poder discricionário da autoridade administrativa. Predominava a ideia de administração livre ou sujeita a disciplina restrita.¹⁴⁶

Observa-se a partir de uma procedimentalização administrativa a preocupação no estabelecimento de meios e formas eficazes constitucionalmente consagradas, dentre as quais, as próprias previsões expressas, contidas nos incisos LIV e LV do Art. 5º da CF.

¹⁴⁵ A considerar: “o processo cooperativo parte da ideia que o Estado tem como dever promordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. [...] O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica de seu turno necessariamente a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa. A boa-fé a ser observada no processo, por todos os seus participantes (entre as partes, entre as partes e o juiz e entre o juiz e as partes), é a boa-fé objetiva, que se junta à subjetiva para a realização de um processo leal. A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la.” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 102.)

¹⁴⁶ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993. p. 13.

2.2.2.1 Manifestação da procedimentalização no Estado de Direito

No atual de desenvolvimento do Estado de Direito, deve ser vista e considerada a perspectiva garantista, principalmente aquela que considera o ordenamento jurídico não apenas um todo dispositivo, mas também como sendo fonte promotora de garantias fundamentais. Como fonte norteadora desse entendimento, entende-se que o assegurar por exemplo a ampla defesa, que acaba por possibilitar ao litigante a oportunidade de comprovar a não concretização da hipótese abstrata descrita para o legislador para dada imposição de sanção legal¹⁴⁷.

Pois bem, debruçou-se anteriormente justamente na análise do reconhecimento da existência de uma efetiva processualidade no âmbito administrativo, inclusive no intuito de reconhecer a participação do administrado na formação da tutela estatal. A título de consequência, busca-se uma maior segurança e transparência na formação das decisões administrativas.

Ora, a considerar essa diretriz almejada, a fase administrativa torna-se mais diretiva, propositiva e mais apta ao cumprimento dos princípios da Administração, consagrados no Art. 37 da CF, bem como das garantias processualmente consideradas. Como bem posto pela doutrina “o processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”¹⁴⁸.

Nesse íterim, as garantias processuais constitucionalmente consideradas é que permitirão o agir processual do indivíduo frente ao Estado, desse modo faz-se necessária a permissão da participação do administrado, como por exemplo do contribuinte. Essa percepção, é justamente a que melhor se define se considerado o Estado de Direito como sendo aquele regido pelos ditames do ordenamento jurídico e superação do Antigo Regime (Estado da Força).

Noutros termos houve a substituição da estável autoridade da lei, uma vez que só seria possível o desfrute da liberdade, quando não apenas os indivíduos e as entidades privadas, com o próprio Estado, pudessem ser igualmente compelidos a obedecer à ordem jurídica instituída – iniciando a ideia de formação do Estado de Direito.

¹⁴⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição disfarçada de lucros**. São Paulo: Dialética, 1996. p. 125.

¹⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo RT: 1994, p. 74.

Enfim, a submissão do Estado à lei, prevista na doutrina do Estado de Direito, tem como fundamento a proteção dos direitos individuais. Nessa perspectiva, o Estado de Direito não pode mais se conceber apenas com um Estado submetido à ordem jurídica, mas sim deve ser entendido com uma vinculação à realização de deveres jurídicos positivos que lhe são impostos pela ordem jurídica.

Essa noção, assim, não mais reflete meramente o Estado limitado por direitos individuais, mas sim o Estado positivamente obrigado a agir por expressa determinação da ordem jurídica.

Sob o caráter ilustrativo, tem-se que a procedimentalização da atividade administrativa de fiscalização, em razão da série de deveres impostos ao fiscal, veda que se lavrem autos de infração, baseado em meros indícios apurados no âmbito interno dos órgãos fazendários, nem que se expeça o devido termo de início de fiscalização, nem que se proceda a uma investigação junto ao contribuinte em busca da verdade dos fatos de forma desmotivada e meramente persecutória¹⁴⁹.

Em função desse aspecto levantado, acerca da processualidade da atividade administrativa servir como meio de proteção dos direitos fundamentais e a sua percepção ser tida como constitucional é que se mostra a necessidade de reclamar a participação dos administrados nesse processo de formação. Conforme posto anteriormente, a participação é instrumento de defesa e proteção dos indivíduos, inclusive se consideradas as atividades dos agentes fiscais.

O ponto de proteção individual deve ser considerado em sua essência, principalmente se tendo a procedimentalização como forma protetiva. Em sendo consideradas essas premissas, observar-se-á que muito mais do que condição de validade do ato-fim, a observância de todos os deveres procedimentais corresponde a uma condição de legitimidade do poder do qual lança mão o agente fiscal para adentrar na esfera privada do indivíduo à busca de informações sobre a vida econômica e registros contábeis¹⁵⁰.

Em não sendo considerada toda essa realidade, a consideração da ausência de garantias e formas assecuratórias de participação individual, poderia transformar os direitos protegidos como prescrições formais sem qualquer eficácia.

¹⁴⁹ LOPES FILHO, Juraci Mourão. **A processualidade administrativo-tributária como garantia fundamental dos contribuintes diante da atividade da Receita Federal**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 84, set. 2002. p. 75.

¹⁵⁰ Opcit. p. 81.

Vê-se que ao conferir a oportunidade ao administrado (contribuinte) em apresentar sua impugnação ao lançamento do crédito tributário, o Decreto 70.235/72, acabou por elencar uma série de procedimentos – que culminam na instauração do processo administrativo tributário – de natureza administrativa-tributária e que terá como elementos consitutivos: o dever da cientificação do particular acerca do ato que contra si é posto, a oportunidade de se buscar a verdade material, de se proceder uma investigação pautada no interesse público capaz de salvaguardar também o individual, a oportunidade de permitir ao contribuinte o acesso as informações contra si imputadas, a formação de uma decisão fundamentada, naturalmente passível de recurso.

Enfim, a participação de todas as partes envolvidas no processo administrativo, mesmo sendo a Administração parte e julgadora da demanda é a plena demonstração da necessidade de se buscar em todas as esferas de poder a promoção do verdadeiro Estado de Direito, pautado na conformidade e organização do ordenamento jurídico.

2.2.2.2 Participação no Processo Administrativo Tributário

Conforme colocamos a importância do Direito Administrativo é crucial na formação do Estado de Direito, principalmente considerando o fato de o mesmo representar o agir administrativo em conformidade com a lei.

Assim, o processo administrativo tributário, principalmente considerando suas linhas gerais, está inserido em uma realidade democrática, sendo esta considerada a situação de identidade entre os governantes e seu povo. Em complemento entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, entre outras, a Constituição brasileira. A afirmação dos cânones do Estado democrático de direito consubstanciam-se no processo administrativo na medida em que este confere ao administrado a faculdade de participar na formação da decisão administrativa, confere ao administrador faculdades inerentes ao exercício de efetiva participação no processo de formação da decisão administrativa, tais como o contraditório e ampla defesa e fornece ao

administrador ferramentas mais concretas para controle da legalidade do ato administrativo perante o Poder Judiciário¹⁵¹.

No atual de desenvolvimento do Estado de Direito, deve ser vista e considerada a perspectiva garantista, principalmente aquela que considera o ordenamento jurídico não apenas um todo dispositivo, mas também como sendo fonte promotora de garantias.

Ainda, verificamos que num Estado Democrático de Direito não vige o cumprimento cego a toda e qualquer lei, tal como se bastasse a edição de um diploma formalmente apelidado de lei para seu cumprimento absoluto. É indispensável o respeito à essência da Constituição e a um mínimo da dimensão ética de justiça exigida para a concretização do Direito. Não existe um pressuposto indeclinável de validade absoluta par todos os diplomas legislativos. Daí por que faz parte da ideia essencial de Estado de Direito o controle jurisdicional dos atos do Estado¹⁵².

Assim, o enfrentamento para a solução de uma determinada demanda administrativa, resvalando na produção do interesse público, do mesmo modo demanda a participação das pessoas privadas, principalmente com o objetivo de produção de uma decisão revestida de efetividade e legitimidade. Deste modo, constatamos a observância do curso processual.

Entendemos que a parte envolvida em uma dada demanda administrativa possui o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, especialmente aquelas que incidirão sobre seus interesses. E a Administração tem o dever de facilitar o acesso do cidadão ao processo administrativo, bem como proferir decisões de legitimidade¹⁵³.

Sob essa visão técnica, não se furta da própria Administração a função cogente de produção de tutela – diferentemente, buscamos o entendimento do salvaguardar a íntegra das garantias processuais para a satisfação do direito material.

Essa compreensão depreende até mesmo da inserção do regime jurídico administrativo para o cumprimento de sua finalidade dentro do contexto de conflito entre a Administração e seus administrados.

¹⁵¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.45.

¹⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 82.

¹⁵³ Ibid. p. 85.

Ocorre que, dentro desse regime jurídico de salvaguarda da Administração temos o próprio Estado de Direito e a garantia de existência do Processo Administrativo.

No tocante ao primeiro, não apenas os indivíduos se submetem a esse Estado como também a Administração. Observa-se, assim, que o conceito de Estado de Direito assume um significado que vai além da submissão à lei em sentido formal. Há também um sentido material que deve ser apreendido nesse conceito. É que as leis não podem adotar quaisquer conteúdos, mas somente aqueles que derem efetividade aos valores constitucionais. Vale dizer, não é a submissão à lei que dá origem a um Estado de Direito, mas sim a submissão às leis editadas em conformidade com a Constituição e que, em consequência disso, respeitem os direitos e garantias fundamentais¹⁵⁴.

Quiçá pela vinculação da Administração à lei, o que tem produzido segurança jurídica, temos que reconhecer a existência de ponderação de interesses, observável pelas manifestações processuais, de forma que o interesse público, por seu turno, deve ser observável ao ponto de também ser reconhecido como meio de proteção do interesse particular.

Verificamos que o interesse público é, na realidade, aquilo que a Constituição e a lei determinam como tal. É aquele cuja tutela é conferida à Administração Pública mediante normas atribuidoras de competência. É dentro dos limites impostos por essas regras atribuidoras de competência que pode atuar a Administração Pública. E é necessário que os contornos do interesse público tutelado pela lei estejam fixados com clareza para que este possa se sobrepor ao interesse dos particulares:

O interesse público não se confunde, ainda, com o interesse do Estado. De fato, os autores italianos identificam a existência de interesses primários e secundários a serem tratados pelo Estado. Os interesses primários seriam aqueles pertinentes a toda a sociedade, enquanto os secundários seriam aqueles pertinentes somente ao Estado como sujeito de direitos e deveres.¹⁵⁵

Nessa configuração, faz bem a limitação da autoridade soberana, pouco importando o modo da vontade régia. O processo administrativo é assim a concretização do interesse público, demonstrando que a participação é fundamental para o bom arranjo dessa demonstração. Ainda, devemos atentar que os Arts. 1 e 2 da Lei 9.784/99 que refletem considerável parcela dos conceitos apresentados neste estudo, tais como o processo

¹⁵⁴ HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 94.

¹⁵⁵ Ibid. p. 98.

administrativo como mecanismo de proteção dos direitos dos cidadãos, o alargamento do princípio da legalidade, que passa a significar vinculação da Administração Pública ao direito e o aumento do campo de incidência do controle jurisdicional, em razão do dever de indicação das razões de fato e de direito que levaram à decisão, o que também é refletido no Art. 50 da mesma lei. Ademais, outro dispositivo que não pode passar sem menção é o art. 9 da Lei 9.784/99 que apresenta a definição de interessado no processo administrativo. De tal dispositivo é possível depreender considerável alargamento da noção de parte do processo, o que traz como consequência a ampliação da possibilidade de participação no processo administrativo, aumentando a participação dos cidadãos no processo decisório do Estado¹⁵⁶.

Processo assim, relaciona-se a democracia, principalmente na manifestação do devido processo legal inspirado como direito humano posto nos Arts. 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Em complemento, o processo administrativo é administração em movimento, e forma de função administrativa. O processo administrativo aberto, visível, participativo, é instrumento seguro de prevenção à arbitrariedade. Dele não se pode abrir mão, minimamente que seja. Até porque, se bem é certo que a função administrativa não se perfaz somente pela via do processo administrativo, inequívoco que essa é a via majoritária¹⁵⁷.

Em sua completude, o processo administrativo tributário bem concretizado não apenas ao contribuinte, representa por todos os modos uma garantia à Administração.

A comunicação no processo é de cabal importância, para a manifestação final da Administração, com o escopo de demonstração de eficiência e celeridade administrativa, também consideramos a necessidade de as partes terem a devida oportunidade em produzir provas, interpor recursos nas situações litigiosas.

Reforçando a ideia de participação e comunicação dentro da seara do processo administrativo, consideramos que, para a efetiva realização do comando desses princípios, é mister que os prazos fixados para os administrados sejam factíveis ou exequíveis, isto é, adequados e pertinentes à realização de seus direitos ao contraditório e ampla defesa. Tais princípios, portanto, garantem seja proferida decisão justa e consentânea ao interesse público, atingindo, assim as finalidades do processo administrativo: de um lado garantir o

¹⁵⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.46.

¹⁵⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª Ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 24.

cumprimento dos direitos dos administrados, e, de outro, legitimar a ação do Estado em prol de uma utilidade pública¹⁵⁸.

Os fins e o interesse público deve ser buscado de forma objetiva e racional, da maneira mais eficiente de modo que os agentes públicos devem se prestar como os meios para o atingimento desta finalidade. Vale lembrar, a atuação processual participativa deve ser vista como eficiente tendo essa noção repisadamente tida como, no exercício da função pública, deve a Administração Pública priorizar a eficiência na condução da res pública, vale dizer, deve dar maior ênfase, ou atenção, ao exame da legitimidade, da economicidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Não deve mais a Administração se prenda as formas em detrimento da satisfação de uma finalidade pública, a ser atingida em prol da coletividade, sem maiores delongas¹⁵⁹.

O processo nesse contexto, nada mais é do que um meio de garantia dos direitos do contribuinte e administrado, de forma que a condução desse processo deve se dar de forma que as formalidades processuais devem permitir a devida averiguação da competência do agente público, que do seu modo, deve agir com o expediente garantista, e observando os ditames legais, além de ser hábil o bastante para impor a racionalidade na decisão final.

Somente desta forma entendemos ser permissível ao cidadão participar do ato de formação da vontade estatal, viabilizando o exercício do direito à ampla defesa e ato contraditório, além de se exercer o efetivo controle de legalidade dos atos administrativos.

2.3 CELERIDADE E SUMARIZAÇÃO PROCESSUAL

Conforme tentamos depreender na busca da conceituação de celeridade processual, atrelando-a à garantia fundamental – posicionamento este inovador do legislador brasileiro, mas em conformidade com a promoção da dignidade da pessoa humana – de forma equivocada, temos verificado a correlação entre a celeridade processual e a sumarização processual.

¹⁵⁸ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito (arts. 1º e 2º)**. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.) **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Editora Fórum. p. 30.

¹⁵⁹ Ibid. p. 31.

Sabemos que, para enfrentarmos esses posicionamentos, deveremos realizar uma busca a partir da construção processual já realizada no estudo do processo civil, que, ao nosso sentir, encontra-se melhor sistematizado se comparado ao processo administrativo.

Do mesmo modo, sabemos que importantes construções para o enfrentamento do transcurso processual para a produção de tutela dentro de um determinado intervalo de tempo razoável.

Pois bem, entendemos que a noção de tempo razoável deve ser compreendida como aquela suficiente para a produção da tutela, considerando o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Não apenas isso, somos cientes de que o Código de Processo Civil encontrou algumas formas de solução do binômio transcurso temporal e exaurimento de conhecimento da tutela pretendida. É sabido que comumente nos valem e nos apercebemos utilizando meios de antecipação total ou parcial dos efeitos da tutela.

Mas somos cientes de que esses não são meios para a prestação da tutela processual de cunho definitivo. Ora, quando pretendemos preservar o objeto do litígio para futura discussão principal no valem da tutela cautelar, ora quando pretendemos a antecipação dos efeitos da sentença, nos valem da antecipação da tutela, ou tutela liminar.

2.3.1 O PROCESSO INSERIDO EM UMA REALIDADE DINÂMICA

Conforme esposado em linhas anteriores, observa-se na atualidade que o Direito vem sofrendo importantes mudanças que podem, até mesmo num primeiro momento demonstrarem de certo modo sensíveis, mas que implicam em um novo olhar dos institutos jurídicos.

Um primeiro ponto que deve ser considerado é demonstrado na grande capacidade da sociedade mudar o Direito, bem como de reclamar uma postura diferenciada do mesmo na solução de litígios.

Assim, pode-se dizer que até mesmo por um esforço do legislador constituinte ordinário, o sistema do direito, ou para aqueles que preferem, o ordenamento jurídico não mais representa a antiga noção de um todo completo e que não se comunica com outras realidades. Do mesmo modo, isso implica a análise do Direito sob uma outra perspectiva, a de

que o mesmo não compete a fragmentação e análise por ramos contraditórios destoantes e dotados de princípios próprios.

Ademais, observamos que constantemente as relações humanas tem se mostrado, até mesmo entre os particulares, dotadas de constante fluidez de modo que os laços então estabelecidos, cada vez mais são instantâneos.

Do mesmo modo, se transferida essa perspectiva com relação aos comportamentos, verificamos que as necessidades individuais, além de se mostrarem cada vez mais abrangentes, também se operacionalizam de forma ágil e, por muitas vezes inconstante e de forma intensa.

Cada vez menos a sociedade se contenta com as relações processuais tanto no âmbito judicial como no âmbito administrativo, por deveras vezes essas relações não de amoldam as necessidades individuais e coletivas. Observamos que algumas situações realmente são reveladoras de desagradados socialmente degenerados. A título de ilustração a própria procrastinação dos feitos, que sob a análise da etimologia da expressão já causam repulsa social.

Enfim, para alguns que defendem a pós-modernidade, posição esta na qual não nos aventuramos a defender, o feixe que entende estar a sociedade inserida corresponde uma realidade líquida, ou seja, uma situação pela qual as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter a sua forma por muito tempo, afinal, eles se decompõem muito mais rápido que o tempo para amoldá-los¹⁶⁰.

Ora, a partir dessa situação, observamos a intensificação que os indivíduos passam a ter sobre as relações particulares, gerando um descrédito em relação a situação anteriormente amoldada pelo aparato estatal implicando que o princípio de cunho social que passa a imperar perante os individuais seria o da flexibilidade e não mais de conformação às regras instituídas.

Talvez por esse sentimento, o legislador constituinte derivado entendeu pela necessidade da instituição da EC 45/2004, que de certo modo possibilitou a tentativa do resgate dessa conformação a partir da tentativa de instituição de processos judiciais e administrativos mais céleres.

¹⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt; tradução Carlos Alberto Medeiros. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 7.

Naturalmente essa perspectiva não passa apenas pelo alavancar processual que simplesmente representa vazão processual e formas de extinção dos feitos sem a devida preocupação na reserva das garantias individuais e da coletividade. Certamente, a celeridade deve ser compreendida num contexto de análise conjunta com outros princípios e garantias fundamentais.

De qualquer forma, o que acusamos no Brasil, de forma diversa, outros países se limitam apenas à busca da aludida rapidez, mas mantém como obrigatória a necessidade de cumprimento dos outros princípios do modelo constitucional de processo.

Desse modo, se apontarmos a celeridade na sua devida interpretação, qual sejam na busca de correção normativa do sistema, a mesma será vista como um importantíssimo princípio, mas jamais poderá ser considerado hierarquicamente superior aos demais, nem conduzir, mesmo, à supressão e implicação destes. Dessa forma não poderemos chegar a outra conclusão senão a de que a duração razoável do processo, a celeridade, não corresponde a tão somente a uma rapidez procedimental¹⁶¹.

O que se tem observado é que o Direito tem tentado se amoldar a situações que de fato permitam a sua efetivação aos anseios sociais promovendo a chamada noção de abertura sistêmica e valorativa.

De qualquer forma, em que pese invariadas situações a noção processual deve conduzir ao ponto de encontrarmos uma tutela satisfativa à pretensão ali desenhada, ainda que pesem noções de abertura social.

Pela noção de abertura sistêmica, acusamos que o “grau de abertura” da sociedade aberta ganhou um novo brilho, jamais imaginado por Karl Popper, que cunhou o termo. Tal como antes, o termo se refere a uma sociedade que admite francamente sua própria incompletude, e portanto é ansiosa em atender suas próprias possibilidades ainda não-intuídas, muito menos exploradas. Mas significa, além disso, uma sociedade impotente, como nunca antes, em decidir o próprio curso com algum grau de certeza e em proteger o itinerário escolhido, uma vez selecionado.

Complementando essa noção, a própria ideia de “sociedade aberta” era originalmente compatível com a autodeterminação de uma sociedade livre que cultivava essa abertura, ela agora traz à mente da maioria de nós a experiência aterrorizante de uma população

¹⁶¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 259.

heterônoma, infeliz e vulnerável, confrontada e possivelmente sobrepujada por forças que não controla nem entende totalmente¹⁶².

Consequentemente, a justiça na qualidade de condição preliminar de paz duradoura, também não pode ser obtida assim, muito menos assegurada. A perversa “abertura” das sociedades imposta pela globalização negativa é por si só a causa principal da injustiça e, desse modo, indiretamente, do conflito e da violência.¹⁶³

Assim, diante de uma análise da sociedade que, necessariamente passa pela sua dinamicidade, bem como ao fato de que a mesma está inserida em uma realidade globalizada, a prestação da tutela processual deve representar um meio de proteção e segurança social – mesmo considerando todas as dificuldades então evidenciadas.

A tutela processual, desse modo, muito mais deve representar a manifestação da soberania estatal frente a realidade globalizada a qual se impõe constantemente¹⁶⁴.

O Direito, e nele a tutela processual, não pode ser encarado como mera subsunção dos que realizam o poderio político e econômico, do contrário, deve buscar sempre que possível aplainar quaisquer discrepâncias observadas no bojo social. Do contrário, seria o reconhecimento do também esfacelamento do aparato estatal.

O que se espera dentro de um contexto em sociedade é o aproveitamento das potencialidades individuais formada, naturalmente, dentro de um ambiente que propicie e ordem e a paz interna. Tanto o processo judicial como o administrativo então, servem como agentes de promoção dessa situação, de modo a contextualizar circunstâncias e potencialização dos indivíduos, dentro do entendimento de que a vontade coletiva pressupõe uma moral de inclusão coletiva.

Não obstante as considerações acima, somos cientes de que no Estado Democrático de Direito, muito se tem falado acerca do contraditório, o qual, inegavelmente é o principal pilar de uma concepção democrática de processo. Porém, sem a utilização constante de mecanismos que visem a diminuir a desigualdade dentro do processo, não só o contraditório, mas também os demais direitos fundamentais que formam o denominado processo justo,

¹⁶² Ibid. p. 13.

¹⁶³ Ibid. p. 14.

¹⁶⁴ A proposta de trabalho aqui colocada é ciente de que a realidade de um mundo globalizado revela-se irrenunciável, o que não representa dizer e ter como pretexto a necessidade de posturas estatais frouxas e menos garantistas. Assim, mesmo considerando a sociedade em constante transformação, a necessidade de implementação de processos administrativos disciplinares céleres visam, antes de mais nada, estabelecer valoração jurídica capaz de refletir na dinamicidade social.

correm o risco de se tornarem artificiais e insuficientes para assegurar a efetiva participação das partes no processo.

Enfim, não podemos nos furtar da noção de que o exercício de direitos e garantias individuais, na prática, estava, na maioria das vezes, submetido às desigualdades criadas pelo próprio modelo político e econômico. Assim, apenas a partir do Estado Social, começam a avultar algumas mudanças, na medida em que a igualdade deixa de ser apenas um ponto de partida, para ser, também, um objetivo a ser alcançado. Os homens não só têm o direito de serem tratados igualmente, mas também de se tornarem mais iguais¹⁶⁵.

Desse modo, chamamos a atenção de nessa realidade a, em alguns casos, impossibilidade de se atingir a igualdade no processo mediante fórmulas abstratas. Por mais que o legislador tente estabelecer condições para diminuir as desigualdades, muitas vezes é somente à luz do caso concreto que será possível aquilatar a medida da desigualdade entre as partes. Isso não quer dizer que as normas abstratamente concebidas não possam servir de ponto de partida para a promoção da igualdade. Porém, nessa perspectiva dinâmica, a igualdade está diretamente ligada à atividade do juiz¹⁶⁶.

A noção de processo assim, deve ser aquela de busca do titular do direito mediante critérios que o aproximam da justiça. Desse modo, devemos observar as garantias processualmente necessárias, dando a cada uma das partes poderes, bem como a juiz, em se buscar o verdadeiro anseio de justiça.

Pois bem, sob uma perspectiva avessa ao autoritarismo, verificamos que somente desse modo encontraremos a celeridade esperada no processo.

2.3.2 COGNIÇÃO EXAURIENTE E O TRANSCURSO DO TEMPO

Pela melhor demonstração a qual tentamos debruçar em torno do processo, entendemos a perspectiva de análise do mesmo como vetor do direito material. Ademais, considerada está a perspectiva de que o mesmo representa demonstração do Estado de Direito, obrigando, conseqüentemente, todas as esferas, inclusive a administrativa na sua efetivação.

¹⁶⁵ SANTOS, Igor Raatz dos. **Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**. Revista de Processo, ano 36, n. 192, fev. 2011. p. 52.

¹⁶⁶ Ibid. p. 57/58.

De forma já demonstrada, podemos considerar que o processo administrativo é instrumento do Estado de Direito, uma vez que a disciplina da atuação administrativa confere aos administrados garantias inerentes ao *due process of law*. Não bastasse, o processo administrativo tributário representa uma das manifestações da legalidade no mundo material, considerando-se o mecanismo de tomada de decisão previamente estabelecido em norma legal que concretiza-se no processo. Não obstante, entendemos que no exercício das prerrogativas inerentes ao processo administrativo tributário ao Direito Processual Administrativo incumbirá a demonstração do perfil e extensão das formas processuais no exercício da função administrativa, mesclando, nas devidas proporções, princípios de Direito Administrativo e de Direito Processual, a fim de melhor servir ao interesse público, com a participação dos administrados¹⁶⁷.

A concretização do direito será demonstrada a partir da decisão do processo, que ao nosso sentir, deve, sempre que possível, demonstrar a exauriência e, principalmente não permitir que aspectos temporais ou circunstanciais venham a influir e impedir a concretização das decisões.

Como melhor forma de enfrentamento a essas situações, destacamos a permissibilidade observada inicialmente na tutela jurisdicional, de tutela cautelar.

O que deve ser objeto de análise, é que a questão do tempo do processo foi negligenciada pela doutrina, que chegou a tratá-la de forma menos importante cientificamente. Assim, podemos destacar o surgimento da perspectiva jurídica do processo como uma via instrumental para a consecução do direito material.

A busca da pesquisa na demonstração da importância do tratamento da celeridade processual como garantia fundamental é conciliar o direito à tempestividade da tutela jurisdicional com o tempo necessário aos debates entre os litigantes, à investigação probatória e ao amadurecimento da convicção nas decisões, sejam judiciais ou administrativas.

A título de ilustração, no processo civil, especificamente no Art. 273 do Código de Processo Civil, temos a possibilidade de concessão de tutela antecipatória nas situações em que houver a discussão em torno da parte incontroversa da demanda ou em que acusamos a ocorrência de abuso de defesa por parte da parte *ex adversa*.

¹⁶⁷ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 461.

Pois bem, ao se realizar uma análise dessa perspectiva processual, temos a construção de um procedimento que privilegiou de forma correta a cognição plena e exauriente (afinal encontrava-se aí a mais ampla expressão da ampla defesa), ao passo que, por sua vez visou banir as situações sumárias que viessem a desconstruir a ideia preliminar de cognição.

Em menção realizada por Marinoni (2007) encontramos o posicionamento de Chiovenda que acusou estes procedimentos sumarizantes de incompatíveis com os princípios e objetivos da civilização moderna, que exigiria um processo teleologicamente voltado para a descoberta da verdade e, além disso, capaz de oferecer a indispensável segurança de que as relações jurídicas necessitariam para se desenvolver¹⁶⁸. De qualquer forma acrescentamos:

Ao estabelecer o procedimento ordinário-que, em sua origem, não conhecia a tutela antecipatória- como procedimento padrão à tutela jurisdicional, a doutrina assumiu a sua indiferença em relação às diversas necessidades do direito material e da realidade social. Mas, com o procedimento ordinário foi elaborado para ser neutro em relação ao direito material, ele obviamente não poderia ser adequado à tutela das diferentes situações de direito substancial.

O procedimento ordinário (sem tutela antecipatória, como é óbvio), faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se fosse ele o culpado pela demora da jurisdição, ou melhor, pela demora inerente à compreensão judicial dos litígios. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois aí há direitos evidentes e não evidentes, e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria¹⁶⁹.

Enfim, devemos realizar uma devida ponderação entre o transcurso do tempo, e o interesse pela não prestação da tutela daquele que resiste a sua pretensão. Vale ressaltar, nesse momento que o tratamento dado à defesa e da duração razoável do processo, lemos celeridade, possuem o mesmo tratamento constitucional posto pelo Art. 5º da CF, qual seja: todos são garantias fundamentais constitucionalmente consideradas.

Logo se são apresentados meios para a efetivação do contraditório e ampla defesa, a mesma preocupação deve haver para a instituição do prazo razoável, seja pela produção legislativa, seja pela implementação de meios que visem essa efetividade.

Ciente da necessidade de estabelecimento do exaurir da pretensão proposta pela parte autoral, nos deparamos em situação em que uma das partes pretendem pela não alteração da realidade empiricamente posta. O que não pode ser aceito, conforme podemos demonstrar é

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 13.

¹⁶⁹ Ibid. p. 15.

que o transcorrer do tempo não simplesmente oportunize aquele que não possui razão e interesse na solução da demanda:

Em qualquer processo civil já uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposta sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não tem).

Isto demonstra que o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter ou jamais poderá deixar de prejudicar o autor que tem razão. É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão¹⁷⁰.

Vemos a necessidade de adequação temporal em função da completude processual demonstrada pelo exaurimento da demanda deve ser uma preocupação constante tanto do legislador como do aplicador do direito.

Conforme demonstração, temos que alguns pautam pela limitação de recursos como forma de melhor adequação do prazo. Demonstramos também a importância da cientificidade da análise do processo, pois destacamos, em afirmação de Marinoni (2007), de que parte da doutrina sempre encarou a questão da duração do processo como algo de importância pouco significativa, por entenderem não ser propriamente científica¹⁷¹. Ocorre que, diferentemente, a duração razoável corresponde a um fundamento da dogmática processual se considerada a sua análise sob o viés do Estado Constitucional.

Acrescentamos a importância da análise ética do processo, pois a partir dele é que poderemos aproximar os conceitos de Direito e Justiça:

Entretanto, se o processo é instrumento ético, e assim não pode impor dano à parte que tem razão e beneficiar a parte que não a tem, é imprescindível que ele seja dotado de meio técnico que, atuando no seu curso, permita a distribuição do tempo¹⁷².

Somos cientes de que algumas situações circunstâncias podem obstar a efetivação da tutela, daí fazer surgir mesmo no prisma do processo administrativo a necessidade de termos elementos o bastante e suficientes para a proteção da tutela da parte interessadas, nesses termos:

¹⁷⁰ Ibid. p. 17.

¹⁷¹ Ibid. p. 21.

¹⁷² Ibid. p. 26.

A tutela cautelar tem por elemento específico a prevenção, exercendo função auxiliar de garantia do processo. As medidas cautelares são cabíveis no processo administrativo para protegê-lo do perigo da demora natural da decisão final. A tutela cautelar existe em razão do interesse público na defesa do instrumento criado pelo Estado para o exercício de suas funções-processo.

O princípio geral de cautela expresso nos termos da norma resultante da combinação dos arts. 798 e 804 do Código de Processo Civil encontra ressonância, no que tange ao processo administrativo, no art. 45 da lei n. 9.784/99, o qual autoriza a medida cautelar *in limine litis*, já que, sem ela, o processo perderia todo o sentido, por total inoperância da decisão final.

As normas insculpidas na Lei n.9.784/99 são bastante recente, fazendo emergir a via processual administrativa para a solução de conflitos¹⁷³.

Verificamos que, apesar das disposições acima constantes, temos também que proceder a devida atenção que ao rememorar o estabelecimento da relação processual já apontamos que o mesmo, por sua vez, corresponde a um conjunto de atos, nesses termos esses atos em conjunto, ou isoladamente considerados devem se sujeitar aos princípios inerentes à Administração Pública.

De qualquer forma, do mesmo modo destacamos o permissivo constante no Art. 45 da Lei 9784/1999 bem como a mesma numeração da Lei 8.8814/2004 do ordenamento jurídico de Uberlândia que opina nas situações de caso de perigo iminente, a Administração Pública poderá, mediante decisão motivada, adotar medidas conservatórias sem a prévia manifestação do interessado.

Essa disposição legislativa, impõe ao Administrador de prestar a devida tutela ao processo em conformidade com as diretrizes de legalidade.

Enfim, não obstante a necessidade de exaurimento da cognição, verificamos que a atual temática processual observa a necessidade de efetivação de direitos. Pela visão constitucional do processo, temos nitidamente a necessidade uma necessidade de abordagem instrumental, qual seja a de ser visto em sua finalidade.

Flagrante a necessidade de um processo administrativo-tributário com duração razoável, principalmente pelo fato de que a Administração Pública deve se primar pela eficiência, não apenas legislativa, bem como no da legalidade dos atos praticados – situações

¹⁷³ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 p. 462.

essas que veremos posteriormente a necessidade de já termos constantes nas fontes de inserção de normas jurídicas.

2.3.3 ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA E TUTELA CAUTELAR

Na abordagem da continuidade processual em função do transcurso do tempo, e seus efeitos na prestação da tutela, devemos centrar esforços na análise das possibilidades de preservação do objeto de litígio, bem como a possibilidade de antecipação de efeitos visando a efetividade das decisões.

Do mesmo modo como sugerimos, em que pese o nosso estudo versar sobre o processo administrativo-tributário observamos que as noções extraídas no tocante a antecipação dos efeitos da tutela e de tutela cautelar são melhores desenvolvidas pela legislação processual civil, e desta tendo sido fonte para os demais ramos do direito processual.

Temos a inteira noção de que por força da Lei 8.814/2004 do Município de Uberlândia, que a administração tem a incumbência democrática, inserida no contexto de um Estado de Direito de proceder a motivação de suas decisões não podendo delegar a competência para a apreciação de recursos e decisões administrativas.

Mesmo no processo administrativo em geral, temos a possibilidade de outorga de medidas preventivas processuais como instrumentos nos quais em qualquer fase do processo administrativo, a autoridade julgadora possa viabilizar o desenvolvimento regular do processo principal, quando houver indício de que a existência, a evolução ou o resultado útil desse possa inviabilizar-se ou prejudicar-se¹⁷⁴.

Mesmo no que tange aos recursos na esfera administrativa, observáveis nos Arts. 56 a 65 da Lei Municipal 8.814/2004, a previsão do recurso de agravo administrativo na proposta apresentada estabelecem parâmetros de reexame e, conseqüentemente, maior segurança para instituto fundamental para a tutela cautelar no processo administrativo regido pelo citado diploma, leia-se a medida preventiva¹⁷⁵.

¹⁷⁴ MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003 p. 513.

¹⁷⁵ Ibid. p. 514.

Destacamos de forma complementar, que o procedimento desenhado para cumprir a função cautelar contém liminar e pode terminar em uma decisão satisfativa capaz de permitir a tutela preventiva, os operadores do direito passaram a utilizar essa via para as situações em que se desejava somente evitar a um ato ilícito. Enfim, pela utilização da cautelar para realizar a função preventiva apenas pelo motivo de que esta última não podia ser desempenhada por meio do processo de conhecimento, se considerado processo judicial, e jamais se importou, assim como nas situações em que visamos a exaurência das matérias, com a tempestividade e a preventividade da tutela dos direitos¹⁷⁶.

De qualquer forma, como abordar a sistemática da prevenção dentro de um contexto de necessidade de exaurência processual vista como uma garantia fundamental, até mesmo para a boa formação de um ato jurídico perfeito. A essa questão devemos remeter a ideia posta na legislação processual civil, que bem delineou situações de urgência ensejadoras de apreciação sumária e não definitiva de algumas questões.

Faz surgir dois institutos: a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela.

Para alguns, seriam institutos que não careciam de necessidade de distinção entre ambos, devendo receberem o mesmo tratamento jurídico. Nessa linha, entendem que pelo fato de pertencerem ao gênero das tutelas de urgência, assemelham-se ainda, por serem concedidas pelo juiz mediante cognição sumária, isto é, sem maiores investigações sobre o acervo probatório e eventuais questões de direito objeto do debate¹⁷⁷.

Nesse sentido, como são matérias próprias para dadas situações são passíveis de revogação em que pese o tratamento dado pela legislação e doutrina acerca da distinção entre os institutos. O que se observa que ambos são aplicáveis em situações específicas visando a efetividade processual:

Finalmente, tanto uma como outra são concebidas para evitar que o tempo do processo gere a ineficácia da prestação jurisdicional futura ou o agravamento injustificado do dano, isto é, para que a prestação jurisdicional principal não seja imprestável quando concedida (*periculum in mora*) – ressaltando-se, quanto à antecipação dos efeitos da tutela, a hipótese prevista no inc. II do art. 273 do CPC, que não se funda em *periculum in mora* e, portanto, não pode ser inserida no rol de tutelas de urgência.

Vê-se assim, embora seja possível apontar aspectos que distinguem a tutela cautelar da antecipação dos efeitos da tutela, tais figuras são muito semelhantes. Há, com efeito, situações em que é muito difícil, senão

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 69.

¹⁷⁷ MEDINA, José Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno**. v. 4. 3ª edição. São Paulo: RT, 2012. p. 49/50.

impossível, dizer se o caso é de antecipação dos efeitos da tutela ou de tutela cautelar. Admite-se, até mesmo, haver fungibilidade entre os institutos [...].¹⁷⁸

Verificamos a preocupação do legislador processual civil com a preocupação do transcurso do prazo para a realização da efetivação da tutela processual.

Apuramos que a observância de resistência à satisfação da pretensão por parte daquele que não tem interesse na alteração do *status quo* não deve prosperar em detrimento de outrem. Ademais, temos que o Estado ao estabelecer meios processuais para a solução de litígios deve, por conseguinte prover de formas para a efetividade dessa solução.

Repousamos na possibilidade de reversão da tutela pois na concessão da tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito que supôs existir na verdade não existe. Ainda devemos lembrar e ponderar que apenas a partir da tutela exauriente é que notamos a garantia da efetivação plena do contraditório¹⁷⁹, sem o almejar da supressão da verdade e da certeza.

Ademais, em sede de processo civil sabemos que o julgador não pode agir *ex officio* na concessão de medida antecipatória:

Afirma o art. 273 do CPC que o juiz “poderá”, desde que presentes alguns requisitos, antecipar a tutela jurisdicional. Há que se afirmar, porém, que inexistente aqui qualquer discricionariedade judicial, sendo dever do juiz conceder a tutela antecipada nos casos em que se façam presentes os requisitos de sua concessão, e sendo vedada a participação se algum requisito estiver ausente. Trata-se, pois, de um “poder-dever” do juiz, a que este não poderá se furtar.¹⁸⁰

Em complemento a esse entendimento, sopesamos que a lei processual civil buscou a limitação da matéria objeto de antecipação de efeitos total ou parcial às situações pretendidas na inicial e que seriam objeto de sentença¹⁸¹.

¹⁷⁸ Ibid. p. 50.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 35.

¹⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 1, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2013. p.498.

¹⁸¹ Importante distinção devemos considerar a título de concessão de antecipação de tutelas, principalmente se considerarmos que um dos princípios da jurisdição é a manifestação mediante provocação (princípio da inércia). Por essas razões, parece-nos razoável a explanação de CÂMARA (2013) “Além disso, há que se referir o fato de a lei admitir tão somente a antecipação da tutela pretendida ao final, ou seja, pode-se antecipar apenas aquilo que poderia ser concedido ao final do processo, através da sentença de procedência da pretensão. [...] Parece-me impossível antecipação do efeito declaratório. Este consiste na certeza jurídica conferida à existência ou

Diferentemente, no processo administrativo, o posicionamento é outro, o julgador é acometido do dever geral de cautela, assim, no intuito de preservação da legalidade deve ele primar pela adoção de medidas acautelatórias sempre com vistas a proteção da legalidade e garantia de salvaguardar o interesse público.

Com a finalidade de estabelecermos processos céleres, entendemos que a cognição sumária mesmo no processo administrativo se presta como meio de efetivação do Estado de Direito que se prestou por substituir a vontade das partes na solução de conflitos no dizer imperativamente as decisões.

Em que pesem aludidas previsões, reiteramos que o processo deve seguir o seu curso dentro de um prazo razoável necessário para a satisfação processual. Assim, o que notamos é que as possibilidades de prestação de tutelas cautelares não esgotam a discussão processual, sendo necessário o cumprimento de todo o calvário processual.

Devemos ainda acrescentar que a sumarização do conflito em nada coincide com as tutelas cautelares de cognição sumária, isso se deve pelo fato de já termos apontado no sentido de que a antecipação de efeitos da tutela pode, a qualquer momento ser caçada e não possui, por sua vez cunho de definitividade.

Desse modo, a preocupação que se revela com o retardo processual é a não devida apreciação dos aspectos já ventilados no trabalho. Não se admite, por exemplo, a formação de um processo administrativo tributário sem a possibilidade de devida formatação probatória – nesse sentido, temos o entendimento de que incumbe à Fazenda demonstrar os fatos constitutivos de seu direito ao crédito tributário, e ao contribuinte os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito.

De forma complementar, a previsão expressa no CTN em seu Art. 137 de que a Fazenda possui uma incumbência probatória no tocante a infrações subjetivas, ao passo que compete ao contribuinte a descaracterização das infrações objetivas, Art. 136 do mesmo diploma legal.

inexistência do direito afirmado pelo autor em sua demanda. A meu sentir, é impossível a antecipação da certeza com base em juízo de probabilidade. Estar-se-ia, aqui, diante de verdadeiro paradoxo: o juiz estaria afirmando a existência de uma “provável certeza”, a qual, obviamente, seria incapaz de satisfazer a pretensão de obter certeza. [...]O mesmo se diga com relação à antecipação dos efeitos constitutivos. Não me parece admissível, com base no art. 273 do CPC, [...] constitutivos, de ordinário, só podem se produzir depois da afirmação da existência de um direito à modificação de uma situação jurídica, que exige cognição exauriente. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: volume 1**, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2013. p.499/500.

Portanto, no campo do processo administrativo tributário, devemos nos atentar pela necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana, salvaguardando as garantias processuais fundamentais, de forma a não deixar perecer o direito, reconhecendo a possibilidade de promoção de tutelas em situação de urgência, mas sem promover a sumarização do conflito na formação de atos jurídicos eivados de vícios no que tange a não observância de garantias individuais fundamentais necessárias ao reconhecimento do julgador.

3- A ABORDAGEM DA CELERIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA

Na sequência da abordagem teórica a qual se pretendeu demonstrar pelos elementos anteriormente postos, passamos agora a demonstrar o seu enfrentamento pela legislação do Município de Uberlândia.

Conforme buscaremos a demonstração, em termos legislativos acusamos algumas semelhanças, dificuldades e até mesmo avanços se comparados à legislação federal. Como primeira dificuldade, ainda sentimos a questão da ausência de sistematização de elementos de cunho não jurídico, os quais não pretendemos aprofundar, que de certo modo impactam na consecução de um processo administrativo tributário eficaz e célere.

Como demonstração também, como observaremos, em determinada legislação o ordenamento jurídico de Uberlândia simplesmente copiou as disposições acerca do processo administrativo federal, ao passo, nisso encaramos como ponto que demonstra avanço se comparado à legislação federal, no tocante ao processo administrativo tributário, Uberlândia conseguiu melhor exprimir valores constitucionais na sua redação que, ao sentir da pesquisa, faz com que ao menos supedâneo legislativo estaria de certo modo a frente da União e quiçá de eventuais outros entes federados.

3.1. A LEI 8814/2004 E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

O implementar do processo administrativo tributário, a definição de sua efetividade, tem sido objeto de demonstração da formação do Estado Democrático de Direito, passando

pela consolidação da chamada liberdade positiva. Esta tem sido encarada como sendo a autonomia, entendida como possibilidade ou capacidade de querer sem ser determinado por outros ou por forças estranhas ao próprio querer. Também, vem sido vista e preocupada sob o formato de regra geral e abstrata tida de qualquer indivíduo para consigo mesmo na aptidão de se autodeterminar.

Essa visão e preocupação com a liberdade positiva deve ser objeto de preocupação da formação de um Estado garantista, afinal devemos nos recordar em alguns momentos que se o conceito de liberdade negativa se refere concretamente à relação passiva de cada indivíduo com as normas que ele recebe da coletividade, o conceito de liberdade positiva, ou autonomia, é em geral associado concretamente à relação ativa de cada indivíduo com as normas que ele contribui para produzir com normas coletivas. Em complemento ao raciocínio, na consideração de que os indivíduos são mais ou menos livres no seu agir, quanto maior ou menor é a esfera dos comportamentos permitidos pelas normas coletivas, os próprios indivíduos são mais ou menos livres no seu querer, ou melhor, autônomos, à medida que participem mais ou menos direta e eficazmente na formação das decisões coletivas, ou seja, na formação daquelas normas às quais eles mesmos estarão submetidos¹⁸².

De forma mais elucidativa, essa noção pode melhor ser exprimida com a noção a qual se propõe:

O cidadão democrático, quando exerce o direito de participação política, não estabelece leis para si mesmo, uma vez que: a) o sujeito que estabelece as leis é a coletividade, da qual o indivíduo cidadão é apenas uma fração; b) o sujeito que recebe as leis é o indivíduo não como cidadão, mas como indivíduo privado, que por definição não é politicamente independente do coletivo, nem mesmo quando o coletivo é democrático.¹⁸³

Pois bem, se na origem do poder existe a preocupação do protagonismo individual, no momento em que há o proferir cogente das decisões, deve-se atentar à mesma noção de efetivação dos interesses individuais, participativamente considerados.

Como dizemos ao momento em que o Estado toma para si a prerrogativa de dizer imperativamente o Direito o faz de forma a também estabelecer formas para a satisfação das pretensões individuais, dotando meios efetivos e céleres para tanto.

¹⁸² BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 84.

¹⁸³ Ibid. p. 86.

Cientes de que temos apenas o reconhecimento da formação da coisa julgada a partir da decisão judicial, inclusive pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a partir do momento em que se permite proferir de decisões administrativas propiciam a formação do ato jurídico perfeito. Ainda, se realizado dentro de um contexto em que as garantias individuais são observadas, temos, por conseguinte, a realização de um efetivo controle de legalidade e participação individual.

Vemos que, pela acepção de democracia já tratada, se reconhecida a liberdade positiva no agir dos cidadãos, observamos que outras liberdades são conferidas ao indivíduo além de votar. Verificamos de forma evidente, que ao indivíduo também compete a prerrogativa de participação no processo decisório bem como na formação da norma individual e concreta¹⁸⁴.

Isso não representa dizer que a decisão não lhe seja cogente e que existiria uma liberalidade no cumprimento das decisões processuais. Diferentemente as decisões proferidas devem possuir um teor de imperatividade e substitutividade, ainda que proferida por autoridade administrativa. Como se pretende demonstrar, respeitada a formação da coisa julgada apenas na esfera judicial, acusamos que o processo administrativo que visa o proferir de decisões dentro de um prazo razoável, bem como observante ao controle de legalidade, certamente propicia a existência e gozo de uma tutela antes mesmo da sua sujeição ao judiciário que, quiçá, pode se revelar desnecessária.

Portanto, com essa finalidade surge a Lei 8.814/2004 em Uberlândia já em seu Art. 1º noticia que ela estabelece as normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Municipal Direta e Indireta visando, em especial, a proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Melhor evidenciaremos, a dupla preocupação na proteção dos direitos dos administrados e o melhor cumprimento dos fins da Administração se revelam fundamentais, se considerados em conjunto, para o cumprimento das finalidades e princípios constantes na referida legislação.

¹⁸⁴ Ainda a esse despeito novamente chamamos a atenção aos ensinamentos de Bovero (2002), que tão bem explana em suas distinções acerca da liberdade democrática se confrontada a liberal: “Liberdade Liberal e Liberdade Democrática, consideradas cada qual segundo o seu conceito ideal-típico, podem apresentar-se em recíproca tensão. Na realidade, corretamente formuladas e redefinidas no seu núcleo substancial, liberdade liberal e liberdade democrática, direitos civis fundamentais e direitos de cidadania política são compostos e se sustentam reciprocamente na construção dos Estados constitucionais democráticos, ou seja, na estrutura daqueles regimes que são denominados liberais-democracias.” BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 88.

3.1.1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO COMO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pela proposta realizada, temos que a inserção em um contexto de formação e promoção de um Estado Democrático de Direito passa pela apreensão da Administração formada a partir de uma perspectiva de servir desta, bem como de seus servidores com o escopo de propiciar o devido controle da discricionariedade dos atos da Administração Pública.

Apuramos a superação do total enfoque do ato administrativo, o que de certo modo, a partir da formação da decisão administrativa mediante processo demonstra de forma mais lúcida o controle da discricionariedade e observância aos ditames do controle da legalidade.

De qualquer modo, pontuamos que uma boa Administração não será o suficiente para substituir uma ausência de Política (compreendida no plano de uma estrutura), ou até mesmo que todo o problema do Estado de Direito possa ser reduzido a uma questão de justiça administrativa, mas o é, no entanto, que sem uma total e plena solução deste grande problema de solução de justiça administrativa, o Estado de Direito não é nada¹⁸⁵. Cientes desse modo que a Administração não basta por si mesma e que naturalmente, eventualmente faz-se necessário o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Ainda, face a constante ideia de submeter o Poder ao juízo dos cidadãos, dando aos mesmos prerrogativas para exigir justificativas de comportamentos frente ao Direito, noção essa originada a partir da Revolução Francesa. Com isso fez surgir uma justiça administrativa a partir de três elementos ou razões¹⁸⁶.

A primeira delas a partir do princípio da legalidade, oportunidade em que a lei outorga e a lei limita a autoridade dos agentes –representa o momento da mudança que caminha ao respaldo legal. Logo após, o reconhecimento do princípio da liberdade como uma garantia jurídica, conferindo, inclusive o direito a resistência aos mandos estatais. Por fim, temos o último elemento que seria a mediação dos poderes régios.

O princípio de separação entre a Administração e a Justiça, separação concebida como uma extensão judicial, uma extensão rotulada, radical, absoluta, dos poderes administrativos.

¹⁸⁵ ENTERRÍA, Gustavo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1974. p. 11.

¹⁸⁶ Ibid. p. 14.

De qualquer forma, a tutela administrativa sob o formato de processo administrativo é um instrumento para propiciar a formação da justiça administrativa.

A esse despeito, a generalização da justiça é um fator completamente essencial para a efetiva integração democrática. É necessário que os recursos sejam ativamente utilizados pelos meios mais frágeis da sociedade. Acrescentamos que a própria dos direitos fundamentais ou morais não repousa, mas bem ao contrário, sobre o interesse bem entendido da sociedade, senão sobre um princípio exterior de organização da vida coletiva. A democracia não pode, pois, ser reduzida a instituições públicas, a uma definição dos poderes ou do princípio de livre eleição dos dirigentes por espaços de tempos determinados, a democracia é inseparável de uma teoria e de uma prática do Direito¹⁸⁷.

O julgador deve, de qualquer modo, se prestar como um guardião do ordenamento jurídico e da pacificação social, a sua elevação à ordem política é demonstrada a partir da conclusão de que o indivíduo possui o condão e prerrogativa para a reivindicação de seus direitos¹⁸⁸.

A finalidade do julgador a partir do processo se presta no sentido de a partir de um reforço reflexivo para que a ação conduzida em nome do povo se remeta aos princípios.

Ninguém pode pretender que este preceito básico não seja aplicável em sua integralidade à justiça administrativa e assim resulta da uniforme jurisprudência tanto constitucional como ordinária.

Também, em que pese a não formação da coisa julgada em esfera administrativa, devemos nos atentar, especificamente em processo administrativo tributário a observância de alguns princípios necessários para a formação da coisa julgada, inclusive o da formação da igualdade, o qual tratará melhor ao analisa-la a partir do controle da legalidade e da discricionariedade das decisões administrativas:

Em primeiro lugar, há questões relativas aos seus fundamentos, que pressupõem um debate de filosofia geral e de filosofia moral: de filosofia geral, porque exige examinar a possibilidade de existência de igualdade entre os homens e as coisas, o que implica encontrar critérios de semelhança e de diferença, analisar o significado de semelhança, de similaridade, de diferença, de relevância, de finalidade, quando não mesmo de justiça; e de filosofia moral, porque demanda investigar a relação entre universalidade e moralidade, a existência de um imperativo moral (e jurídico) de

¹⁸⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y controle de la Administración**. 5ª Ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 143.

¹⁸⁸ Ibid. p. 146.

consideração das particularidades, e assim por diante. Esses temas, ainda que jurídicos, não são exclusivamente tributários. [...] Em segundo lugar, a complexidade do estudo da norma da igualdade advém da estrutura relacional pressuposta pela sua aplicação. Como a igualdade exige uma comparação entre sujeitos, há a necessidade de estabelecimento de uma medida de comparação que sirva para atingir uma dada finalidade. [...] Em terceiro lugar, a complexidade do estudo da norma da igualdade advém da relação entre elementos descritivos e prescritivos. Não é incomum tanto a afirmação de que os contribuintes, por serem iguais, devem ser tratados igualmente, como a de que eles, por terem sido sempre tratados igualmente ou distintamente, devem ser tratados desse ou daquele modo.¹⁸⁹

O processo administrativo não representa um conjunto de atos e procedimentos ordenados finalisticamente considerados dentro e para interesse da própria Administração. Apesar de nosso ordenamento jurídico não ser estruturado para a formação de um controle administrativo, a finalidade do processo administrativo deve ser a de se firmar como um vetor da legalidade.

Entendemos que mesmo sendo a tutela administrativa uma prerrogativa de autocontrole dos atos administrativos não podemos reconhecer a simples monta desse controle em função dos interesses administrativos.

Ora, nesse sentido, pode-se afirmar a existência que existe a possibilidade do controle mais efetivo e substancial sob as potestades discricionárias – mediante a via judicial.

Pontua-se o controle dos fatos determinantes. Toda a potestade discricionária se apóia em uma realidade de fato que funciona como um suposto de fato da norma de cuja aplicação se refere. Outro ponto, diz respeito a rememorar a diferença entre discricionariedade e o que os juristas alemães denominam conceitos jurídicos indeterminados. Esses conceitos jurídicos indeterminados, o que se contem no que se também se chamam normas flexíveis, são consubstanciados de toda técnica jurídica e não constituem uma particularidade do Direito público¹⁹⁰.

Os chamados conceitos jurídicos indeterminados são aqueles obtidos na medida concreta para a aplicação dos mesmos em um caso particular que não são resolvidos pela disposição expressa da lei¹⁹¹. Onde encontra-se um conceito jurídico indeterminado, ali cabe com perfeita normalidade uma fiscalização jurisdicional de sua aplicação.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 27-28.

¹⁹⁰ ENTERRÍA, Gustavo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1974. p. 33.

¹⁹¹ Ibid. p. 34.

Ainda, como forma de também controlar as atividades discricionárias, temos o próprio controle dos princípios gerais de direito. As possibilidades de um controle judicial dos poderes discricionários por princípios gerais do Direito são extensas. Existem princípios gerais que funcionam como reserva última para condenar resultados extremos obtidos pela Administração, como o princípio da iniquidade manifesta.

Assim, ao final desta redução da discricionariedade fica desta um último resíduo, aquele em que o que se manifesta como uma apreciação de valores singulares sobre a que se monta a liberdade de eleição em que o último extremo consiste. O controle judicial da discricionariedade não é, por si, uma negação do âmbito próprio dos poderes de mando, e nem sequer se ordena a uma redução ou limitação do mesmo, senão que, mais simplesmente, trata de impor a suas decisões o respeito a valores jurídicos substanciais, cuja transgressão não forma parte de suas funções nem requerem tampouco suas responsabilidades¹⁹².

Reforçamos, o controle da discricionariedade representa uma reprimenda do particular à Administração principalmente para que esta haja dentro de um viés de segurança com o fito de propiciar dentre outras finalidades uma tutela dentro de um prazo razoável, célere e de forma efetiva.

Mesmo que não tenhamos o reconhecimento do contencioso administrativo e que a coisa julgada esteja adstrita a formação jurisdicional, a tutela administrativa é expressão do Estado Democrático de Direito, conforme preceituado acerca da democracia e observância ao aparato constitucional.

3.1.2. O REGULAMENTAR DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO FEDERAL E DO ÂMBITO MUNICIPAL

Conforme poderá ser depreendido pela análise da Lei 8.814/2004, observaremos que referido dispositivo legal representa uma verdadeira cópia literal da Lei 9.784/1999 que regula as normas básicas do processo administrativo federal, ainda, pontuamos que a lei federal, anteriormente no seu Art. 1º, a visão de proteção aos direitos dos administrados e melhor cumprimento dos fins da Administração.

¹⁹² Ibid. p. 44.

Ponderamos o fato de até 1999 não termos acusado na legislação brasileira nenhuma legislação que viesse a sistematizar o processo administrativo no âmbito da União, o mesmo não ocorria em relação ao município de Uberlândia.

Desse modo, acreditamos que a municipal aproveitou o fato de boa sistematização de aperfeiçoamento trazido pela Lei 9.784/1999 e passou a compilar sem grandes trabalhos metodológicos e sistemáticos em sua instituição.

Assim como a Lei 9.784/1999, em Uberlândia a Lei 8.814/2004 estabeleceu, por exemplo, em seu Art. 2º que a Administração Pública obedecerá dentre outros aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Vemos que as disposições principiológicas da legislação municipal demonstram a elevada densidade valorativa da lei, que, de certo modo, coaduna com os princípios até então vigentes na Constituição Federal, bem como reforçam o escopo garantista na análise do processo administrativo.

Para análise do escopo ou não das legislações colimados aos princípios constitucionais, observamos que todo o processo administrativo, tanto o geral como o tributário, deve apurar o cumprimento dos escopos constitucionais acerca do processo, os quais passamos a dispor.

Imediatamente, observamos toda a precisão do Art. 3º da Lei 8.814/2004 ao estabelecer que correspondem como direitos ao administrado perante a Administração: ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista aos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas, às suas expensas, conforme regulamento; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando for obrigatória a representação por força de lei¹⁹³.

Nesses termos, temos que as garantias constitucionais de processo devem ser acolhidas e efetivadas pelo direito positivo.

¹⁹³ Não obstante as disposições do Art. 3º, devemos também nos atentar que o Art. 4º da Lei 8.814/2004 também trouxe quais seriam as obrigações do administrado perante a Administração, quais seriam: expor os fatos conforme a verdade; proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; não agir de modo temerário; prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Cabe a menção de que a dimensão principiológico-valorativa do processo administrativo e o judicial, emergente do comando constitucional retro-aludido, justifica esse tipo de incursão, sobretudo se levarmos em conta muito ampla, tradicional e abrangente convivência deste último com aludidas garantias – o que o torna campo de preciosa experiência doutrinária e jurisprudencial, que não pode deixar de ser levada em devida consideração¹⁹⁴.

Passamos assim a dispor sobre as questões elementares conceituais do processo administrativo tanto no âmbito federal como municipal no que versam sobre algumas garantias mínimas para o cumprimento de suas finalidades.

Ponderamos primeiramente a necessidade das legislações que versam sobre o processo administrativo devem observar a prerrogativa de permitir que o demandado, o administrado, seja ouvido, afinal disso temos a própria compreensão da ampla defesa que não pode ser revogada ou suprimida na formação de qualquer decisão de processo administrativo, corresponde a uma cláusula pétrea.

A prerrogativa em ser ouvido, por conseguinte é desdobramento do devido processo legal:

A breve incursão doutrinária ora encetada presta-se para revelar e confirmar a visceral integração que existe entre a ampla defesa e o devido processo legal, bem como a aplicação irrestrita desse direito público subjetivo ao processo administrativo. [...] Daí decorre que em todo e qualquer processo administrativo de que se possa resultar um dano jurídico, uma restrição ou um sacrifício de direito deve ser proporcionado ao administrado o exercício da defesa eficaz.¹⁹⁵

Não apenas, a necessidade de ser notificado, ou melhor, cientificado da existência do processo administrativo é uma condição de sua validade e existência – para uso das prerrogativas constitucionalmente conferidas.

Diante do uso da prerrogativa conferida chegamos a conclusão de que após a formação e maturação das fases processuais, necessariamente deveremos estar diante de uma decisão. Nesse sentido estamos cientes de que estaremos diante de uma manifestação de uma prerrogativa, um dever de ofício, mediante a égide do livre convencimento conferido ao julgador:

¹⁹⁴ BOTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de processo administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 70.

¹⁹⁵ Ibid. p. 71.

A fundamentação destina-se, pois, a revelar as razões determinantes da manifestação da autoridade, de sorte a possibilitar ao administrado o exercício do direito de impugnação, ou de recurso, caso se considere atingido em seus direitos juridicamente tutelados. Em outras palavras, a fundamentação apresenta-se como condição *sine qua non* para que se reconheça um julgamento “justo”, no sentido “não-arbitrário” ou meramente voluntarista.¹⁹⁶

Não apenas, a necessidade de ser notificado, ou melhor, cientificado da existência do processo administrativo é uma condição de sua validade e existência – para uso das prerrogativas constitucionalmente conferidas.

Naturalmente, em que pese a prerrogativa da incumbência estatal no proferir as decisões, somos cientes de que a decisão judicial pode ser revista. A prerrogativa de recurso é algo intrínseco ao processo, seja ele judicial ou administrativo.

A prerrogativa do duplo grau de jurisdição se justifica por uma causa de intenso conteúdo ético, conquanto singela em sua aparência: a possibilidade da ocorrência de erro ou injustiça na decisão originária. De qualquer forma, trata-se de princípio acolhido universalmente. Complementarmente, entendemos e defendemos a ilegalidade e inconstitucionalidade do amparo no sentido da necessidade de amparo ampara a prestação de caução, de depósito ou outro tipo de exigência constritiva como condição para a admissibilidade de recursos interpostos contra decisões de primeiro grau nos processos administrativos tributários¹⁹⁷.

Defendemos a possibilidade e prerrogativa do uso das próprias razões diretas do administrado perante os órgãos da Administração Pública, isso em função de que não corresponde a prerrogativa privativa a advogado a apresentação de defesa na esfera administrativa. Ademais, conseqüentemente, não representa nenhuma ofensa ao princípio da capacidade postulatória.

Por fim, centramos o entendimento de que a realidade processual corresponde a uma realidade probatória, cientes da disposição constante na Lei 8.814/2004 em seu Art. 2º, parágrafo único, IX ao dispor pela adoção no processo administrativo das formas mais simples e suficientes para propiciar um adequado grau de certeza, segurança e respeito aos administrados.

¹⁹⁶ Ibid. p. 76.

¹⁹⁷ Ibid. p. 82/83.

Ocorre que, de qualquer forma, somos cientes de que inúmeras modalidades processuais precedem a demonstração probatória, especialmente algumas modalidades de processo administrativo tributário:

Todos os meios de prova são admissíveis no processo administrativo tributário, observada apenas a exigência de licitude em sua obtenção (Art. 5º, LVI, da CF). [...] No processo administrativo tributário a distribuição do ônus da prova obedece ao mesmo critério do processo judicial civil – ou seja, incumbe à Fazenda demonstrar os fatos constitutivos de seu direito ao crédito tributário, e ao contribuinte os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito. [...] No campo penal-tributário o ônus da prova é da Fazenda quanto às chamadas “infrações subjetivas” (art. 137 do CTN), cabendo ao contribuinte o encargo de descaracterizá-las, tratando-se das denominadas “infrações objetivas” (art. 136 do CTN). [...] A prova documental, reveste-se de capital importância no processo administrativo tributário, a ponto de se mostrar, por vezes, como a única admissível para a demonstração de determinados fatos. Assim, não só o contribuinte tem o direito de produzi-la a qualquer tempo, antes de proferida a decisão, e mesmo depois dela, como não é dado ao julgador, em homenagem ao princípio da verdade material, recusar sua apreciação.¹⁹⁸

Assim, desde que dentro da legalidade, podemos admitir todos os meios de forma necessários para a formação da decisão administrativa, desde que também fundamentais à produção da decisão final.

A partir das premissas acima postas, considerando o seu cumprimento, passaremos a analisar as disposições constantes da Lei 8.814/2004, principalmente à luz da necessidade da formação e julgamento de um processo administrativo em um tempo razoável, visando a efetividade do mesmo.

3.1.3 PRINCIPAIS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA EFETIVIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Ao exprimir os comandos decisórios pela formação de uma decisão processual, observamos claramente a intenção e interação relacional do processo no sentido de prover uma limitação do poder estatal para com os súditos.

¹⁹⁸ Ibid. p. 87.

Ao se tratar do processo administrativo previsto na Lei 8.814/2004, por previsão do Art. 5º, no âmbito do Município de Uberlândia, o processo administrativo poderá ter início de ofício ou a pedido do interessado.

Nesses termos, em que pese a possibilidade de impulso oficial do processo, pontuamos não restar dúvidas em relação à existência dos poderes de autoridade do Estado, que culminam com a inequívoca produção de relações jurídicas verticais. Nesses termos, temos que o Estado Democrático de Direito assume notável posição frente as limitações e condicionantes à atuação do próprio Estado. Como consequência lógica, os poderes estatais devem, inicialmente, estar previstos em lei, corolário da legalidade¹⁹⁹.

Complementarmente, é dever do administrador, e não uma faculdade a ele atribuída, exercer sua função administrativa. Ademais, temos que a própria ação administrativa está sujeita à publicidade e ao formalismo, o que exige a observância de procedimentos e formalidades específicas.

A título de informação, temos a previsão do Art. 26 da Lei 8.814/2004 que prevê o fato de o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinar a realização de intimações ao interessado para ciência da decisão ou para a efetivação de diligências.

Defendemos que, conseqüente às disposições legislativas, ao passo que o processo se apresenta como a forma de agir do Estado, também é o limitador de sua vontade. A limitação decorre do entendimento que a vontade estatal é direcionada para o processo e os agentes públicos expressam a vontade do direito e possuem a incumbência de manifestarem a legalidade, diferentemente da vontade dos particulares que é considerada livre e expressa a vontade do agente.

O desembocar do processo administrativo, acaba por cumprir um escopo bastante semelhante ao evidenciado até aqui – se analisarmos sob a perspectiva da promoção das garantias e direitos fundamentais, essa função se dá tanto quanto a realizada pelo processo judicial.

¹⁹⁹ THOMÉ, Romeu. **Os direitos fundamentais como limitadores do poder estatal no Estado**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.); SOUSA, Simone Letícia Severo e (Org.). **Teoria geral do Direito Público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 287.

Pois bem, em entendimento a proposta defendida, se considerada a concepção de inserção de um contexto processual em um Estado Democrático de Direito, a vontade estatal inexoravelmente deve corresponder à ideia de soberania popular. Ainda, temos que a própria vontade estatal é legitimada pela participação da sociedade os quais possuem seus direitos diretamente afetados.

Complementarmente, o processo visto sob um formato de existência dentro de um contexto de contraditório, composto por uma realidade de relacionamento constituída por partes, com observância da ampla defesa e isonomia, se apresenta como limitador da vontade do Estado. Não é permitido que o Estado construa a decisão de forma unitária, impositiva, sem a oitiva e participação dos envolvidos²⁰⁰.

Lembramos o Art. 29 da Lei 8.814/2004 que determina expressamente que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante pedido do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

Nesses termos, competirá ao órgão fazer constar dos autos os dados necessários para enfim proceder a decisão do processo. Também, os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes, de acordo com a sua capacidade e sempre que possível.

Desse modo, temos que a prestação de tutela se apresenta como garantia das partes – destacando que em processo administrativo, inclusive são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. O devido processo legal é indispensável para a produção e cumprimento dos atos estatais e é também é uma garantia assegurada às partes na construção do provimento final. Deve ser observado desde a criação da norma até a execução.

Via de consequência, cumprindo os corolários processuais constitucionalmente reconhecidos, a Administração terá assim o dever de explicitamente decidir nos processos e sobre as solicitações e reclamações de sua competência.

Dessas decisões, destacamos que os atos administrativos deverão ser motivados com a indicação dos respectivos fundamentos jurídicos, conforme disposição do Art. 50 da Lei 8.814/2004. Naturalmente ressalvada está a situação em que o órgão competente poderá

²⁰⁰ RODRIGUES, Ângela de Lourdes. **Judiciário na sociedade democrática: o processo como limitador**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.); SOUSA, Simone Letícia Severo e (Org.). **Teoria geral do Direito Público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 335.

declarar a extinção do processo nas situações de exaurimento da sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por situação ou fato superveniente.

Anda, acrescentamos que é fundamental o conhecimento dos motivos da decisão proferida. Na situação de se considerar a ausência de fundamentação das decisões, impera o subjetivismo, e, assim, as razões se tornam obscuras e a democracia não se faz presente. Um dos pilares do Estado Democrático é o princípio da dignidade da pessoa humana. Em respeito a este princípio, considerando o ser humano como o cerne de todo o procedimento jurisdicional, é necessário que o Judiciário fundamente suas decisões, de forma que o seu destinatário tenha acesso ao seu conteúdo e possa compreendê-la. A fundamentação e racionalidade das decisões evita o subjetivismo e protege os súditos contra a discricionariedade e abuso do poder, limitando o poder do Estado²⁰¹.

Esse ponto mostra-se extremamente sensível, o processo deve ser um propulsor do cumprimento da legalidade e um evitar do agir arbitrário.

Pautando pelo escopo da pesquisa, apuramos que a Lei 8.814/2004 de Uberlândia que trata sobre as regras gerais do processo administrativo no âmbito da Administração direta e indireta, não fez menção expressa à celeridade nem da duração razoável do processo, mas ao mesmo tempo teve a preocupação em estabelecer vedação a atos procrastinatórios e também, estabeleceu expressamente regras para a contagem de prazos processuais²⁰².

No seu Art. 67 existe a previsão de que salvo por motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

Não obstante a legislação não versar expressamente sobre a celeridade, vemos que preocupou-se com o transcurso do prazo para a produção de efeitos jurídicos dos atos administrativos. Pontuamos a possibilidade de anulação, revogação e convalidação dos próprios atos se afetos por algumas situações.

O Art. 53 menciona que a Administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

²⁰¹ Ibid. p. 337.

²⁰² Dispõe o Art. 66 da Lei 8.814/2004 que os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. Também, considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte, se o vencimento cair em dia que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal; os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo; os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data; se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se termo o último dia do mês.

Via de consequência, o direito em anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Em continuidade nos parágrafos do Art. 54, entendemos que no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. Ainda, considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Considerando-se a instrumentalidade do processo, a legislação municipal abre a oportunidade de nas situações em que não haja evidente lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Enfim, notamos o quanto o alinhar da legislação municipal busca o atingimento da ideia de cidadania dos cidadão, esse compreendido como aquele cujo status que- segundo os defensores da teoria- compete ao indivíduo moderno, e é por ele reivindicado, uma vez que ele não quer mais ser apenas súdito, ou seja, simples sujeito de deveres e destinatário passivo de comandos – depreendido assim o componente civil apurado pela consideração da série de liberdades individuais, o político pela participação no exercício do poder coletivo e ainda o social eivado de certo grau de educação, bem estar e segurança, esse de certo modo guarda correspondência com os termos fundamentais dos problemas relacionados aos direitos do homem²⁰³.

Até mesmo em uma linguagem sociopolítica a cidadania corresponde ao conjunto articulado dos direitos civis, políticos e sociais- cuja determinação, e cuja relação no conjunto, está no centro da reflexão. Quanto aos direitos do homem, a expressão completa nas históricas declarações francesas que constituem o seu nascimento positivo era direitos do homem do cidadão. Nesse sentido, pontuamos que a cidadania é o termo genérico que indica um amplo gênero de direitos com inúmeras especificações, no léxico clássico moderno cidadão é um termo específico, correlato principalmente à espécie dos direitos políticos²⁰⁴.

Portanto a formação do processo administrativo não se presta se não for para a promoção da cidadania, bem como proceder um limite com viés de legalidade e garantista ao agir do Estado.

²⁰³ BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 116-117.

²⁰⁴ Ibid. p. 118.

3.2. A LC 508/2009 E A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM UBERLÂNDIA

No âmbito do Município de Uberlândia, a LC 508/2009 corresponde ao vetor legislativo responsável por dispor sobre o processo administrativo tributário municipal, conforme disposição de seu Art. 1º, que regula as medidas de fiscalização, formalização do crédito tributário, o próprio processo administrativo fiscal decorrente da notificação e auto de infração, o processo de consulta e demais processos administrativos fiscais, relativos aos tributos administrados pela Secretaria Municipal de Finanças.

Observamos de forma precisa para a análise da celeridade do processo administrativo tributário que o Art. 2º da referida lei dispôs expressamente que sem prejuízo de outros direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal e pela LC Municipal nº 313, de 16 de abril de 2003, o processo administrativo tributário é informado pelos princípios da audiência do interessado e de sua acessibilidade aos atos praticados, da ampla instrução probatória, da motivação, da celeridade e da economia processual.

De fato essa preocupação do legislador municipal, muito mais do que uma correspondência constitucional, corresponde também a um ato de probidade administrativa, afinal, se dentro de um intervalo de tempo maior a instrução e um processo administrativo tributário, em um tempo menor os valores dos créditos tributários lançados passarão a integrar os cofres públicos.

Não obstante as modalidades processuais, ao se instalar a fase litigiosa do processo administrativo tributário, devemos analisar também a eventual existência de contraposição entre o Fisco e o contribuinte.

Vejamos, que para a escorreita análise da celeridade em matéria tributária, também devemos considerar a necessidade de tratamento igualitário ao contribuinte na sua relação com o Fisco pois, dessa relação decorre que, existe um dever tributário por parte do contribuinte em proceder o recolhimento do tributo ao passo que também existe um dever constitucional do Estado em cumprir as suas finalidades.

Disso devemos assegurar que o contribuinte não deve ser tributado além das suas capacidades contributivas. Enfim, são esses os primeiros elementos para a análise de um processo administrativo tributário formado dentro de um escopo de celeridade sob viés constitucional.

Somos cientes de que o demorar da decisão para a formação da relação jurídico-tributária, também acarreta prejuízos ao contribuinte:

Considerando o lado dos contribuintes, quando se está diante de auto de infração contrário às disposições legais ou na pendência de consulta cuja resposta é relevante para a correta tomada de decisões pela empresa ou pessoa física, a demora no desfecho do processo tem consequências bastante negativas, [...] Ou seja, no caso em que válido o auto de infração ou em que a resposta à consulta geraria a obrigação de pagamento de tributos pelo contribuinte, a demora do processo causa uma perda financeira que acaba por ser repartida pela coletividade como um todo.²⁰⁵

Desse modo, a importância da celeridade do processo administrativo tributário assume importância não apenas para a proteção do contribuinte perante a Administração Pública, mas também a esta na sua finalidade arrecadatória, uma vez que a celeridade busca evitar o condicionamento da arrecadação a intermináveis processos administrativos tributários.

3.2.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA E SUAS FASES

A legislação municipal, dada a competência outorgada pelo legislador constituinte, e até mesmo como forma de cumprimento dos atos de probidade administrativa constantes na LC 101/2000, possui competência tributária principalmente para instituir alguns tributos, os quais passamos a listar: IPTU, ITBI e ISS.

Diferentemente das regras do processo administrativo geral, a legislação municipal não optou, desta vez, em compilar a legislação federal que enfrentava o tema. No caso do processo administrativo tributário no âmbito da União, suas disposições são observáveis no Decreto 70.235/72.

Como apuraremos posteriormente, veremos que o legislador municipal realizou uma opção, ao nosso sentir, adequada, principalmente pelo fato de estampar em sua legislação e, conforme suas diretrizes uma norma moderna adequada, valorativa – sendo que essa última prerrogativa demonstra que referido texto de lei é capaz de se amoldar às situações pelo seu elevado teor valorativo.

²⁰⁵ ROCHA, Sérgio André. **Duração razoável do processo administrativo fiscal**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo: Dialética, n. 142, jul. 2007. p. 78-79.

Em que pese a importância do Decreto 70.235/72, destacamos que o mesmo foi produzido em uma época em que observávamos um Estado de não-direito, qual seja, uma realidade autoritária, que para a sua leitura, devemos fazer uma leitura à luz dos valores constitucionais.

Ademais, em que pese a sua limitação legislativa, destacamos que, de qualquer modo, tal qual o CTN, essa legislação foi recepcionada pelo legislador constituinte e continua vigente até os dias atuais.

De qualquer modo, pontuamos que, sob os aspectos formais e procedimentais, o Decreto 70.235/72 representa uma boa referência que, de certo modo, pode ser vista como balizadora para o cumprimento de um processo administrativo tributário construído dentro de um prazo razoável.

Observamos que o legislador brasileiro optou por não adotar o chamado contencioso-administrativo, de modo a tornar irreformáveis as decisões administrativas, a título de informação, na Espanha, em 1952, ao se editar a Lei sobre o Contencioso-Administrativo, destacou-se três grandes grupos imunes à fiscalização judicial: as atos discricionários; os atos políticos; atos normativos²⁰⁶.

Na legislação que precedeu esta época, consistia na pura e simples eliminação de todos os atos discricionários. A primeira redução deste dogma da discricionariedade se opera observando que em todo ato discricionário existem elementos regulados suficientes como para não justificar nenhuma maneira a abdicação total do controle sobre os mesmos. O segundo grande processo de redução, ainda em torno da discricionariedade, em suma, as autoridades administrativas podem contratar e contam, com toda normalidade, com poderes discricionários, mas não para o cumprimento de qualquer finalidade, senão precisamente da finalidade considerada pela Lei, e em todo caso da finalidade pública, da utilidade ou interesse geral²⁰⁷.

Assim, a Lei do Contencioso-Administrativo, já de 1956 pela primeira vez previu a técnica do controle das potestades discricionárias pelo desvio do poder, que desta forma teve que ser introduzida no direito espanhol pela via legal e não jurisprudencial.

Já no Município de Uberlândia, a lei incumbente para a disciplina dos atos de lançamento, cobrança de referidos tributos ficou a cargo da LC 508/2009.

²⁰⁶ ENTERRÍA, Gustavo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1974. p. 25.

²⁰⁷ Ibid. p. 26-27.

Pela disposição do Art. 6º da referida lei, o processo, pela redação o procedimento, administrativo tributário tem início a requerimento do contribuinte ou de ofício pela Administração Pública com qualquer ato escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto. Destacamos nesse caso, até mesmo o procedimento de fiscalização, o início da fiscalização se dá com a emissão da ordem de serviço, ficando excluída, a partir desta, a espontaneidade do sujeito passivo e, independentemente de intimação, a dos demais envolvidos nas infrações verificadas, valendo pelo prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos, conforme alteração legislativa conferida pela também LC 522/2011.

A LC 508/2009 permite, por conseguinte, a existência de uma fase litigiosa do processo administrativo, essa se inaugura com a formalização da impugnação do crédito tributário.

Nesse sentido, o Art. 34 confere a prerrogativa do contribuinte impugnar a exigência fiscal, mediante petição escrita, instruída com os documentos comprobatórios necessários no prazo de 30 (trinta) dias nas situações de crédito constituído por auto de infração, no mesmo prazo nas situações de constituição do crédito por notificação de lançamento, nessa situação os dias serão contados do vencimento da primeira parcela ou da parcela única.

Também a legislação municipal confere um tratamento instrumental ao permitir que a impugnação, se possível for, seja realizada mediante meio eletrônico, conforme permissivo a ser regulamentado, conforme disposição da LC 522/2011.

Como defesa das prerrogativas constitucionais, entendemos e defendemos a ilegalidade e inconstitucionalidade do amparo no sentido da necessidade de amparo ampara a prestação de caução, de depósito ou outro tipo de exigência constritiva como condição para a admissibilidade de recursos interpostos contra decisões de primeiro grau, não obstante, pontuamos o Art. 40 da LC 508/2009 em que o recurso da decisão será apresentado ao Núcleo de Protocolo, mediante o recolhimento da taxa correspondente.

Destacamos, o preparo recursal não pode representar óbice ao acesso ao princípio do duplo grau de jurisdição, muito menos assumir feição de antecipação, depósito ou caução de valores ainda discutidos.

O recurso deverá ser interposto no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação da decisão recorrida. Após, o recurso será enviado à Presidência do Conselho de Contribuintes,

que fará o juízo de admissibilidade e, caso admitido, intimará o Recorrido para apresentação de contrarrazões no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação.

Do despacho denegatório de seguimento do recurso, caberá apenas um pedido de reconsideração no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação da decisão nos termos do § 2º, do Art. 28 da LC 508/2009.

Conforme previsão legislativa, caberá o recurso ordinário da decisão proferida em primeira instância no prazo de 30 (trinta) dias contados da intimação. Da mesma forma destacamos a possibilidade de ingresso de recurso de revisão, conforme Art. 47 da lei, para revisão da decisão proferida pela Câmara Julgadora que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe haja dado por outra Câmara Julgadora ou as Câmaras Reunidas. O recurso interposto pelo contribuinte ou pela Representação Fiscal no prazo previsto no art. 41 da lei, será dirigido ao Presidente do Conselho e deverá conter a indicação da divergência e a demonstração precisa do conflito suscitado.

Ainda em havendo a admissão do recurso, o recorrido será intimado para apresentação de contrarrazões. Por fim, o recurso será distribuído ao Conselheiro Relator.

Por fim, destacamos a possibilidade de recurso de ofício da decisão prolatada em recurso ordinário desfavorável, no todo ou em parte, à Fazenda Municipal, quando afastar a aplicação da legislação tributária por inconstitucionalidade ou ilegalidade, adotar interpretação da legislação tributária divergente da adotada pela jurisprudência firmada nos tribunais superiores, quando o débito fiscal for reduzido ou cancelado, em montante igual ou superior ao estabelecido por ato do Secretário Municipal de Finanças, e também a que cancelar ou reduzir o débito fiscal em montante igual ou superior ao estabelecido por ato do Secretário Municipal de Finanças.

Conforme veremos inclusive posteriormente o afastamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e até mesmo legalidade não tem sido afastada, via de regra, salvo nas situações de controle concentrado.

Da forma como prevista na legislação apuramos o agir do administrador deve ser em conformidade com os aspectos formais e valorativos propostos não apenas pela legislação municipal, mas inclusive pela ordem constitucional.

Em analogia, vemos que o agir administrativo deve ser aquele pautado pela moralidade no controle da discricionariedade. A esse despeito, pontuamos de forma analógica:

Concedendo ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao direito à boa administração a dimensão de direito fundamental coletivo e ao mesmo tempo permitindo suas tutelas frente à hermenêutica constitucional, mediante a aplicação dos princípios constitucionais, especialmente aqueles revelados a partir da força normativa da Constituição e sua unidade, certamente haverá maiores possibilidades de alcance da efetividade da Lei de Improbidade Administrativa.

E essa efetividade não apenas concorrerá para a punição do agente público, como ainda para a evitabilidade de sua reprimenda frente à interpretação da correção dos atos, da atividade administrativa.

A leitura constitucional da lei de improbidade, especialmente ante aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, permite revelar a justiça do caso concreto (a equidade), bem como permite a permanência na pauta do Direito Administrativo Constitucional da tutela e da defesa do acervo do patrimônio público e moralidade administrativa como instrumentos essenciais à manutenção da coletividade e do Estado.²⁰⁸

A finalidade proposta pela LC 508/2009 deve ser prestada dentro das finalidades e princípios constitucionais de processo, com o objetivo maior de evidenciar a eficiência administrativa dentro do escopo de celeridade.

3.2.2. ANÁLISE DA EC 45/2004

No tocante a valoração do contribuinte, observamos que o ordenamento jurídico de Uberlândia, antes mesmo da EC 45/2004 vinha buscando a sua tutela antes mesmo da aludida emenda. Embora não tratasse diretamente sobre o atendimento processual célere, em 16 de abril de 2003 foi promulgada no ordenamento jurídico de Uberlândia a LC 313/2003 que estabeleceu as normas de proteção e garantia ao contribuinte no Município de Uberlândia – a qual procurou estabelecer um Código de Defesa dos Contribuintes de Uberlândia em respeito as legislações federais e estaduais vigentes.

Como referência principiológica e norteadora, estabeleceu que a instituição e majoração de tributos no âmbito municipal deve se atentar aos princípios de justiça tributária.

Desse modo, considerou no parágrafo único do Art. 4º como sendo justa a tributação que atende aos princípios da isonomia, da capacidade contributiva, da equitativa distribuição da carga tributária, da generalidade, da progressividade e da não confiscatoriedade. Ao nosso

²⁰⁸ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional RT, São Paulo: RT, vol. 69, out. 2009. p. 110.

sentir, referidas disposições legislativas encontram correspondência na legislação inserida no Código Tributário Nacional:

[...] no capítulo do Sistema Tributário Nacional, na parte dos “princípios gerais” (art. 145, §1º) e das “limitações ao poder de tributar”, onde é tratada como uma “garantia” dos contribuintes (art. 150,II). Isso sem considerar todos os outros dispositivos que são umbilicalmente ligados à igualdade, tanto aqueles concernentes aos princípios, como o do Estado de Direito, da segurança jurídica ou da legalidade quanto aqueles referentes à ausência de discriminação entre fatos, pessoas ou situações. [...] analisar os conceitos de hierarquia e de coerência. Por meio deles, poder-se-ão compreender tanto a superioridade quanto a inferioridade da igualdade e, com isso, compreender como a igualdade deverá ser aplicada quando ocorrer aquilo que vem ocorrendo com cada vez mais frequência: a restrição do princípio da igualdade com justificativa em finalidades extrafiscais.²⁰⁹

Consideramos, não obstante, embora o princípio da igualdade não tenha superioridade abstrata absoluta, ele tem prevalência axiológica relativa em nível abstrato. Ainda a prevalência relativa da igualdade indica a presunção de igualdade. Essa presunção de igualdade traz repercussões importantes para a realização da igualdade que podem ser traduzidas na ideia de que a prevalência relativa abstrata cria, nos dois pratos da figurativa “balança da ponderação”, um desnivelamento favorável à igualdade, no sentido de que, inexistentes outras razões justificativas para sua inversão, a prevalência abstrata se mantém no plano concreto²¹⁰.

Com essas considerações e, a partir dessa leitura, temos que o Art. 5º da LC 313/2003 afirma que são objetivos da lei: a promoção do bom relacionamento entre o fisco e o contribuinte baseado na cooperação, no respeito mútuo e na parceria pela orientação e advertência, pela proteção do contribuinte contra o exercício abusivo do poder de fiscalizar, de lançar e de cobrar tributos instituídos em lei, pela ampla segurança da defesa dos direitos do contribuinte nos atos de atuação cominação de penalidades e instauração de penalidades e pela prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais decorrentes do abuso de poder por parte dos agentes de fiscalização no lançamento e na cobrança dos tributos.

Observamos que o agir e o conduzir da Administração para com o contribuinte pauta pela moralidade e boa administração. Atribuímos essa conduta tanto para o administrado como para a própria Administração Pública.

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 147-148.

²¹⁰ Ibid. p. 149.

A título de referência, se formos ver na análise da probidade no tocante ao patrimônio público, não parece divorciada do direito público, mesmo porque o art. 136 do Código Tributário Nacional já permite, inclusive, a responsabilização por infrações à legislação tributária independente da intenção do agente. A redação da legislação, demonstra a preocupação de salvo lei em contrário, a responsabilidade por infração da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. Pautamos pela existência de regra que procede uma avaliação comportamental no âmbito do direito público e que também serve para aplicação nos casos de improbidade, em especial considerando que os atos administrativos praticados devem ser em estrita observância aos princípios da administração²¹¹ – constantes no Art. 37 da Constituição Federal.

A título de conclusão nesse sentido acusamos a inexistência de motivos para que o direito público, que atua mediante processo tributário administrativo, não exija dolo para condenação do contribuinte, punindo-o simplesmente por culpa, e de outro lado, num processo administrativo em que apura desvios de agente público, estritamente ligado a princípios éticos, só permita sua punição mediante lastreada intenção²¹². Por coerência do próprio ordenamento jurídico observamos a preocupação de manutenção da melhor técnica que aprimora a questão da própria igualdade.

Observamos pelas disposições legislativa e doutrinária que a realização de distinção entre contribuintes deve ser feita com base em elementos residentes neles próprios e a finalidade de tributação é a própria distribuição igualitária da carga tributária, critério e finalidade, antes de se afastarem, aproximam-se, para consubstanciar uma só equação: a imposição deve corresponder à atividade contributiva²¹³.

As medidas e o agir do Fisco, até mesmo para o cumprimento das finalidades tributárias, deve se dar de forma proporcional de modo a provocar efeitos positivos à promoção dos princípios constitucionais.

Pontuamos na legislação municipal o Art. 2º da LC 508/2009 que dispõe expressamente que, além dos demais princípios do processo administrativo tributário, também pauta o mesmo pela audiência do interessado e sua acessibilidade aos atos praticados, da

²¹¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. **Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional RT, São Paulo: RT, vol. 69, out. 2009. p. 110.

²¹² Ibid. p. 110.

²¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 160-161.

ampla instrução probatória, da motivação, da celeridade e da economia processual. Nesse ponto, a título de informação, uma lavratura indevida de auto de infração e a sua contestação pelo contribuinte acarretam um aumento do número de processos, o que certamente tem impactos sobre a duração do processo administrativo fiscal²¹⁴.

Nesse sentido, pontuamos que o mais importante no estudo da celeridade processual vai além das reformas legislativas sobre os textos normativos. A mesma corresponde a criação de um processo justo que condiciona a uma mentalidade valorativa direcionada ao cumprimento dos princípios constitucionais, não fazendo do processo um fim em si mesmo.

Até mesmo pela leitura da redação da legislação de Uberlândia temos que a mesma representa um arcabouço instrumental destinado, sobretudo, a disciplinar os aspectos procedimentais para se alcançar a tutela. De modo algum sua interpretação e manejo podem contrariar as regras e princípios traçados pela ordem constitucional²¹⁵.

Isto, porém, não pode ser entendido como a liberação do julgador para proceder no processo apenas com respaldo na Constituição, criando procedimentos novos e desprezando aqueles determinados pelas leis infraconstitucionais em vigor. O Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito, onde se relacionam os indivíduos a partir da lei emanada do órgão credenciado para instituir a ordem jurídica infraconstitucional. Em linhas, a Constituição nada mais é do que a lei maior, mas as leis ordinárias são a maneira prática e efetiva de interpretar e traduzir a vontade fundamental, direcionando-a para a grande e pacífica convivência do cotidiano²¹⁶.

A menção do legislador municipal certamente reforça a valoração constitucional da tutela dentro de um prazo célere, mas capaz de atender às demais outras garantias constitucionais de processo – vemos a preocupação de não termos o acometimento de excessos no processo administrativo tributário.

²¹⁴ ROCHA, Sérgio André. **Duração razoável do processo administrativo fiscal**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo: Dialética, n. 142, jul. 2007. p. 85.

²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual constitucional**. Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, vol. 01, out/nov. 2009. p. 40.

²¹⁶ Ibid. p. 40.

3.3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO NO AJUIZAMENTO DOS PROCESSOS JUDICIAIS

Com o objetivo de dar uma maior instrumentalidade à presente pesquisa, bem como fazer com que a mesma fosse além da análise exclusivamente legislativa do ordenamento jurídico de Uberlândia no tocante ao impacto da celeridade processual e os seus reflexos nas demandas judiciais.

A primeira dificuldade enfrentada corresponde à evidenciada pela FGV²¹⁷, conforme já apontado, principalmente no que versa sobre a ausência de informações sistematizadas, fazendo com que a pesquisa, principalmente para a realização de um rasgo epistemológico mais objetivo, não obtivesse maiores informações principalmente na constituição do crédito tributário.

Não obstante os esforços e o trabalho tecnicamente apurado demonstrado pela Procuradoria Geral do Município de Uberlândia, acusamos que esta Douta Procuradoria acaba por não ter acesso a maiores informações da Secretaria de Finanças do Município, a responsável pelo envio das CDA (certidões de dívida ativa) para ajuizamento das demandas judiciais em desfavor de contribuintes inadimplentes.

O objetivo da pesquisa, foi no sentido de compreender que não apenas com a agilização do processo, seja o administrativo tributário ou o judicial, não é o suficiente para a uma efetiva prestação de tutela. Defendemos que a solução não está em tornar mais lista e acabada a tutela.

Diferentemente, a finalidade da análise proposta pela pesquisa foi no sentido de compreender que existem outras medidas necessárias para o aprimoramento do processo, nas quais compete também aos estudiosos do Direito apontar e proceder a devida defesa. Não competindo tão somente o rejeitar e recriminar das adoções de medidas de aceleração processual, já que tal postura contrapõe às próprias garantias de ordem constitucional vigentes²¹⁸.

²¹⁷ Conforme edição do jornal Valor Econômico de 16/07/2013, foi melhor explicitada a pesquisa realizada pelo NEF da FGV, conforme disposto: “o Índice de Transparência do Contencioso Administrativo (iCAT) da União, Estados, Distrito Federal e capital paulista ficou abaixo dos 60 pontos (em uma escala de 0 a 100). A maioria teve menos de 40 pontos. (http://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impresso/3199098., acesso em 16/07/2013)

²¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual constitucional**. Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, vol. 01, out/nov. 2009. p. 37.

Com a finalidade para obtenção das conclusões sugeridas pela presente pesquisa, direcionamos questionamento ao Procurador Chefe do Município de Uberlândia que nos respondeu e formalizou o questionamento através do Ofício nº 469/2013 – PGM/PAF, os seguintes questionamentos: (i) Qual o critério de ajuizamento de medidas judiciais (execuções fiscais) pelo município, considerando a preocupação do mesmo de não incursão em situações de prescrição e decadência? (ii) Qual é o volume de processos ajuizados (entre os anos de 2008 a 2013)? (iii) Temos informações sobre extinções de processos entre os anos referidos em decorrência de prescrição e decadência? (iv) Ainda, existem indicadores que apontam as causas de ineficiência do lançamento de crédito tributário? Ou ainda, de ajuizamento das demandas judiciais?

Enfim, apuramos que pelos questionamentos acima postos, algumas conclusões pudemos obter no que tange a alguma análise de impacto nas demandas judiciais.

3.3.1. CRITÉRIO DE AJUIZAMENTO DE DEMANDAS JUDICIAIS – APURAÇÃO DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Para a demonstração da efetividade processual, principalmente, no sentido de apurar a ocorrência de eventual de taxa de congestionamento, período de ociosidade processual e procedimental interna que eventualmente apontasse para uma delonga injustificável do poder público no ajuizamento das medidas judiciais.

Assim, foi formulado o seguinte questionamento: “Qual o critério de ajuizamento de medidas judiciais (execuções fiscais) pelo município, considerando a preocupação do mesmo de não incursão em situações de prescrição e decadência?”

A resposta foi nos seguintes termos:

São executadas judicialmente somente dívidas inscritas em Dívida Ativa e cuja a execução foi previamente liberada pela Secretaria Municipal de Finanças. O valor da somatória das dívidas componentes da Certidão de Dívida Ativa (CDA), e posterior Executivo Fiscal, deve ser maior ou igual a R\$ 200,00.

Atualmente são distribuídos 50 executivos fiscais por dia, de dívidas geradas até o ano de 2009 inscritas em Dívida Ativa, considerando os critérios de

liberação para execução da Secretaria de Finanças e a não inclusão de dívidas prescrita.²¹⁹

Primeiramente, destacamos que o Município se vale de uma discricionariedade que nos pareceu razoável ao estabelecer uma régua mínima para ajuizamento. Isso se confere até mesmo em função dos custos de uma demanda judicial que certamente absorveriam a integralidade de uma execução fiscal inferior a R\$200,00 (duzentos reais).

Ainda, pareceu pelas informações existir uma preocupação no não ajuizar das demandas atingidas pela prescrição.

Ocorre que, não nos pareceu instrumentalmente apurado o fato de estabelecer o critério temporal de fatos, prestes a serem atingidos pela prescrição, serem ajuizados. Parece-nos que o processo poderia ser mais efetivo e célere se ajuizado em oportunidade anterior.

De melhor forma, destacamos que o processo se presta para uma missão de declaração da prestação que lhe assiste, dentro de um prazo célere, efetivo e razoável:

É, enfim, a hora de dar vida à lição doutrinária sobre a efetividade e instrumentalidade do processo; de tornar realidade a vontade política proclamada na Carta Magna, asseguradora da paz social e aplacadora da natural sede de justiça da sociedade.

É por isso que estou certo, acima de tudo, da extrema necessidade de empenhar-se a Nação na reforma dos serviços judiciais e no aperfeiçoamento de seus operadores em todos os níveis, quer para solucionar contenciosamente os conflitos, quer para estimular a busca de soluções consensuais alternativas. Sem aprimorar os homens que irão manejar os instrumentos jurídicos, toda reforma da lei processual será impotente para superar os verdadeiros problemas da insatisfação social com o deficiente acesso à Justiça que, entre nós, o Poder Judiciário hoje proporciona.²²⁰

A análise do processo deve ser obedecida em uma análise do todo, em todas as esferas compreendidas pelo atingimento do processo, face até mesmo a algumas disposições processuais como a expansividade, variabilidade e perfectibilidade, não há falar em Processo Constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este juridicamente fundado naquele dentro de um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhe são qualificativos²²¹.

²¹⁹ UBERLÂNDIA (Município). Procuradoria Geral do Município. **Ofício nº 469/2013 – PGM/PAF, de 11 de novembro de 2013**. Assunto: encaminha informações solicitadas.

²²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/artigo 51. htm](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/artigo%2051.htm) >. Acesso em: 7 nov. 2013.

²²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 38.

Indubitavelmente, a análise do processo e seus impactos devem ser vistas como um todo, inclusive os seus desdobramentos na esfera judicial com o fito de dar a devida segurança jurídica pautada na celeridade processual.

3.3.2. QUANTIDADE DE PROCESSOS AJUIZADOS E EXTINÇÕES EM FUNÇÃO DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

A consagração constitucional do direito de ação à prestação da tutela jurisdicional é uma prerrogativa de qualquer pessoa, dentro da formação de um processo garantista com as prerrogativas do devido processo legal.

Nesses termos, o entendimento do direito a um processo deve ser compreendido se inserido dentro de um contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. No mesmo sentido, essas são condicionantes para a o exercício da função jurisdicional em que são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à ordem jurídica justa²²².

Se valendo dessa prerrogativa, apuramos que a Procuradoria Geral do Município de Uberlândia ajuizou a cifra de 97.511 (noventa e sete mil, quinhentos e onze) processos entre os anos de 2008 a 2013.

Nesse sentido, a resposta a essa quantidade de processos foi obtida pelo seguinte questionamento: “Qual é o volume de processos ajuizados (entre os anos de 2008 a 2013)?”

A evolução quantitativa de demandas ajuizadas pelo Município de Uberlândia corresponde ao quadro abaixo, obtido do questionamento acima:

²²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 90.

Tabela 1 – Volume de execuções ajuizadas entre 2008 e 2013 (até 01/10/2013)	
ANO	QUANTIDADE
2008	37.228
2009	41.328
2010	9.997
2011	2.933
2012	2.356
2013	3.669
TOTAL	97.511

Fonte: Ofício 469/2013 – PGM/PAF

Diante desse volume, insurgiu o questionamento seguinte: “Temos informações sobre extinções de processos entre os anos referidos em decorrência de prescrição e decadência?”

Desse prontamente obtivemos a seguinte resposta e demonstração apurando as razões de extinções processuais por ano:

Tabela 2 – Volume de extinções de execuções distribuídas entre 2008 e 2013 por motivo de extinção (até 01/10/2013)				
ANO	PAGAMENTO	PRESCRIÇÃO	DESISTÊNCIA	TOTAL
2008	4.548	54	1.290	5.892
2009	13.433	59	541	14.033
2010	3.627	0	177	3.804
2011	569	0	24	593
2012	166	0	18	184
2013	102	0	10	112
TOTAL	22.445	113	2.060	24.618

Fonte: Ofício 469/2013 – PGM/PAF

Destacamos que ao menos pelo sentir dos processos judiciais, poucas são as situações afetadas pela prescrição, assim, acreditamos pela observância dos prazos para o ajuizamento das demandas judiciais.

De qualquer modo, os indicadores acima não são suficientes para a demonstração de um índice de eficiência das demandas judiciais, principalmente pelo fato de não ter capturado as situações de suspensão do feito em função de não localização de bens dos executados.

A evolução quantitativa de demandas ajuizadas pelo Município de Uberlândia corresponde ao quadro abaixo, obtido do questionamento acima:

3.3.3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROCURADORIA EM TORNO DA EFICIÊNCIA DO LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Por fim, solicitamos a Procuradoria Geral do Município de Uberlândia acerca da sua percepção em torno da eficiência do processo: “Ainda, existem indicadores que apontam as causas de ineficiência do lançamento de crédito tributário? Ou ainda, de ajuizamento das demandas judiciais?”

A percepção foi importante principalmente no que tange a conclusão firmada em torno do assunto:

Como a inscrição em dívida ativa e a emissão da CDA não é realizada pela Procuradoria, mas pela Secretaria de Finanças, temos observado problemas relacionados ao banco de dados de contribuintes que apesar das constantes tentativas de melhora não confiável. Por outro lado temos também questões relativas a interpretações jurisprudenciais, que ora confirmam nossa pretensão e ora a rejeita, tais como ISS leasing, ITBI nos casos em que o comprados não procedeu à escrituração do imóvel, etc.²²³

Conforme podemos apurar, a resposta do Município bem demonstra uma das causas de ineficiência processual e quiçá formadora das chamadas taxas de contingências: a não confiabilidade nas informações internas.

Observamos assim, que a questão da instrumentalidade processual, e estabelecimento da celeridade não passa apenas pelas reformas legislativas, mas também pela criação de condições para implemento das garantias constitucionais.

Outro ponto interessante apontado pelo Município, diz respeito ao destoar das secretarias de finanças municipais que criam processos administrativos tributários contrários aos entendimentos firmados pelos tribunais superiores, bem como em conflito aos ditames legais e à competência conferida aos entes municipais para legislar em matéria tributária.

Um aspecto interessante apontado disse respeito ao ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza), destacando que os lançamentos em torno desse imposto decorrente de operações de *leasing* destoa do entendimento firmado de o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador. Via de consequência, a título de

²²³ UBERLÂNDIA (Município). Procuradoria Geral do Município. **Ofício nº 469/2013 – PGM/PAF, de 11 de novembro de 2013**. Assunto: encaminha informações solicitadas.

exemplo é o Município competente para exigir a documentação pertinente aos fatos geradores ocorridos no seu limite territorial²²⁴.

Destacamos, esse entendimento foi inclusive pronunciado pelo STJ²²⁵, fazendo com que a demonstração e existência de processos administrativos tributários dessa natureza fazem perdurar situações de insegurança jurídica e de injustiça, contrária a correta interpretação da lei federal que estabeleceu regras gerais para o exercício da competência dos entes municipais.

De qualquer modo repisamos, a instituição de processos administrativos tributários mais céleres evidentemente representam garantias para o contribuinte, além de tudo para a própria Administração em função das suas incumbências relacionadas aos atos de probidade administrativa.

Portanto, reiteramos, o processo não pode ser visto como um fim em si mesmo mas como instrumento de promoção de tutela dentro de um prazo célere capaz de observar as prerrogativas constitucionais processuais.

²²⁴ BRASIL. Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 70011952264 – DJ 05.10.05.

²²⁵ [...]7. O contrato de *leasing* financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116//203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento. 8. As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil. [...] (REsp. 1.060.210-SC (2008/0110109-8) DJ 28/11/2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, observamos principalmente a partir da EC 45/2004 uma necessidade de releitura do processo, tanto o judicial como o administrativo principalmente no sentido de passarmos a considerar a celeridade processual como nova modalidade de garantia a ser observada.

Com essa nova releitura axiológico-valorativa, certamente os textos de lei inseridos em período anterior que versam acerca do processo devem ser compreendidos sob essa perspectiva constitucional. Ademais bem observamos que no tocante ao processo administrativo tributário, o legislador municipal de Uberlândia tem inserido textos de lei capazes de propiciar o enfrentamento da celeridade com a sua menção expressa.

De qualquer modo, em nada adianta a observância da celeridade se a mesma for vista como a simples sumarização de atos, e se não considerada em conjunto com as demais outras garantias processuais tais como o contraditório e ampla defesa.

Também, pelo estudo realizado, observamos deve ser encarado como corolário da dignidade da pessoa humana, corroborando esse entendimento, o processo administrativo tributário é uma manifestação do Estado Democrático de Direito, devendo ser compreendido como tal.

Via de consequência, como premissa da Administração Pública na observância da legalidade de seus atos, o agir em celeridade deve ser compreendido como estar pautada na legalidade. Portanto, pelo estudo temos que o agir estatal no controle da legalidade deve ser aquele que reporta a necessidade de processos céleres, bem como da implementação de meios, não apenas legislativos, como também estruturais para a efetiva eficácia da aludida garantia fundamental.

PRINCIPAIS REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Teoria Crítica do Direito e o Acesso à Justiça como novo método de pensamento**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org). **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª edição, 5ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 10ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Miradas sobre o processo civil contemporâneo**. In: Temas de direito processual, sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997

BAUMAN, Zygmunt; tradução Carlos Alberto Medeiros. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo RT: 1994.

BESTER, Gisela Maria. **Cadernos de Direito Constitucional – Parte I Teoria Constitucional**. 1ª edição. Porto Alegre: Editora Síntese, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª edição, 1980.

BOTALLO, Eduardo Domingos. **Curso de processo administrativo tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o governo dos piores: uma gramática da democracia**. Trad: Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2011**. Publicação: 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972**. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional (Seção I), Ano XLVII, nº 58, 1º de maio de 1992.** Brasília-DF. p. 7850.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9420/DF – DJ 06.09.04.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 16.031/DF – DJ 26.06.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.090/DF – DJ 08.05.13.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.060.210-SC – DJ 28.11.12.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil: volume 1**, 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2013.

CARTAXO, Maria de Fátima Pessoa de Mello. **Processo Administrativo: aspectos atuais.** São Paulo: Cultural Paulista, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14ª edição. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2ª edição. São Paulo: RT, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y controle de la Administración.** 5ª Ed. Madrid: Civitas, 2000.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo.** Madrid: Civitas, 1974.

FAZZALARI, Elio. **Proceso: Teoria Generale. Novissimo Digesto Italiano.** Torino, v. XIII, 1966.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1ª Ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo, Martins e Fontes. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi; MANERO, Juan Ruiz. **Dos Modelos de Constitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2012.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. **Princípios do Processo Administrativo e a Importância do Processo Administrativo no Estado de Direito (arts. 1º e 2º)**. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (coord.) **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99)**. Belo Horizonte: Editora Fórum.

GICO JÚNIOR, Ivo. **Metotologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito**. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 47, p. 25-65, jan-mar/2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Controle de Políticas Públicas pelo Poder Judiciário**. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org). **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia: uma reavaliação da presunção de veracidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoría General del Derecho y del Estado**. (trad. Eduardo García Máynez). 3ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. (trad. João Baptista Machado) 6ª edição 5ª tiragem. São Paulo: Martins e Fontes, 2003.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos – Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. 1ª edição. Barueri: Manole, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo jurisdicional democrático – uma análise crítica das reformas processuais**. 1ª Edição Curitiba: Juruá Editora, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **A processualidade administrativo-tributária como garantia fundamental dos contribuintes diante da atividade da Receita Federal**. Revista Dialética de Direito Tributário, n. 84, set. 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Aspectos do direito de defesa no processo administrativo tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo: Dialética, n. 175, abr. 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6ª edição, São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 11ª edição. São Paulo: RT, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional**. Revista de Direito Constitucional e Internacional RT, São Paulo: RT, vol. 69, out. 2009.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MEDAUAR, Odete. **O princípio da razoável duração do processo administrativo**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno. v. 4**. 3ª edição. São Paulo: RT, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Controle de Constitucionalidade pelos Tribunais Administrativos no Processo Administrativo Tributário**. Revista de Direito Tributário nº 75, São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Shirlei Silmara de Freitas. **Tutela cautelar no processo administrativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. tomo IV, “Direitos Fundamentais”, Coimbra, 1988.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição, São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **O dever de decidir**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **Participação popular no processo administrativo: consulta, audiência pública e outros meios de interlocução comunitária na gestão democrática dos interesses públicos**. In: NOHARA, Irene Patrícia; MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise Crítica das Reformas Processuais**. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil – volume I**. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

OLSEN, Frances. **Legitimidad, pobreza y resistencia**. Buenos Aires: Mino y Dávila, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Fiscalização não Jurisdicional de Constitucionalidade da Lei Tributária e a Lei nº 11.941/09**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDB) n. 169, Dialética: São Paulo, out. 2009.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação 700006474233 – DJ 15.09.04

ROCHA, Sérgio André. **Duração razoável do processo administrativo fiscal**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo, n. 142, jul. 2007.

RODRIGUES, Ângela de Lourdes. **Judiciário na sociedade democrática: o processo como limitador**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.); SOUSA, Simone Letícia Severo e (Org.). **Teoria geral do Direito Público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Processo Administrativo Tributário**. Pesquisas Tributárias, Nova Série. Nº 5, Coordenador Ives Gandra da Silva Martins, Centro de Extensão Universitária e RT, São Paulo, 1999.

ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SANTOS, Igor Raatz dos. **Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**. Revista de Processo, ano 36, n. 192, fev. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCAFF, Fernando Facury. **Garantias fundamentais dos contribuintes à efetividade da Constituição**. Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT), São Paulo, n. 94, jul. 2003.

SCHENK, Leonardo Faria. **Notas sobre o Modus Operandi das Cortes Europeia e Interamericana para a Aferição das Violações do Direito à Razoável Duração dos Processos**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, São Paulo, Ano XII, n. 84, jul/ago. 2013.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia**. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (orgs.). **Atuais Rumos do Processo Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCHNEIDER, Gabriela. **A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios**. Revista Brasileira de Direito (RBD), Florianópolis: CONPEDI, n. 4, jan/abr. 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Distribuição disfarçada de lucros**. São Paulo: Dialética, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação dos atos viciados**. São Paulo: Malheiros Editores.

SOARES FILHO, José. **Acesso à Justiça no Brasil**. Revista Brasileira de Direito (RDB), n. 4, jan/abr. 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/artigo 51. htm](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/artigo%2051.htm) >. Acesso em: 7 nov. 2013

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito processual constitucional**. Revista Estação Científica (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, vol. 01, out/nov. 2009.

THOMÉ, Romeu. **Os direitos fundamentais como limitadores do poder estatal no Estado**. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.); SOUSA, Simone Letícia Severo e (Org.). **Teoria geral do Direito Público: institutos jurídicos fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais da duração razoável e da economia processual no projeto do Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Ano 36. n 192. Fev/2011 RT.

UBERLÂNDIA (Município). **Lei nº 8.814, de 30 de agosto de 2004**. Disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública municipal.

UBERLÂNDIA (Município). **Lei Complementar nº 313, de 16 de abril de 2013**. Estabelece as normas de proteção e garantia ao contribuinte no Município de Uberlândia.

UBERLÂNDIA (Município). **Lei Complementar nº 508, de 17 de dezembro de 2009.** Dispõe sobre o processo administrativo tributário municipal, revoga os dispositivos que menciona e dá outras providências.

UBERLÂNDIA (Município). **Lei Complementar nº 522, de 22 de março de 2011.** Altera a Lei Complementar 508 de 17 de dezembro de 2009.

UBERLÂNDIA (Município). Procuradoria Geral do Município. **Ofício nº 469/2013 – PGM/PAF, de 11 de novembro de 2013.** Assunto: encaminha informações solicitadas.

VALOR ECONÔMICO. Disponível em:
http://www.valor.com.br/imprimir/noticia_impresso/3199098., acesso em 16/07/2013.

VALOR ECONÔMICO. Disponível em:
<http://www.valor.com.br/imprimir/noticia/3208480/legislacao/3208480/receita-deve-s...25/07/2013>, acesso em 25/07/2013

VELOSO, Waldir de Pinho. **Direito Processual Administrativo.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

XAVIER, Alberto. **A questão da apreciação de inconstitucionalidade das leis pelos órgãos judicantes da Administração Fazendária.** Revista Dialética de Direito Tributário. Nº 103, Dialética: São Paulo, abril. 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** 6ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

ANEXO

Ofício nº. 469/2013 - PGM/PAF

Uberlândia, 11 de novembro de 2013.

Assunto: Encaminha informações solicitadas.

Prezado Senhor,

Conforme solicitado em conversa anterior, seguem as respostas às indagações.

1 – Qual o critério de ajuizamento de medidas judiciais (execuções fiscais) pelo município, considerando a preocupação do mesmo de não incursão em situações de prescrição e decadência?

São executadas judicialmente somente dívidas inscritas em Dívida Ativa e cuja a execução foi previamente liberada pela Secretaria Municipal de Finanças. O valor da somatória das dívidas componentes da Certidão de Dívida Ativa (CDA), e posterior Executivo Fiscal, deve ser maior ou igual a R\$ 200,00.

Atualmente são distribuídos 50 executivos fiscais por dia, de dívidas geradas até o ano de 2009 inscritas em Dívida Ativa, considerando os critérios de liberação para execução da Secretaria de Finanças e a não inclusão de dívidas prescrita.

2 – Qual é o volume de processos ajuizados (entre os anos de 2008 a 2013)?

VOLUME DE EXECUÇÕES AJUIZADAS ENTRE 2008 E 2013 (até 01/10/2013)

ANO	QUANTIDADE
2008	37.228
2009	41.328
2010	9.997
2011	2.933
2012	2.356
2013	3.669
TOTAL	97.511

PGM /2013

Av. Ubiratan Honório de Castro, nº 826 – Santa Mônica – CEP 38408-154 - Uberlândia – MG - Telefones: (34) 3239-3108/3103

dbc - 1 de 2

3 – Temos informações sobre extinções de processos entre os anos referidos em decorrência de prescrição e decadência?

VOLUME DE EXTIÇÕES DE EXECUÇÕES DISTRIBUIDAS ENTRE 2008 E 2013
POR MOTIVO DE EXTIÇÃO (até 01/10/2013)

ANO	PAGAMENTO	PRESCRIÇÃO	DESISTENCIA	TOTAL
2008	4.548	54	1.290	5.892
2009	13.433	59	541	14.033
2010	3.627	0	177	3.804
2011	569	0	24	593
2012	166	0	18	184
2013	102	0	10	112
TOTAL	22.445	113	2.060	24.618

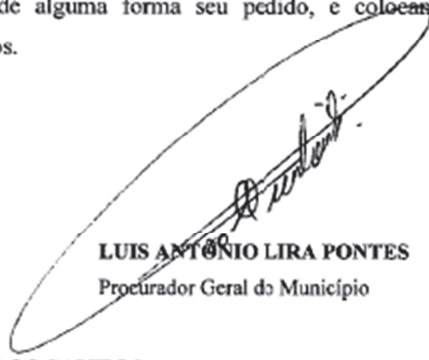
4 – Ainda, existem indicadores que apontam as causas de ineficiência do lançamento de crédito tributário? Ou ainda, de ajuizamento das demandas judiciais?

Como a inscrição em dívida ativa e a emissão da CDA não é realizada pela Procuradoria, mas pela Secretaria de Finanças, temos observado problemas relacionados ao banco de dados de contribuintes que apesar das constantes tentativas de melhora não confiável. Por outro lado temos também questões relativas a interpretações jurisprudenciais, que ora confirmam nossa pretensão e ora a rejeita, tais como ISS leasing, ITBI nos casos em que o comprador não procedeu à escrituração do imóvel, etc

Esperamos ter atendido de alguma forma seu pedido, e colocamo-nos à disposição para eventuais questionamentos.

Atenciosamente,


FLÁVIO VIEIRA LUCIANO
 Procurador Adjunto Fiscal


LUIS ANTÔNIO LIRA PONTES
 Procurador Geral do Município

AO DR. HARRISSON FERNANDES DOS SANTOS