

PAULO BARRA NETO

**O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA
APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL**

Ac 66424
336-2
B 2689
13831618 CATIVO

FORTALEZA-CE

2002

1 - Execução fiscal

PAULO BARRA NETO

**O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA
APLICAÇÃO NA EXECUÇÃO FISCAL**

Dissertação apresentada à
Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para a obtenção do
título de mestre em Direito, sob a
orientação do Prof. Dr. Paulo Lopo
Saraiva.

FORTALEZA-CE

2002

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SUA APLICAÇÃO NA
EXECUÇÃO FISCAL

Autor: PAULO BARRA NETO

Defesa em ___/___/___

Conceito obtido: MUITO BOM

BANCA EXAMINADORA

(Aprovado com
louvor)

Aprovada em ___ de ___ de 2002

Paulo Lopo Saraiva:

Prof. Paulo Lopo Saraiva
Orientador

[Assinatura]
Profº

[Assinatura]
Profº

FORTALEZA-CE
2002

DEDICATÓRIA

A minha família, pelo estímulo e compreensão, fontes de alegria e amor, quando me dedicava aos estudos.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva, pela compreensão, paciência e orientação segura e firme no decorrer desta pesquisa.

Ao estimado Prof. Falcão, ao qual atribuo, em grande parte, a responsabilidade de um matuto do Brejo do Apodi conseguir chegar a ser mestre em Direito, verdadeira façanha para um nativo daquele recôndito lugar.

Ao Prof. Idevaldo, que com sua sapiência, humildade e compreensão, fez ressuscitar a realização de um sonho que já estava quase morrendo.

Ao Dr. Edilson Nobre, pela inestimável ajuda com dicas importantes que abriram os horizontes para a conclusão do presente trabalho.

Aos meus colegas de Procuradoria do Estado, pelo estímulo que me deram para que eu chegasse ao fim dessa batalha.

Aos colegas de mestrado, o meu respeito e a minha admiração por compartilhar meio tão rico e fértil.

Ao Dr. Ariolino, amigo-irmão, pelo decisivo apoio nessa jornada.

NETO, Paulo Barra. *O princípio do devido processo legal e sua aplicação na execução fiscal*. Dissertação de Mestrado apresentada a Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Fortaleza: UFC, 2002.

RESUMO

Após estudos e pesquisas procurou-se conhecer a importância do princípio do devido processo legal e para aplicação na execução fiscal. Nesta oportunidade, estudou-se outros princípios constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao processo de execução. Os princípios apresentados neste trabalho têm como objetivo estabelecer as necessárias relações recíprocas, respeitando os princípios pertinentes ao Estado Democrático de Direito. Procurou-se abordar o tema levando em consideração o estudo dos princípios que norteiam o processo de execução fiscal, observando sobretudo, os princípios constitucionais e sua aplicação do fato a norma, a obrigatoriedade da defesa técnica, princípios gerais do processo e do administrativo fiscal. Foram considerados todos os aspectos para se chegar a plenitude de execução, respeitando o cidadão, no seu amplo direito de defesa. Para atender a este estudo, buscou-se como referencial leis, obras de doutrinadores nacionais e bem como outras publicações do gênero de congressos, onde se faz abordagem do tema. Verifica-se que apesar dos procedimentos breves o sistema vigente de execução fiscal não exclui a aplicação do devido processo legal evidenciando, portanto, a sua relevância.

ABSTRACT

This dissertation is about the importance of principle of due process of law. And its application in the revenue execution. In this opportunity, other constitutional and infraconstitutional principles that belong to execution process were studied. The principles presented in this dissertation have as objective to establish the necessary reciprocal relationship, respecting the principles pertinent to right democratic state. The study of the principles that direct the process of the revenue execution was considered observing especially the constitutional principles and its application in the fact and the norm, the obligation of the technical defense, the general principles of the process and the fiscal administrative. All the aspects were considered to get the plenitude of the execution, respecting the citizen in his ample right of defense. The source was taken by reading law, publications of national doutriniers and congress. It's observed that in spite of the brief procedure, the actual system of revenue execution doesn't exclude the application of the due process of law, so it is evident its importance.

“A história não faz nada, não possui nenhuma riqueza, não liberta nenhuma classe de lutas: quem faz tudo isto, quem possui e luta é o homem mesmo, o homem real, vivo; não é a história que utiliza o homem como meio para trabalhar seus fins como se tratasse de uma pessoa á ponte pois a história não é senão a atividade do homem que persegue seus objetivos”.

(Marx – A Sagrada Família)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO I - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	14
1 - Conceito de Princípios	15
1.1 - Princípios Constitucionais e sua Interpretação.....	17
1.2 - O Funcionamento dos Princípios	22
1.3 - Princípios Constitucionais e Princípios Gerais de Direito	25
1.4 - Os Princípios Gerais de Direito	28
1.5 - O Tratamento na Constituição dos Princípios Gerais de Direito e dos Princípios Constitucionais	31
1.6 - Os Princípios Constitucionais e a Constituição	33
CAPÍTULO II - O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	36
2.1 - Aspectos Históricos do Devido Processse Legal no Direito Hebreu, no Direito Grego e no Direito Romano	37
2.2 - Due Process of Law no Direito Inglês.....	40
2.3 - Due Process of Law no Direito Norte-Americano	45
2.4 - O Devido Processo Legal no Direito Brasileiro.....	47
2.5 - O Devido Processo Legal e a Constituição Federal de 1988.....	57
2.6 - Princípios Decorrentes do Princípio do Devido Processo Legal	63
2.7 - Enquadramento do Fato à Norma	66
2.8 - Obrigatoriedade da Defesa Técnica.....	68
2.9 - Publicidade dos Atos Processuais	71
CAPÍTULO III - O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	74
3 - Formas de Solução de Litígios.....	75
3.1 - O Processo.....	77
3.2 - Princípios Gerais do Processo.....	80
3.3 - O Processo na Constituição.....	82

3.4 - O Processo Administrativo Fiscal.....	83
3.4.1 - O Lançamento e a Contestação Administrativa	83
3.4.2 - Direitos e Garantias do Contribuinte	87
3.4.3 - Finalidades do Processo Administrativo Fiscal	89
3.4.4 - Princípios Informativos do Processo Administrativo Fiscal.....	91
3.4.5 - Evolução do Processo Administrativo Fiscal.....	93
3.4.6 - Jurisdição e Processo Administrativo Fiscal	96
3.4.6.1 - Processo Versus Procedimento.....	96
3.4.6.2 - O Núcleo Comum de Processualidade	99
CAPÍTULO IV - A EXECUÇÃO FISCAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	105
4 - Execução Fiscal.....	106
4.1 - Meios de Defesa	129
4.1.1 - Deferimento ou não da inicial	129
CONCLUSÃO	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	154

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, que tem como objetivo principal, galgarmos o grau de mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, foi fruto de uma ampla pesquisa acerca do princípio constitucional do devido processo legal, e sua aplicação no processo de apuração, inscrição e execução da dívida pública estadual.

A escolha do tema deveu-se, principalmente, ao fato de, na qualidade de Procurador do Estado do Rio Grande do Norte, tenho exercido o mister em três Procuradorias regionais, e, nos últimos dois anos, à frente da Procuradoria Fiscal e da Dívida Ativa. Esse fato nos ligou muito ao tema. Quem exerce as funções acima enumeradas, está justamente a lidar no dia a dia, com o processo de execução fiscal em seus diversos aspectos.

Dizemos diversos aspectos porque lidamos com o processo de dívida ativa, desde o seu nascedouro até o seu termo, pela satisfação do crédito público tributário, pelas suas mais diversas formas de satisfação. Ou seja, quer pela constrição de bens, pelo parcelamento, ou até mesmo pela liquidação pura e simples por parte do devedor, quando, mesmo havendo respondido a todas as fases de um demorado processo executivo fiscal, reconhece o débito e satisfaz voluntariamente o seu pagamento.

Por toda essa vivência no campo da cobrança da dívida ativa do Estado do Rio Grande do Norte é que nos veio a idéia de escrever sobre o tema, e, como não é um assunto muito polêmico, resolvemos enfocá-lo do ângulo de sua convivência com o sagrado princípio constitucional do devido processo legal.

Para tanto, procuramos desenvolver o trabalho em quatro capítulos distintos, enfocando, em cada um deles, os aspectos mais elementares que se completam no final.

No primeiro capítulo, procuramos definir o que é princípio, e, por sua vez, princípio constitucional.

Delimitado o tema geral sobre princípio, enfocamos, no segundo capítulo, o princípio que mais nos direciona no presente trabalho que é o do devido processo legal.

No terceiro capítulo, procuramos enfocar o processo administrativo fiscal, em todas as suas fases, destacando-se nele a aplicação do devido processo legal, âmbito de nosso estudo.

Finalmente, no quarto capítulo, tratamos do processo de execução fiscal propriamente dito, na área judicial, onde enfocaremos todos os aspectos, desde a certidão da dívida ativa, até os meios de defesa no processo executivo, destacando, além dos embargos do executado, meio próprio de sua defesa, outros meios de defesa como a ação cautelar fiscal, a ação anulatória de débito fiscal e, até mesmo, uma incursão pelo novo instituto da exceção de pré-executividade.

E, para concluir, demonstraremos que, apesar de existir a pecha de que o Estado é um voraz cobrador dos tributos instituídos para sua manutenção, mesmo assim, para sua consecução, o contribuinte é submetido, em sua maior amplitude, ao sagrado princípio constitucional do devido processo legal.

CAPITULO I - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

1 - Conceito de Princípios

Antes de incursionarmos pelo tema proposto, é necessário que se faça, primeiramente, uma definição do que venha a ser princípios, e, somente a partir daí, trataremos do tema propriamente dito.

O pensamento jurídico mundial, mais precisamente depois da metade do século XX, vem experimentando notáveis transformações, decorrentes, principalmente, da superação de paradigmas, norteados pela nova hermenêutica, que, depois da constituição francesa de 1.804, fincava-se sobretudo na rigidez da lei como instrumento de regulação dos comportamentos sociais, onde impedia qualquer criatividade por parte do intérprete da norma.

Em contraposição ao sistema jurídico fechado daquela época, surgiu uma outra sistemática, calcada numa estrutura aberta, construída, a partir da jurisprudência, como sendo o meio mais eficaz e rápido de acompanhar a evolução social.

Diante desse quadro, a importância dos princípios desperta com maior intensidade, com uma importância tamanha que chega a ser a bússola para a solução dos conflitos de interesses, objetivo maior do Direito.

Para se chegar a esse patamar, houve uma contribuição decisiva das cortes constitucionais instaladas após a Segunda Grande Guerra, onde se passou a buscar a efetividade das disposições constantes nas cartas magnas, mesmo que não viessem explicitamente nas regras jurídicas então vigentes.

No caso brasileiro, a Constituição de 1.988 deu seu pontapé inicial, com significativas mudanças, ao destacar no Título I, os valores estruturais do ordenamento brasileiro, chegando até mesmo a ser chamada de constituição de princípios ou constituição principiológica.

A partir daí, passou-se a ter o reconhecimento de que, além das normas oriundas do processo legislativo estatal, existem outras muitas vezes não explicitadas, mas que servem de esteio para o sistema jurídico como um todo.

Diante dessa constatação, podemos dizer que, além do direito formulado pelas leis ou manifestados em práticas sociais, existem outras normas que, apesar de não se basearem na autoridade do Estado, nem nos interesses de uma determinada força social, são possuidoras de uma força normativa tão grande que se tornam o fundamento mais firme e eficaz de leis e de costumes.

De antemão, enfocaremos aqui o vocábulo princípio como uma construção. O vocábulo "princípio", ora estudado, apresenta-se no seu sentido coloquial, onde representa aquilo que se faz pela primeira vez, ou seja, a primeira formação de alguma coisa, a origem, o começo, como pode-se observar nos adágios populares: Desde o *princípio* do mundo. O princípio do bem e o princípio do mal; o trabalho é o princípio da riqueza. É, portanto, o ato de principiar ou começar.

Do ponto de vista jurídico, o termo princípio é largamente utilizado como sinônimo de noção fundamental, como sustentáculo de um determinado sistema jurídico ou de parte dele, conforme se ilustra com o pensamento de alguns renomados juristas:

Para BOBBIO (s.d.:158), princípios gerais são apenas normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normais mais gerais.

Do mesmo modo, MELLO (2.001:408-409), diz que princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

O jurista Wilis Santiago Guerra Filho, simplificando o tema, diz que a separação entre normas jurídicas que são regras, daquelas consideradas princípios, decorre de que as primeiras se manifestam pela estrutura lógico-deôntica, constituída pela descrição de uma hipótese e a previsão de uma consequência, a realizar-se quando da ocorrência da moldura fática nela prevista.

Assim sendo, segundo referido autor, a maneira mais prática para separar os princípios das regras reside, na sua maior abstração, na medida em que não se reportam, ainda que hipoteticamente, a nenhuma espécie de situação fática que dê suporte à incidência da norma jurídica.

Portanto, pode-se definir os princípios jurídicos como as normas que servem de fundamento a determinado ordenamento, ou a setor deste, as quais, sem enveredar em seu conteúdo, pelo binômio hipótese-sanção, como acontece com as regras, consagram os valores fundamentais de uma determinada sociedade.

1.1 - Princípios Constitucionais e sua Interpretação

A constituição não é nem pode ser um documento estático. É próprio da vida social a sua constante mutação. Seus diversos aspectos (econômicos, políticos, culturais, morais, etc.) entrelaçam-se para dar lugar a uma amálgama de elementos que reciprocamente se estimulam no campo da evolução.

O fenômeno jurídico não poderia ficar de fora, mesmo quando não tenha condições de se antecipar ou de propiciar essa evolução. Ele não pode deixar de, ao menos, acompanhá-la.

São duas realidades que dialeticamente se inter-relacionam: a constituição formal e a material. Esta última acaba por configurar novas situações, e o Direito, na parte que nos interessa, a constituição, não pode deixar de utilizar as vias pelas quais possa atualizar-se e pôr-se em dia com a realidade social.

São diversas as formas de alteração da constituição. Queremos fazer aqui referência apenas a duas: a aprovação de emendas constitucionais, que findam por alterar a literalidade do próprio texto constitucional, agregando, suprimindo ou alterando um ou alguns dos seus preceitos. É o método mais conspícuo de alterações constitucionais. Esse processo de exercício do poder reformador é delineado no próprio texto constitucional.

Portanto, há balizas jurídicas muito sérias que o controlam. É um meio eminentemente político, que sempre dependerá da conjugação de forças legislativas, e por vezes até populares, nos casos de plebiscito ou *referendum*.

É, em síntese, um sistema marcado pela formalidade, pela difusidade no meio social, eis que normalmente a aprovação de emendas à constituição suscita a atração nacional, e também permeado pela certeza jurídica, uma vez que a alteração constitucional fica consagrada literalmente na constituição.

Há outro caminho que, embora apresente características diversas, cumpre o mesmo objetivo: leva a uma alteração constitucional. Esta via é trilhada pelos intérpretes da Constituição, sobretudo o Poder Judiciário.

Não se pode subestimar o papel desempenhado pela evolução interpretativa que se dá sem mudança do texto constitucional escrito. Essa via é mais trilhada em alguns países que em outros. O certo é que ela existe. Não segue um caminho ditado pela constituição.

Defrontado com o caso concreto, o juiz é forçado a extrair o comando concreto a ser aplicado. Entre a literalidade do texto constitucional e a concretude do ato de aplicação da constituição medeia a vontade do intérprete, balizada pelos limites ínsitos no exercício da jurisdição.

O intérprete tem alargada sua atuação naquelas "zonas moles" da constituição, onde os conceitos se apresentam "flácidos".

A constituição nem sempre oferece soluções prontas para uma determinada situação, limitando-se, no mais, a fornecer direções gerais. Estas expressam-se, principalmente, sob a forma do que comumente se designa por princípios.

As constituições são tributárias de um conjunto de opções axiológicas. Não há constituição neutra. Diante dos plúrimos valores que o mundo encerra, tem ela de encampar um ou mais deles.

Não nos será possível, contudo, visualizar essa realidade através de uma "lupa jurídica" que nos demonstrasse perfeitamente como esses valores

entram na constituição. Nem tampouco se poderá sustentar que se trata de um "subproduto inconsciente" de quem elaborou a constituição.

Isso por que, embora estejam os valores, na maior parte dos casos, consignados expressamente nas normas constitucionais, muitos outros haverá que, não obstante a falta de declaração explícita, se revelam e se impõem a partir de um amplo conjunto de normas que os dão por pressupostos.

Observa-se que, neste momento, poderá haver uma certa confusão com um dos axiomas estudados no capítulo anterior, e que ordena que se considere a constituição, em seu conjunto, como unidade coesa de regras.

Contudo, o que se vem estudando aqui se refere ao produto principiológico que a observação desse postulado pode gerar.

A partir da obediência a essa axioma, poderão emergir princípios constitucionais que passam da obscuridade à compreensão de que vigoram em termos genéricos, e não só naquelas regras particulares que estão imbuídas de seus mandamentos.

Sinteticamente, isso significa que várias regras, encontrando fundamento na mesma idéia comum, elevam-na à categoria de princípio.

Os princípios estão na Constituição permeando todo seu texto, alguns encontrando regulamentação explícita, enquanto outros vêm embutidos no contexto das diversas regras.

Por outro lado, não é o fato de haver valores consignados constitucionalmente, mas que aparentemente se conflitam, que põe em dúvida o axioma de que a constituição tem de ser considerada como um todo.

É que, por força daquele verdadeiro dogma de interpretação constitucional, as aparentes colisões hão de se desfazerem, valendo-se de técnicas elaboradas especificamente com esse propósito.

Contudo, já se verificou que não há constituição axiologicamente neutra. Mais do que isso: Praticamente todas as constituições vão buscar elementos em mais de uma ideologia. Isso por que não há entre os constituintes um consenso.

Normalmente, as normas programáticas é que são o fruto dos compromissos assumidos na constituinte. É um engano achar que ela possa chegar a um consenso pleno.

Exemplo disso é o que ocorreu em nosso país com o instituto da participação dos empregados nos lucros das empresas. Na elaboração da constituição não se chegou a um consenso sobre o tema.

Daí o apelo para uma fórmula compromissória, afirmando-se conveniente um dispositivo programático. De um lado, declara-se o direito ao lucro, mas, de outro, se atribuía essa feição programática que posterga no tempo a implementação desse Direito.

É importante reconhecer que existe um consenso entre os estudiosos do Direito de que vigora em todo o sistema jurídico, um conjunto de idéias e normativas que se caracterizam por serem abstratas do ordenamento.

Constituem suas idéias fundamentais informadoras, segundo a definição de CASTRO (1.989). São, pois, os princípios constitucionais, denominação tradicionalmente utilizada para designar essas realidades, a qual também utilizaremos.

Os princípios constitucionais, que se passam a estudar, são mais projetores de critérios interpretativos do que receptores. Mas isso não significa que os princípios tenham qualquer pretensão exclusivista em relação aos demais critérios já estudados.

Dentre a diversidade destes, que já observamos serem muitas vezes contraditórios, deve-se dar preferência aos que melhor se amoldem aos valores encampados nos princípios. Estes já oferecem um conteúdo.

O problema surgirá em saber até que ponto deve ser aplicada a determinada norma que esteja sendo manuseada pelo intérprete.

De qualquer forma, pode-se dizer validamente que se deve procurar uma interpretação que harmonize, ao máximo, a norma interpretada com o princípio ou princípios aos quais se vincula.

Não se trata senão de implementar o que já Story havia determinado:

Nenhuma corte de justiça poderá interpretar uma cláusula constitucional em ordem a frustrar-lhe os óbvios fins, se do mesmo passo coube outra interpretação que, acorde com o texto e o sentido da Constituição, venha observá-los e protegê-los.

Os princípios, portanto, não são um mero equivalente dos critérios de interpretação já abordados no capítulo precedente. Não se confundem com estas realidades. É como se o objeto interpretando fosse um conjunto: a norma e o princípio.

O princípio vem a ajustar-se à norma para permitir, sem se tirar desta o seu mínimo imutável, seu preenchimento de acordo com os valores que o próprio princípio encampa e que conferem aquela unidade ao sistema.

Será preciso, contudo, aclarar essa idéia. Poder-se-ia classificar o método em duas etapas. Numa primeira etapa, o princípio não é visto como regra de interpretação, mas é ele mesmo objeto da interpretação.

Embora seja objeto interpretativo, não será o de maneira tradicional, como vimos descrevendo.

Apresenta o princípio características peculiares que o diferenciam e exigem o desenvolvimento de uma atividade interpretativa própria.

E uma das diferenças que desde logo se constata é a de que não se procura a interpretação isolada do princípio.

Sua significação se dá na medida em que alcança outra norma. Daí se atribuir determinado conteúdo que ele, e *per se*, talvez não tenha.

Outra diferença que se pode traçar é que os princípios se interpretam muito mais por si mesmos, o que vale dizer que não obedecem necessariamente aos critérios interpretativos indicados no capítulo anterior.

Isso por que os princípios, em relação a esses critérios, como já se disse, são indicadores interpretativos a auxiliarem o intérprete na escolha de um ou de outro.

Daí a conseqüente insuficiência desses critérios para traçar ou definir a linha interpretativa válida quanto aos princípios. Ou seja, é nos princípios que se encontrarão as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à

interpretação constitucional. A interpretação dos princípios, por sua vez, é realizada a partir deles mesmos. E aí se encontra, fora de dúvida, grande parte da importância da tarefa interpretativa que deverá, como vimos, adaptar o texto constitucional à realidade social na qual se insere. Sem dúvida que os princípios albergam valores que passam a ter significação e relevância jurídica.

Não trataremos, contudo, do estudo sobre a relação entre valores e princípios. Deixaremos para abordá-la em tópico próprio.

Passemos, agora, a aprofundar o estudo dessas funções desempenhadas pelos princípios.

1.2 - O Funcionamento dos Princípios

Como já se disse, na eleição de um método interpretativo é que repousa, em grande parte, a discricionariedade do sujeito que efetua a interpretação, que não pode nem mesmo deve ser deixada completamente nas mãos do intérprete.

Por isso é que existem autores que propõem a utilização dos diversos critérios em subordinação aos princípios e tendo-se sempre em vista o atingimento de um resultado satisfatório.

Esse, inclusive, é o entendimento do mestre BONAVIDES e ANDRADE (1.991), para quem um:

Expediente elementar de interpretação constitucional consiste em tomar sempre a Constituição globalmente, como um todo de que as cláusulas particulares se fazem tributárias e indissociáveis, recebendo luz, significado e vida da finalidade conjunta e comum corporificada no instrumento máximo ou seja nas idéias e princípios essenciais da Carta Magna.

Nesse sentido, aplicar-se-ia, por exemplo, o critério da linguagem comum para traçar o significado de uma norma, tendo em consideração o objetivo visado pelos princípios aos quais se vincula a matéria versada no dispositivo em análise.

Não se pode desconsiderar, também, que, muitas vezes, o intérprete visualiza as conseqüências que a interpretação trará ao mundo fático, realizando, assim, projeções possíveis para verificar se o resultado seria satisfatório.

Analisaremos este aspecto mais adiante, quando trataremos das conseqüências da atividade interpretativa, que não são desdenhadas pelo raciocínio desenvolvido pelo intérprete.

Nesse sentido, pois, não seria uma atividade totalmente neutra, uma vez que os princípios constitucionais são metas que podem e devem entrar a qualquer momento no discurso do Direito.

Aos princípios corresponde a missão de orientar e coordenar os diferentes dados e fatores que concorrem na interpretação constitucional, ou seja, os princípios seriam uma espécie de "direito concentrado".

Ao mesmo tempo em que necessitam ser concretizados, o que vale dizer determinados em seu conteúdo, os princípios valem como sinais a guiarem a utilização das diversas regras hermenêuticas.

Em função disso, podemos dizer que há diferenças de ambição das normas constitucionais: são diversas normas que não podem pretender ter a mesma intensidade. Isso não significa que venham imediatamente todos eles aplicados, dado que seu conteúdo constitui o programa máximo, o objetivo final que, através deles, uma comunidade nacional concreta aspira a alcançar.

Sintetizamos as funções desempenhadas pelos princípios com breve trecho de Usera:

... significa a absoluta preponderância com que os princípios atuam no curso do processo hermenêutico constitucional, tanto quanto são eles que selecionam os métodos, guiam seu desenvolvimento e, por último, atribuem o significado constitucionalmente correto a um enunciado normativo.

Em resumo, cumprem duas funções, a saber: a primeira, instrumental, que compreende a mencionada seleção e guia do emprego dos cânones hermenêuticos; a Segunda, material, quando ajusta os conteúdos do interpretado e do interpretável, dos princípios e do objeto concreto do caso específico.

Temos enfatizado a preponderância que os princípios desempenham na atividade interpretativa das demais normas constitucionais. Contudo, cumpre acentuar que há alguns limites. Os princípios não vão ao ponto de anularem uma norma constitucional que com eles aparentemente seja incompatível.

A esse respeito já se manifestou nosso Tribunal Supremo, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, pela impossibilidade de se considerar inconstitucional uma norma constitucional “inferior” ao princípio: “A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face das outras é impossível com o sistema de constituição rígida”.

Na atual Carta Magna “*compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição*” (Art. 102, *caput*). Isso implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição.

Ainda sobre o mesmo tema, e reportando-se agora às chamadas cláusulas pétreas, que nada mais são do que um conjunto de regras e princípios que não admitem alteração pelo poder reformador, assim se manifestou nosso Tribunal:

Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limite ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.

Os princípios cumprem, portanto, relevante função na atividade desenvolvida pelo intérprete, sendo imprescindíveis à boa compreensão do texto constitucional.

Sua utilização deve objetivar a harmonização das diversas normas constitucionais, nunca a exclusão ou eliminação de qualquer delas, nem mesmo poderão servir de fundamento a uma orientação que retire da norma seu mínimo de eficácia. Relembramos aqui os pressupostos constitucionais: o intérprete deve buscar a máxima eficácia possível da norma que interpreta, mas de forma harmônica com as demais regras e princípios.

1.3 - Princípios Constitucionais e Princípios Gerais de Direito

Utilizamo-nos, até o momento, do vocábulo “princípios”, indistintamente. Contudo, cumpre agora levarmos a cabo a diferenciação entre os princípios constitucionais e os princípios gerais de Direito, deixando claro, contudo, que ambas as espécies são de grande interesse para a teoria da interpretação constitucional.

Segundo Trabucchi, os princípios que se induzem por abstração a partir do ordenamento positivo, não devem confundir-se com os princípios gerais do sistema, que constituem pressupostos da vida jurídica e social e que são tanto critérios inderrogáveis quanto diretrizes para a interpretação e aplicação das normas.

De fato, mesmo que nossa Constituição não se declarasse seguidora do modelo federativo, a adoção desse princípio se imporia pela divisão de competências que realiza nossa Carta Magna.

O princípio federativo, nesse caso hipotético, estaria então induzido. Mas esse princípio, que se reporta tão-somente ao modo de organização do Estado, não se confunde, por sua vez, com aqueles princípios gerais do sistema, ou princípios gerais do Direito, que são pressupostos da vida jurídica, exatamente porque não se circunscrevem a uma parcela do ordenamento jurídico, antes se irradiando por toda sua extensão.

Assim, os princípios gerais de Direito encontram-se na Constituição, bem como servem de fundamento às demais áreas de nosso ordenamento jurídico. Estão presentes, portanto, em todo o sistema, com seu fundamento último de legitimidade.

O assento natural dos princípios gerais do Direito se dá na própria consciência social da época, na expressão de Betti, e a despeito de não precisarem de formulação positiva, nada prejudica sua natureza ou entorpece a sua função o fato de virem a receber formulação ou positividade.

Também De Castro menciona que em todos os países se distinguem normas que, apesar de não se basearem na autoridade do Estado, nem nos interesses de uma determinada força social, têm um vigor normativo tal que são o fundamento mais firme da eficácia das leis, exemplificando com as leis não escritas da Grécia e de Roma, com a razão natural do Direito Medieval e, mais modernamente, com a admissão de princípios jurídicos que estariam fora da letra das leis.

O ser humano sempre fez idéia do mundo que o cerca e, a partir de sua concepção, extrai uma série de conseqüências para si. Dessas situações normalmente surgem valores que são o sustentáculo da ordem estabelecida.

Dentre os valores que se adotam, alguns se revestem de grande transcendência e são considerados os pilares em que assenta o desenvolvimento das relações sociais e seu regramento.

Assim é que compreendemos os princípios gerais de Direito como a expressão, no campo jurídico, das verdades últimas do homem sobre si mesmo.

Nas constituições atuais, tem-se assistido a uma crescente assimilação dos princípios gerais de direito, que passam a ser traduzidos em normas expressas.

Aliás, é o corpo onde naturalmente devem encontrar-se insertos. Não obstante, esses princípios continuam a pertencer a um patamar mais elevado, merecendo a designação de princípios gerais de Direito.

Diz-se mais elevado não no sentido de colocá-los acima da própria Constituição, com o que serviriam de limites materiais ao próprio Poder Constituinte.

Essa doutrina mais se aproxima do Direito Natural, que considera alguns princípios como realidades universais e eternas.

Assim, não faltaram autores que, como García de Enterría e Gordejo Canhas, tenham encontrado esses princípios com o Direito suprapositivo, que nada mais seria do que o próprio Direito Natural.

Pelo contrário, sustentamos que esses princípios gerais de Direito, quando não expressos claramente na Constituição, podem, ainda assim, ser extraídos de seu texto, já que servem de verdadeiro suporte ao conteúdo de todas as suas normas.

Nada mais lógico, pois, que se pretendesse extrair os princípios gerais de Direito da própria Constituição, como também nada obsta a que se vá buscá-los em outras áreas da ciência jurídica.

Acontece, entretanto, que aqueles encartados na Lei Maior são indiscutivelmente de hierarquia superior, ao passo que, quanto aos demais, sempre restará alguma sorte de discussão em sede doutrinária.

Um dos aspectos que justificam essa diferenciação entre os princípios gerais de Direito e princípios constitucionais, de forma alguma meramente acadêmica, é a constatação de que, ao contrário dos princípios gerais de Direito, que têm recebido da doutrina em geral, como característica, a concepção da subsidiariedade de sua aplicação, os princípios consubstanciados na Constituição são normas, e como tais, não são meras construções informativas.

Assim, mesmo para aqueles que não compartilham senão do caráter subsidiário dos princípios gerais de Direito, não há como negar que, uma vez encampados pelo texto constitucional, servirão esses princípios de diretrizes interpretativas das demais normas, bem como de fundamento jurídico do restante do ordenamento jurídico, e do restante das normas constitucionais (característica comum a todos os princípios constitucionais).

Foi sobretudo a partir da obra de F. de castro que se tem defendido esta idéia, oposta à tradicionalmente aceita pela doutrina, no sentido de que a eficácia dos princípios gerais de Direito é muito superior à de uma mera norma subsidiária, tendo-se-lhe assinado uma tríplice função, a saber: 1) fundamento da ordem jurídica; 2) orientadora do trabalho interpretativo (aspecto de particular interesse no presente trabalho); e 3) fonte no caso de insuficiência da lei ou do costume (a denominada subsidiariedade, que encontramos expressa na maioria dos códigos civis).

O caráter informador, fundamentador, de que gozam os princípios gerais de Direito é normalmente aquele que acaba por amparar ou justificar sua função interpretativa, já que se os princípios preservar as normas constitucionais e as leis devem estar informados por aqueles princípios, por conseqüência deverão ser interpretados, no momento de sua aplicação, conforme eles próprios.

Por fim, cumpre apenas acentuar que os princípios que detonam clara conotação com um ramo ou setor do Direito, não sendo facilmente aplicados à totalidade do ordenamento jurídico, são qualificados como princípios constitucionais.

Assim, o princípio da publicidade, da motivação das decisões etc., são princípios de um estado de Direito, não se amoldando à noção de princípios gerais de Direito.

Da mesma forma, o princípio da legalidade tem aplicação limitada, carecendo de generalidade (tomada aqui no sentido de abrangência).

1.4 - Os Princípios Gerais de Direito

Quais seriam então esses princípios gerais de Direito e como os distinguiríamos dos meros princípios constitucionais, quando também aqueles podem estar expressos em norma constitucional? Satisfeitas essas indagações preliminares, passaremos àquela que se nos afigura inevitável: Qual o motivo que nos anima a realizar tal sorte de distinção?

Sem a pretensão de oferecer a palavra final no assunto, mas antes de tudo reconhecendo que se trata de matéria em constante evolução, passamos a recolher e explicitar os princípios gerais de Direito, que, como já se assinalou, têm dentre suas diversas funções, a de orientar a atividade interpretativa, nota comum que os coloca em franca igualdade com os princípios constitucionais e que é a característica que nos interessa desenvolver nesta obra.

Essa afirmação aguça mais ainda o interesse em saber a razão que fundamenta essa classificação, já que ambos cumprem a mesma função no tocante à hermenêutica.

Cumprido estabelecer essa diferenciação já que, ao contrário dos princípios constitucionais, os princípios gerais de Direito são como que cânones, de incidência obrigatória, seja qual for a parte do ordenamento constitucional (ou até infraconstitucional) com que se esteja lidando.

Isso significa, *contrario sensu*, que os princípios constitucionais serão invocados conforme a área na qual se esteja atuando.

Em outras palavras, surgirá a necessidade de se saber, em dado momento, qual ou quais são os princípios aplicáveis ao caso concreto, o que não ocorrerá, de certo, com os princípios gerais de Direito, que deverão sempre impor-se na atividade interpretativa.

Concluindo, podemos dizer que, basicamente, os princípios gerais de Direito identificam-se e diferenciam-se dos demais princípios constitucionais pelo fato de apresentarem como nota característica a generalidade absoluta de sua incidência.

Como consequência desse verdadeiro pressuposto de aplicação dos princípios gerais de Direito, também os princípios constitucionais, quando estiverem sendo aclarados em seu conteúdo, terão de observar e respeitar os princípios gerais de Direito. Vale dizer, servem estes de diretrizes de outras diretrizes, vetores para a correta interpretação dos princípios constitucionais.

A doutrina em geral aponta como causa geradora de tais princípios a convicção social, o viver da comunidade, sua idéia de vida, e, em definitivo,

a consciência social da época. Todos estes elementos refletem-se, pois, na elaboração da Constituição pelo Poder Constituinte.

Os princípios gerais de Direito entram na Constituição só pelo caminho da interpretação. São exatamente eles que permitem a evolução do texto constitucional. São eles que vão preencher a vaguidade de suas normas. Todavia, não podemos que os princípios gerais de Direito submetam a Constituição, contrariando-a. É o texto constitucional que, por sua concisão e uso freqüente de síntese, faz apelo a uma discricionariedade que venha preencher esse vazio. E aí esses princípios gerais de Direito entram, impondo-se tanto para auxiliar a compreender um princípio constitucional quanto para facilitar a inteligência de uma norma constitucional.

Não faria sentido algum pretender tornar a Constituição impenetrável aos princípios gerais de Direito, dada a força civilizatória que exercem.

Por outro lado, dar-lhes uma força normativa superior à da Constituição não encontra respaldo na doutrina e não pode ser admitido. Esses princípios penetram na Constituição, mas pelas próprias mãos.

Mais uma vez, se fixe a idéia de que não são admitidos os princípios gerais de Direito como conformando uma espécie de direito supra constitucional.

Os princípios gerais de Direito têm uma grande voga no Direito Privado.

Na Constituição, o chamamento de um princípio geral de Direito sem o respaldo no próprio texto, como algo que venha alterar a amplitude de uma norma, afastar sua eficácia ou alterá-la, não é admitido.

No âmbito de sua função interpretativa, escreve o autor citado que *"os princípios, longe de atuar como verdadeira fonte constituem um critério para a aplicação da fonte que diretamente corresponda"*.

Pode-se, portanto, dizer que os princípios gerais de Direito vão servir de guias na escolha dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso, bem como na determinação do conteúdo desde que, por sua vez, orientarão o

intérprete na escolha do correto critério interpretativo a ser utilizado, tendo em vista o fim visado pelo princípio constitucional considerado.

Tudo isto formará o discurso legitimador do Direito que, assim adotado pelo julgador, não será nem certo nem errado, mas ao menos definitivo.

Enumeramos como princípios gerais de Direito, dada sua larga abrangência, informadores que são de todo o ordenamento jurídico, os princípios da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Podemos também encontrar a enumeração desses princípios, só que sob a denominação de valores. Nessa linha de raciocínio, há uma nítida distinção entre valores e princípios. São valores: a justiça, a união nacional, a liberdade, o bem-estar geral e a paz interior. Estes dois últimos talvez pudessem estar abrangidos pela noção de dignidade da pessoa humana.

De fato, os princípios gerais de Direito representam verdadeiros valores. São princípios, vale lembrar, porque se concebem como origem, causa e gênese. Mas também possuem um aspecto teleológico, no sentido de que sua realização plena constitui a finalidade que o intérprete deve ter em mira.

Portanto, há uma dicotomia origem/fim, que pode-se expressar, por assim dizer, como sendo o fundamento teórico da Constituição e, ao mesmo tempo, o seu objetivo prático a ser devidamente efetivado pelos aplicadores do Direito.

1.5 - O Tratamento na Constituição dos Princípios Gerais de Direito e dos Princípios Constitucionais

A exemplo do que ocorreu com os princípios gerais de Direito, que passaram a encontrar guarida em normas constitucionais expressas, os princípios constitucionais particulares, antes extraíveis da Constituição mediante um trabalho apurado por parte do jurista, passaram, mais modernamente, a receber direta formulação constitucional.

Para alguns autores, os princípios constitucionais têm deixado de ser princípios científicos para se converterem em direito positivo e, pois, com plena eficácia normativa. Despem-se, assim, de seu caráter simplesmente subjetivo, hipotético ou doutrinal com que vinham sendo admitidos. Mas é de se notar, máxime à luz da atual Constituição, que há um autêntico polifacetismo terminológico.

Parece claro que se poderão encontrar princípios na Constituição até quando assim não os nominar a Carta Magna, como o faz no art. 4º. Já no art. 3º preferiu-se a expressão “objetivos fundamentais”, enquanto o art. 1º fala em “fundamentos” da República. No art. 170 encontramos novamente o vocábulo “princípios”.

Enquanto princípios gerais de Direito ou princípios constitucionais, a verdade é que são estes enunciados constitucionais que permitem melhor caracterizar a Constituição e compreendê-la.

Uma das características do princípio é a da generalidade. Ele envolve algo de grande abstração. Encerra em si um tipo de orientação passível de se concretizar em múltiplas situações.

Admite-se na doutrina em geral que esses princípios têm uma precedência lógica relativamente às meras normas. É como se a Constituição fosse, inicialmente, nada mais do que um esqueleto formado duma dezena de princípios, ao que depois se junta a “carnação”, consubstanciada nas meras regras ou normas não principiológicas.

Com isso não se quer dizer que aos princípios caiba uma posição hierárquica superior em face dos demais preceitos constitucionais. Todos estão, na verdade, no mesmo nível ou patamar jurídico, o que não impede, contudo, que sejam os princípios a conferirem o sentido último da interpretação constitucional. Isso decorre do fato de não se perderem eles em traçar uma conduta a ser obedecida pelos cidadãos.

O seu nível de abstração é tão alto que não nos indicam quais os momentos em que devem ser aplicados e a quem devem ser dirigidos. Ganham a feição, portanto, de autênticos valores que incidirão em todas as ocasiões possíveis.

Outro ponto a salientar é o fato de alguns direitos e garantias individuais serem tratados normalmente como princípios pela doutrina.

Não há que se confundir, porém, quaisquer regras com princípios gerais de Direito, entendidos como idéias fundamentais e organizadoras do sistema jurídico que se constituem autênticas "chaves de abóbada" de todo o sistema, porque, na verdade, são elas que sustentam e conferem vida ao sistema jurídico.

Também não se devem confundir com os princípios constitucionais, que servem como regras potencialmente aplicáveis sobre as demais. Sem essa função irradiante dos princípios, as regras se dispersariam por falta de algo que lhes conferisse a unidade.

As normas avulsamente consideradas jamais poderiam preencher a função de texto jurídico fundamental de um país. Onde entrariam os valores fundamentais da sociedade, as aspirações pela realização dos mais caros objetivos nacionais? São os princípios que vão fornecer os elementos para a integração constitucional e para a sua abertura em face da sociedade que rege.

1.6 - Os Princípios Constitucionais e a Constituição

Os princípios constitucionais, como já se disse, permeiam toda a Constituição, chocando-se, por vezes, uns com os outros, o que necessitará, evidentemente, da devida harmonização com a cedência parcial recíproca.

Esses princípios norteiam também o legislador ordinário, o Judiciário e o próprio Executivo. São o ápice do sistema jurídico. É natural que tudo que se lhes siga faça a devida vênua a essas manifestações principiológicas.

É certo que os princípios constitucionais pagam o preço por essa função excepcionalmente elevada que desempenham. Eles são concretizados à medida que forem sendo editadas normas para sua efetivação. Não são, portanto, regras de conduta, mas valores que deverão servir de critérios para futuras normas.

Alguns deles demandam mesmo que se propugnem por eles, uma vez que não são de fácil implementação pelas dificuldades econômicas, políticas e sociais.

A doutrina específica tem elaborado um amplo conjunto de noções que, aceitas universalmente, têm-se cristalizado como princípios nos textos constitucionais.

Assim, destacam-se: estado de direito, vontade popular, soberania nacional etc. A verdade, porém, é que todos princípios constitucionais acabam por se imbricarem mutuamente.

Podem ser citados, a título exemplificativo, alguns outros princípios constitucionais particulares.

Clássico é o denominado princípio dos poderes implícitos que, já com Marshall, foi objeto de algumas ponderações por ocasião da demanda *McCulloch versus Maryland*.

Para o *justice*, seria de se admitir, com toda razão, que *“um governo, ao qual se cometerem tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução”*.

Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios.

A partir dessa decisão, Story fixa sua doutrina determinando que *“na interpretação de um poder, todos os meios ordinários e apropriados a executá-lo são considerados parte do próprio poder. Tal resultado da natureza mesma e do fim de uma Constituição”*.

Story chega a ser mais enfático, anotando que

... nenhum axioma no direito ou na razão se acha mais claramente estabelecido que aquele, segundo o qual, onde se pretende o fim se autorizam os meios. Toda vez que se outorga um poder geral, aí se inclui todo o poder particular necessário a efetivá-lo.

Dessa sua colocação logo se conclui a posição a que a doutrina eleva esse mandamento, e que BONAVIDES e ANDRADE (1.991:154) muito bem detectou, considerando que este mandamento “*pode, com a máxima eficácia, se constituir num instrumento interpretativo de toda Constituição(...)*”.

Portanto, caberia de pronto a questão de saber se constituiria mais um postulado constitucional. A resposta certamente seria positiva, ainda mais quando encarado o enunciado em seu duplo aspecto, ou seja, se onde a Constituição atribuiu poderes, implicitamente também conferiu os meios mais aptos a realizá-los, *a contrato sensu*, onde retirou ou limitou poderes, impede que, mesmo indiretamente ou reflexamente, utilizem-se de meios que, embora legítimos em si mesmos, acabam por servir de veículo ao exercício de poderes não conferidos ou limitados.

Contudo, não é assim que ocorre. Este princípio, ao contrário dos postulados constitucionais, cede diante de algum princípio geral de Direito, ou de outro princípio constitucional, com ele não compatível, em determinados casos concretos.

Portanto, este princípio dos poderes implícitos está condicionado, o que equivale a dizer: Não é absoluto em sua aplicação prática.

Está, portanto, submetido ao postulado da harmonização, decorrente do postulado da unidade, da superioridade e da máxima efetividade possível.

Ao contrário destes, que apresentam como uma de suas notas características a imposição com que se revelam ao intérprete em sua tarefa, o princípio ora analisado não só se impõe na consideração de todas as normas constitucionais como também não terá de ser sempre considerado pelo intérprete. Não se trata de um pressuposto à sua atividade. Certamente que este princípio deixará de ser aplicado quando sobrelevar alguma garantia individual que obstaculize a aplicação de algum método ou meio pelo Poder Público.

CAPÍTULO II - O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

2.1 - Aspectos Históricos do Devido Processo Legal no Direito Hebreu, no Direito Grego e no Direito Romano

Nas ciências sociais não se pode provocar fenômenos para estudar as suas conseqüências, ao contrário do que ocorre nas ciências físicas. Portanto, os estudiosos das ciências sociais têm o campo de observação limitado aos fenômenos espontâneos e o estudo destes, na época atual, completam-se com o estudo dos fenômenos ocorridos no passado. Isso explica por que o químico não necessita conhecer a história para exercer bem a sua profissão. Todavia com o jurista é diferente, assevera ALVES¹.

Observamos, com freqüência, no estudo da história do *devido processo legal* um corte epistemológico a partir de sua história no direito inglês e, na maior parte das vezes, a partir da assinatura da *Magna Charta Libertatum* e, muito raramente, a partir das Cartas de Liberdades de Henrique I e de Henrique II.

Ocorre que o *devido processo legal* está ontologicamente vinculado à idéia de Justiça, o que explica sua aceitação por grande parte do mundo, pois um dos maiores ideais do ser humano é a realização de Justiça.

HART² explica que a estrutura da idéia de Justiça é complexa e que se podem observar dois componentes nessa estrutura: um componente uniforme ou constante e um componente variável ou mutável.

O componente constante sintetiza-se no preceito "*tratar da mesma maneira os casos semelhantes*" e o componente variável é empregado para a determinação de *igualdade*, ou seja, de determinar quando e para que finalidades os casos são iguais ou diferentes.

Observamos que a idéia de Igualdade e a de Justiça estão fortemente entrelaçadas, já que o conceito de Igualdade está na raiz, no âmago do conceito de Justiça, de maneira que não é possível a dissociação desses dois conceitos.

¹ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 11ed. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.02.

A idéia de devido processo legal estabeleceu-se a partir do *"princípio hebreu de que a justiça requer uma lei justa e compassiva"*, sustenta COLE³. Os antigos hebreus consideravam a Justiça um princípio sagrado.

Essa informação esclarece que mais de um milênio antes das Cartas de Liberdades de Henrique I e de Henrique II, documentos assinados antes da *Magna Charta Libertatum* em 1.215, já haviam sido lançadas as sementes do *due process of law*, instrumento legal que ao longo da história da humanidade vem-se desenvolvendo e aperfeiçoando, segundo entendemos.

Na visão de Platão (427-347 a.C.), explana COLE⁴, a *"boa vida"* ou *"utopia"* foi considerada alcançável por meio de regras sensatas em que *"a tirania seria rejeitada e a justiça universal, arraizada na natureza humana, seria realizada"*.

Aristóteles, relata COLE⁵, entendia que a sociedade deveria ter equilíbrio e ser pragmática e, nessa sociedade, a livre escolha do indivíduo, no que tange ao certo e ao errado absolutos, tornar-se-ia um dos preceitos centrais da filosofia do Ocidente.

Cícero, narra COLE⁶, afirmou que *"todas as pessoas nasceram iguais para a justiça e eram iguais"*. Embora pensasse desse modo, Cícero reconhecia que os homens não eram iguais em seu intelecto, nem em sua força, nem em relação à posse de bens materiais. O conceito de igualdade de Cícero referia-se aos *direitos de igualdade básicos*.

Cícero e os romanos, esclarece COLE⁷, diversamente do pensamento hebreu, consideravam a Justiça um comando universal que demandava Justiça como um conceito primordial. Esse conceito constituiu uma parte integrante do direito romano e o imperialismo romano o impôs ao mundo ocidental por mais de dois séculos. Dois conceitos normativos

² HART, Herbert L. A. O conceito de Direito. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.174.

³ COLE, Charles D. O Devido Processo Legal na Cultura dos Estados Unidos: Passado, Presente e Futuro. Revista AJUFE, n. 56. 08/09/10 de 1997, p.34-35.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

fundamentais predominaram sob o império romano: 1) "aqueles que compartilham do direito precisam compartilhar também da justiça"; 2) "aqueles servidos pela lei precisam ser servidores da lei de modo que eles possam ser livres".

Esses dois princípios do direito romano constituem, atualmente, conceitos fundamentais do *due process of law* para todos os associados à razoabilidade, para originar a equidade e a imparcialidade. Entendiam, os estóicos romanos, que *"para ser 'imparcial' um conceito precisa ser racional"*. A *imparcialidade* foi enfatizada como um dos fundamentos da Justiça e passou a integrar a *common law* do direito inglês⁸.

O juiz inglês, entende MAXIMILIANO⁹, é a revivescência moderna do pretor da antiga Roma e não apenas uma simples imitação.

Expõe, SALVETTI NETO¹⁰, que os estóicos demonstraram provir razões a possibilidade de adaptação do homem às modificações exercidas por diferentes causas, sejam físicas ou sociais. Cícero, adepto do estoicismo, afirmou que: *"o verdadeiro direito é a reta razão conforme a natureza: é a aplicação universal, imutável, eterna, a conclamar o homem para o bem, com seu comando, alheando-o do mal, mediante suas proibições"*.

Ulpiano, consoante SALVETTI NETO¹¹, entendia que os preceitos do Direito seriam: *"não lesar a outrem, viver honestamente e dar a cada um o que é seu"*. Celso, em sua definição sobre o direito, famosa em Roma, afirmava ser o direito *"a arte do bom e do eqüitativo"*.

Argumenta o mencionado autor que Ulpiano mencionou postulados identificadores primeiramente de razões muito mais ligadas ao direito natural do que ao direito positivo e, em segundo lugar, a sua preocupação em explicitar que a lei não deveria fugir daqueles preceitos, sob pena de ser

⁷ COLE, op. cit., p.34-35.

⁸ Idem.

⁹ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 9ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.65.

¹⁰ SALVETTI NETO, Pedro. Curso de Teoria do Estado. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p.176.

¹¹ Idem, p.177.

injustiça. Por sua vez, na definição de Celso, destacam-se elementos em que prepondera a ética¹².

A cultura romana, explana COLE¹³, escolheu a lei da razão que serve como fundamento primário para o conceito de *devido processo*, adotado e desenvolvido pelo sistema de *common law* inglês, um milênio após a gênese romana do conceito. A cultura jurídica dos Estados Unidos utilizou e difundiu o conceito romano de *devido processo legal*, do mesmo modo que o Brasil está bem empregando e expandindo o mesmo conceito.

Em nosso entender, é por esse motivo que o conceito *devido processo* encontra eco na cultura jurídica brasileira. É a Justiça o fundamento originário do *devido processo*. Considere-se a Justiça um princípio ético universal ou um princípio religioso, ele sempre está presente nas aspirações do ser humano.

2.2 - Due Process of Law no Direito Inglês

O documento mais célebre, conhecido por todos os povos cultos e civilizados da época atual, foi escrito e assinado na Inglaterra, no período medieval, tendo sido criado para coibir os abusos de um tirano monarca inglês. Esse documento foi denominado de *Magna Charta Libertium* e até hoje vigora na Inglaterra e inspira a elaboração de documentos que contenham legislação com supedâneo nos princípios nele consagrados.

Antes, entretanto, de ser outorgado esse documento, outros houve na história do direito inglês. Segundo o relato de alguns historiadores, forma as raízes da Carta Magna. São os seguintes: a Carta de Liberdades de Henrique II e as cartas semelhantes de Stephen e Henrique I¹⁴.

¹² SALVETTI NETO, op. cit., p.177.

¹³ COLE, op. cit., p.35.

¹⁴ POUND, Roscoe. Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A., 1965, p.18.

POUND¹⁵ explica que estas cartas são apenas a genealogia formal, porquanto a substância não é igual, uma vez que formula idéias e concretiza princípios que formavam a base da vida social e política medieval. Em sua explicação,

... se as raízes formais se encontravam na carta escrita anglo-normanda e no escrito anglo-saxão, as raízes materiais se acham no pensamento jurídico e político do século XII bem como na lei germânica conforme a afetaram o direito eclesiástico e o direito romano (Grifo nosso).

Entende o mencionado autor¹⁶ que o *império da lei* tem como época o reinado de Henrique II, jurista e homem de negócios. Esse soberano estabeleceu a ordem e a lei desde o início de seu reinado. Henrique II obrigou os barões a aceitarem restrições à jurisdição hereditária até os limites por ele demarcados. Não foi ele, entretanto, bem sucedido em seus debates com o clero. Ele pretendia fazer com que o clero se submetesse ao processo ordinário da lei em assuntos que não fossem exclusivamente espirituais.

Mas, apesar de seu insucesso com o clero, Henrique II conseguiu seu intento: *reduzir todos os homens à igualdade perante o mesmo sistema de leis*¹⁷.

POUND¹⁸ afirma ser uma importante realização do reinado de Henrique II o *grande júri*, porque proporcionava investigação e processo de acusados, fossem eles delinqüentes ou não. Os indivíduos estavam, dessa forma, protegidos de denúncias infundadas, tanto por parte de particulares, quanto por parte de funcionários do governo. O grande júri substituiu o julgamento por lutas, a libação e as provas grosseiras e adotou o julgamento racional.

O júri representou enorme evolução em relação ao sistema de ordálias ou juízos divinos, por meio de fogo ou de água, que se mostraram

¹⁵ POUND, op. cit., p.18.

¹⁶ Idem, p.17.

¹⁷ Ibidem.

inadequados à consciência à época, escreve GRECO FILHO¹⁹. Por isso, todos os indivíduos passaram a preferir serem julgados pelo júri, pois era formado por pessoas que apreciavam as informações de testemunhas.

Ricardo Coração de Leão, irmão de João sem Terra e filho de Henrique II, reinou no período de 1.189 a 1.199. Morreu em razão de um ferimento causado por uma flecha, durante uma batalha²⁰.

João sem Terra (*John Lackland*)²¹ sucedeu a Ricardo Coração de Leão e seu reinado (1.189 a 1.216) foi marcado por seus atos de tirania e extrema crueldade. Além de elevar de modo insuportável os tributos, levou o reino à decadência e desse modo, conseguiu desagradar a todos, fossem nobres ou plebeus.

O seu reinado foi tão anárquico, que se lhe atribuíam outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência de toda a Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e a humildes, ameaça desnevar a energia nacional, que se revoltou²².

Em face dos abusos e desmandos de João sem Terra, que incluíram exações extorsivas e várias práticas opressivas para obrigar o cumprimento de obrigações e arrendamentos, além de confisco arbitrário de propriedades para uso próprio e que causaram muitos conflitos entre eles e os barões, estes encontraram um modo de reparar as transgressões que o rei cometia contra a carta de Henrique II. Essa reparação foi feita obrigando o monarca a assinar a Carta Magna com grandes adições e, certificaram-se que o rei estava obrigando a respeitar as mesmas regras em relação a todos os homens livres. Desta maneira, estava assegurado o cumprimento dessas regras, como direito constitucional dos barões e de todos os homens livres²³.

¹⁸ POUND, *op. cit.*, p.17.

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1.993, p.24.

²⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido Processo Legal. Due Process of Law. Belo Horizonte: Del Rey, 1.997, p.21.

²¹ *Idem.*

²² MIRANDA, Pontes de. História e Prática dos Habeas Corpus. 8ed., vol.1, São Paulo: Saraiva, 1.979, p.11.

²³ POUND, *op. cit.*, p.17.

A assinatura da Carta Magna por João sem Terra ocorreu em um confronto acontecido nos campos de Runnymede, no dia 15 de junho de 1.215. Por esse documento, que ficou conhecido como *Great Charter* (atualmente existem quatro exemplares originais que foram preservados), João sem Terra jurou respeito aos direitos, imunidades e franquias que ali estavam outorgadas. Uma das cláusulas prescritas se referia ao *due process of law*²⁴.

A *Carta Magna Libertatum*²⁵ instituiu o *devido processo legal* (embora não houvesse utilizado essa expressão) e o prescreve em seu artigo 39 e o fundamenta em seu artigo 40:

*Artigo 39 – Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra*²⁶.

Artigo 40 – A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.²⁷

A idéia de Justiça nas instituições jurídicas anglo-saxônicas era impregnada por inspiração jusnaturalista, haja vista que na Carta Magna o *due process of law* foi inicialmente prescrito sob a expressão *law of the land*, em seu artigo 39, conforme referência de CASTRO²⁸.

Durante o reinado de Eduardo II, no século seguinte, em 1.354, foi editada uma lei do Parlamento Inglês (*statue of Westminster of the Liberties of London*), em que a locução *per legem terrae* é substituída por *due process of law* (expressão atribuída a um desconhecido legislador). Nesse período,

²⁴ SILVEIRA, *op. cit.*, p.22.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil. 2ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.9.

as expressões *law of the land*, *due course of law* e *due process of law* foram empregadas de maneira indistinta pelos juristas²⁹.

GRECO FILHO³⁰ explicita que quando os barões, em 1.215, impuseram a Carta Magna a João sem Terra, as idéias de liberdade moderna não estavam sequer formadas. "Liberdades" significavam "privilégios" para os barões, *exempli gratia*, o de não pagarem ao rei taxas extraordinárias sem a votação deles próprios e o de manterem uma corte de justiça ou o de escolherem os próprios oficiais.

A Carta Magna, inicialmente, aplicava-se aos barões e, posteriormente, estendeu suas garantias ao povo, relata POUND³¹.

A Carta Magna tornou-se, por meio de suas sucessivas interpretações, ao longo do tempo, o símbolo de *liberdade sob a lei* para o povo inglês, que a difundiu por todas as suas colônias e para significativa parte do mundo, segundo entendemos.

No decorrer do século XIII, no continente europeu, segundo afirma GRECO FILHO³², a concepção de Estado e de organização jurídica recebeu a maior influência de Frederico II de Svevia. Este monarca partiu do reino da Sicília, projetou-se sobre a Itália e lá impôs um conjunto de leis que obrigava a todos, independentemente de condições sociais, de religião e de privilégios nobiliárquicos, denominado de "Constituições de Melfi".

As Constituições de Melfi consagravam alguns princípios. São estes os mais importantes:

1) a justiça somente poderia ser administrada por tribunais constituídos por magistrados escolhidos pelo rei, não se admitindo tribunais especiais para nobres e outros para cidadãos comuns; 2) a cidade não poderia eleger magistrados que não tinham sido aceitos pelo soberano, e os crimes, especialmente os de sangue, deveriam ser punidos com a morte, fosse o culpado nobre ou plebeu³³.

²⁹ CASTRO, *op. cit.*, p.10.

³⁰ GRECO FILHO, *op. cit.*, p.23.

³¹ POUND, *op. cit.*, p.19.

³² GRECO FILHO, *op. cit.*, p.24.

GRECO FILHO³⁴. pondera que essas disposições demonstravam que Frederico II almejava a igualdade jurídica entre os súditos e essa igualdade somente poderia ser garantida pelo monarca ao exercer o poder sobre os nobres e sobre os demais

2.3 - Due Process of Law no Direito Norte-Americano

Em 1.607, os dissidentes protestantes ingleses aportaram em terras americanas da Virgínia e levaram com eles os fundamentos da *common law*, entre eles o *devido processo legal*, escreveu SILVEIRA³⁵.

As prescrições da Carta Magna tiveram forte comando na vida dos primeiros ingleses estabelecidos na América, tanto que, ao estabelecerem as 13 colônias, cada uma delas com a sua própria Constituição escrita, outorgaram às cortes de justiça a aplicação da lei nos termos da *common law*, herdada da Inglaterra³⁶.

Em 14 de julho de 1.776, os americanos das 13 colônias iniciaram a Guerra da Independência contra os ingleses e, em 1.783, ocorreu a assinatura do Tratado de Paris, em virtude do qual as 13 colônias se tornaram estados livres e independentes³⁷.

Durante o período beligerante, as 13 colônias adotaram como legislação os denominados "Artigos da Confederação". Estes criavam uma associação muito frágil entre os estados. Em maio de 1.787, para eliminar essa situação, foi redigida a Constituição Americana de 1.787, com supedâneo nas doutrinas de *Locke e de Montesquieu*³⁸.

Nessa Constituição foi recriada a República, que seguiu o paradigma das cidades gregas e, dessa forma, estava criado o "Federalismo", espécie

³³ GRECO FILHO, *op. cit.*, p.24-25.

³⁴ *Idem*, p.25.

³⁵ SILVEIRA, *op. cit.*, p.24.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Ibidem*, p.25.

³⁸ *Ibidem*.

de Estado que possuía um poder central forte. Todavia, esse poder central não limitava os poderes periféricos em seus âmbitos de atuação³⁹.

Em abril de 1.791, foi aprovada uma série de 10 emendas à Constituição Norte-Americana, que foi chamada de *Bill of Rights*, sendo positivado o *due process of law* por meio da Emenda nº 5, com a seguinte redação:

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

Em 1.866, após a guerra civil, foi aprovada pelo Congresso a Emenda nº XIV. Esta visava a uniformidade e harmonia aos direitos prescritos no *Bill of Rights*, em virtude das diferenças existentes nas constituições dos diferentes estados da União⁴⁰.

A Emenda nº XIV ampliou o *devido processo legal* para que determinasse a proteção do povo, inclusive contra as constituições e contra as leis estaduais, pois nos Estados Unidos, por força do princípio federalista (com grande força descentralizadora), os estados possuem competência para legislar a respeito de direito material e processual⁴¹.

A Emenda XIV apresenta a seguinte redação:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do estado em que residem. Nenhum estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo

³⁹ SILVEIRA, *op. cit.*, 25.

⁴⁰ *Ibidem*, 27.

⁴¹ *Ibidem*.

legal; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis.

De modo diferente do direito inglês, o direito norte-americano constitui um sistema híbrido, pois além de adotar a Constituição escrita, adotou parcialmente as regras da *common law*, que são aplicadas juntamente com a lei positiva, constituída pelos "*statues*"⁴².

A função garantidora dos direitos e liberdades civis foi atribuída às cortes judiciais, principalmente às cortes judiciais federais, que desempenhem essa função por meio de interpretação da Constituição Federal. Para tanto, realizam o exame do caso concreto e verificam se a legislação está em concordância com as prescrições constitucionais⁴³.

2.4 - O Devido Processo Legal no Direito Brasileiro

Verificamos que o *devido processo legal* foi estabelecido, de modo expresso, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico, na Constituição de 1.988. Das constituições anteriores, umas disciplinaram algumas de suas garantias em gradação variável e outras não as previram.

Escreve José Afonso da Silva⁴⁴ que não houve propriamente a ausência do princípio do *devido processo legal* de nosso direito constitucional, visto que ele se manifestava por meio de "algumas normas de garantia do processo e do direito de segurança". Para a sua identificação era necessária a pesquisa do texto constitucional e construções doutrinárias. José Afonso da Silva e Carlos Roberto de Siqueira Castro participaram do processo constituinte, na Comissão de Sistematização. A manifestação expressa do princípio do *due process of law* foi sugestão de CASTRO⁴⁵,

⁴² SILVEIRA, *op. cit.*, p.27

⁴³ *Idem*, p.27-28.

⁴⁴ José Afonso da Silva escreveu o prefácio do livro de CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. XIV e XV.

⁴⁵ CASTRO, *op. cit.*

como também o foi a fórmula desse princípio. A proposta constitucional do deputado Vivaldo Barbosa o concretizou.

Necessário é observar que a história constitucional brasileira caracteriza-se, em nosso entender, pela curta vigência de suas constituições. Em um período de 499 anos, surgiram oito diplomas constitucionais. A primeira Carta Magna foi uma Constituição Imperial, outorgada por D. Pedro I, em 1.824.

Para bem entender o significado da Constituição Imperial de 1.824, como primeira Constituição do Brasil e como legislação nacional, deve-se assinalar que, desde o seu descobrimento, vigoraram, no Brasil, as Ordenações Afonsinas (1.446), Manuelinas (1.521) e Filipinas (1.603)⁴⁶.

Estas últimas regeram as leis civis até a edição do Código Comercial, em 1.850 e do Código Civil de 1.917. Na área penal, as Ordenações Filipinas vigoraram por mais de 200 anos, (desde 1.603 até 1.830) ano em que entrou em vigor o primeiro Código Criminal Imperial⁴⁷.

Essas ordenações consistiam em legislação com conteúdo medieval, fundamento da dualidade de justiças, em que as disposições de natureza eclesiástica predominara. Passada a Idade Média, prevaleceu a justiça do rei. Contudo, a Justiça Canônica deixou nítidas marcas na legislação portuguesa (era a legislação infraconstitucional vigente no Brasil, disciplinava os dispositivos infraconstitucionais civis e penais), pois fixou em definitivo as Ordenações do Reino, para impedir que princípios advindos da Revolução Francesa ficassem consagrados na legislação portuguesa, que já estavam em vias de aceitação em todo o continente europeu e na América, em sua fase inicial, no princípio do século XIX⁴⁸.

A Constituição do Império (1.824) vigorou até a Proclamação da República, em 1.889, e previa a existência do Poder Moderador, exercido pelo imperador. Era um poder incontrastável, absoluto⁴⁹.

⁴⁶ SIQUEIRA, *op. cit.*, p.28.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1.993, p.27.

⁴⁹ SIQUEIRA, *op. cit.*, p.28.

Na doutrina de BONAVIDES e ANDRADE⁵⁰:

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

O artigo 98 definia o Poder Moderador como "a chave de toda a organização política" e o artigo 102 nomeou o Imperador o chefe do Executivo, que o exercitaria por intermédio de seus ministros de Estado⁵¹.

A Constituição de 1.824, entretanto, foi a que melhor distinguiu as garantias de Direito Penal das garantias de Processo Penal, argumenta BARBOSA⁵².

O artigo 179 da Constituição Imperial⁵³, determinava em seu *caput* a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tinham por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, garantidas pela própria Constituição do Império, nos termos de seus 35 incisos.

No inciso I do artigo 179 estava disciplinado o princípio da legalidade: "*nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei*".

O artigo 179 da Constituição de 1.824, em seus 35 incisos, disciplinou alguns dos princípios contidos no devido processo legal.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ed., São Paulo: Paz e Terra, 1.991, p.96.

⁵¹ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, p.97.

⁵² BARBOSA, *op. cit.*, p.28-29.

⁵³ CAMPANHOLE. *Constituição do Brasil*. 12ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 832-834.

Relata BARBOSA⁵⁴ que foram abolidas “as penas infamantes, tais como açoites, a tortura, a marca de ferro quente e as demais “penas cruéis”, bem como o confisco e a infâmia do réu; prosperou o princípio da personalidade da pena, a partir de então, passou a não poder passar da pessoa do delinqüente”.

A Constituição Imperial não previa, de modo expresso o *Habeas Corpus*, mas torna-se claro que, com a regulamentação das formas de prisão determinada em seu artigo 179 e, uma vez que não conflitava com os demais dispositivos do texto constitucional, foi possível a previsão expressa do *Habeas Corpus* de 1.832, conforme esclarece BARBOSA⁵⁵.

Em 15 de novembro de 1.889 foi proclamada a República e, em 1.891, outorgou-se a Constituição da República, modelada na Constituição norte-americana de 1.787. A Constituição brasileira, porém, copiou parcialmente esse modelo: em vez de ser um documento sintético, constituiu-se um documento muito extenso, apegado ao casuísmo, visto que tentou (sem êxito) abranger todos os casos possíveis⁵⁶.

Consoante a afirmação de BONAVIDES e ANDRADE⁵⁷, a declaração de direitos inovou ao não admitir privilégios de berço e determinar que desconhecia foros de nobreza. Extinguiu, outrossim, “as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselhos”.

Muitos direitos e garantias, já prescritos na Constituição Imperial, foram incorporados à Constituição da República, entre eles a isonomia e a instituição do júri⁵⁸.

Na Constituição da República, o direito de propriedade foi tutelado. Havia a previsão de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização⁵⁹.

⁵⁴ BARBOSA, *op. cit.*, p.29.

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ SILVEIRA, *op. cit.*, p.29.

⁵⁷ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, p.251.

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ *Ibidem.*

Ocorreu uma conquista importante na área das garantias constitucionais que não constavam no texto anterior, escreve BASTOS e MARTINS⁶⁰. A Constituição de 1.981, prevê expressamente o *Habeas Corpus*, instrumento de grande importância na repressão às prisões indevidas e às violações ao direito de locomoção em geral.

Afirma BARBOSA⁶¹ que a Constituição Republicana de 1.891, embora apresentasse defeitos de técnica, manteve nítida a diferença entre as garantias de direito penal e de processo penal (assim como a Constituição Imperial as distinguia). Apresentou como inovação a introdução do *Habeas Corpus* em seu artigo 72 e do Júri em seu artigo 72, parágrafo 31, do texto constitucional.

Segundo o referido autor, entre as garantias de direito penal havia a novidade da abolição da pena de morte, salvo as prescrições da legislação militar em tempo de guerra, bem como a extinção da pena de galés e do banimento judicial, o que seria decorrência da incompatibilidade destas penas com o regime republicano.

No que tange às garantias processuais, a Constituição estabeleceu, pela primeira vez, em seu artigo 72, parágrafo 16, a garantia da *ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela*, desde a nota de culpa, a ser entregue ao acusado em 24 horas após a prisão, assinada por autoridade competente, onde consta o acusador e testemunhas⁶².

Observamos, portanto, que muitos dos princípios contidos no *devido processo legal* estão prescritos na Constituição de 1.891, embora ele não tivesse prescrito expressamente.

A Constituição Republicana de 1.934 inaugura o Estado Social Brasileiro com a nova Declaração de Direitos. O conteúdo social predomina nela. Existe uma justaposição de valores, cuja incorporação ao texto não resultou na supressão de direitos e garantias já contidas na Constituição de

⁶⁰ BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. Comentários a Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988). v. I, São Paulo: Saraiva, 1988, p.296.

⁶¹ BARBOSA, *op. cit.*, p.29.

⁶² *Idem*.

1.891, com forte traço individualista, segundo Paulo Bonavides e Paes de Andrade⁶³.

No que se refere à Declaração de Direitos, a Constituição de 1.934 apresentou técnica elogiável. Entretanto, a despeito da semelhança com a Constituição de 1.891, ao disciplinar, no artigo 113, a “*inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade*”, fez uma ampliação digna de ser mencionada: a referente à *subsistência*, ignorada no texto de 1.891, inova no que tange à propriedade, pois não a garante *em toda a sua plenitude*, inversamente à Constituição de 1.891. Outra inovação está no modo de disciplinar substancialmente a propriedade, em dispor que esse direito não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo⁶⁴.

No domínio das garantias individuais, inovou também ao prescrever um instituto de defesa dos direitos da pessoa: o mandado de segurança, a ser utilizado todas as vezes em que houvesse “direito certo e incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade⁶⁵”.

Em seu artigo 113, a Constituição de 1.934 estabeleceu as garantias de processo criminal e incluiu entre elas a prestação de fiança, no inciso XXII e a abolição de foro privilegiado e dos tribunais de exceção; no entanto, estabeleceu juízos especiais em razão da natureza das causas. Instituiu, a partir do inciso XXVII, a retroatividade *in mellius* e vedou a retroatividade *in pejus*. Estabeleceu, igualmente, a garantia da personalidade da pena e a proibição às penas de morte, prescreveu uma ressalva para as estipulações militares, nos incisos XXVIII e XXIX do mencionado artigo. Não há nenhuma referência ao júri, como garantia ou “direito de segurança⁶⁶”.

Em 10 de novembro de 1.937, foi outorgada uma nova Carta Constitucional ao país. Tratava-se de documento com o fim de institucionalizar um regime autoritário, escreve BASTOS e MARTINS⁶⁷. Não

⁶³ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, p.321

⁶⁴ *Idem*, p.322

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ BARBOSA, *op. cit.*, p.30.

⁶⁷ BASTOS e MARTINS, *op. cit.*, p.306.

havia a divisão das funções do poder, apesar de existirem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, uma vez que os dois últimos foram nitidamente amesquinçados.

No que se refere ao controle jurisdicional, o Judiciário sofreu perda substancial, pois durante o estado de emergência e o estado de guerra tinha reduzida a sua competência, porque não poderia conhecer dos atos governamentais por força do artigo 170 do texto constitucional de 1.937, segundo BASTOS e MARTINS⁶⁸.

Explana BARBOSA⁶⁹, que a Carta Constitucional outorgada em 1.937, reduziu as garantias de direito penal e de processo penal a apenas dois incisos do artigo 122, a saber: inciso II e inciso XII e, disciplinou-as de maneira "incompatível com a idéia de segurança que caracteriza a expressão garantia, pois além da dubiedade de expressões quanto à redação, bastante complexa pretendia conciliá-la com os capítulos amplamente reservados à defesa do Estado e à Segurança Nacional".

Escreve BARBOSA⁷⁰ que o artigo 122, em seu inciso XIII, restabelecia a pena de morte para crimes políticos locais e internacionais, bem como determinava a pena de morte para o crime de homicídio, embora a prescrevesse para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade (na alínea f), mas, ainda assim, era a previsão da pena capital para crimes comuns.

Entre outras alterações, o legislador constitucional proibiu a *reformatio in pejus* e vedou a *reformatio in melius*, ou seja, rompeu uma tradição já estabelecida no direito pátrio⁷¹.

Apesar de conservar o *Habeas Corpus*, o texto constitucional de 1.937 previu, "para que evitasse qualquer veleidade libertária" de acordo com as palavras de Marcelo Fortes Barbosa, em termos expressos, os tribunais de exceção, no inciso XVII do mencionado artigo 122.

⁶⁸ BASTOS e MARTINS, *op. cit.*, p.307.

⁶⁹ BARBOSA, *op. cit.*, p.30.

⁷⁰ *Idem*, p.31.

⁷¹ *Ibidem*.

Com a Constituição de 1.946 ocorreu a redemocratização do País, com o fim do estado de exceção. O capítulo II desse documento disciplinou os direitos e garantias individuais, em seus artigos 141 a 144, em que foi ampliado o rol de liberdade civis⁷².

No capítulo II da Declaração de Direitos, a Constituição de 1.946 inovou ao estabelecer um instrumento de defesa contra abusos do Estado em sua ação cerceadora dos direitos individuais: a disposição que contém o princípio de obrigatoriedade, consoante o qual "a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual", explicitam BONAVIDES e ANDRADE⁷³.

Notamos que é a primeira vez que está prescrito na Constituição o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, não como está disciplinado na Constituição de 1.988, que prevê a apreciação do Judiciário para ameaças de lesão a direitos, mas foi nesse dispositivo constitucional que se consagrou esse princípio.

O júri retornou à categoria de garantia constitucional, sendo-lhe reconhecida a "soberania dos veredictos" e a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida por previsão do artigo 141, §28 da Constituição de 1.946⁷⁴.

BASTOS⁷⁵ declara que a Constituição de 1.946 está entre as melhores, senão a melhor de todas as constituições brasileiras. Muito correta tecnicamente, era informada por ideologia libertária no campo político, além de tratar da abertura para a área social, resgatada da Constituição de 1.934.

Foi outorgada a Constituição de 1.967. Era uma Constituição centralizadora e a que mais poderes conferiu Presidente da República, relata BASTOS⁷⁶.

⁷² SILVEIRA, *op. cit.*, p.32 e 33.

⁷³ BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.* p.414.

⁷⁴ HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1.995, p.259.

⁷⁵ BASTOS, e MARTINS, *op. cit.*, p.312.

⁷⁶ *Idem*, p.322.

Explana HORTA⁷⁷ que a Constituição Federal de 1.967 não estabeleceu muitas diferenças no que respeita aos Direitos e Garantias Individuais, da Constituição de 1.946, conservar os mesmos direitos e garantias. O referido autor destaca, entre as modificações de redação, a supressão de "cautelosa cláusula" que proibia a autoridade, quando designasse outro local da reunião, proceder de modo a impossibilitá-la ou frustrá-la (artigo 150, §27).

Foram estabelecidas duas novas regras na Constituição de 1.967, escreve o mencionado autor⁷⁸. A primeira para impor a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, no artigo 150, §14. A segunda, que teve ampla repercussão na concepção liberal dos direitos fundamentais, introduziu a noção do abuso dos direitos individuais e dos direitos políticos, foi inspirada na Lei Fundamental da Alemanha. A figura do abuso referia-se à manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e à prestação de informação (artigo 150, §8º), ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (artigo 150, §23), ao direito de reunião (artigo 150, §27), à liberdade de associação (artigo 150, §28) e aos direitos políticos. O exercício abusivo desses direitos de maneira a atentar contra a ordem democrática ou para a prática de corrupção determinava a suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de dois a dez anos, declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição de 1.967, expõe BARBOSA⁷⁹, vedou a pena de morte, as penas de banimento, confisco e respectivas limitações (artigo 150, §11), disciplinou a prisão em flagrante, a legalidade da prisão e a fiança (artigo 150, §12), estatuiu o princípio da personalidade da pena e a individualização da pena (artigo 150, §13).

Argumenta o referido autor⁸⁰ que a Constituição de 1.967 estipulou a garantia da *ampla defesa* e a proibição dos tribunais de Exceção e de foro privilegiado (artigo 150, §15) e estabeleceu uma garantia de direito penal ao

⁷⁷ HORTA, *op. cit.*, p.259.

⁷⁸ *Idem*, p.260.

⁷⁹ BARBOSA, *op. cit.*, p.33-34.

determinar a observância da lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu, e de direito processual penal, com a garantia relativa à *instrução criminal contraditório*. Em suas palavras, é fundamento do *devido processo legal*.

A Constituição de 1.967 estabelece a proibição de prisão por dívidas com as exceções tradicionais (artigo 150, §17) e mantém o júri, com a soberania dos vereditos e com a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (artigo 150, §18), e mantém o *Harbeas Corpus* (artigo 150, §20), assevera BARBOSA⁸⁰.

A manutenção formal dos direitos e garantias pela Constituição de 1.967 não foi suficiente para a sua aplicação, pois a prática contestou o texto adotado, ao deixar que a lei ordinária (art. 150) estabelecesse os termos em que esses direitos seriam exercidos “*visando à realização da justiça social e à preservação e ao aperfeiçoamento do regime democrático*”⁸².

A Emenda Constitucional nº 1 (tendo em vista o Ato Institucional nº 14 de 5 de outubro de 1.969) disciplinou, de forma mais rígida, alguns dispositivos constitucionais, afirmam BONAVIDES e ANDRADE⁸³.

O artigo 153, §11 ampliou as hipóteses em que a pena de morte poderia ser aplicada e apresentava a seguinte redação:

*Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento ou confisco, salvo nos casos de guerra externa, psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva, nos termos que a lei determinar. Esta disporá, também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício do cargo, função ou emprego na Administração Pública, direta ou indireta*⁸⁴.

⁸⁰ BARBOSA, *op. cit.*, p.34.

⁸¹ *Idem*.

⁸² BONAVIDES e ANDRADE, *op. cit.*, p.443.

⁸³ BARBOSA, *op. cit.*, p.34.

⁸⁴ CAMPANHOLE, Hilton Lobo e CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*, 12ed., São Paulo: Atlas, 1998, p.316-317.

2.5 - O Devido Processo Legal e a Constituição Federal de 1.988

Em 5 de outubro de 1.988 foi promulgada uma nova Constituição, cujo Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I, dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, em seu artigo 5º, ampliou o rol de Direitos Fundamentais e os enumera de forma não exaustiva. Segundo postura tradicional em nossas constituições, prescreve, em seu parágrafo 2º, que os direitos e garantias expressos no texto constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e, também, os direitos disciplinados em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, conforme observamos.

Na técnica constitucional brasileira, consoante observação de Raul Machado Horta⁸⁵, a catalogação dos Direitos e Garantias Individuais é a parte mais longa da Declaração de Direitos, pois engloba também os Direitos Públicos. Outra característica reside no fato de os Direitos Individuais não se esgotarem em sua enumeração individualizadora, expressa na Constituição. Isto ocorre por estarem disciplinados em "*norma constitucional elástica*" (nos termos de HORTA⁸⁶) cuja permissão de acréscimo de outras garantias e direitos não listados no texto constitucional, mas localizados em outros diplomas legais, desde que sejam resultantes da forma prescrita na Constituição e dos princípios por ela consignados. (Constituição Federal de 1.891, art. 78; Constituição Federal de 1.934, art. 114; Constituição federal de 1.946, art. 144; Constituição Federal de 1.967, art. 150, §45; Emenda Constitucional de 1.969, art. 153, §36; Constituição Federal de 1.988, art. 5º).

Entre os direitos e garantias arrolados nos incisos do artigo 5º da Constituição de 1.988 está consagrado, de modo expresso, o *devido processo legal*, no inciso LIV e está fundamentado no inciso LV.

⁸⁵ HORTA, *op. cit.*, p.30.

⁸⁶ *Idem.*

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

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens devido ao processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

É oportuno ressaltar o princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial, igualmente denominado de princípio do Direito de Ação, também uma garantia, que é um dos princípios decorrentes do *devido processo legal*, fixado expressamente pela Constituição de 1.988, no inciso XXXV do artigo 5º, *in verbis*:

Artigo 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A garantia do *devido processo legal*, em nosso entendimento, é um dos alicerces em que está firmado o Estado Democrático de Direito.

A Garantia do Devido Processo Legal – Princípio Constitucional consagrado no texto da Constituição de 1.988, no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurou amplamente este princípio a todas as espécies processuais.

A grande novidade está na referência expressa feita ao processo administrativo em geral.

Justifica-se tal fato na feição do Estado que disciplinou. Logo no art. 1º asseverou que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito. Desta opção política decorrem princípios democráticos que foram inseridos em seus textos, inclusive o do *devido processo legal*.

A Constituição de 1.988, no art. 5º, inciso LIV, garantiu que *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*.

Em seguida, no inciso LV, determinou que *aos litigantes, em processo judicial administrativo, e aos acusados, em geral, são assegurados o contrário e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes.*

Da análise desses dois incisos conclui-se que a Constituição não se limitou a assegurar que a sua aplicação, na esfera administrativa, ficasse restrita aos casos nos quais houvesse a possibilidade de privação de liberdade e de bens, foi além, determinando a observância das garantias do contraditório e ampla defesa nas situações que envolvam controvérsia e as que tenham acusados.

O devido processo legal tem a sua origem no art. 29 da Carta Magna, outorgada por João sem Terra em 1.215, quando assegurou julgamento conforme a lei do País – *law of land*.

Esta expressão foi, posteriormente, substituída pela hoje consagrada, devido processo legal – *due process of law* constante no *Statute of Westminster of the Liberties of London* de 1.354 no reinado de Eduardo III. Surgiu como garantia aos barões contra o autoritarismo real inglês.

No século XVIII, já havia conquistado a condição de garantia fundamental do processo, na Inglaterra e nas suas colônias da América do Norte, tendo alcançado, nesta última, maior extensão, abrangendo atuação do Poder Legislativo, o que não havia ocorrido entre os ingleses, em face da supremacia do Parlamento.

De lá pra cá, este princípio processual tem sido constantemente ampliado, principalmente pelos povos de língua inglesa.

A cláusula, que nasceu sobre a égide do direito individualista, evoluiu, adaptando-se à moderna visão publicista do Direito, que não se contenta com apenas uma decisão, mas aquela que atende ao interesse geral da justiça. Só a decisão justa conduz à pacificação social, fim último perseguido pelo direito, razão mesma da sua existência.

A norma, sob exame, usou a expressão litigante, em processo administrativo, o que causou estranheza em alguns doutrinadores, logo após

a promulgação do texto constitucional, ainda arraigados à idéia de que os interesses da administração são os interesses de toda a coletividade.

Essa concepção hoje está inteiramente superada diante da inequívoca constatação de que há interesses contrapostos entre a administração e administrados.

Comentando a Constituição de 1.988, neste mesmo ano, CRETELLA JÚNIOR (1.988:531) afirmou que o inciso LV revelava falta de técnica, ao usar o vocábulo *litigante*, por entender ser terminologia própria do processo civil, *em que A litiga com B, sendo um autor o outro réu ou demandante ou demandado, recorrente e recorrido, apelante e apelado*.

Para MEDAUAR⁸⁷, pertence ao passado a idéia segundo a qual a incompatibilidade teórica da existência de controvérsia ou conflito de interesses, no âmbito administrativo, em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da concepção de ser administração detentora do juízo sobre o interesse público.

Modernamente, esta concepção evoluiu para admitir, com base na realidade fática, que existe multiplicidade de interesses, diversidades de pontos de vista, enfim, de pluralismo no panorama da atuação administrativa⁸⁸.

A leitura do citado inciso LV, de acordo com Odete Medauar, (1993, p.204-205) suscita a questão do significado do termo litigantes na perspectiva do processo administrativo. Diferentemente do passado, as correntes doutrinárias contemporâneas já trabalham com a idéia de multiplicidade de interesses, de diversidades de ponto de vista, de controvérsias a respeito de direitos no âmbito da atuação administrativa. Daí merece acolhida a diretriz adventada por Ada Pelegrini Grinover ao examinar o sentido do termo litigantes na esfera administrativa: O litigante surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses ... Haverá litigantes sempre que houver conflitos de interesses. Sempre que houver uma controvérsia.

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1.993, p.77.

⁸⁸ Idem.

No mesmo sentido, comenta a consagrada autora sobre o tema *acusado*, por entender que é vocabulário técnico do Direito Penal e do Processo Penal, não dá terminologia administrativa, a não ser por extensão analógica. Defende ser o termo acusação ligado à denúncia e à pronúncia atos próprios do processo penal⁸⁹.

Ocorre, não obstante, que é regular, no texto constitucional, a utilização de vocábulo sem extrema exigência de rigor técnico, desde que o sentido, em que foi empregado, fique claro.

Foi justamente o que ocorreu nesse inciso, referindo-se a Constituição a acusados em geral, abrangendo os processos nos quais houve acusação e a possibilidade de aplicação de pena.

Neste passo, o legislador usou a expressão *acusados em geral*, dirigindo-se àqueles que ocupam o pólo passivo na relação processual em que haja a possibilidade de aplicação da pena, compreendendo os da espécie judicial penal e o da espécie administrativo disciplinar (FONTES⁹⁰).

Este também é o pensamento esposado por FIGUEIREDO⁹¹ quando afirma que:

A Constituição de 1988 utilizou-se dos termos "acusados" e "litigantes" no inciso LV do art. 5º, pré-mencionado. Quanto ao primeiro – "acusados em geral" I – há de se dar amplitude ao termo, para abrigar todas as situações em que haja imputação a alguém de falta ou de conduta ilícita, e não apenas no sentido mais restrito, da possibilidade de já haver acusação formal (ou denúncia no processo penal) a deflagrar o inquérito administrativo ou a ação penal. Quanto à denominação "litigante" em geral, sempre que houver controvérsia, conflitos de interesses, haverá aplicabilidade do contraditório e da ampla defesa, nos termos constitucionais.

Outros autores afirmam, ao interpretarem o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que, sob a denominação genérica de processo

⁸⁹ MEDAUAR, *op. cit.*, p. 532.

⁹⁰ FONTES, Ana Lúcia Berbet de Castro. Garantia do devido processo legal – Princípio constitucional da administração pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*, Salvador, v. 14, jul/dez 1.999.

⁹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2.001, p. 414.

administrativo, o dispositivo referiu-se aos dois tipos básicos de processo dessa natureza.

O primeiro compreende aquele que visa a solução de controvérsia, lide no âmbito da Administração Pública, resultante da edição pelo poder público de atos contrários a interesse ou direito de pessoa jurídica ou física, incluindo-se, entre essas últimas, particulares e servidores.

Já o segundo diz respeito àqueles que são meio de apuração e punição de infrações administrativas graves aos funcionários públicos, *lato sensu*.

Com relação a este segundo tipo, revemos nosso posicionamento, acatando o reparo que nos foi feito por MEDAUAR (1993:130), "*visto que o acusado na esfera administrativa identifica-se também no particular ao qual se atribui ilícito administrativo, passível de punição*".

Não só concordamos com o acerto da referida observação, como também acolhemos a tipologia para os processos administrativos, no direito pátrio, proposta por MEDAUAR (1993), que, segundo por ela, própria afirmado, levou em conta, para a elaboração do elenco, as modalidades formuladas por Hely Lopes Meirelles, Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes, a seguir discriminadas:

a) Processos administrativos em que há controvérsias, conflitos de interesses;

1ª) Processos administrativos de gestão; exemplo: licitações, concursos públicos, concursos de acesso ou promoção.

2ª) Processos administrativos de outorga; exemplo: licenciamentos de atividades e exercício de direitos, licenciamento ambiental, registro de marcas e patentes, isenção condicionada de tributos.

3ª) Processos administrativos de verificação ou determinação; exemplo: prestação de contas.

4ª) Processos administrativos de revisão; exemplo: recursos administrativos, reclamações, impugnação de lançamento.

b) Processos administrativos em que há acusados; tais processos denominam-se processos sancionadores ou punitivos:

b.1) Internos – são os processos disciplinares em que são indiciados servidores, alunos de escolas públicas.

b.2) Externos – que visam a apurar infrações, desatendimento de normas e a aplicar sanções sobre administrados que não integram a organização administrativa; exemplo: infrações decorrentes do poder de polícia, infrações relativas à administração fiscal, aplicação de penalidades a particulares que celebram contrato com a Administração, inclusive concessionários, apuração de infrações contra a ordem econômica (Lei 8.884/94, arts. 30-51).

Assim, desde a promulgação, em 5 de outubro de 1.988, da nova Lei Fundamental, a Administração Pública Brasileira está obrigada, constitucionalmente, a assegurar aos que, com ela litigam, e àqueles a quem imputar, a prática de ilícitos administrativos o *devido processo legal* (FONTES⁹²).

2.6 - Princípios Decorrentes do Princípio do Devido Processo Legal

O princípio maior do *devido processo legal* é formado por um conjunto de outros princípios, comuns às espécies processuais semelhantes, que, observados, legitimam o processo.

Os princípios básicos norteadores do processo administrativo são, portanto, os que orientam os processos judiciais.

Os princípios que regem o processo administrativo que versam sobre uma controvérsia, são aqueles que orientam o processo civil; quanto ao processo administrativo disciplinar, guarda relação com os princípios que fundamentam o processo penal.

Passaremos à análise dessas garantias.

⁹² FONTES, *op. cit.*

- **Acesso à Justiça**

O princípio *do acesso à Justiça*, interpretado à luz do processo administrativo, compreende o direito de postular junto à Administração e de haver previsão legal do procedimento.

A própria Constituição encarregou-se de prever os instrumentos de postulação perante à Administração Pública. Com os meios assegurados, a Lei Maior quis não só proteger quem se relaciona com a Administração, mas, também, de emprestar-lhe o sentido de instrumento de controle da atuação administrativa.

- **Juiz Natural**

No processo judicial, ao juiz natural, isto é, àquele competente para julgar determinada controvérsia. A sua competência antecede ao fato sobre o qual se pede decisão da Justiça.

Já no processo administrativo, a competência legal para decidir repousa sobre autoridade ocupante de cargo superior, na linha hierárquica, com possibilidade de revisão por outra autoridade de posição hierárquica ainda mais elevada.

Diferentemente do que ocorre no processo judicial, no processo administrativo a autoridade julgadora não conduz a relação processual. Esta fica a cargo da comissão composta por servidores, à qual cumpre, no final dos trabalhos, relatá-lo, sugerindo a decisão a ser adotada.

Tanto a solução sugerida pela comissão processante como a decisão a ser tomada pela autoridade julgadora tem de refletir as provas que foram carreadas para o processo. Não é dado ao administrador público decidir, a seu talante, afastado do que ficou efetivamente provado.

Correlacionado com o princípio do juiz natural ou administrador competente, como adverte FIGUEIREDO⁹³, não pode haver administrador denominado *ad hoc*, ou órgão colegiado *post facto*.

⁹³ FIGUEIREDO, *op. cit.*

- ***Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório***

O administrador público, ao decidir em processo administrativo, deve fazê-lo com a responsabilidade de um juiz, tendo apenas em vista proferir decisão justa, com observância dos pressupostos procedimentais que a legitimam.

As decisões administrativas sobre controvérsias ou aquelas que resultam na aplicação de sanção devem ser sempre proferidas em processo que assegure o contraditório, significando a possibilidade de produção de provas e contraprovas.

O atual estágio do direito processual administrativo não admite mais desigualdade no tocante a direitos, garantias, ônus, faculdades na relação processual.

Ao contrário do que já foi assente, esta igualdade de forças não vem de encontro ao interesse público. Hoje se verifica que as decisões administrativas, resultantes de processo desenvolvido com respeito às garantias que informam o devido processo legal, harmonizam-se com a concepção atual de Administração Pública.

As relações da Administração – administrado, fisco – contribuinte tendem a ser cada vez mais transparentes, controladas, o que vem a resultar, em última análise, na legitimação do poder, fortalecendo a atuação administração.

E é justamente do contraditório que resulta da defesa plena ou ampla. É escrita a relação entre o contraditório e a ampla defesa. Se, por um lado, o contraditório é garantia da ampla defesa, por outro, só há defesa plena com observância do contraditório.

- ***Tipicidade***

Importante questão merecedora de destaque atinente ao processo administrativo, principalmente ao disciplinar, é a relativa à tipicidade.

Antes da Constituição de 1.988, prevalecia o entendimento segundo o qual não se exigia a tipicidade no direito administrativo disciplinar.

Era usual, e ainda remanesce, a prática de prever a conduta sancionada através, exclusivamente, do chamado tipo aberto, que ensejava larga margem de discricionariedade quando se procedia ao enquadramento do fato à norma.

A expressão procedimento irregular fundamentava aplicação da penalidade de advertência até a demissão do serviço público. A escolha da pena aplicada não encontrava na lei o necessário balizamento.

Não obstante, tenha sido expressamente consagrado o princípio da legalidade pelo texto constitucional como princípio informador de toda a administração pública, não é mais correta a exigência da tipicidade exclusiva para a configuração da conduta criminosa, inclusive porque a ausência de prévia disciplina normativa da conduta contrária.

À disciplina da administração pública fere o princípio da ampla defesa, conseqüentemente ofende o princípio do *devido processo legal*.

2.7 - Enquadramento do Fato à Norma

É freqüente, no serviço público, o incorreto enquadramento do fato à norma.

Por vezes, a comissão processante ou, até mesmo, a autoridade julgadora afastam-se do tipo legal para beneficiar ou para punir mais severamente o acusado, praticando desvio de poder.

É curial que, ao prolatar o ato administrativo, o servidor público não exprime a sua livre vontade, mas a decisão que visa ao interesse público cristalizado na lei.

A apreciação subjetiva do administrador é totalmente vedada, no caso de o ato ser expedido, a ser vinculado. Nesta espécie de ato administrativo, a lei não deixa margem para subjetividade.

A aplicação da penalidade disciplinar ao servidor é ato vinculado e, assim sendo, encontra na lei o seu balizamento. Ao agente público cabe, portanto, obedecer ao mandamento legal em todas as suas especificações.

Tomemos, como exemplo, um determinado processo, no qual a comissão concluiu, com respaldo nas provas constituídas, ter o indiciado praticado, por motivo fútil, o fato contrário às normas do serviço público, fato que já se encontrava descrito na lei penal como crime.

Cumpria-lhe, tendo em vista a sua própria conclusão, buscar na lei a sanção prevista para a prática de ato dessa natureza e gravidade, o que não ocorreu. A pena indicada não foi imposta para a espécie.

Vale ressaltar que a única espécie de sanção disciplinar que comporta certa dose de discricionariedade para a sua aplicação – assim mesmo no respeitante à quantificação – é a de suspensão. Ainda assim esta discricionariedade pode ser afetada diante do uso concreto enfocado através do prisma dos princípios da razoabilidade da proporcionalidade.

Fora desta hipótese, defeso é ao agente público, com base em critério de avaliação pessoal, em desacordo com a norma que disciplina a matéria, aplicar sanção diversa da instituída quer seja para beneficiar, quer seja para prejudicar o funcionário faltoso.

Como consectário do princípio da jurisdição, ora consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – “a lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – as decisões administrativas não transitam em julgado. Isto não autoriza que o administrador público adote posição contrária ao direito, por entendê-la “conveniente” à determinada Administração, sob a alegação de que, se o interessado vier a julgar-se prejudicado, poderá recorrer ao judiciário, ou, apostando no seu prevalecimento, em face do fator inibidor, que se constitui a lentidão do Poder Judiciário para aqueles que pretendem ao referido poder recorrer.

Quem assim proceder estará ferindo o princípio da legalidade erigido à condição de princípio constitucional da Administração Pública – art. 37, *caput*, da Constituição Federal.



2.8 - Obrigatoriedade da Defesa Técnica

Outra questão, que merece destaque e a respeitante à defesa técnica no processo administrativo disciplinar. Em outras palavras, se é ou não indispensável para a validade do expediente a assistência do servidor acusado por advogado.

A teoria geral do processo administrativo disciplinar deve ser construída, inspirando-se nos princípios norteadores do processo penal, em face da similitude existente entre estas duas espécies processuais. Ambos visam à apuração de fato que, se comprovado, resulta na aplicação de pena.

A defesa, no processo administrativo disciplinar deve abranger a autodefesa e a defesa técnica, como ocorre no processo penal, que lhe serve, conforme visto, de paradigma.

Já defendíamos, mesmo antes da vigência da Lei Magna de 88, que, nos processos administrativos disciplinares, a defesa do acusado deve ser promovida por defensor técnico, vale dizer, advogado regularmente inscrito na OAB.

Tal entendimento encontrava e encontra embasamento na melhor doutrina nacional e estrangeira. Ressalte-se que a doutrina pátria retirava tal conclusão não só da teoria geral dos processos, mas também de princípios inseridos na Carta Política de 1.967, emendada em 1.969.

Este posicionamento técnico só não alcançou maior ressonância na prática administrativa, em razão do regime político autoritário instalado até bem pouco tempo em nosso país. Quanto mais democrático for o regime, maiores são as garantias processuais.

Coerente com este pensamento, sempre nos manifestamos em processo pela observância desta exigência que encontrava, inclusive, respaldo na experiência prática, na medida em que constatávamos ser a presença do defensor técnico de significativa importância para fazer emergir a verdade real dos fatos, objetivo indeclinável desta espécie processual.

A adequada elucidação dos fatos permite segurança ao órgão decisório e conseqüente estabilidade nas relações jurídico-administrativas.

Na condição de mera faculdade, a defesa técnica, nos processos disciplinares, beneficia, particularmente, os servidores ocupantes dos cargos da mais alta hierarquia administrativa que dispõem de recursos para obter assistência jurídica.

Em geral, quando a defesa é promovida por defensor, sem a competente habilitação técnica, fica evidente a sua fragilidade, nem sempre suprida pelas promoções a cargo da comissão processante, pondo o indiciado em nítida posição de inferioridade, em face do órgão de acusação.

Neste passo, sustentamos que é dever do Estado nomear defensor público ou dativo nas hipóteses de revelia ou insuficiência de recursos do acusado.

Merece relevo a situação esdrúxula por nós identificada, também, em processo cujo exame nos foi atribuído. No referido caso, dupla acusação era imputada ao servidor: abandono de cargo público e envolvimento em furto de veículo. O acusado nomeou o seu defensor, o que foi suprido pela Comissão Processante.

Na oportunidade da defesa prévia, o referido profissional limitou-se a afirmar que não pretendia *ab initio* abrir o flanco da defesa, deixava para fazê-lo, de forma completa e ampla, nos termos do art. 5º inciso LV, da Constituição Federal, por ocasião das alegações finais, oportunidade que, segundo afirmou, poderia cotejar a prova e propugnar pelos reais direitos e interesses do acusado.

No curso da instrução processual, não havia registro da participação do defensor dativo. Várias testemunhas foram ouvidas sem a sua presença.

Contudo, alcançou o ponto máximo a afronta ao direito de defesa do acusado quando seu próprio defensor, desrespeitando o *munus* que aceitara e ferindo direito consagrado na Lei Maior, conclui pela sua responsabilização.

Nesta defesa final, asseverou que, realmente, a revelia do servidor acusado induzia ao entendimento da sua total responsabilidade na prática dos atos apontados na Portaria, uma vez que, sendo ele policial concursado por academia de polícia, onde recebeu noções de direito, além de outras

orientações atinentes ao exercício da função de policial, jamais poderia desconhecer o estatuto que rege a espécie, e muito menos praticar ilícito penal, como estava evidenciado nos autos.

Em seguida, arrematou, afirmando não ter condições de elaborar uma defesa mais abrangente, em razão da soberania das provas colhidas contra o servidor, nas quais estava robustamente comprovado haver ele abandonado cargo público e o seu desenvolvimento no crime previsto no art. 157 da lei penal.

É incrível que o defensor do acusado tenha invocado o princípio de que a ninguém é dado ignorar ou desconhecer a lei, para, com base nele, pedir a sua condenação, e ignore que dispositivo constitucional assegura aos acusados, em geral, o direito ao *devido processo legal*, através dos postulados da ampla defesa e do contraditório.

Demonstrou o bacharel, em epígrafe, desconhecer que o defensor dativo exerce um *munus* que não pode ser cumprido pela metade. Ao defensor nomeado, sob pena de nulidade, incube o dever de comparecer a todos os atos do processo e de usar de todos os meios de defesa previstos na lei processual.

Neste sentido, inclusive, têm reiteradamente decidido as mais altas cortes de justiça do País.

Sem haver invocado uma palavra sequer a favor do réu (na defesa prévia, reservou-se para o final), sem ter inquirido uma só testemunha, sem ter solicitado a produção de nenhuma prova, sem, ainda, ter sido produzida no processo prova relativa ao abandono de cargo público, o defensor dativo do acusado concluiu ter ele “total *responsabilidade na prática dos atos apontados na Portaria*”.

A conclusão era equívoca: o processo encontrava-se irremediavelmente nulo. Mais uma vez, fatos de suma gravidade deixavam de ter pronta e adequada apuração.

2.9 - Publicidade dos Atos Processuais

Decorrente, ainda, do princípio maior do *devido processo legal*, temos o da publicidade dos atos processuais. Enfocando este princípio, pelo prisma do processo administrativo, seu conteúdo se elastece para abranger não só a publicação dos principais atos, no Diário Oficial, como também o acesso preciso aos fatos, dados, documentos etc., que possam, de alguma forma, inferir no rumo do procedimento e, conseqüentemente, da decisão final.

A comunicação deve ser feita com prazo que possibilite reação por parte dos interessados para que este princípio resulte plenamente atendido.

Dessa forma, vedado é à administração decidir, com base em fatos sobre os quais não tenham sido cientificado o interessado e, portanto, sem que lhe tenha sido dada a possibilidade de manifestar-se sobre eles.

- **Princípio da Motivação**

A Motivação é outro princípio, que legitima o processo e que mantém relação estrita com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A exposição dos fatos e seu correspondente enquadramento à norma, que autoriza a edição do ato, é requisito formalístico para a validade deste. A ausência de motivação nulifica o ato decisório.

Embora a Lei Magna não tenha expressamente erigido a motivação a princípio constitucional da Administração Pública, o fundamento do dever de motivar deflui do seu próprio texto do art. 5º, incisos XXXIII, XXXIV, "b", XXXV e LV, e do art. 93, inciso I.

Dentre os dispositivos constitucionais citados, destacamos o inciso XXV do art. 5º, referente à inafastabilidade do exame pelo Poder Judiciário. A ausência de motivação dificulta e pode até impedir o controle judicial do ato.

- **Princípio da Revisibilidade**

O direito a revisibilidade ou ao *duplo grau*, inclui-se, também, entre os princípios informadores do princípio maior, em apreço, consubstanciado no direito do interessado de ter a decisão, que lhe foi desfavorável, revista por autoridade de nível hierárquico superior, imprimindo, deste modo, mais segurança à decisão que resultar, finalmente da Administração Pública.

Decorrente do exercício da função administrativa, temos a prerrogativa da auto-tutela, significando que a Administração pode rever seus próprios atos ou anulá-los quando viciados.

Muitas vezes, no exercício da competência vinculada, a Administração desfaz o seu próprio ato, objetivando restaurar a legalidade violada.

A natureza deste ato é de controle da legalidade. Não deve, portanto, ser confundido com a *reformatio in pejus*, que consiste na devolução à instância superior do pleno conhecimento de todas as questões decididas pelo juiz inferior, quando havia deixado de recorrer sobre ponto da sentença que lhe foi desfavorável, agravando, assim, a situação da parte que recorreu.

Deste modo, quando a Administração atua no exercício do seu poder de auto-tutela, não encontra obstáculo.

Diferentemente ocorre com relação à *reformatio in pejus* que não deve ser admitida quando o reexame foi provocado pelo próprio interessado e não esteja envolvida situações de terceiros ou atos que não possam ser convalidados e inexistam coarctamentos de outras regras à invalidação⁹⁴.

Assim procedeu o Código de Processo Civil ao afastar esse princípio, substituindo-o pelo *tatum devolutum quantum appellatum*, que só autoriza o reexame dos pontos que foram objeto do recurso.

Por fim, podemos dizer que: a Constituição Federal de 1.988 estendeu o *devido processo legal* a todas as espécies processuais,

⁹⁴ FIGUEIREDO, op.cit., p.429.

ênfatizando o processo administrativo, guardando coerência com o Estado Democrático de Direito que instituiu no plano normativo.

A previsão constitucional do princípio norteia maior do direito processual – *devido processo legal* – ao processo administrativo deu impulso à sistematização desta espécie processual.

Os princípios gerais do processo norteiam o processo administrativo, respeitadas as suas características.

São, portanto, princípios do processo administrativo: o direito de postular junto à Administração; o do administrador previamente competente para julgar; o da ampla defesa e do contraditório, compreendendo: o da tipicidade, principalmente nos processos administrativos disciplinares, o da definição clara da acusação no ato exordial e o da obrigatoriedade da defesa técnica, estes últimos indispensáveis nos processos punitivos; o da publicidade dos atos processuais; o da motivação, e o da revisibilidade das decisões.

São princípios específicos do processo administrativo, sem prejuízo de outros, o da oficialidade, e o da obediência à forma e aos procedimentos.

**CAPÍTULO III - O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O
DEVIDO PROCESSO LEGAL**

3 - Formas de Solução de Litígios

É sabido que não há sociedade sem Direito, que os interesses são limitados e que os bens são insuficientes e disputados. A insatisfação entre as pessoas geradas por estas circunstâncias é fator de instabilidade e insegurança. Indispensável, pois, o desenvolvimento constante de mecanismos para a solução dos inevitáveis conflitos, mantendo-se a paz social.

Valendo-nos de apertada síntese, poderíamos dizer que, historicamente, experimentou a humanidade formas de composição que vão de autotutela à jurisdição.

A autotutela caracteriza-se pela imposição da vontade da parte mais forte à outra, diante da inexistência de uma decisão proferida por um juiz imparcial.

A autocomposição, a exemplo da autotutela, também forma de solução de conflito por vontade de um ou de ambos os contendores, revela-se pelo consentimento no sacrifício parcial ou integral do próprio interesse, encontrando na desistência (renúncia à pretensão), na submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão) e na transação (concessões recíprocas) as suas formas mais específicas.

Atualmente, evidenciando-se o conflito de interesses que não encontre solução espontânea, impõe-se como garantia da ordem pública a atuação pacificadora do Estado, prestando a jurisdição por intermédio do Poder Judiciário e valendo-se do processo como instrumento. Revela-se, assim, como a forma mais evoluída, justa e pacífica de composição de conflitos.

“Na realidade são de três ordens os escopos visando pelo Estado, no exercício da jurisdição: social, políticos e jurídicos⁹⁵”.

A pacificação se configura no objetivo maior da jurisdição (escopo social), a preservação do valor liberdade e do próprio ordenamento jurídico

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.

na finalidade política e a atuação da vontade concreta do direito no escopo jurídico.

Embora tenha havido no decorrer dos tempos um flagrante fortalecimento de exclusividade da atuação estatal na tarefa de dirimir as controvérsias, formas alternativas não-jurisdicionais têm sido experimentadas, como, por exemplo, a arbitragem e a conciliação.

Tal fato se deve em muito às duras críticas ao modelo tradicional do processo, tido como excessivamente formal, moroso e caro. Importante, ainda, mencionar a adoção de ritos simplificados que encontram aplicação nos juizados especiais (Lei 9.090, de 26/11/1.995).

Constata-se, também, um alargamento desta função estatal pacificadora, desbordando para os outros poderes, mesmo que sem a definitividade e impositividade características das decisões do Poder Judiciário.

Em matéria tributária, a partir dos anos trinta começam a surgir os órgãos julgadores administrativos, colegiados paritários com a incumbência de, na órbita administrativa e com a especialização de função, revisar o lançamento e julgar as controvérsias suscitadas entre o fisco e os contribuintes.

Indiscutível, dado o princípio da jurisdição una (ou única) adotado em nosso ordenamento jurídico, a inafastabilidade do exame por parte do Judiciário de questões que envolvam lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

A questão em foco é a processualidade, para alguns exclusividade da jurisdição, mas que se alastra, como dito, para os outros poderes estatais, com considerável incremento de estudos a este respeito e identificadores de um núcleo comum entre a atuação jurisdicional e a administrativa.

Necessário, assim, analisar tais manifestações doutrinárias, com incursões e considerações sobre o processo (ou procedimento) administrativo tributário mineiro, objetivando o conhecimento da *processualidade* que garanta o atendimento de direitos dos contribuintes e a

observância de deveres dos administradores fazendários, atingindo-se os objetivos desta atividade.

Partindo da sedimentação de conceitos e princípios ligados aos ramos do Direito Processual e Administrativo e identificando, de maneira abrangente, os objetivos do contencioso administrativo fiscal, faremos uma análise da legislação administrativa mineira sobre o tema.

3.1 - O Processo

O desempenho específico da função jurídica do Estado se manifesta em duas órbitas: a legislativa e a jurisdicional.

Com a primeira, que é a legislação, estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações; são normas de caráter genérico e abstrato, ditadas aprioristicamente, sem destinação particular a nenhuma pessoa e a nenhuma situação concreta; são verdadeiros tipos, ou modelos de conduta (desejada ou reprovada), acompanhados ordinariamente dos efeitos que seguirão à ocorrência de fatos que se adaptem às previsões.

Com a segunda ordem de atividades jurídicas⁹⁶, consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas em caso de conflito entre pessoas – declarando, segundo o modo contido nelas, qual é o preceito pertinente ao caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que este preceito seja realmente efetivado (processo de execução). Nesse quadro, a jurisdição é considerada uma longa *manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país.

⁹⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, op. cit., p.38.

Reconhecida a natureza do processo como uma relação jurídica regulada e distinta da relação de direito substancial, afiguram-se como seus participantes principais o juiz e as partes.

Embora a função jurisdicional seja uma, *“por motivos de ordem prática, resultantes do princípio da divisão do trabalho, costuma-se distinguir as atividades jurisdicionais, segundo vários critérios⁹⁷”* quanto à matéria (penal e civil), quanto à gradação dos órgãos (inferior e superior), quanto à proveniência (legal e convencional) e quanto ao objeto (contenciosa e voluntária).

Tido como instrumento para a realização da justiça, o processo para alcançar a sua efetividade deve garantir a todos o livre acesso em juízo, com a liberação dos entraves econômicos e burocráticos. A participação das partes no desenrolar do processo é a condição para a qualidade da prestação jurisdicional, que deverá ser a mais próxima possível do razoável e dos critérios mais nobres de justiça, sem afronta à vontade da lei.

As decisões judiciais têm de ser úteis e, tanto quanto possível, tempestivas, devendo ser observadas as medidas cautelares sempre que necessário.

Dentro de um enfoque clássico, dá-se o nome de processo ao *“complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides ocorrentes, por meio dos órgãos jurisdicionais⁹⁸”*.

Para tanto, é razoável que alguns princípios e regras sejam fidedignamente observados, sob pena de se instalar a desordem e não se atingir o fim colimado da solução dos litígios e, por consequência, a paz social. *“Ao sistema de princípios e normas ilegais que regulam o processo, disciplinando as atividades dos sujeitos interessados, do órgão jurisdicional e seus auxiliares, dá-se o nome de direito processual⁹⁹”*. Sendo a jurisdição uma fonte pública, idêntico caráter possui o direito processual.

⁹⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1.989, p.74.

⁹⁸ Idem, p.13.

⁹⁹ Ibidem.

No dizer de DINAMARCO¹⁰⁰, “direito processual é um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder segundo determinados objetivos”, abrindo espaços, como adiante veremos, para uma idéia de processualidade no âmbito dos outros poderes.

Não é nossa pretensão discorrer sobre a evolução do direito processual civil, sendo importante, entretanto, numa abordagem enciclopédica, enfatizar três fases marcantes: a do direito adjetivo, a autonomista ou conceitual e a instrumentalista, ora em curso.

A primeira, vigorante até meados do século passado, considerava o processo como meio de exercícios de direitos. Não se afirmara a idéia de autonomia da relação jurídica processual e mesmo do direito processual.

A ação era entendida como manifestação do próprio direito subjetivo material, justificando a expressão direito adjetivo, hoje em desuso.

A segunda fase é caracterizada pelas grandes construções científicas do direito processual, ocorrendo para a afirmação da autonomia de direito processual como grande preocupação do período.

O florescimento do condimento faltante à fase anterior, qual seja, a crítica do sistema do ponto de vista do atingimento dos seus resultados, desloca o foco para a verificação dos resultados práticos do processo como responsável pela solução de litígios e pelo atendimento das necessidades da população que a ele recorre. É a fase instrumentalista.

Mencionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1.996), em obra já citada sobre teoria geral do processo, que integram essa última fase, três ondas renovatórias: a) melhoria da assistência judiciária aos necessitados; b) tutela aos interesses supra-individuais; c) simplificação e racionalização dos procedimentos, Justiça mais acessível e participativa. Concluem que o processo é um poderoso instrumento ético a serviço da sociedade.

¹⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. *Revista dos Tribunais*. 1986, p.42.

3.2 - Princípios Gerais do Processo

Fulcrados nos escopos social, político e jurídico do processo, são apresentados como seus princípios informativos, verdadeiro esteio sobre o qual se constroem todos os demais princípios, dentro do seu compromisso com a moral e a ética.

- *Princípio lógico* – devem ser aplicados os meios mais eficazes e rápidos na busca da verdade.
- *Princípio jurídico* – a igualdade no processo e a justiça na decisão configuram-no.
- *Princípio político* – o máximo de garantia social e o mínimo de sacrifício individual da liberdade.
- *Princípio econômico* – o acesso de todos ao processo, com baixo custo e curta duração.

Sem a pretensão de classificação por primazia, trataremos, por uma questão de encadeamento lógico, dos mais importantes princípios processuais, lembrando sempre a raiz constitucional da disciplina, o que demonstra a sua relevância.

- **Da ação:** a jurisdição depende de provocação (*nemo iudex sine actore*) assegurado, constitucionalmente, a todos o direito de invocá-la (art. 5º, inc. XXXV).

- **Imparcialidade do juiz:** condição indispensável à instauração válida de uma relação processual. “O juiz coloca-se entre as partes e acima delas¹⁰¹”. É com este objetivo que a Constituição assegura aos magistrados garantias (art. 95), impõe-lhes vedações (art. 95, §único.), proíbe os juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII) e garante o juiz competente (art. 5º, inciso LIII). Importante mencionar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1.948, já estabelecia a garantia ao julgamento imparcial.

¹⁰¹ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *op. cit.*, p.51-52.

- **Igualdade:** a igualdade perante o juiz decorre, pois, da igualdade perante a lei, como garantia indissolavelmente ligada à democracia. Decorre do princípio insculpido no caput do art. 5º da Constituição Federal, repercutindo em todas as asseguratórias de tratamento isonômico, como, dentre outros, os arts. 9º e 125º do CPC.

- **Contraditório e ampla defesa:** inerente ao processo, tem físcas em texto expreso e inequívoco da Carta Magna (art. 5º, inc. LV), consistindo no direito à informação e à reação, devendo ser considerado no seu aspecto formal e substancial em processo administrativo e judicial.

- **Verdade formal e verdade real:** “o primeiro também conhecido como dispositivo, consiste, como regra, na dependência do Juiz, na instrução da causa, da iniciativa das partes, quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão¹⁰²”, o segundo garante ao magistrado maior autonomia e ação, devendo “descobrir a verdade objetiva dos fatos, independentemente do alegado e provado pelas partes¹⁰³”.

- **Persuasão racional do juiz:**

... o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos, mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182)¹⁰⁴.

Como bem observa o doutrinador mencionado em sua obra, não se confunde tal regra com arbitrariedade, visto que o convencimento tem de ser motivado (art. 93 da Constituição Federal) e não pode desprezar regras legais porventura existentes.

- **Publicidade:** executado nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem o sigilo (art. 155, incisos I e II do CPC); por este princípio assegura-se o acesso de todos aos atos processuais, mesmo quem não é parte do processo. Consiste no manuseio dos autos e o direito de

¹⁰² CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *op. cit.*, p.64.

¹⁰³ CAMPOS, Dejalma de. Direito Processual tributário. 2ed. São Paulo: Atlas, p.25.

assistir as audiências e sessões de julgamento. O princípio encarna a idéia de que o juiz dos juizes é o povo.

- **Lealdade processual:** de todos os envolvidos na relação processual exigem-se deveres de moralidade e probidade. Os fatos devem ser expostos conforme a verdade, com lealdade e boa-fé, incidindo em ilícito processual aquele que desta forma não agir.

- **Economia e instrumentalidade das formas:** na condição de instrumento, não pode o processo se constituir dispêndio exagerado em relação aos bens em disputa. Deve haver um equilíbrio na relação custo-benefício. Cuidado especial deve-se ter na dosagem de tal princípio, tendo em vista que a justiça não se mede pelo valor. Corolário da economia é o aproveitamento dos atos processuais, considerando-se o processo um instrumento e não um fim em si mesmo.

- **Duplo grau de jurisdição:** possibilidade de se recorrer da decisão de primeiro grau à instância superior, objetivando a sua reforma. Acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, embora não previsto explicitamente no texto constitucional, encontra justificativa política no controle dos atos estatais, segundo afirma a maior parte dos doutrinadores sobre o tema.

3.3 - O Processo na Constituição

Vimos de ver pelos exames dos princípios processuais a íntima relação que o Direito Processual mantém com a Constituição Federal¹⁰⁴. Quando não insculpidos no texto da Carta Magna, funcionam como colorários. À condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo denomina-se direito processual constitucional. Abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo e, do outro, a jurisdição constitucional.

¹⁰⁴ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *op. cit.*, p.69.

¹⁰⁵ *Idem*, p.79.

A combinação do princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV) com o direito de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, inc. LV) fecham o ciclo de garantias processuais. Tal preocupação do legislador constituinte realça o caráter científico do processo como instrumento público de realização da paz social¹⁰⁶.

Poderiam ser ainda lembrados alguns preceitos constitucionais como o da igualdade processual (art. 5º, inc. I); o da publicidade (art. 5º, inc. LX); o da exigência da motivação das decisões, sob pena de nulidade (art. 93, inc. IX); o da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI), além dos afetos ao direito processual penal.

3.4 - O Processo Administrativo Fiscal

3.4.1 - O Lançamento e a Contestação Administrativa

Exerce o fisco a atividade estatal correspondente ao poder-dever de exigir o pagamento do tributo devido, em estrita consonância com o estabelecido no ordenamento jurídico, mapeado por regras de cunho constitucional, administrativo e tributário.

Em citação feita por SEIXAS FILHO (1.996:5), em obra intitulada *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário – A Função Fiscal*, a este atributo do órgão administrativo de exigir um determinado comportamento da pessoa em cumprimento a um dever legal é denominado *potestade*, assim definido por Massimo Severo Giannini:

¹⁰⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ed. RT 1.990. pp.372-373.

A potestade pública é sempre predeterminada pela norma, sendo indisponível, intransmissível e irrenunciável, podendo, entretanto, não ser exercitável ou Ter o seu exercício delegado ou suspenso, enfim, é imprescindível, mas o seu exercício pode estar sujeito à decadência.

Temos assim que a autoridade fiscal age de ofício e em respeito absoluto ao princípio da legalidade, cabendo-lhe privativamente o exercício da função lançadora, aplicando a lei ao caso concreto. É o que prevê o Código Tributário Nacional – CNT:

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

Parágrafo único – A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Segundo DERZI¹⁰⁷:

Pode ocorrer que a administração disponha de todos os elementos necessários ao lançamento e que proceda ao ato sem instauração de um prévio procedimento. Notificado o contribuinte do teor do lançamento assim efetuado, pode se dar o pagamento, com a extinção do crédito tributário, mas sem a ocorrência de procedimento prévio posterior. Mas também o sujeito passivo inconformado poderá impugnar a cobrança, inaugurando um procedimento contencioso, depois de já efetivado o lançamento. Em suma, não se confunde o ato de lançamento com o caminho que percorreu, juridicamente regulado, e, uma vez aperfeiçoado e apto a desencadear os efeitos que lhe são próprios, também não fica reduzido a posteriores formalidades por via das quais poderá ser alterado ou confirmado.

Percebe-se, portanto, a possibilidade de existência de dois procedimentos intercalados pelo ato do lançamento.

¹⁰⁷ DERZI, Misabel Abreu Machado. In: *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.354.

Consubstanciada a pretensão do fisco, o contribuinte é regularmente notificado, abrindo-lhe prazo para pagamento ou discussão administrativa, segundo a etapa a que aludimos no início da abordagem. Merece realce a previsão contida no CNT de alteração do lançamento regularmente notificado em apenas três hipóteses: impugnação do sujeito passivo, recurso de ofício e revisão do lançamento nos casos expressamente previstos (art. 145).

A apresentação dessa impugnação, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, acarreta a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 – III).

Tal circunstância decorreria do cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, do direito à propriedade, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (Constituição Federal, artigo 5º, II, XXII, XXXIV, “a”, LIV e LV), segundo BOTTALO¹⁰⁸.

Prossegue o doutrinador no mesmo artigo: *“Estes princípios, por seus respectivos títulos e alcance, condicionam amplamente toda a atividade estatal, de modo a impedir que se desenvolva senão dentro dos limites por eles previamente traçados”*.

Configura-se o processo administrativo fiscal uma faculdade de que dispõe o contribuinte, podendo, se desejar, dela não se valer para acionar de imediato o Poder Judiciário. Vê-se, portanto, como é cediço não se constituir pressuposto para a discussão judicial da legalidade da pretensão do fisco¹⁰⁹.

A reflexão sobre a obrigatoriedade ou não da existência do denominado processo administrativo fiscal comporta, na doutrina, entendimentos diversos. Paulo Celso B. Bonilha defende a tese de que só se imporá como indispensável nos casos de aplicação de penalidades, não sendo, pois, obrigatório quando a pretensão fiscal se refira tão-somente a tributo, concluindo: *“para fins de revisão de lançamento, continua sendo (o processo administrativo tributário) como matéria da alçada do legislador*

¹⁰⁸ BOTTALO, Eduardo. Algumas reflexões sobre processo Administrativo Tributário e os Direitos que lhes cabe assegurar. In: *Ação Declaratória. Ação Anulatória. Mandado de Segurança*. s.l., s.d.

ordinário e não indistinta obrigatoriedade atrelada a qualquer lançamento de tributo¹¹⁰”.

Segundo MEIRELES¹¹¹, “(...) a instauração do processo será sempre por ato formal da autoridade (...)” e “(...) a defesa do contribuinte será feita pela impugnação da exigência fiscal, e marca início da fase litigiosa do procedimento¹¹²”.

Polêmica a parte, o fato é que a atividade julgadora exercida pelos conselhos de contribuintes se constituem uma modalidade peculiar de função administrativa, emergindo dela alguns traços relevantes e realçados por BOTTALO¹¹³, em manifestação contida em obra editada pela Dialética e já citada: 1) o seu exercício se dá em situação de conflito instaurada pelo contribuinte; 2) pela função judicante realiza-se trabalho de interpretação do direito controvertido, como modo de alcançar sua finalidade; 3) do exercício da função resulta a fixação do seu sentido no caso concreto; 4) o seu objetivo é remover uma situação contenciosa, que pode se dar de forma definitiva em desfavor da Administração.

É de se reconhecer que, embora com as características aludidas, ambas as fases são desenvolvidas no âmbito do Executivo, estando, pois, os atos parametrados pelos princípios do Direito Administrativo. Devem, assim, conter os elementos típicos do ato administrativo e primar pela legalidade, impessoalidade, com a moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência, de conformidade com a regra constitucional explicitada no art. 37 da Carta Magna.

A legalidade é a objetiva, exercida de forma inteiramente imparcial e desinteressada por parte das autoridades fiscais, orientando-se pela autorização legislativa e em razão e respeito ao interesse social, finalidade, em última instância, de todo e qualquer ato administrativo.

¹⁰⁹ Ação Declaratória. Ação Anulatória. Mandado de Segurança...

¹¹⁰ BONILHA, Paulo Celso B.. *Da Prova no processo Administrativo Tributário*. São Paulo: Dialética, 1997, p.64.

¹¹¹ MEIRELES Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Revista dos Tribunais. 16ed. São Paulo. 1.991.

¹¹² Idem, p.592-593.

¹¹³ BOTTALO, *op. cit.*, p.56-57.

A preservação e a obediência ao princípio da moralidade revelar-se-ão, segundo DI PIETRO¹¹⁴, na consideração da moral, dos bons costumes, das regras de boa administração, dos princípios de justiça e de equidade e da idéia comum de honestidade.

Conclui MEIRELES¹¹⁵ “O certo é que a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda a atividade pública será ilegítima¹¹⁶”.

Em princípio, os atos administrativos são públicos porque o é a Administração que os realiza, só se admitindo o sigilo nos casos estritamente previstos em lei. Funciona como elemento de visibilidade da ação do administrador e propicia o controle dos atos por ele praticados.

Quanto ao princípio da razoabilidade, parece-nos prender-se à proporcionalidade que deve haver entre os meios que se empregam, as exigências que são feitas e os objetivos que se quer alcançar, relativamente à atuação estatal.

Por derradeiro, a eficiência. Com certeza, a idéia a ser absorvida é a de efetividade, mescla de eficiência e eficácia, indispensável a todos os atos administrativos.

3.4.2 - Direitos e Garantias do Contribuinte

Impõem-se àquele que pratica o fato descrito como gerador da exação o dever de pagar o tributo devido. Tal fato, entretanto, deve balizar-se por princípios no exercício da atividade de lançamento e por garantias que são asseguradas ao administrado, no caso o contribuinte, para que não campeie a arbitrariedade e não se atente, portanto, contra a segurança jurídica, característica do estado democrático de direito.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Atlas. 3ed. São Paulo. 1.993. p.67.

¹¹⁵ MEIRELES, *op. cit.*, p.80.

¹¹⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p.67.

No tocante aos direitos do contribuinte, relativamente ao lançamento tributário, merece realce o respeito à legalidade da exigência fiscal, célula irradiadora de regras e verdadeiros diques à ação arbitrária do fisco. O poder-dever do administrador fazendário de lançar encontra limite na norma criadora da exação e naquelas orientadoras do procedimento de acertamento, não podendo afastar-se delas, sob pena de invalidação do ato.

O contribuinte não pode ser surpreendido pela cobrança do tributo. É explícito o mandamento constitucional de anterioridade da lei e de sua conseqüente publicidade.

Também a ele assegura-se, não obstante a impossibilidade de alegação de desconhecimento da norma, a faculdade de peticionar para esclarecer o seu alcance, bem como para recorrer, administrativamente, em casos concretos, objetivando a modificação ou o cancelamento do ato administrativo praticado (art. 5º, inc. XXXIV, da Constituição Federal), sem necessidade de depósito prévio, garantidos, ainda, os direitos ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV).

A universalidade da jurisdição é garantia constitucional insculpida no inc. XXXV do art. 5º da Lei Maior, não se podendo afastar do Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito.

O contra-ataque à arbitrariedade do fisco que não encontrar remédio nas normas reguladoras de composição na relação entre fisco e contribuintes, com a intensidade e rapidez por vezes requeridas, suscita o mandado de segurança, meio de proteção a direito líquido e certo (art. 5º, inc. LXIX).

De passagem poderiam ser ainda mencionadas as garantias à denúncia espontânea, ao sigilo, à liberdade de tráfego, à proibição da prisão por dívida, à proibição de confisco por meio de tributo, à obtenção de certidões e à restituição, dentre outros.

3.4.3 - Finalidades do Processo Administrativo Fiscal

Fiéis ao escopo da monografia, entendemos que o estudo do denominado processo administrativo fiscal, em razão das suas peculiaridades, não se deve restringir ao exame do seu mais nítido objetivo, que é o de solucionar as contendas decorrentes, em sua maior parte, da irresignação do contribuinte em relação ao lançamento promovido pelo agentes do fisco.

Como afirma MEDAUAR¹¹⁷, em obra que serve de referência a este tópico do trabalho: *“extrapolou-se o perfil do processo administrativo em si, para chegar até a legitimação do poder; saiu-se da perspectiva interna para perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa”*.

Necessário, pois, que afirmamos as suas mais importantes finalidades, lembrando sempre que constitui o processo administrativo fiscal um incidente à pretensão arrecadadora do fisco, corporificando garantias ao contribuinte enraizadas no próprio texto constitucional.

Emerge, assim, a primeira e mais visível finalidade: a de garantia ao administrado, no caso específico o contribuinte, de defender-se contra qualquer ato da administração em matéria tributária que não se amolde aos preceitos de ordem substancial ou formal, fazendo valer o princípio maior da legalidade. A administração torna-se menos autoritária e mais disciplinada em sua atuação.

A participação do administrado, no caso específico o contribuinte, na determinação do fato ou situação, contribuindo de perto na fase instrutória, oferecendo argumentos e provas, garante um melhor conteúdo das decisões.

Reflexo maior da participação e colaboração dos envolvidos, as decisões, pelo menos em tese, tornam-se mais suscetíveis de aceitação e cumprimento, evitando o ônus da sucumbência do Judiciário.

¹¹⁷ MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. Revista dos Tribunais. São Paulo: 1.993, p.62.

Menciona, ainda, CAMPOS¹¹⁸, em citação feita por DERZI¹¹⁹, em obra já mencionada de Comentários ao CNT, que a impugnação em sede administrativa é suporte básico na formação do título executivo extrajudicial, substituindo o consenso inexistente, ensejando o controle de regularidade e da correção do ato administrativo, atenuando-lhe os efeitos da unilateralidade e conferindo-lhe razoável grau de certeza e liquidez.

O processo administrativo traduz um amadurecimento do exercício da atividade estatal no trato com o poder, tornando-se menos autoritária, mais participativa e transparente.

Já vai longe a tese de que quem quer justiça deve bater às portas do Judiciário. É dever do Executivo agir com justeza e em estrito cumprimento, em matéria tributária, do princípio da legalidade objetiva. No dizer de MEDAUAR (1.993), em obra citada: *“o processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento dos vários interesses que envolvem uma situação”*.

Induvidosa a conclusão que o processo administrativo promove uma aproximação entre a Administração e administrado, propiciando, como ocorre no âmbito dos colegiados paritários, a união de esforços de representantes do fisco e das entidades empresariais na atividade pacificadora dirimente de conflitos em matéria tributária.

A atividade judicante no seio da Administração acaba por se configurar, se bem exercida, num repositório de decisões que podem servir de balizador à ação fiscal e à edição de atos normativos, além de orientação segura aos profissionais de várias áreas (direito, contabilidade, etc.), evitando-se a formação de novos litígios.

Outro aspecto relevantíssimo é o controle da administração pela sociedade, de um modo geral, através do processo administrativo, revelando a licitude em suas ações, por intermédio da publicidade que lhe é

¹¹⁸ CAMPOS, Ronaldo da Cunha. Ação de Execução Fiscal. Rio de Janeiro: Aide. 1989, p.61-66.

¹¹⁹ DERZI, op.cit.

característica indissociável. Quanto maior apego à transparência e à legalidade, menos arbítrio e maior democracia haverá.

3.4.4 - Princípios Informativos do Processo Administrativo Fiscal

Como já explicitado neste trabalho, a Constituição Federal promulgada em 1.988 inseriu em seu texto dispositivo garantidor do contraditório e da ampla defesa, tanto no âmbito administrativo quanto na esfera do judiciário.

Tal circunstância, também já merecedora de abordagem, faz com que o processo administrativo se aproxime do processo jurisdicional, visto que a compreensão e o acatamento do preceito constitucional implicam a observância de determinadas regras processuais que funcionam como garantes do direito outorgado.

Reconhecendo que, tanto no administrativo quanto no judiciário, a atividade estatal está aparelhada para a composição de litígios, embora de efeitos e graus diversos, BONILHA¹²⁰ transcreve ensinamento de DINAMARCO¹²¹ em que afirma serem os processos estatais *“jurisdicionais ou não”*, conforme se trate de exercício do conjunto de atividades a que se convencionou chamar jurisdição, ou de outra manifestação do poder estatal, concluindo, assim, tratar-se o processo administrativo de uma espécie de fenômeno processual e, por isso mesmo, *“suscetível de necessária contemplação e tratamento à luz da teoria geral do processo”*.

Prossegue o doutrinador elencando os princípios informativos dessa espécie de processo administrativo que tem raízes constitucionais. A coluna-mestra é a garantia de defesa, outorgada pela Constituição indistintamente ao processo judicial e administrativo, consistente no direito de ser regularmente cientificado, de produzir provas e acompanhar a instrução e, ainda, utilizar-se dos recursos cabíveis.

¹²⁰ BONILHA, *op. cit.*, p.60-61.

¹²¹ DINAMARCO *op. cit.*, p.93.

O contraditório para ser assegurado na sua plenitude deve caracterizar-se pela igualdade de oportunidade de participação e de contraditoriedade, "impondo a conduta dialética do processo"¹²².

O princípio da legalidade objetiva já é suficientemente explorado, e se refere à inafastabilidade do que dispõe a lei, sob pena da invalidação.

A movimentação do processo administrativo fiscal ou tributário, embora provocado pelo administrado, o contribuinte, é de responsabilidade da Administração, sob pena de responsabilização dos seus agentes, caracterizando-se, assim, o princípio da oficialidade.

Outro aspecto de relevância é o informalismo que deve nortear a concepção e funcionamento do processo administrativo em matéria tributária. Excesso de formalidade e ritos não complexos não se coadunam com a natureza deste expediente, que deve, tanto quanto possível, ser simples e informal. Como bem acentuam os doutrinadores, a observância de tal princípio não pode configurar-se no desrespeito à forma e requisitos mínimos à garantia da segurança jurídica dos atos que compõem o processo.

Atrelado a este, vige o princípio da salvabilidade dos atos praticados, em analogia com o que dispõe o art. 250 do CPC.

O princípio da verdade real, em oposição à verdade formal vigente na jurisdição civil, é elemento de fundamental importância na solução dos litígios na órbita administrativa, servindo, como já vimos, para alguns autores, até mesmo para descaracterizar a existência de litígio e, conseqüentemente, a de processo. Consiste na liberdade de busca das provas pelo julgador, não estando adstrito ao que consta dos autos, importando sempre a verdade material dos fatos e justificando, para alguns, até mesmo a chamada *reformatio in pejus*.

Em arremate feliz, manifesta-se BONILHA¹²³:

¹²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1.988. Ed. Saraiva. São Paulo. 1.991, p.68.

¹²³ BONILHA, *op. cit.*, p.63.

O exame dos princípios característicos do processo administrativo tributário não exaure traços outros peculiares ao seu perfil: o caráter escrito do procedimento, a inexistência de custas, a rapidez, economia e simplicidade. Atributos estes que o categorizam como eficaz forma processual alternativa para o desate de controvérsias entre os administradores e a Administração Pública.

3.4.5 - Evolução do Processo Administrativo Fiscal

Valendo-se do estudo desenvolvido por BONILHA¹²⁴ e publicado pela Dialética, além de informações extraídas da *home page* do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, é possível, de forma sintética, abordar a evolução histórica do processo administrativo fiscal do Brasil.

Conforme afirma o mencionado autor, o período colonial não conheceu uma organização fazendária articulada e coerente, agindo as capitanias de forma autônoma e sem sintonia, favorecendo os abusos de caráter crônico na arrecadação de impostos.

No Brasil cabia ao provedor-mor da Fazenda a responsabilidade de julgar os recursos contra as decisões dos provedores das capitanias. Estes não só coordenavam o lançamento, a fiscalização e a arrecadação de tributos, mas também exerciam as funções judicantes nos processos administrativo-fiscais.

Em apenas 1.761, o Marquês de Pombal promoveu a centralização dos poderes da fazenda real portuguesa, com a criação do Tesouro Real e o Conselho da Fazenda, que serviram de modelo para a colônia.

Em 1.808, com a vinda da família real, instalou-se o Conselho de Fazenda, com jurisdição graciosa e contenciosa, subordinando as Juntas da Fazenda (sucessoras das provedorias), tendo um presidente (do Erário Régio) e dois conselheiros.

O Erário Régio constituía-se órgão superior, dirigido pelo Ministro da Fazenda, e integrado, ainda, pelo tesoureiro-mor e pelo escrivão da Receita. Vê-se, portanto, que já havia a segunda instância composta de órgãos

¹²⁴ BONILHA, *op. cit.*, p.15-37.

colegiados, embora de juízo estreito, dependente e parcial, segundo Bergstrom Bonilha.

O Conselho da Fazenda só seria extinto em 1.831, quando suas atribuições foram divididas entre o Tribunal do Tesouro Nacional e os juizes territoriais. Estes últimos foram substituídos, em 1.840, pelos juizes dos feitos da fazenda, situação que se manteve até 1.850, quando surgiu a Diretoria Geral do Contencioso com competência para apreciação de tais feitos.

Mudança relevante se esboça já na República Velha, surgindo uma nova fase na estruturação do processo administrativo tributário com o aparecimento dos conselhos de contribuintes (Decreto Federal 5.115, de 12/01/1.927).

Nos anos trinta, consolidou-se tal mudança com a aplicação do sistema pelos estados de São Paulo, Paraná e Bahia. O de Minas Gerais foi criado em 1.946, acompanhada de uma processualização do rito julgamento.

Observaram-se tentativas de uma concepção mais racional da justiça fiscal, inclusive com a sua codificação (Anteprojeto de Lei Orgânica do Processo Tributário – Gilberto Ulhôa Canto, e mais recentemente, proposta da Receita Federal – 1.995/96).

Diante do insucesso nas tentativas de codificação, optou a União por alterações no contencioso administrativo federal, valendo-se da edição de medidas provisórias, com a conversão posterior em lei (Lei 9.532/97).

O arrolamento administrativo de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento de seu patrimônio conhecido, o depósito compulsório para recurso administrativo e a fixação de um prazo a fim de pleitear a desconstituição de exigência fiscal definida pela primeira instância administrativa são exemplos das microrreformas introduzidas no processo administrativo federal.

Mais recentemente, em janeiro do corrente ano, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República a Lei 9.784, reguladora do processo administrativo no âmbito federal, com o objetivo de

proteção dos direitos dos administradores e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

Dispõe a referida lei 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, devendo ser observados os critérios de:

- 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 autoridades;
- atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvados as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento ao interesse público;
- indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administradores;
- adoção de forma simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administradores;
- garantia dos direitos à comunicação, à apresentação a 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 e 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 do público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Estabelece, ao final, que os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei.

3.4.6 - Jurisdição e Processo Administrativo Fiscal

3.4.6.1 - Processo *Versus* Procedimento

Já se mostra desatualizada a teoria que tenta reduzir a processualidade administrativa a mero procedimento, reservando, com exclusividade, o termo processo às atividades jurisdicionais.

Como afirma BONILHA (1.997:59), inafastável é a necessidade de atualizar tal entendimento, em face dos novos rumos imprimidos aos estudos do processo.

Segundo DINAMARCO¹²⁵:

A medida que a atenção dos administrativistas passou a voltar-se à existência desse processo e à sua problemática, descobrindo e definindo princípios, a escalada para o patamar mais elevado de abstração foi pari passu inaugurada. Depois, no trato da teoria geral os próprios processualistas civis passaram a interessar-se pelo processo administrativo seriamente e hoje não é mais lícito negar a sua inserção na teoria geral do processo.

As discussões são antigas e a diferenciação das figuras pode ser feita segundo alguns critérios. De acordo com estudos desenvolvidos por MEDAUAR (1.993), pelo critério da amplitude tentou-se a distinção

¹²⁵ DINAMARCO, *op. cit.*, p.93.

afirmando-se que o processo é algo mais que o procedimento: aquele é o todo do qual o último é parte.

Seguindo a lição da doutrinadora de São Paulo, que se utiliza, neste particular, de definições empregadas por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em obra intitulada Curso de Direito Administrativo, o critério de complexidade reduziria o procedimento e *"manifestações simples de vontade, o meio imediato de dar forma a um ato ou a uma decisão"*, podendo haver procedimento de um ato só. *"O processo seria o conjunto, a soma de diferentes operações que integram, na unidade, um todo"*, configurando-se como operação complexa.

Pelo critério do interesse, *"os atos do procedimento realizam-se com o objetivo de satisfazer somente o interesse do autor do ato, que é o único interesse para cuja satisfação é conferido o poder"*. Ressalta a professora, com muita propriedade, que esta seria uma das principais razões para a utilização do termo *"procedimento"* no âmbito da atuação administrativa, pois essa se destinaria à satisfação da Administração Pública. Já no processo, os atos realizados pelos sujeitos visariam os seus destinatários, reforçando a associação entre jurisdição e processo.

Outro enfoque seria o da existência ou não da lide. No primeiro caso, diante estaríamos do processo, caracterizando-se a Segunda hipótese como procedimento.

Prosseguindo, menciona a autora paulista o critério que encontra referência em Benvenuti (Funzione administrativa, procedimento, processo 1.952), seguido por Fazzalari, e que se caracteriza pela consideração da instantaneidade. Procedimento é fenômeno que se produz em todo exercício de uma função, distinguindo-se procedimento em sentido estrito e processo, segundo a colaboração dos interessados e a existência do contraditório. Coexistindo colaboração e contraditório, evidenciado estaria o processo como espécie de gênero procedimento.

Em arremate, ressalta MEDAUAR (1.993) que o esforço doutrinário sobre o tema demonstra a evolução no reconhecimento sobre a existência da processualidade do exercício de todos os poderes estatais, concluindo

que o "procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados entre si que antecede e prepara um ato final, transformando-se em processo se for também prevista a cooperação de sujeitos, sob o prisma do contraditório". É, pois, adequada a expressão processo administrativo.

No mesmo sentido lecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO¹²⁶, afirmando:

... que o conceito do processo transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capital, etc.).

Em reforço, poderíamos citar o ensinamento do já mencionado Professor BONILHA¹²⁷ quando afirma:

Em rigor, portanto, não pode mais o estudioso do direito tributário olvidar a evolução da teoria processual e rotular a fase contenciosa de reexame da legitimidade do lançamento de "procedimento". O fenômeno processual que o caracteriza, com raízes diretas no texto constitucional, não admite outro tratamento que não seja o atribuível a uma espécie de processo administrativo. O processo administrativo tributário ou processo tributário administrativo contém essa natureza jurídica e se desenvolve sob o influxo dos principais retores do processo administrativo, com as adaptações indispensáveis à disciplina e ao trato da matéria tributária.

Como é próprio do Direito, tese divergente defendem outros autores classificando a revisão administrativa do lançamento em sede administrativa como uma atuação de ofício, em face do princípio da legalidade e da verdade real, não reconhecendo alguns deles sequer a existência do litígio.

Manifestando-se sobre o tema, XAVIER¹²⁸ assim leciona:

¹²⁶ CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *op. cit.*, p.280.

¹²⁷ BONILHA, *op. cit.*, p.61.

¹²⁸ XAVIER, Alberto. Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário. Rio de Janeiro: Forense. 1.997, p.160.

No procedimento administrativo, a Administração financeira é, pois, uma parte imparcial. Não envolve isto qualquer contradição nos termos, pois que a imparcialidade se afere face a um interesse – o interesse formal do Estado – que, inobstante existir, se tornou irrelevante no processo. Imparcialidade assim significa o “desinteresse” que, por força da lei, a administração fiscal, como sujeito do procedimento, tem de revelar quanto ao interesse formal do Estado. Sendo parte imparcial ou órgão de justiça, o Fisco não exprime um interesse em conflito ou contraposto ao do particular, contribuinte. E, sendo o fim do procedimento tributário um fim de aplicação objetiva da lei, ou seja, um fim de justiça, nele não se desenrola necessariamente um litígio, antes uma atividade disciplinada de colaboração para a descoberta da verdade material.

TROIANELLI¹²⁹, seguindo linha de entendimento definida por Aurélio Pitanga Seixas Filho, não reconhece a existência de litígio e partes no âmbito do processo administrativo fiscal, considerando-o “como uma forma de controle, pela Administração Pública, da legalidade dos seus próprios atos”, condenado, com veemência, a sua “judicialização”.

Na mesma obra editada¹³⁰ Eliana Maria Barbieri BERTACHINI, Procuradora do Estado de São Paulo, com atuação no Tribunal de Impostos e Taxas – TIT/SP, assevera: “a expressa previsão constitucional contida no referido inciso LV do art. 5º, usando as expressões ‘litigantes’” e “processo administrativo” e nele garantindo os direitos do “contraditório” e da “ampla defesa”, de uma só vez, resolve duas questões polêmicas do Direito Administrativo: admite a existência de “lide administrativa” e consagra status de “processo” à solução dessas ocorrências”.

3.4.6.2 - O Núcleo Comum de Processualidade

Observa-se que sobre o tema de processualidade se debruçaram vários autores mais sobre a processualidade jurídica. Alguns direitos consagrados na Constituição e aspectos deles decorrentes com reflexos no

¹²⁹ TROIANELLI, Gabriel Lacerda. Processo Administrativo Fiscal. São Paulo: Dialética 1.999, p.63.

¹³⁰ Idem, p.29.

contencioso administrativo fiscal, como amplitude do contraditório, prova, realização de perícia, direito e recursos dentre outros, têm sido objeto de investigações e construções doutrinárias, além de reformulações do arcabouço legal, como pudemos observar da evolução do processo administrativo.

Especificamente sobre a composição administrativa das controvérsias em matéria tributária, percebe-se um interesse maior nos últimos anos, decorrente, acreditamos, do *status* constitucional conferido ao processo administrativo, conforme inciso LV do art. 5º da Carta Magna.

Considerando o processo como uma relação jurídica processual, que se distingue da matéria pelos sujeitos, pelo objeto e pelos pressupostos, com o escopo precípua de eliminar conflitos mediante a atuação da vontade concreta da lei e caracterizada pelo contraditório, parece não haver mais razão para não reconhecê-lo na órbita administrativa, mormente na tributária.

E assim o considera a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, e o exige a norte-rio-grandense, em seu art. 263.

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Art. 263 – O Estado instituirá contencioso administrativo para a apreciação de recursos contra as decisões da Fazenda Estadual, com composição paritária entre o Estado e os contribuintes, sem prejuízo da competência do poder Judiciário.

Tais dispositivos não deixam dúvida sobre a “jurisdicionalização” ou “judicialização”, queiramos ou não, da resolução de pendências entre o fisco e contribuintes na órbita administrativa. O tratamento expresso em texto constitucional, ao contrário de outros tempos, sujeita a Administração ao cumprimento dos preceitos, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade.

Importante também mencionar o inciso LIV do já aludido art. 5º da Constituição Federal, assecuratório do devido processo legal, também de aplicação ao processo administrativo fiscal, visto tratar-se de instrumento viabilizador da garantia à ampla defesa e contraditório, já mencionada, conforme escólio de MEDAUAR¹³¹:

A combinação dos incs. LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidades de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final.

Vê-se, portanto, que a defesa administrativa em matéria tributária afastou-se por completo da idéia de petição do administrado junto à Administração, com direito a simples resposta, configurando-se prerrogativa ao desenvolvimento de uma relação jurídica processual, marcada por direitos, faculdades e ônus, tanto para a Administração quanto para o contribuinte.

Constitui-se o processo administrativo fiscal num instrumento do estado democrático de direito (art. 1º da Constituição Federal), na medida em que submete a atuação estatal a parâmetros, dando-lhes limites e transparência, realizando os princípios constitucionais próprios da Administração (art. 37 da Constituição Federal), como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e razoabilidade, como já enfocado no item 2.4.

Nestes termos, é de se mencionar a existência de Lei Federal em vigor e proposta de emenda à Constituição (com relatório em desenvolvimento pelo Dep. Mussa Demes) em que se vincula o oferecimento de denúncia por crime contra ordem tributária ao exaurimento

¹³¹ MEDAUAR, *op. cit.*, p.83.

da discussão no âmbito administrativo, circunstância que ratifica a relevância do processo administrativo fiscal.

Resta saber quais seriam os contornos do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo fiscal, respeitando o preceito estabelecido na Carta Magna, aproximando-o ou diferenciando-o dos ritos estabelecidos na chamada jurisdição.

Para tanto, urge esquadriñar o princípio aludido, responsável pela elevação do processo administrativo ao *status* constitucional, ocasião, como veremos, revelar-se-á um núcleo comum de processualidade entre os ritos judicial e administrativo.

Contraditar significa colocar-se contra, aduzir razões, argumentos, documentos e produzir provas em resistência a entendimento ou pretensão de outrem. Realiza-se o contraditório em dois momentos: informação e reação. Não admite exceção, sendo inerente à idéia de processo.

A idéia de contraditório sempre esteve ligada à atuação jurisdicional, é nova e crescente a sua admissão no âmbito do processo administrativo, fruto de introdução, como vimos, da garantia no texto da Constituição, mas também, e sobretudo, de modificação de concepções acerca da atuação da Administração Pública e de valorização de direitos do administrado.

Feliz alusão faz MEDAUAR (1.993:97) quando recorre a GORDILLO¹³²:

... o caráter contraditório tende a afirmar-se universalmente; em verdade seria fechar os olhos à realidade pretender que no procedimento administrativo haja uma só parte cujos direitos serão discernidos, sem conflitos, sem contendas, por um órgão desinteressado do assunto; ao contrário, os recursos, reclamações, denúncias administrativas supõem quase necessariamente um conflito de interesses entre o requerente, de um lado, e o órgão autor do ato, de outro e isto desemboca bem concretamente numa impugnação que não é outra coisa senão contenda: mediante um procedimento imparcial, público, etc.

¹³² GORDILLO. Tratado de derecho administrativo. T II. 1.991. pp.XVII-50.

Havendo divergência de interesses, de pontos de vista ou de interpretação entre o fisco e contribuinte, presente se faz o litígio, exigindo a solução, que se dará em estrita observância do princípio do contraditório e com amplo direito de defesa.

O binômio é conhecimento e defesa, sem qualquer preocupação se o contraditório viabiliza a defesa ou se o contrário. A verdade é que o princípio só se realiza na sua plenitude com a informação e a possibilidade da reação, contribuindo as partes para a decisão a ser proferida e conhecendo-a na intimidade para, se necessário, valerem-se do direito de recurso.

Vê-se, assim, que o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa impõe a consideração de outros princípios e regras, que, para alguns, em tese, também poderiam ser atribuídos com exclusividade à jurisdição, como o do tratamento igualitário aos litigantes, da possibilidade de produção das provas, da proibição de obtenção de provas por meios ilícitos, de notificação de procedimentos, de acesso aos autos, da oralidade, da motivação, do reexame, dentre outros, acarretando uma aproximação ou uma zona de interseção entre os processos judicial e o administrativo fiscal.

Daí a necessidade de órgãos especializados no exame das controvérsias instauradas, gozando de independência funcional (imparcialidade), com o estabelecimento de ritos como algo juridicamente necessário à obtenção de decisões unitárias e justas, impondo-se aos participantes da relação jurídica direitos, deveres, faculdades e ônus.

Os esquemas processuais traduzem um encadeamento de atos e fases teleologicamente vinculados à decisão final, que se pretende adequada e correta. É, portanto, indispensável a garantia de direitos e deveres mencionados no desenrolar dos ritos.

Tais procedimentos, assecuratórios da ampla defesa e do contraditório, passam a se constituir, como se percebe, requisito ao atendimento pleno do dever da Administração de estruturar o processo administrativo e oferecer justiça ao administrado.

Não se trata de apologia a uma “judicialização” da atividade administrativa, mas de reconhecimento da existência e da própria necessidade de um núcleo básico de processualidade para a resolução de litígios instaurados entre fisco e contribuintes, em cumprimento ao mandamento constitucional de garantia de contraditório e ampla defesa ao administrado, fruto, mesmo que em tese, da vontade da sociedade.

A atuação na solução de litígios, tanto no Poder Judiciário como na Administração Pública, deve sofrer o filtro da processualidade, com a disciplina do exercício do poder estatal, conforme se infere de lição tomada de DINAMARCO¹³³.

¹³³ DINAMARCO, *op. cit.*, p.56 e 58.

BFD

CAPÍTULO IV - A EXECUÇÃO FISCAL E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

4 - Execução Fiscal

No exercício de suas atribuições, as pessoas jurídicas de direito público desfrutam diversas prerrogativas, merecendo destaque àquelas que permitem a imposição de prestações pecuniárias aos administrados.

Visando dar ampla e imediata proteção ao interesse público, o sistema legal vigente muitas vezes possibilita que os agentes do poder executivo imponham deveres ou restrições e executem diretamente suas próprias decisões, independentemente de uma ordem judicial. É o denominado princípio da auto-executoriedade, inerente ao poder de polícia que se traduz no poder de impor restrições aos direitos e liberdades individuais, em favor do interesse público.

Alguns países, dentre eles a França, a Suíça e a Finlândia, adotam o chamado sistema do contencioso administrativo ou sistema francês, cuja principal característica é afastar os atos administrativos do controle do Poder Judiciário. Os atos da administração, quando questionados, se sujeitam tão-somente às decisões dos tribunais administrativos.

O Brasil, ao lado de diversos outros países (Inglaterra, EUA, Bélgica etc.), adota, desde 1.891, o sistema de controle judicial, também denominado sistema inglês, cuja principal característica é a separação entre o administrador e o juiz¹³⁴.

A legalidade das decisões tomadas na esfera administrativa está sujeita à revisão judicial. A lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ou vincular o ajuizamento de uma ação judicial ao esgotamento dos recursos administrativos (art. 5º, XXXV, da CF). A única exceção, que aqui não tem cabimento, é prevista no art. 217, §1º, da Constituição Federal, que trata da Justiça Desportiva.

A Lei 9.307/96, que ampliou a incidência do juízo arbitral no Direito Brasileiro, de duvidosa constitucionalidade, não sujeita a sentença dos árbitros a recurso ou à homologação perante o Poder Judiciário e não tem

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 11ed., São Paulo, Saraiva, 1.985, p.27.

aplicação no procedimento da cobrança da dívida ativa, pois os créditos da Fazenda Pública são indisponíveis.

Em consonância com os princípios adotados pelo sistema legal vigente, o art. 1º da Lei 6.830/80 explicita que a execução para a cobrança da chamada dívida ativa, expressão que significa crédito da União, dos estados, dos municípios, de suas respectivas autarquias e fundações, se processa perante o Poder Judiciário.

Não se entenda, com isso, que o sistema vigente exclui a possibilidade de se debater uma imposição administrativa de natureza pecuniária junto aos órgãos da própria administração ou veda a cobrança amigável do débito. O Estado de São Paulo dispõe até mesmo de um órgão administrativo recursal denominado Tribunal de Impostos e Taxas – TIT. Na esfera federal, há o Conselho dos Contribuintes. O que não se admite é que as pessoas jurídicas de direito público pratiquem diretamente, sem a intervenção do Poder Judiciário, a chamada execução forçada, expropriando bens do executado para satisfazer a obrigação convertida em crédito.

A decisão administrativa final contraria a própria administração, e, por outro lado, está sujeita à preclusão. O ato se torna irretratável para a administração pública, que não pode ir a juízo pleitear aquilo que ela própria já decidiu não lhe ser devido, salvo a hipótese de dolo.

- ***Legitimidade ativa e passiva***

O rito simplificado da Lei 6.830/80 aplica-se tão-somente às execuções por quantia certa que têm no pólo ativo uma pessoa jurídica de direito público. São pessoas jurídicas de direito público: a União, os estados-membros, o Distrito Federal, os municípios, as respectivas autarquias e, desde a Constituição Federal de 1.988, as fundações públicas. É que ao ser recepcionada pela Constituição Federal de 1.988, a Lei 6.830/80 passou a ter por fundamento de validade a nova ordem constitucional, devendo ser relida com base nas normas e princípios adotados pela atual Carta Magna. A Lei 8.212/91, em seu art. 53, ao possibilitar a indicação de bens à penhora

na inicial da execução judicial da dívida ativa, menciona expressamente as fundações públicas, ao lado da União e suas autarquias.

Os débitos das pessoas jurídicas de direito público são executáveis na forma do art. 730 do CPC. Ainda que o exequente seja outra pessoa jurídica de direito público e que a dívida tenha natureza tributária, a execução se dará necessariamente com base nesse art.730, até porque os bens das pessoas jurídicas de direito público são impenhoráveis. A imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal não abrange todos os impostos, mas apenas alguns deles.

Há quem entenda ser possível a execução fiscal contra a Fazenda Pública, desde que respeitado o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos. Sendo executada a Fazenda Pública pelas normas da LEF, a citação seria para opor embargos no trintídio e não para pagar ou nomear bens à penhora.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas, embora integrem a chamada administração indireta, ou administração descentralizada, são classificadas como pessoas jurídicas de direito privado e não desfrutam do rito da Lei 6.830/80 na execução de seus créditos (art. 173, §1º e §2º, da Constituição Federal).

Mesmo as autarquias, quando exercitam atividades econômicas reservadas pela Constituição Federal de 1.988 à iniciativa privada, não podem-se valer do rito especial da LEF.

Recentes decisões do STJ afirmam que o rito e os privilégios da Lei 6.830/80 só cabem nos casos em que a dívida ativa tiver natureza tributária (crédito que goza de proteção especial – arts. 183 a 193 do CTN) ou decorra de um ato ou de um contrato administrativo típico. Quando a Administração Pública pratica um negócio jurídico sob as normas de direito privado, exercendo atividade tipicamente econômica, como na venda de um imóvel para um particular, ou num contrato de mútuo firmado por uma autarquia que funciona como banco, explorando atividade econômica, seu crédito não poderá ser executado pelo rito da Lei 6.830/80.

No mesmo sentido, julgando o recurso extraordinário de um banco constituído sob a forma de autarquia, à luz do art. 170 da Constituição Federal de 1.967 (similar ao art.173 da Constituição Federal), o Supremo Tribunal Federal decidiu que “... empresa estatal que explora atividade econômica não pode valer-se de mecanismo de execução de dívidas que as empresas privadas se vêem excluídas¹³⁵”.

Toda legislação infraconstitucional que atribuía privilégios inerentes à Fazenda Pública para essas entidades paraestatais perdeu a vigência diante da Constituição Federal de 1.988.

As entidades paraestatais, gênero de que as sociedades de economia mista e as Empresas Públicas são espécies, como as demais pessoas jurídicas de direito privado, podem ser executadas nos termos da Lei 6.830/80. As causas que envolvem as empresas públicas federais devem ser processadas pela Justiça Federal porque o art. 109, I, Constituição Federal de 1.988, lhes atribui foro privilegiado.

• **Aplicação subsidiária do CPC**

A observância subsidiária das regras gerais do processo de conhecimento e das execuções postas no Código de Processo Civil somente tem cabimento quando a Lei 6.830/80 não contiver previsão sobre o tema. A subsidiariedade prevista no art. 1º da Lei 6.830/80 é mais ampla que a do art. 598 do próprio CPC, que, ao tratar da execução comum, prevê tão-somente a aplicação subsidiária das regras do processo de conhecimento.

A propósito, anote-se a polêmica em torno do art. 22 da LEF, que não disciplina de forma expressa a realização de duplo leilão em execução fiscal, que levou o STJ a firmar entendimento consubstanciado na Súmula 128, mandando realizar duplo leilão, pela aplicação subsidiária do art. 686, VI, do CPC.

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1.993, p.134-139.

- **Dívida ativa tributária**

Os recursos financeiros que ingressam nos cofres públicos, genericamente denominados receitas, têm como uma parte de suas fontes a cobrança da dívida ativa (art. 11 da Lei 4.320), que pode ter natureza tributária ou não-tributária.

“O art. 39, §2º, da Lei 4.320/64, em sua 1.ª parte, dispõe :”Dívida ativa tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas”.

Tributo, nos termos do art. 3º do CTN: *“...é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constituía sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.*

A Constituição Federal disciplina a competência tributária, ou seja, divide a competência para a instituição dos tributos entre a União, os estados e os municípios.

Os limites básicos da instituição e do aumento dos tributos são os *princípios da legalidade* (não pode o tributo ser instituído ou aumentado senão por meio de lei), *da anterioridade* (nenhum tributo pode ser cobrado sem que a lei que o institui ou aumentou tenha sido publicada no exercício anterior), *da igualdade* (tratamento uniforme dos que se encontram em situação igual), *da capacidade contributiva* (gradação do tributo segundo a capacidade econômica de cada contribuinte) e *da vedação ao confisco*.

O tributo é compulsório porque sua incidência independe da vontade do devedor. Por isso, mesmo o incapaz pode ser sujeito passivo na relação tributária (art. 126 do CTN), ou até a atividade ilícita, se caracterizada com fato gerador.

A finalidade principal dos tributos é gerar recursos financeiros para o Estado. É a denominada função fiscal. Sua função também pode ser *extrafiscal* (interferência no domínio econômico, incentivando ou inibindo determinada atividade, a exemplo dos impostos de importação e exportação) ou *parafiscal* (arrecadação de recursos por entidades que desenvolvem

atividades delegadas, a exemplo da OAB e dos demais conselhos de fiscalização profissional).

- ***Espécies de tributo***

Parte da doutrina considera de natureza tributária a dívida decorrente de impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios.

O imposto se caracteriza por não estar vinculado a uma atuação estatal específica relacionada ao contribuinte (art. 16 do CTN). A vinculação da receita dos impostos somente pode ocorrer nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal de 1.988, em seu art. 167, IV e §4º.

Por meio de lei complementar, a União pode instituir impostos diversos daqueles previstos na Constituição Federal desde que não sejam cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo idênticos àqueles constantes na discriminação constitucional de rendas.

As taxas (art.77 do CTN) têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, colocado à disposição do contribuinte. O poder de polícia, definido no art. 78 do CTN, é a atribuição de limitar e disciplinar direitos e deveres com base no interesse público, regulando questões pertinentes à segurança, à higiene, à ordem pública (taxa de publicidade, taxa de fiscalização de elevadores etc.). Como serviço público colocado à disposição da população podem ser citados o sistema de esgoto, a coleta de lixo, dentre outros. Nas duas hipóteses, existe um vínculo com uma atividade estatal específica, ao contrário do que ocorre com os impostos.

A contribuição de melhoria tem por fato gerador a valorização do imóvel em razão de obra pública (obras contra enchentes, pavimentação de vias públicas etc.). Os custos da obra são rateados e cobertos pelos beneficiários diretos dela. O contribuinte não pode ser obrigado a pagar quantia superior à valorização do seu imóvel e o total arrecadado não pode superar o custo total da obra (Decreto-Lei 195/67).

As contribuições sociais são instituídas para financiar a seguridade social, para atender aos interesses de categorias econômicas ou para instrumentalizar a intervenção da União no domínio econômico (arts. 149 e 195 da Constituição Federal).

Os empréstimos compulsórios estão disciplinados no art. 148 da Constituição Federal e têm como finalidade o atendimento de despesas públicas extraordinárias ou investimentos públicos urgentes e de relevante interesse nacional.

• **Fato gerador – Lançamento -- Prescrição e decadência**

Toda lei é dotada de uma hipótese de incidência. A previsão contida no art. 121 do CP (matar alguém está afirmado que incide o dispositivo legal quando alguém é morto pro outrem.)

Na esfera tributária, a lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma relação jurídica entre alguém e o Estado. Enquanto se encontra apenas na esfera da previsão legal, o fato é denominado hipótese de incidência. A prestação de serviços por advogados, contadores, barbeiros, cabeleireiros, dentre outros, configura uma hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviços – (ISS), descrita no Decreto-Lei 406/68, com a redação da LC 56/87.

Ocorrido o evento, concretizando aquilo que a lei previa como uma possibilidade (Hipótese de incidência), surge o fato gerador, o fato imponível, o nascimento da obrigação tributária.

A EC 3/93 introduziu o §7º ao art. 150 da Constituição Federal de 88 e criou a figura do fato gerador presumido ou antecipado. Isso subverteu a estrutura de criação das obrigações tributárias e fez com que o fato imponível se tornasse a própria hipótese de incidência do tributo. A lei faz a exigência do tributo antes da ocorrência do fato, ato ou negócio, gerador da obrigação por ela prevista. Daí a duvidosa constitucionalidade do parágrafo

introduzido pela EC 3/93. A doutrina, de modo uniforme, reprovava a inovação¹³⁶.

A obrigação tributária somente se torna exigível com o lançamento (art. 142 do CTN), que é o procedimento administrativo destinado a tornar líquida a obrigação nascida com a ocorrência do fato gerador. Na hipótese de lançamento por homologação, também denominado de autolancamento (art. 150 do CTN), é desnecessária qualquer atividade administrativa.

A partir do primeiro dia útil do ano seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, a Fazenda tem cinco anos para constituir crédito tributário por meio do lançamento, sob pena de decadência (art. 173 do CTN).

Inexistentes ou esgotados os recursos na esfera administrativa, o lançamento é considerado definitivo e o sujeito passivo é intimado a pagar a obrigação tributária no prazo legal de 30 dias da data da notificação do lançamento (art. 160 do CTN), caso a lei especifica não disponha de forma diversa.

Após o decurso do prazo para o pagamento, a Fazenda Pública dispõe de cinco anos para inscrever a dívida (LEF, art. 2º, §3º), extrair a CDA (título executivo extrajudicial criado com base no termo de inscrição da dívida) e obter a citação do executado, sob pena de prescrição, que, para o Direito Tributário, além de acarretar a perda do direito de ação, implica a extinção do crédito tributário (art. 156, V, do CTN).

Admite-se a arguição da prescrição e da decadência mesmo após o decurso do prazo para a oposição dos embargos à execução (JTA 37/195, 104/87 e 105/82), observados os arts. 162 e 166 do CC.

Lavrado o auto de infração, ou de outra forma apurado o valor do tributo, identificado e intimado o seu sujeito passivo, caracterizado estará o lançamento e afastada a decadência. (STF, ERE 94462-11/SP, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 17/02/1.982).

Mesmo após a interrupção da prescrição pela citação, se o processo ficar paralisado por mais de cinco anos consecutivos, por inércia da Fazenda

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro (et. al.). *Emendas à Constituição de 1.988*. São Paulo: Saraiva, 1.996, p.51.

Pública, ocorrerá a denominada *prescrição intercorrente*, que deve ser alegada pelo interessado.

- ***Dívida ativa não-tributária***

A 2ª parte do art. 39, §2º, da Lei 4.320/664, dispõe:

Dívida ativa não-tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza (exceto as tributárias), foros, laudémios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de obrigações legais.

A Lei 4.320 é de 1.964 e o §2º de seu art. 39 teve sua última redação determinada pelo Decreto-Lei 1.735/79. Diante do art. 148 da Constituição Federal de 1.988 os empréstimos compulsórios passaram a ser classificados como tributos, sepultando a controvérsia doutrinária e jurisprudencial anterior sobre a natureza jurídica dessa espécie de exação.

Os exemplos mais comuns de dívidas ativas não-tributárias, no âmbito estadual, são as multas criminais, as multas por infrações ambientais (normalmente verificadas pela CESTEB ou pela Polícia Florestal), as multas decorrentes de infrações previstas no Código do Consumidor (em regra apuradas pelo PROCON) e a reposição de vencimentos pagos indevidamente. Na esfera federal, as multas impostas pela Sunab, pelo INMETRO, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, pelos Conselhos profissionais e pela fiscalização do trabalho - CLT.

- ***A inscrição e cobrança da dívida ativa***

Não sendo efetuado o pagamento do valor lançado no prazo fixado em lei, a Fazenda inscreve a dívida, o que permite o controle da legalidade da existência; anota em um livro específico ou em banco de dados o nome,

o endereço e os co-responsáveis conhecidos, o valor originário da dívida, o termo inicial dos juros e da correção monetária, a origem do crédito, sua natureza tributária ou não-tributária, seu fundamento legal ou contratual, a data da inscrição e, se for o caso, o número do processo administrativo no qual o débito foi constituído (art. 201 do CTN e art. 2º §5º da Lei 6.830/80).

A representação da União para a cobrança de sua dívida ativa inscrita cabe à Procuradoria Nacional (art. 131 §3º, Constituição Federal de 1.988).

Nos estados-membros, as execuções fiscais são promovidas pelos Procuradores do Estado. No Estado de São Paulo é função institucional da Procuradoria do Estado "promover a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual", segundo disposição do art. 99, VI, da Constituição Estadual.

A execução dos créditos inscritos na dívida ativa dos municípios é de competência da Justiça Estadual.

• **Suspensão e interrupção da prescrição**

Além da hipótese prevista no art. 2º, §3º, da Lei 6.830/80, as causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, em especial aquelas disciplinadas nos arts. 151 a 155 do CTN, implicam suspensão do curso da prescrição, comutado o prazo anteriormente decorrido.

"A jurisprudência tem reconhecido que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário produz também o efeito de suspender o curso da prescrição contra a Fazenda¹³⁷".

A suspensão prevista no §3º deste art. 2º, assim como a interrupção do art. 8º, §2º, todos da LEF, são ineficazes em relação às dívidas de natureza tributária, sujeitas às normas do art. 174 do CTN, reconhecidamente norma complementar. Mas a suspensão e a interrupção têm eficácia em relação às dívidas de natureza não-tributária. É princípio constitucional inserido no art. 146, III, b que o crédito, a prescrição e a

¹³⁷ BALEEIRO, Aliomar. In: *Direito Tributário Brasileiro*, 10ed. São Paulo, Forense, s.d., p.525.

decadência tributários são matérias reservadas à lei complementar. A Lei 6.830/80, contudo, é ordinária daí se originando questão ainda hoje controvertida.

- **O nome do co-responsável na CDA**

Nem sempre é possível incluir e qualificar os nomes dos co-responsáveis no termo de inscrição da dívida e na CDA, como exige o art. 2º, §5º, I da LEF. Muitas vezes a responsabilidade de terceira pessoa surge após a inscrição da dívida e emissão da CDA. Exemplo disso é a responsabilidade do adquirente de um estabelecimento comercial em débito com o fisco, nos termos do art. 133 do CTN.

É necessária a citação do co-responsável incluído, ainda que o executado originário já tenha sido citado, garantindo-se ao novo executado o direito de embargar a execução após a intimação da penhora que recaia sobre seus bens.

- **A certidão de Dívida Ativa**

O art. 2º, §5º da Lei 6.830/80 dispõe que a CDA deve consignar, entre outros elementos, "o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou em contrato". A determinação legal visa conferir à CDA a transparência inerente a todos os títulos de crédito, complementando o termo de inscrição da dívida ativa e garantida a exigibilidade do *quantum* apurado.

Sem a consignação de dados corretos e compreensíveis, a CDA subtrai do juiz o controle do processo e, ao executado, o exercício da ampla defesa. O controle de processo, em qualquer dos seus aspectos, torna-se inviável porque os elementos fundamentais à execução fiscal são a inicial e a CDA, nos termos do art. 6º da Lei 6.830/80. A defesa do executado fica cerceada porque a ele são apresentados documentos que informam valores diversos daqueles que se quer cobrar ou contendo dados incompreensíveis.

Naturalmente, a CDA pode consignar o valor atualizado do débito, sua equivalência em unidades de valor (UFESP, UFIR, etc.) e quaisquer outros dados complementares. Imprescindível, contudo, que o título consigne o valor originário do débito, com o padrão monetário vigente na data do seu vencimento.

Os julgados que extinguem as execuções fiscais por falhas na CDA, não apreciam a existência ou não da obrigação tributária (fatos anteriores ao lançamento), mas simplesmente declaram a irregularidade do próprio título executivo. Se for diligente, a Fazenda Pública poderá formalizar outro título de crédito e ingressar com nova execução, renovando a instância, antes do decurso do prazo prescricional.

- **A substituição da CDA**

O legislador não apontou a sentença de primeira instância como limite para substituição da CDA. Estabeleceu como limite a decisão da primeira instância.

A distinção, na prática, mostra-se relevante, pois algumas vezes a execução não é embargada, prossegue até o leilão sem qualquer sentença e, após efetivação dos atos de alienação do domínio, a exequente requer a substituição de CDA. Tais pedidos são invariavelmente indeferidos, pois violam os princípios de segurança das relações jurídicas, desfazendo atos que contaram com a participação de terceiros (os arrematantes), e da ampla defesa, sabido que muitas vezes o executado só se conforma com o leilão de seus bens por acreditar que estará satisfazendo uma dívida cujo valor já lhe foi informado pela citação e pela intimação do leilão.

Em resumo: a CDA pode ser substituída ou emendada até o julgamento, em primeira instância, da execução ou dos embargos opostos à ela. Não havendo sentença, o limite para substituição ou emenda da CDA é a lavratura do auto de arrematação ou adjudicação dos bens.

Substituída ou emenda a CDA, reabre-se ao executado o prazo de 30 dias para oposição de embargos à oposição de embargos à execução.

O pagamento de parte do débito após a inscrição da dívida não determina alteração da CDA. Simples cálculos aritméticos podem apurar o *quantum* ainda é devido. Por outro lado, a desconsideração de pagamentos efetivados antes da inscrição do débito subtrai da CDA a liquidez inerente aos títulos executivos extrajudiciais (art.585, VI, do CPC), circunstância que acarreta a nulidade do título e recomenda a sua emenda ou substituição, se no prazo.

Compete à exeqüente informar o valor do saldo sempre que a execução prosseguir apenas para satisfação de débito remanescente, como na hipótese de parcelamento rompido (v. 26.3).

- ***Os processos de valores antieconômicos***

Os processos de execução comportam decisão da extinção, nas hipóteses dos arts. 267, 794 e 795 do CPC e do art. 26 da Lei 6.830/80.

Milhares de processos de execuções fiscais de valor antieconômico, assim consideradas aquelas cujo custo de cobrança é mais elevado que o valor do crédito executado, têm sido julgados extintos pelo judiciário paulista, sem apreciação do mérito, por falta do interesse de agir. Os fundamentos das sentenças extintivas decorrem dos princípios da razoabilidade (art. 111 da Constituição Estadual), da economicidade (art.70 da Constituição Federal de 1.988), da finalidade e do próprio interesse público (V. Assuntos Gerais, IX).

A propositura e o prosseguimento de uma ação execução fiscal de valor antieconômico afrontam o próprio interesse público ao invés de cumpri-lo, visto que o custo da cobrança de crédito é maior que o valor cobrado.

A extinção é do processo e não atinge o direito creditório que permanece íntegro. Reunidos débitos de um mesmo devedor, cujo montante se mostre viável, a execução poderá ser renovada.

- ***Presunção de liquidez e certeza***

A certeza a que se refere o art. 3º da LEF diz respeito à inexistência de dúvida razoável quanto à legalidade do ato ou fato que deu origem à

obrigação posta na CDA, que é título executivo extrajudicial, segundo a definição do art. 585, VI, do CPC.

A liquidez diz respeito ao montante exigido que deve ser claro e definido, podendo o juiz a quem for apresentada a petição inicial de cobrança determinar a substituição do título.

Nos termos do art. 204 do CTN, a dívida regularmente inscrita tem valor de prova pré-constituída. Trata-se de uma presunção relativa (*juris tantum*), que pode ser afastada por prova inequívoca em sentido contrário.

- **Do sujeito passivo da obrigação tributária**

O sujeito passivo da obrigação tributária principal pode ser o contribuinte, denominado sujeito passivo direto porque tem relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo, ou responsável também chamado de sujeito passivo indireto, cuja obrigação decorre da lei, mas que não é contribuinte. Exemplo é o empregador, sujeito passivo indireto do Imposto de Renda retido na fonte pagadora dos salários, descontado dos empregados, sujeitos passivos diretos. A regra está contida no art. 121 do CTN.

O sujeito passivo indireto pode ser o responsável por substituição e o responsável por transferência. O substituto legal tributário é definido como a pessoa originariamente não-vinculada ao fato gerador, obrigada a pagar tributo (STJ, Embargos de Divergência em REsp 60.609-SP, DJU 19/08/1.996, p.28.419). O responsável por transferência é terceira pessoa para qual a lei transfere a obrigação tributária depois da ocorrência do fato gerador, excluindo a responsabilidade do contribuinte originário ou atribuindo-a a este apenas em caráter supletivo. No caso de compra de um imóvel, por exemplo, o CTN transfere a obrigação para aquele que adquire o bem sobre o qual foi lançado o tributo.

- **A responsabilidade por transferência – a solidariedade**

A solidariedade tributária obriga as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal, segundo disposto no art. 124, I, do CNT. Exemplo disso ocorre entre os co-

proprietários de um imóvel em relação ao IPTU e o ITR (solidariedade do fato). A solidariedade de direito decorre da lei, v.g., a responsabilidade do transportador de uma mercadoria que não está acompanhada dos documentos fiscais exigidos para a operação.

A solidariedade tributária não comporta o benefício de ordem (art. 124, parágrafo único, do CNT) que se traduz no direito de o executado exigir que primeiro sejam executados os bens de outro devedor. Portanto, cabe exclusivamente ao credor indicar contra quem irá agir, não se aplicando o disposto no art. 4º, §3º, da Lei 6.830/80, nos casos de cobrança do débito tributário.

O art. 125 do CNT disciplina os efeitos de solidariedade. Merecem destaque: a) o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita os demais; b) a interrupção da prescrição em relação a um dos obrigados favorece ou prejudica os demais.

Antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, se o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor destes, salvo se a alienação ou a oneração contar com a concordância da Fazenda credora, nos termos do art. 4º, §1º, c/c art. 31, ambos da LEF. No mais, o §1º do art. 4º da Lei 6.830/80 basicamente reitera as regras dos arts. 134, 189 e 190 do CNT.

- **A responsabilidade por transferência – a sucessão**

A responsabilidade dos sucessores decorre de um fato gerador ocorrido antes de sucessão, ainda que só apurado ou lançado posteriormente (art. 129 do CNT).

A obrigação dos sucessores pode ser *causa mortis*, atingindo o herdeiro, o legatário e o meeiro, até o limite da transferência, por ato *inter vivos*, sem as limitações dos sucessores *causa mortis*, servindo de exemplo a venda de um imóvel com tributos em atraso (arts. 130 e 131 do CNT).

Constando no título aquisitivo de um imóvel a quitação dos tributos incidentes até alienação, não existirá a responsabilidade do sucessor. A

ressalva de que o Fisco se reserva o direito de cobrar débitos que venham a ser apurados vale apenas em relação ao contribuinte, no caso, o vendedor do imóvel, não atingindo o patrimônio do adquirente do bem.

Regra geral, aquele que adquire um bem onerado (remitente) é pessoalmente responsável pelos tributos relativos aos bens adquiridos. Na hipótese de arrematação de um bem móvel em hasta pública a sub-rogação, ou transferência de encargo, ocorre sobre o preço da alienação (CNT, parágrafo único, do art. 130, e CC., art. 677).

O adquirente de um fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional que mantiver a exploração do mesmo ramo de atividade, sob o mesmo nome ou não, responderá pelos tributos devidos pelo antecessor até a data de transação. A responsabilidade será integral, embora não necessariamente exclusiva, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou qualquer outra atividade, nos termos do art. 133, I, do CNT.

A responsabilidade será subsidiária se o alienante prosseguir na exploração de alguma atividade ou se o alienante, no prazo de seis meses, contados da alienação, iniciar nova atividade (art. 133, II, CNT).

• ***Responsabilidade por transferência, Fusão, Transformação, Incorporação, Cisão***

O art. 132 do CNT disciplina a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado originadas de fusão, transformação e incorporação. A pessoa jurídica originária responde pelos tributos devidos somente até a data do ato. Daí em diante a regra é a da sucessão. Embora omissis, o art. 132 é aplicável aos casos de cisão, disciplinada pela Lei das S.A., em que uma sociedade transfere seu patrimônio para outra ou para outras sociedades, preexistentes, ou não, podendo a sociedade cindida subsistir (cisão parcial) ou não (cisão total).

Pela fusão, duas ou mais empresas se unem para formar uma sociedade nova. Pela incorporação, uma ou mais empresas são absorvidas

por outra. Pela transformação, uma empresa passa de um tipo societário para outro (S.A. para Ltda., por exemplo).

No caso de extinção da pessoa jurídica de direito privado, prosseguindo qualquer dos sócios remanescentes, ou seu espólio, com a respectiva atividade comercial, sob o mesmo nome ou não, inclusive como firma individual, a nova entidade econômica será responsável pelos débitos tributários da anterior. (V. Lei 9.457/97.)

A responsabilidade dos terceiros é subsidiária, na hipótese do art. 134 do CNT. O cumprimento da obrigação, deve ser exigido, primeiro do contribuinte. Só existe a obrigação subsidiária se o fato gerador e o descumprimento da obrigação pecuniária, incluídas as penalidades de caráter moratório, tiverem origem nos atos em que os terceiros intervieram ou nas omissões pelas quais foram responsáveis.

Nos casos do art. 135 do CNT, a responsabilidade é pessoal e direta daqueles que agiram com excesso de poderes, ou infração de lei, ao contrato social ou aos estatutos, acarretando sua responsabilidade por substituição, assegurado o benefício de ordem. Este artigo inclui a sociedade que deixa de operar sem regular liquidação, caso em que seus dirigentes responderão com o patrimônio pessoal pelas obrigações fiscais (inc. III).

Freqüentemente os verdadeiros responsáveis pelos débitos, que eram os dirigentes da sociedade no momento do fato gerador, transferem a sociedade para terceiros, desprovidos de bens patrimoniais (os laranjas), com o objetivo de pôr a salvo seus patrimônios pessoais. Forma eficaz de se combater este tipo de fraude é incluir no pólo passivo da execução aqueles que dirigiam a empresa à época do fato gerador, até porque as convenções entre particularidades não vinculam nem são oponíveis à Fazenda Pública, segundo disposição do art. 123 do CTN.

- ***Da responsabilidade por infrações***

O art. 136 do CTN evidencia que nas infrações tributárias a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da culpa ou da intenção do

agente ou do responsável. Independe, também, da extensão dos efeitos do ato, o que dispensa a existência de prejuízo ao patrimônio fazendário.

O art. 137 do CTN trata da responsabilidade pessoal do agente, pessoa que praticou o ato violador da legislação tributária, nas seguintes hipóteses:

I – quando ele praticar infrações tipificadas como crime ou contravenção, salvo se a infração for cometida no exercício regular de suas atribuições. A expressão regular, no caso significa a prática de atos que atendam ao objeto e a deliberações diretivas da empresa em que a pessoa jurídica contribuinte também ficará responsável pela infração;

II – quanto às infrações cuja definição dependam da intenção do agente em alcançar um fim específico (fraudar o Fisco quando tal circunstância seja elementar do tipo), a responsabilidade do agente também é pessoal;

III – a responsabilidade é pessoal do agente (e não do contribuinte) quando ele praticar a infração com o fim especial de prejudicar aquele que representa.

• **O fiador**

A hipótese mais comum de execução fiscal contra o fiador é a decorrente do art. 9º, III, c/c o art. 19, ambos da LEF, quando o devedor oferece em garantia da execução a fiança bancária (v. 9.1). Também são comuns os casos de prosseguimento de execução fiscal contra os fiadores que se obrigaram, por ocasião do parcelamento do crédito tributário, no instrumento lavrado com essa finalidade.

• **Privilégios da dívida ativa**

A Lei 6.830/80, no art. 4º, §2º, estende as responsabilidades previstas na legislação tributária, civil e comercial a toda dívida ativa, de natureza tributária ou não-tributária. A dívida ativa não-tributária passou a desfrutar das preferências e dos privilégios dos créditos tributários com a vigência da LEF, segundo disposição do seu art. 4º, §4º.

A concessão da concordata, que não se confunde com o deferimento do processamento do pedido de concordata, a declaração de extinção das obrigações do falido e o julgamento da partilha ou adjudicação devem ser precedidos da prova de quitação dos tributos relativos aos bens transmitidos e à atividade mercantil do interessado, regra que se aplica inclusive ao arrolamento sumário previsto no art. 1.031 do CPC, segundo disposição do seu §2º, incluindo pela Lei 9.280/96.

Também se aplica em favor da Fazenda Pública o benefício previsto no art. 1.586 do CC, embora o CTN seja omissivo a respeito da hipótese. Por disposição legal, caso um herdeiro renuncie à herança para prejudicar seu credor, este, autorizado pelo juiz, pode aceitar a herança em nome do renunciante, entregando o remanescente aos herdeiros beneficiários da renúncia.

Somente os créditos decorrentes da legislação do trabalho, inclusive os acidentários, situam-se em posição melhor que o crédito da Fazenda Pública na escala de preferências. Os créditos fazendários, incluídos pelo art. 188 do CTN entre os encargos da massa falida, desfrutam de privilégio que não é superado nem mesmo pelas dívidas da massa.

- **O benefício de ordem**

O art. 4º, §3º da LEF estabelece o benefício de ordem em favor daqueles que são executados na qualidade de responsáveis e não de contribuintes, reiterando a regra dos arts. 595 do CPC, 1.491 e 1.492 do CC. A Lei 6.830/80, no entanto, é ordinária e não revogou o art. 124 do CTN (lei complementar recepcionada pela Constituição Federal de 1.988), cujo parágrafo único veda a invocação do benefício de ordem pelos responsáveis tributários por solidariedade.

Com relação à co-responsabilidade de terceiros pelo crédito tributário inscrito em nome de outrem, o que não se sabe, antes do regular processo administrativo de lançamento e inscrição do crédito também contra o possível co-responsável, é justamente se o terceiro apontado é, ou não, um legítimo responsável tributário. É precisamente, portanto, sua qualidade

de responsável tributário que está a reclamar acertamento antes do ingresso da Fazenda no juízo executivo, pois, do contrário, estaria admitindo execução forçada sem título executivo e, conseqüentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar, sob coação estatal de medidas executivas concretas, imediatas e definitivas¹³⁸.

- **Foro competente**

A execução fiscal é proposta no foro do domicílio do executado. Quando houver mais de um executado, a Fazenda Pública poderá escolher o foro do domicílio de qualquer deles, sem prejuízo das demais opções previstas no art. 578 do CPC.

Quanto às execuções fiscais de interesse da União, suas autarquias (Banco Central, INSS, conselhos profissionais, etc.) e fundações públicas, a competência será a do Juízo Federal de 1ª Instância do foro do domicílio do devedor. Contudo, se no local não houver Vara da Justiça Federal, a execução fiscal será distribuída ao Juízo Estadual, nos termos do art. 109, §3º, da Constituição Federal de 1.988.

Compete ao Tribunal Regional Federal julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal na área de sua jurisdição, conforme dispõem o art. 108, II, e o art. 109, §4º, ambos da Constituição Federal de 1.988.

- **O Juízo universal da falência**

O art. 5º da Lei 6.830/80 afasta a execução da dívida ativa da Fazenda Pública de qualquer juízo universal ou coletivo, estendendo a norma do art. 187 do CTN às execuções de créditos de natureza não-tributária. Vale dizer que a cobrança judicial do crédito da Fazenda Pública não está sujeita a concurso de credores.

¹³⁸ THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p.25.

Os administradores de bens, a exemplo do comissário, do síndico, do liquidante, do inventariante ou de outros que sejam responsáveis pela administração patrimonial do executado (LEF, art. 4º, §1º) devem ser intimados da execução, seja porque deverão comunicar ao juízo fiscal o montante dos créditos decorrentes da legislação do trabalho, possibilitando à exeqüente o combate a eventuais fraudes e conluíus, quer porque o resultado da execução fiscal terá influência direta nas suas responsabilidades e nos valores que serão rateados entre os credores concursais da massa.

Observado o prazo previsto no art. 16 da Lei 6.830/80, os representantes e administradores estão legitimados para, em nome da massa, embargar a execução ou acompanhá-la a partir do estágio em que se encontre.

O Ministério Público, de atuação obrigatória nos processos de insolvência, não está legitimado extraordinariamente para opor embargos à execução fiscal.

Havendo penhora na execução fiscal anterior ao decreto da falência, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação (Súmula 44 do TRF). A penhora posterior à falência é feita no rosto dos autos, citando-se a massa na pessoa do síndico.

As multas moratórias ou punitivas não se incluem no crédito habilitado em falência ou concordata (Súmulas 192 e 565 do STF). Os juros moratórios são contados, tão-somente, até a data da quebra. Havendo disponibilidade financeira, depois de pagos os credores habilitados, os juros serão contados da quebra em diante.

• ***O concurso de preferências***

O único concurso a que se submetem as fazendas públicas é aquele que se instaura quando mais de uma pessoa jurídica de direito público disputa o recebimento de seus créditos. Instaura-se o concurso de preferências, na seguinte ordem:

- União e suas autarquias.

- Estados, Distrito Federal e territórios e suas autarquias, conjuntamente e mediante rateio (*pro rata* – soma o valor apurado e quanto representa percentualmente).

- Municípios e suas autarquias, conjuntamente e por rateio.

Não cabe a intervenção pura e simples da União ou suas autarquias em processos movidos pelos estados e municípios, sem que tenham, antes, ajuizado a execução fiscal e penhorado o mesmo bem. Do contrário, o dinheiro seria dado a quem não promoveu a ação, ou seja, o devedor perderia seus bens sem observância do contraditório e da ampla defesa em relação ao débito que lhe é imputado pelo credor preferencial (V. 29.5 e 29.6).

• **A simplificação da inicial**

A Lei 6.830/80 buscou simplificar ao máximo a elaboração da petição inicial, dispensando diversas das especificações do art.282 do CPC. Dispensou a exigência da profissão do executado, os fundamentos jurídicos do pedido, o requerimento de produção de provas etc.

A dispensa explica-se, sobretudo, pela previsão de que a CDA integra a própria petição inicial, podendo formar um único documento e deve consignar apenas os elementos essenciais para o exercício do direito de ação e da ampla defesa, conforme dispõem os §§1º e 2º deste art. 6º e os §§5º e 6º e do art. 2º da LEF.

Para a acolhida do requerimento de citação pelo juiz, é essencial que sejam consignados dados capazes de identificar o sujeito passivo, como exige o art. 4º da LEF, e distingui-lo de seus homônimos, pela inclusão do número do CPF, ou CGC, se pessoa jurídica, da carteira de identidade ou da filiação. Infelizmente, porém, a regra não tem sido observada pela Fazenda Pública, criando dificuldades para os homônimos dos executados nas certidões do cartório distribuidor judicial.

- ***Bens indicados na inicial***

Tratando da execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, o art. 53 da Lei 8.212/91 faculta ao exequente indicar bens à penhora na petição inicial. A penhora será efetivada concomitantemente com a citação do devedor. Optando a exequente pelo novo rito e sendo efetivada a penhora, haverá alterações procedimentais em relação à Lei 6.830/80.

Os bens assim penhorados ficarão desde logo indisponíveis, visando afastar as discussões sobre os efeitos da penhora em relação à disponibilidade, pelo executado, do bem penhorado.¹³⁹ A indisponibilidade imposta atinge somente os atos voluntários praticados pelo titular do bem e não o torna impenhorável para outros credores.

O prazo para pagamento do débito será de dois dias úteis, e de cinco dias corridos da Lei 6.830/80. São contados da data de citação, independentemente da juntada aos autos do mandado de citação e penhora.

- ***Distribuição eletrônica das execuções***

A cobrança dos créditos fazendários, em grandes centros com milhares de contribuintes, deve obedecer a um procedimento simplificado, atendendo à instrumentalidade e permitindo a rápida análise dos dados contidos na inicial e na Certidão da Dívida Ativa. O art. 6º, no seu §2º, autoriza a formação da inicial e da Certidão da Dívida Ativa, mediante processo eletrônico de registro, que pode ser utilizado como assentamento da própria distribuição judicial das execuções.

Quando o legislador discorre sobre a possibilidade de se preparar a inicial e a Certidão da Dívida Ativa por meio eletrônico, antecipou-se na preparação da distribuição eletrônica a ser feita em juízo. O processamento eletrônico, na realidade, nada mais representa do que o armazenamento em disco fixo ou magnético dos dados das execuções propostas, sem a emissão da inicial e respectiva Certidão da Dívida Ativa.

4.1 - Meios de Defesa

4.1.1 - Deferimento ou não da inicial

Se a inicial estiver incompleta ou apresentar defeitos, o juiz deve determinar que o exeqüente a corrija, em 10 dias, sob pena de indeferimento, como determina o art. 616 do CPC.

Indeferida a petição inicial, a exeqüente reforma a sua decisão, em 48 horas, conforme o art. 296 do CPC. Mantido o indeferimento, os autos serão imediatamente remetidos ao tribunal competente, independentemente da citação da parte contrária.

O executado deve ser citado para responder ao recurso se o indeferimento teve por base o reconhecimento da prescrição ou da decadência, com a extinção do processo com julgamento do mérito, conforme disposição do art. 269, IV, do CPC. Da mesma forma, se o valor da causa for inferior a 50 OTTNs, hoje equivalentes a 283,43 UFIRs, porque os recursos cabíveis são aqueles previstos no art.34 da LEF, julgados pelo juiz em primeira instância (v. 34.1 a 34.4).

O deferimento da inicial dá impulso à fase inicial do processo de execução fiscal, porque autoriza a realização da citação, da penhora ou arresto, da avaliação, dos registros do ato no órgão apropriado (cartórios de registro de imóveis, delegacias de trânsito, companhias telefônicas etc.) "Recomenda-se que na inicial da execução o juiz arbitre honorários advocatícios para hipótese de a mesma não ser embargada" (Conclusão 25 do IV Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada).

Em se tratando de execução promovida pela União, o encargo de 20% (vinte por cento) previsto no Decreto-Lei 1.025/69 substitui a fixação ou a condenação no pagamento da verba honorária advocatícia (Súmula 168 - TRF).

¹³⁹ NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 4ed., Rio de Janeiro: Forense, s.d., p.69.

- ***Prazo para pagamento e oferta de bens à penhora***

Efetivada a citação, tem início o prazo de cinco dias para o pagamento ou oferta de garantia à execução. Mesmo na execução comum e segundo disposto no art. 652, §1º, do CPC, o prazo para pagamento corre do momento da citação e não da juntada do mandado aos autos. Aplica-se à hipótese a disposição geral do art. 241, II do CPC. É que durante o prazo para pagamento, o mandado permanece em poder do oficial de justiça que prossegue com a diligência de penhora, se não ocorrer a liquidação da dívida.

Na contagem do prazo de cinco dias, se não for paga, o executado poderá nomear bens à penhora, obedecendo à ordem prevista no art. 11 da Lei 6.830/80. A indicação deve ser considerada pelo oficial de justiça, que, desde logo, lavrará o auto de penhora e certificará a ocorrência.

- ***A penhora livre***

Decorrido o prazo de cinco dias sem que o executado comprove o pagamento do valor do crédito exequendo ou que ofereceu alguma das garantias especificadas no art. 7º, II, da LEF, será efetivada a penhora de bens capazes de garantir a execução e seus acessórios. Daí a importância de constar do mandado ou de demonstrativo a ele anexado o valor atualizado do débito.

- ***O depósito em dinheiro e a fiança bancária***

O oferecimento destas garantias não exige do oficial de justiça a lavratura do auto de penhora, nem do cartório a lavratura de termo para produzir seus efeitos. Juntado aos autos o comprovante do depósito ou o instrumento escrito da fiança, garantida estará a execução (v. 9.1).

- ***O arresto***

O arresto de caráter executório, que não se confunde com o procedimento cautelar previsto no art. 813 do CPC, incide quando o

executado que possui bens passíveis de apreensão não tem domicílio certo ou dele se oculta. Sem devolver o mandado, o oficial de justiça arrestará bens que bastem para garantir a execução. Ao disciplinar o arresto, o art. 7º, III, da LEF não exige as formalidades do art. 653, parágrafo único, do CPC.

Intimado do arresto, o credor requererá, em 10 dias, a citação do executado por editais, observado o art. 654 do CPC e o art. 8º, IV e §1º, da LEF. O mesmo edital deve consignar as seguintes observações: a) decorrido o prazo de cinco dias para o pagamento ou oferecimento de bens, o arresto automaticamente será convertido em penhora; b) a intimação do executado para o oferecimento de embargos à execução, no prazo de 30 dias, contados do esgotamento do prazo de cinco dias, previsto no *caput* do art. 8º da Lei 6.830/80; c) o quinquídio referido na letra a começa a correr após o vencimento do prazo do edital (30 dias).

Os prazos do edital são aqueles previstos no art. 8º, IV da LEF, diferentes daqueles previstos no art. 232, IV, do CPC.

O registro da constrição e avaliação dos bens são objeto de comentários aos arts. 13 e 14 da LEF.

- ***O despacho inicial***

O despacho que defere a inicial, ainda que não seja explícito, implica ordem para a citação do executado a pagar a dívida ou garantir a execução no prazo de cinco dias.

- ***A citação postal***

A citação postal foi adotada como regra para os processos de execução fiscal, na forma do art. 8º, da LEF. Foi um avanço, e o critério até hoje encontra resistência do legislador em estendê-lo às execuções comuns, nas quais não cabe citação postal, segundo disposição do art. 222, d, do CPC. A Fazenda Pública pode, no entanto, requerer que a citação seja feita por oficial de justiça.

Para a citação postal não são necessários os requisitos do art. 223, parágrafo único do CPC, que exige a entrega pessoal ao citado ou entrega

a pessoa com poderes de gerência ou de administração, em se tratando de pessoa jurídica. O art. 12, §3º, da Lei 6.830/80 exige que a intimação da penhora se realize pessoalmente ao executado se na citação feita pelo correio o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado ou de seu representante legal. Eventual nulidade somente será reconhecida se comprovado o prejuízo de decorrente, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo.

A contagem do prazo de cinco dias para o pagamento da dívida ou garantia à execução deve considerar a data da entrega da correspondência no endereço do executado e não a data da juntada aos autos do aviso de recebimento. Omitida a data no aviso de recepção, considerar-se-á feita a citação 10 dias após a entrega da carta à agência postal (v. 7.2).

- ***A citação por oficial de justiça***

O mandado de citação por oficial de justiça deve ser expedido após 15 dias da entrega da carta à agência postal, sem o retorno do aviso de recepção. Não se aplica a citação por hora certa, por falta de disposição expressa no art. 8º da LEF.

- ***A citação por edital***

A citação editalícia tem lugar nas hipóteses do art. 231 do CPC ou dos arts. 7º, III, e 8º, §1º, da Lei 6.830/80. Não se trata de simples opção da exequente para todos os casos em que o aviso de recepção não retornar o prazo de 15 dias (art. 8º, III). A Fazenda Pública pode dispensar a tentativa de citação por mandado, quando a carta citatória retornar com informações que sirvam de fundamento à citação por edital.

Havendo arresto de bens, o edital de citação deve conter ainda a intimação do executado quanto ao prazo para o oferecimento de embargos à execução, tudo demonstrando que a ausência do devedor não impede a expropriação judicial de seus bens (v. 7.5).

Decorrido *in albis* o prazo para oposição de embargos, é indispensável a nomeação de um curador especial ao executado que teve

seus bens arrestados ou penhorados, foi citado e intimado por edital, e não apresentou qualquer manifestação (pagamento, nomeação de bens à penhora, alegação de nulidade da execução, embargos etc.) Quando a citação por edital visa interromper a prescrição, sem que algum bem tenha sido arrestado, em regra é dispensável a nomeação de um curador especial.

Afastando as inexplicáveis formalidades do art. 232 do CPC, a Lei 6.830/80 dispôs que o edital de citação será afixado na sede do juízo e publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, com o prazo de 30 (trinta) dias. O edital pode ter um cabeçalho único para diversos processos (art. 27 da LEF), observados os requisitos previstos na parte final do art. 8º, IV, da LEF.

O §1º do art. 8º da LEF, ao contrário da regra prevista no §1º do art. 231 do CPC, dispõe que o executado ausente do País sempre será citado por edital com prazo de 60 dias, ainda que se encontre em local certo e determinado.

Admite-se a citação por edital quando o executado não é localizado e inexistam bens arrestáveis, já que nesta hipótese o ato será útil para interromper a prescrição.

- **A citação do co-responsável**

É indispensável a citação do co-responsável, quando a execução prossegue contra ele, conste ou não o seu nome na CDA. Havendo arresto ou penhora em seus bens, é necessária a intimação para oferecimento da defesa.

A citação da sociedade interrompe o curso da prescrição em relação a todos os co-responsáveis, nos termos do art. 125, III, CTN. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

... o que releva notar, em tema de prescrição, é o procedimento adotado pelo titular do direito subjetivo denota, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta, de modo inequívoco e efetivo, a cessação da inércia em relação ao seu exercício. Em outras palavras, se a ação proposta de modo direto

ou virtual visa à defesa do direito material sujeito à prescrição (RSTJ 51/140, em ação de usucapião).

- ***Interrupção da prescrição***

O crédito, a prescrição e a decadência tributários são matérias reguladas por lei complementar. A LEF é lei ordinária e, por isso, a regra de interrupção da prescrição, posta no seu art. 8º, §2º, em que pese a controvérsia sobre o tema, não se aplica à cobrança da dívida ativa tributária.

Contudo, tratando-se de dívida ativa não-tributária, o despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição nos exatos termos desse dispositivo legal.

- ***O depósito em garantia, Fiança bancária***

O art. 7º, II da LEF dispõe que, efetivada a citação, tem início o prazo de 5 (cinco) dias para pagamento ou oferta de garantia à execução, permanecendo o mandado com o oficial de justiça. Mesmo na execução comum, o art. 652, §1º, do CPC, indica que o prazo corre do momento da citação, sendo inaplicável à hipótese da regra geral do art. 241, II, do CPC, que estabelece, como termo inicial dos prazos, a juntada do mandado cumprido aos autos.

O depósito em dinheiro é feito por guia judicial e não exige a lavratura de nenhum auto ou termo de penhora para ter validade. O depositante, ao apresentar o comprovante de depósito para juntada aos autos, deve esclarecer tratar-se de garantia à execução e não de pagamento ao débito, manifestação que pode ser lançada na própria guia consignada na petição que requer a sua juntada aos autos.

O valor do depósito, ou da carta de fiança, deve ser correspondente ao valor da causa, juros moratórios de demais encargos, tudo atualizado até a data da oferta de garantia.

Efetivado o depósito em dinheiro na forma do art. 32 da LEF, como garantia da execução, cessa a responsabilidade do executado pela atualização monetária e juros de mora.

No prazo de cinco dias a contar da citação, o executado pode pagar a parcela da dívida que considerar incontroversa e garantir a execução do saldo devedor.

A fiança bancária, garantia cuja efetivação também não depende da lavratura de auto ou termo de penhora, deve obedecer às condições fixadas pelo Conselho Monetário Nacional, em especial as normas contidas na Resolução 724/82, que dispõe:

A fiança outorgada para fins de garantia de execução fiscal deverá conter, necessária e expressamente: a) cláusula de solidariedade, com renúncia ao benefício de ordem; e b) declaração de que a extensão da garantia abrangerá o valor da dívida original, juros e demais encargos exigíveis, inclusive correção monetária como indicado na Certidão de Dívida Ativa.

- **Da nomeação de bens à penhora**

O executado poderá fazer nomeação à penhora, de seus próprios bens, diretamente ao oficial de justiça. Este deverá certificar a ocorrência, ou por petição dirigida ao juízo. A nomeação deve ser feita no prazo de 5 (cinco) dias da citação, observados o art. 11 da LEF e o art. 655, §1º, do CPC.

Caso a nomeação seja feita diretamente ao oficial de justiça, será elaborado o auto de penhora, independentemente de manifestação prévia da exeqüente. Discordando da nomeação, a exeqüente poderá requerer a substituição dos bens penhorados por autos (art. 15, II, da LEF).

- **Bens de terceiros**

Pode o executado indicar à penhora bens oferecidos por terceiros, comprovando desde logo a expressa anuência do respectivo proprietário e, se cônjuge, em se tratando de bem imóvel. Salvo comprovada a

impossibilidade de fazê-lo, ao indicar bem de terceiro à penhora, o executado deve demonstrar a prévia aceitação da oferta pela exequente.

Não sendo embargada a execução ou rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, este será intimado a remir o bem, depositando o seu valor atualizado em 15 dias, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos (v. 19.2).

- **A livre penhora e a nomeação de bens**

Decorrido o prazo de cinco dias da citação sem que o executado comprove o pagamento da dívida ou oferta de alguma das garantias especificadas no art. 7º, II da Lei 6.830/80, será efetivada a penhora de bens capazes de garantir a execução, até o valor atualizado dela, que deve constar do mandado ou em demonstrativo oferecido pela Fazenda Pública para instruí-lo.

Optando o executado por nomear bens à penhora, deve observar a ordem do art. 11 da LEF c/c o art. 655, §1º, do CPC. Poucos executados se valem da faculdade de formalizar nomeação de bens à penhora, transferindo ou deixando a escolha a cargo dos oficiais de justiça (v. 9.2).

O oficial de justiça deverá penhorar tantos bens quantos bastem para o pagamento da dívida (art. 9º, caput, da LEF) e dos honorários advocatícios fixados na inicial (art. 659, caput, do CPC).

- **Os bens impenhoráveis**

Em princípio, todos os bens e rendas do sujeito passivo, seu espólio ou massa falida respondem pelo pagamento da dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive os bens hipotecados ou de qualquer outra forma gravados por ônus real ou cláusula inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula (art. 184 do CTN e art. 30 da Lei 6.830/80).

Somente os bens que a lei ordinária ou complementar declarem absolutamente impenhoráveis não respondem pelo pagamento da dívida ativa, valendo como exemplo de impenhorabilidade os bens discriminados

no art. 649, II a X do CPC. A inalienabilidade e a impenhorabilidade decorrentes de ato voluntário do executado são ineficazes em relação à dívida ativa, qualquer que seja a data da manifestação (art. 649, I, do CPC).

A impenhorabilidade dos livros, máquinas, utensílios e instrumentos necessários ao exercício de qualquer profissão somente protege aquele que vive do trabalho pessoal e próprio, não beneficiando as pessoas jurídicas, embora haja controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito. As firmas individuais equiparam-se às pessoas físicas e desfrutam daquela impenhorabilidade legal.

A Lei 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do imóvel próprio do casal ou entidade familiar, incluindo o terreno, as construções, plantações e os móveis quitados que guarnecem a residência. Não são impenhoráveis, porém, os veículos de transporte, as obras de arte e os enfeites suntuosos.

Os solteiros, viúvos, separados ou divorciados que não integrem entidade familiar não desfrutam os benefícios da impenhorabilidade instituída pela Lei 8.009/90.

A impenhorabilidade também não é oponível em execução para cobrança de contribuições previdenciárias relativas à remuneração dos que trabalham na própria residência e de impostos predial e territorial, taxas e contribuições incidentes sobre o imóvel familiar (Lei 8.009/90, art. 3º, IV).

- ***A penhora dos bens alienados em fraude à execução***

Havendo crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução, presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens e rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, ressalvada a hipótese de terem sido reservados bens suficientes ao pagamento da dívida em fase de execução. A partir da inscrição de um débito como dívida ativa, qualquer alienação ou oneração de bens pelo devedor será ineficaz em relação às fazendas públicas (art. 185 CTN).

- ***A ordem de preferência na Lei 6.830/80***

A ordem de preferência dos bens penhoráveis prevista no art. 11 da LEF é diversa daquela estabelecida no art. 655 do CPC e não vincula a Fazenda exequente. A qualquer tempo esta poderá requerer, fundamentalmente, a substituição dos bens penhorados por outros, segundo o seu art. 15, II.

- ***A certidão positiva com efeito de negativa***

Somente a penhora de bens suficientes à satisfação do débito atualizado é que autoriza a serventia judicial a certificar que a execução está garantida, para atendimento do art. 206 do CTN, que trata da emissão de certidão positiva com efeito de negativa, freqüentemente utilizada para permitir a participação de executados em concorrência públicas (v.13.4).

- ***A contagem do prazo para a oposição de embargos à execução***

O art. 738, I, do CPC, com a redação da Lei 8.953/94, trouxe repercussão na contagem do prazo dos embargos às execuções comuns. Doutrina e jurisprudência se inclinavam no sentido de que o prazo para a oposição de embargos à execução comum, ou à execução fiscal, era contado da data da intimação da penhora e não da data da juntada do respectivo mandado dos autos.

O prazo para a oposição de embargos à execução fiscal corre da intimação da penhora, quer se dê pelo órgão oficial, como previsto no art. 12 da LEF, quer seja feita pessoalmente ao executado.

- ***A intimação da penhora***

A intimação pessoal da penhora ao executado dispensa a publicação de que trata o art. 12 da Lei 6.830/80 e a remessa de cópia do auto ou termo de penhora pelo correio.

A intimação ao executado se dá logo após a penhora, pelo mesmo oficial de justiça ou serventário responsável pela lavratura do auto ou termo respectivo.

Não sendo possível a intimação pessoal do executado, a intimação da penhora se fará por edital publicado pelo órgão oficial nas comarcas em que ele tenha efetiva circulação, ou pela remessa ao executado de cópia do auto da penhora, pelo correio, observado o art. 8º, I e II, da LEF.

Tendo o executado advogados constituídos nos autos antes da penhora, há quem sustente ser obrigatória a sua intimação pelo órgão oficial, nos termos do art. 12 da Lei 6.830/80, sem o que não teria início o prazo para a oposição dos embargos à execução. Este entendimento contraria o espírito da Lei 6.830/80 e confere aos executados pela Fazenda Pública benefícios que não são deferidos na execução comum. A intimação pela imprensa visa à celeridade e não nulidade do processo de execução fiscal.

- ***A intimação do cônjuge***

Recaindo a penhora do imóvel de propriedade de pessoa física ou titular de firma individual, será obrigatória a intimação do respectivo cônjuge, observadas as mesmas regras para a citação, postas no art. 8º, I a IV e §1º, da LEF. Há disposição análoga no art. 669, parágrafo único, do CPC.

O cônjuge beneficiado com o valor da dívida que deu origem à execução fiscal poderá embargar, defendendo até mesmo sua meação nos embargos de executado. o cônjuge que não foi beneficiado com a dívida é terceiro e como tal pode defender-se, na forma do art. 1.046 *et seq.* do CPC. A questão, porém, não é pacífica. Para superá-la, os embargos de terceiro devem ser ajuizados no prazo para embargos à execução, com o requerimento de ser conhecido como aquele adequado, por aplicação do princípio da fungibilidade (v. 16.3).

A penhora de imóvel restrita à meação do cônjuge executado não dispensa a intimação da penhora ao outro cônjuge, mesmo não tendo a sua meação atingida pela constrição.

- ***A exigência de intimação pessoal da penhora***

A intimação da penhora será feita pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, na forma do art. 8º, I e II, da LEF, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal. Ao executado ou ao representante legal da pessoa jurídica que se oculte, ou não seja localizado, será feita a intimação de penhora antecedida de arresto dos bens no mesmo edital de citação do executado, indispensável para a conversão do arresto em penhora.

- ***A avaliação dos bens no ato da penhora***

O despacho do juiz que defere a inicial da execução fiscal inclui a ordem para a avaliação dos bens penhorados, segundo dispõe o art. 7º, V da LEF.

Na execução civil comum a avaliação somente se realiza após a fase dos embargos à execução. Na execução fiscal, ao contrário, a avaliação é feita no ato da formalização da constrição, pelo responsável pela lavratura do auto de penhora, que é ato escrito de responsabilidade do oficial de justiça, ou do termo, lavrado por escrivão ou por escrevente, nas hipóteses do art. 9º, III e IV, da LEF.

O oficial de justiça não recebe remuneração específica pelo ato de avaliação. Sua remuneração para o desempenho das funções que a lei lhe atribui abrange o ato avaliatório. Nesse sentido, o parecer normativo do Corregedor-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, no Processo CG 56.979/80. A avaliação dos bens penhorados por termo é aquela informada pelas partes ou aquela acolhida pelo juiz quando há divergência sobre o valor.

- ***Da impugnação ao valor da avaliação***

A impugnação da avaliação pela executada ou pela exeqüente, ou por ambas, obedece ao disposto no art. 13, §1º, da Lei 6.830/80, e deve ser oferecida antes de publicado o edital do leilão, segundo determina o art. 22,

§1º da LEF. O prazo é preclusivo. Ouvida a parte contrária, o juiz nomeará avaliador de sua confiança para proceder à nova valoração dos bens penhorados, no prazo de 15 dias.

- ***O avaliador***

Não havendo na comarca avaliador oficial, ou não podendo o avaliador oficial elaborar o laudo no prazo fixado, caberá ao magistrado nomear pessoa de sua confiança para o trabalho.

Quando a atividade a ser desenvolvida pelo avaliador for daquelas que exigem habilitação legal, sempre que possível o juiz nomeará pessoa detentora do título exigido, observadas as regras da produção da prova pericial.

- ***A reavaliação***

Designados os leilões, será expedido o mandado de constatação e reavaliação do bem penhorado, reforço de penhora, se necessário, intimação pessoal do executado ou seu representante legal e intimação do depositário na hipótese do bem não ser localizado.

Mesmo que o bem não seja localizado, o leilão pode ser realizado com base no seu valor atualizado ou mediante avaliação indireta. À medida que os devedores ocultem o bem para prejudicar o leilão que o oficial de justiça não seja diligente no cumprimento do mandado. Não podendo ser cumprido o mandado de entrega pela não localização do bem, será decretada a prisão do depositário infiel, podendo ser desfeita a arrematação no caso de a medida coercitiva não produzir o efeito de apresentação dos bens arrematados.

- ***Do registro de penhora em geral***

O despacho que defere a inicial da execução fiscal implica para o registro da penhora, ou do arresto, a repartição ou registro público onde a propriedade do bem ou a titularidade do direito estejam registrados,

independentemente do pagamento de custas e outras despesas, isenção imposta pelo art. 7º, IV, LEF, a favor da Fazenda Pública.

Realizada a penhora, o oficial de justiça deve entregar na repartição registraria a contrafé, que é a cópia autêntica do mandão de penhora, cópia do auto de penhora ou arresto e cópia de despacho que determinou a penhora e seu registro, servindo para tanto cópia da inicial contendo a decisão.

A constrição efetivada por termo lavrado em cartório exige a expedição de ofício ou mandado de registro para repartição onde o bem está cadastrado, ordem que será instruída com cópia autêntica do termo de penhora e do despacho que determinou o ato.

- ***O valor da causa nos embargos***

Nos embargos do executado o valor da causa é o mesmo da execução, salvo se forem parciais. A impugnação ao valor da execução fiscal dispensa incidente apartado e deve ser deduzida como preliminar dos embargos do executado, atentando-se para o disposto no art. 34 e §§, da LEF, quanto ao valor da alçada para efeito dos recursos cabíveis.

O valor de causa, em embargos à arrematação, à adjudicação ou de terceiros deve ser igual ao valor daqueles atos embargados e por esse valor se rege a interposição dos recursos, sempre nos termos do referido art. 34 da LEF.

- ***A compensação***

A compensação, em matéria tributária, só pode ser deduzida na ação de embargos do executado quando autorizada por lei, segundo disposição expressa no art. 170 do CTN, a limitação consta ainda do Código Civil Brasileiro que, no art. 1.017, consagra apenas a exceção do encontro de contas entre o crédito fazendário e o crédito do executado, desde que previsto nas leis e regulamentos da Fazenda. A Lei 9.430/96 admitiu a compensação especial na esfera federal.

- **As exceções – Incompetência – Suspeição e impedimentos**

A defesa do executado é oferecida por meio da ação de embargos e tem aplicação o disposto no art. 304 do CPC: "*É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art.112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art.135)*", e 305 estabelecendo que "*Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição*".

- **O ajuizamento da ação de embargos**

Os embargos do executado, opostos em execução fiscal, apesar de reiteradamente definidos como ação tanto pela lei como pela jurisprudência, não estão sujeitos à distribuição, uma vez que a competência já se firmou pelo ajuizamento do processo principal (execução), podendo ser utilizado o protocolo integrado.

O pagamento das custas iniciais submete-se às normas da Organização Judiciária e pode variar de estado para estado. Naqueles em que o pagamento antecipado das custas judiciais for exigido pela Lei Estadual de Organização Judiciária, a petição inicial deve trazer a especificação do valor da causa e o desatendimento da determinação legal leva à extinção do processo com fundamento nos arts.257 (cancelamento da distribuição após 30 dias e 267, I (inépcia da petição inicial)ou III (abandono do processo por mais de 30 dias), todos do CPC.

- **A decisão inicial nos embargos**

Opostos os embargos do executado, devem eles ser submetidos ao juízo de admissibilidade que implica exame completo e detido da petição inicial (arts. 13,282,283, 736 a 739, do CPC, c/c o art. 16 da LEF).

Atendidos os requisitos legais, o juiz receberá os embargos, determinando o sobrestar no andamento da execução (suspensão) e

mandará intimar pessoalmente (art. 25 da LEF) o procurador da Fazenda Pública embargada para impugnar, no prazo de 30 dias.

- **A Fazenda e a revelia. A impugnação**

Sendo indisponíveis os direitos da Fazenda Pública, porque a ela não se aplica o princípio dispositivo, incide o art. 320, II, do CPC, que afasta os efeitos da revelia.

Impugnados os embargos, instaura-se a fase instrutória. A impugnação deve trazer a especificação da prova pretendida pela exequente-embargada e os documentos, se essa for a natureza da prova pretendida (art. 16, §2º, da LEF).

- **A audiência e o julgamento**

“Não se realizará audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito...” dispõe o parágrafo único do art. 17 da LEF, *“...ou , sendo de direito de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o Juiz proferirá a sentença no prazo de 30 (trinta) dias”*.

- **A execução por carta**

A locução execução por carta foi trasladada no art. 747 do CPC, mas acompanhada de melhor redação, capaz de evitar dissídio jurisprudencial equivalente àquele que se formou a respeito da extensão do que seria juízo requerido, mencionado nesse dispositivo, resolvido com a edição da Lei 8.953/94, que deu nova redação ao dispositivo codificado.

O art. 20 da LEF visa facilitar a interposição de embargos do executado e, por isso, deve ser interpretado em consonância com a nova redação dada ao art. 747 do CPC, no sentido de que sejam oferecidos os embargos à execução fiscal tanto no juízo deprecado como no juízo deprecante.

- **Competência na execução por carta**

No juízo deprecado serão decididos todos os incidentes referentes aos atos por ele determinados, que podem ser a citação, o arresto, a penhora, a intimação da penhora aos executados ou ao depositário, a avaliação, a remoção e a constatação da existência de bens, a venda judicial ou a entrega dos bens.

Os embargos à arrematação, à adjudicação e os de terceiros serão decididos no juízo deprecado, se por ele foram praticados os atos impugnados. Todos os demais incidentes serão decididos no juízo deprecante.

Caso os atos deprecados devam ser praticados em outra jurisdição, ao próprio juízo deprecado cumpre remeter a precatória ao juízo competente. Aplica-se subsidiariamente o disposto no art. 204 do CPC que estabelece ter a carta precatória caráter itinerante.

- **Leilão único ou duplo**

A arrematação é um ato complexo, que se inicia com a designação dos leilões e termina com a entrega do bem ao arrematante e do produto da alienação ao credor.

Durante muitos anos, os bens penhorados foram levados a leilão único, em razão do entendimento de que a lei especial tinha disciplinado a matéria de maneira diversa do Código de Processo Civil, que exige a realização de duas hastas públicas, se na primeira não ocorrer arrematação.

Parte da doutrina e da jurisprudência levantou-se contra essa interpretação da lei e a questão acabou sendo sumulada pelo Superior Tribunal da Justiça no verbete 128, nos seguintes termos: *“Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lance superior a avaliação”*.

- ***A antecedência dos editais de leilão***

Entre a data de publicação do edital no órgão oficial e a data designada para o primeiro leilão não pode haver prazo superior a 30 dias, nem inferior a 10 dias.

O segundo leilão deve obedecer ao disposto no art. 686, VI, do CPC, e para isto o edital deve conter a comunicação de que, se o bem não alcançar lanço superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem logo designados entre os 10 e os 20 dias seguintes, a sua alienação pelo maior lanço. Tudo sob pena de anulação.

Isto significa que o edital deve ser publicado em uma edição do órgão oficial que circule entre o 30º e o 10º dia antecedentes do primeiro leilão, contendo o dia do segundo leilão. Este não poderá situar-se antes de decorridos 10 dias do primeiro, nem mais 20 dias depois dele, e a respectiva hora de realização, sob pena de anulação, repita-se.

- ***Leilões – intimação por edital e pessoal***

A publicação do edital dos leilões na forma prevista na LEF em seu art. 22 e §1º não dispensa a intimação pessoal do procurador judicial da Fazenda Pública, com a mesma antecedência prevista no §1º, isto é, nunca há mais de 30 nem há menos de 10 dias da data designada para o primeiro leilão. O eventual descumprimento desse prazo, por si só, não acarreta a decretação de nulidade do leilão, exceto comprovado pelo exequente.

- ***A prisão do depositário infiel***

O auto da penhora necessariamente deverá conter a nomeação de depositário judicial feita pelo oficial de justiça, por ordem do juiz. Na penhora efetuada por termo nos autos, indicação de bens pelo executado, a nomeação é realizada pelo próprio escrivão ou diretor de secretaria.

Em regra, deve ficar como depositário judicial o próprio executado, que, no entanto, pode recusar-se a assumir tal encargo. Nesse caso: a) se forem móveis os bens penhorados, deve ser feita sua remoção para

depósito particular ou judicial ou o próprio exeqüente poderá assumir o encargo de bem guardá-los e conservá-los; b) se for imóvel, o exeqüente poderá indicar seu representante ou procurador, para figurar com depositário, para formalizar a penhora e possibilitar seu registro imobiliário (art. 239 da Lei 6.015/77); c) se forem direitos de uso de telefone, poderá ser determinado o desligamento da linha, ficando a concessionária como depositária.

- ***A aquisição em leilão***

No local, dia e hora designados, constantes do edital e do mandado de intimação, deverá ser realizado o leilão, em audiência pública. Pode ser dispensada a presença física do juiz, no local, mas a experiência tem demonstrado que as licitações alcançam melhores resultados quando presididas pessoalmente pelo magistrado, possibilitando, assim, solução imediata de todo e qualquer incidente.

- ***Preço vil***

O art. 686, VI, do CPC, quando autoriza o juiz, em segundo leilão, a homologar com vencedor qualquer lanço, ainda que de valor inferior ao da avaliação, não deixa de fazer remissão ao art. 692, como a relembrar que o limite mínimo aceitável é o preço vil.

- ***Desfazimento da arrematação***

Pela dicção do art. 694, *caput*, do CPC, tem-se a impressão de que será impossível o desfazimento da arrematação após a assinatura do auto pelo juiz, escrivão, acabado e irretratável.

As assinaturas tornam o ato perfeito e acabado quanto à formação do título aquisitivo e irretratável para o arrematante. Entretanto por diversas causas e meios poderão as partes ou interessados pleitear o desfazimento da arrematação, mesmo após essa formalização do auto.

- ***Embargos à arrematação***

Pode-se, ainda, pleitear o desfazimento da arrematação por meio de ação incidental de embargos. Embora a LEF silencie a respeito, admite-se a aplicação subsidiária do art. 746 do CPC, possibilitando a oposição de embargos à arrematação, no prazo de 10 dias a contar da assinatura do auto.

Podem promovê-los o executado o próprio ministério público (bem de incapaz, por exemplo). Parte passiva será o credor-exeqüente. O arrematante também deverá integrar a lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário desta ação incidental. O recebimento dos embargos a arrematação suspenderá a expedição de mandado de entrega de bem ou de carta de arrematação.

Julgados improcedentes estes embargos, a apelação eventualmente interposta deverá ser recebida somente no efeito devolutivo, já que o parágrafo único do art. 746 manda aplicar o mesmo regramento dos embargos de devedor e, por conseguinte, o disposto no art. 520, V, do CPC. A questão referente aos efeitos do recurso à sentença definitiva do mérito nos embargos à arrematação não é pacífica.

- ***Embargos de terceiro***

O ajuizamento de ação incidental de embargos de terceiro é outro caminho para se pleitear o desfazimento da arrematação, mesmo após a assinatura do auto, embora no prazo de cinco dias e antes da assinatura da carta de arrematação ou do mandado de entrega (art. 1.048 do CPC). Também aqui o arrematante deverá figurar como litisconsorte passivo necessário.

- ***Vias ordinárias***

Finalmente, a arrematação poderá ser desfeita pelas vias ordinárias. Como se trata de ato processual que independe de sentença, a

via ordinária própria será a ação anulatória (art. 486, CPC) e não a ação rescisória.

Como se vê, entre o fim de leilão com aceitação de lance vencedor e a efetiva entrega do bem ao arrematante, muitos incidentes poderão ocorrer que podem levar ao desfazimento da arrematação. Verificado o incidente, a situação de fato deverá retornar ao *status quo ante*, permanecendo a penhora do bem, levantando o arrematante as quantias por ele depositadas e retomando a execução ao seu curso normal.

- ***A reunião de Processos***

A reunião de processos contra o mesmo devedor é conhecida na linguagem forense como apensamento. O requerimento pode ser formulado por qualquer das partes, isoladamente, ou determinado de ofício pelo juiz.

Nas comarcas em que as execuções fiscais são submetidas à distribuição entre diversas varas, a reunião será precedida de redistribuição das mais modernas para a vara que tenha recebido a distribuição mais antiga.

- ***Isenção da Fazenda Pública das despesas***

Desonera-se a Fazenda Pública da obrigação de pagar as custas e emolumentos. Com isso procurou o legislador facilitar a prática dos atos no interesse público de melhor prover as procuradorias na colheita de elementos necessários à satisfação do crédito.

O alcance e a finalidade são amplos, abrangendo a extração e autenticação de peças dos autos, do ofício requisitório, ofícios endereçados às repartições públicas, tudo propiciando os meios técnicos que consigam amealhar os subsídios imprescindíveis à exigibilidade do crédito existente.

Ficam reduzidos os custos que poderiam de alguma forma inibir a prática dos atos e demais diligências na procura dos devedores e localização de patrimônio sujeito à execução.

A Fazenda Pública está dispensada do pagamento apenas das custas judiciais, inclusive preparo e emolumentos (autenticação, certidões,

registro de arresto ou penhora etc.) mas responde por salários de perito, despesas de condução do oficial de justiça e outros.

- ***Reembolso pela Fazenda Pública sucumbente***

Sucumbente a Fazenda Pública, deve ela ressarcir as despesas feitas e comprovadas pela parte contrária. Nesse ponto estão enquadradas as despesas processuais, como do perito e do assistente técnico da parte vitoriosa, e todas aquelas que guardem nexos com a demanda.

Entretanto, a cobrança do valor dessas despesas e da própria imposição da verba honorária exige a expedição do requisitório, entrando na ordem cronológica de pagamento (v. 32.3).

- ***Ação declaratória e ação anulatória***

Sobre o tema competência, deve-se verificar as consequências da propositura da ação declaratória ou da ação anulatória de débito fiscal, no tocante a conexão, à continência e à litispendência (V 38.1).

- ***Exceção de pré-executividade***

Uma outra situação que pede exame diz respeito à possibilidade da impugnação da cobrança, sem a oferta de garantia do juízo, quer por causa do assunto ou da insuficiência de patrimônio correspondente ao crédito lançado.

Cuidando-se de exceção de pré-executividade a infirmar o vínculo jurídico e não apenas a certeza e liquidez da obrigação cartular fiscal, o *due process of law* pede análise do ponto controvertido, independentemente de qualquer garantia do juízo. Os ditames da transparência, legalidade e regularidade da inscrição efetivada autorizam a existência da execução de pré-executividade.

Dúvida há quanto à alegação de prescrição e decadência, constituindo-se um fundamento que interativamente tem sido invocado. Em princípio, o debate sem a formal garantia do juízo permite a realização

concreta da justiça, mas deixa exposta a Fazenda Pública no caso de rejeição da defesa e recursos decorrentes da decisão.

A prescrição e a decadência envolvem o mérito e, por uma razão singular, o seu exame parte da condicionante do juízo seguro, embora a questão não seja pacífica. O mesmo não ocorre em relação à imunidade, à isenção, à remição, à anistia, ao parcelamento administrativo, temas que podem ser discutidos sem a necessidade de se garantir o juízo.

CONCLUSÃO

Ao término do presente trabalho, chegamos a uma curiosa conclusão.

Em que pese à pecha de voraz, ao ponto de se atribuir o cognome de leão ao fisco estatal pela sua eficiência em cobrar do contribuinte aquilo que lhe é devido, não se pode olvidar que, o caso específico da execução fiscal, o contribuinte é submetido ao sagrado princípio constitucional do devido processo legal, até mais com afinco do que o cidadão comum é submetido à cobrança de seus débitos na seara privada.

O princípio do devido processo legal é exercitado pelo devedor contribuinte, desde o primeiro ato que legitima o Estado como seu credor. Com efeito, no momento do lançamento ou do auto de infração, já é dado ao contribuinte o seu mais vasto direito de defesa.

Depois de ser apresentada a primeira defesa pelo contribuinte, mesmo não tendo razão, ainda lhe está assegurado o direito de recorrer a diversas esferas, onde lhe são asseguradas todas as etapas de defesa até chegar, finalmente, à inscrição de seu débito na dívida ativa.

Em lá chegando, mesmo tenha o contribuinte exercitado a mais ampla defesa, ainda assim lhe são assegurados os mais amplos meios de defesa, como a ação anulatória de débito fiscal, ação cautelar fiscal e outros procedimentos, não se exaurindo ainda seus meios de defesa.

Ultrapassadas todas essas etapas, e ajuizada a execução, ainda pode ser excedido o seu amplo direito de defesa, quer seja por meio dos diversos tipos de embargos que comportam na execução, como embargos do devedor, embargos à arrematação e embargos de terceiro. De mais a mais, tem direito, na doutrina moderna, a questionar o débito pelo novo instituto jurídico criado através da construção doutrinária, que é o instituto da Exceção de Pré-Executividade.

Portanto, depois de todo esse trabalho, ficou patentemente demonstrado que o princípio constitucional do devido processo legal é largamente utilizado no processo de execução fiscal. É difícil haver outro tipo de procedimento em que esse princípio seja tão bem aplicado, como o é no processo de execução fiscal.

BFD

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Ação cautelar fiscal e o depositário infiel*. 2ed. São Paulo: Leud, 1.995.

_____. *Penhora de quotas de sociedade de responsabilidade Ltda*. 3ed. São Paulo: Leud, 1.996.

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996.

_____. *Sociedade por cotas de responsabilidade limitada*. 5ed. São Paulo: RT, 1.995.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 11ed. vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1.998.

ALVIN, J. E. Carreira. *Código de Processo Civil reformado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.995.

ARMELIN, Donaldo. *Cobrança da dívida não tributária da Fazenda Pública*, ir. RePro 45. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 3ed. São Paulo: RT, 1.996.

ATALIBA, Geraldo. *Contribuição social na Constituição de 1.988*. RDT 49/48.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1.998.

BALEEIRO, Aliomar. In: *Direito Tributário Brasileiro*. 10ed. São Paulo, Forense, s.d.

BALERA, Wagner. Decadência e prescrição das contribuições de seguridade social. In *Contribuições sociais – Questões Polêmicas*. São Paulo: Dialética. 1.995.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil* 6ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1.992.

BARBOSA, Antonio Alberto Alves. *Da Preclusão processual civil*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.992.

BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais de Direito Penal e de Processo Penal na Constituição de 1.988*. São Paulo: Malheiros, 1.993.

BARRETO, Aires Fernandino (et. al.). *Curso de Direito Tributário*. Coordenação de Co-ed. Centro de Est. Ext. Univ. – FIEO. São Paulo: Saraiva, 1.982.

_____. *Manual do IPTU*. Revista dos Tribunais. São Paulo: s.d.

BARRETO FILHO, Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. 2ed. São Paulo: Saraiva.

BASTOS, Celso e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários a Constituição do Brasil (Promulgada em 5 de outubro de 1988)*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1.988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1.992.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 17ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

BASTOS, Celso Ribeiro (et. al.). *Emendas à Constituição de 1.988*. São Paulo: Saraiva, 1.996.

BATALHA, Célio de Freitas. *Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana*. In: *curso Direito tributário*. Co-ed. Centro de Estudos Ext. Univ. – FIEO. São Paulo: Saraiva, 1.982.

BELTRAME, José Alonso, e Outros. *O procedimento na cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública – Lei 6.830 de 22/09/80*. São Paulo: RT, 1.981.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. s.d.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ed., São Paulo: Paz e Terra, 1.991.

BONILHA, Paulo celso Bergstrom. *Da prova no processo administrativo tributário*. 2ed. São Paulo: Dialética, 1.997.

BOTTALO, Eduardo. Breves considerações sobre a natureza das contribuições sociais e algumas de suas decorrências. In: *Contribuições sociais questões polêmicas*. São Paulo: Dialética, 1.995.

_____. Algumas reflexões sobre processo Administrativo Tributário e os Direitos que lhes cabe assegurar. In: *Ação Declaratória. Ação Anulatória. Mandado de Segurança*, s.l, s.d.

BOTTESINI, Maury Angelo. *Desistência do pedido de concordata preventiva*. RT 667/39.

BRASIL. Lei 5.172 de 25/10/1.966. *Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*.

_____. *Lei 9784 de 29.01.1.999. Regula o processo administrativo no âmbito de Administração Pública Federal*.

BRITO, Edvaldo. A isenção das contribuições de seguridade social e entidades beneficiárias de assistência social: uma interpretação do §7º do

art. 195 da Constituição Federal. In: *Contribuições presidenciais – questões atuais*. São Paulo: Dialética, 1.996.

CABRAL, Antônio da Silva. *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1.993.

CAHALI, Yussef Said. *Fraude contra credores*. São Paulo: RT, 1.990.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo, CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 12ed. São Paulo: Atlas, 1.998.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. 2ed. São Paulo: Atlas, 1.993.

CAMPOS, Ronaldo da Cunha. *Ação de execução fiscal*. Rio de Janeiro: Aide, 1.989.

_____. *Imposto sobre a propriedade predial e territorial rural – ITR*. In: curso de direito tributário. Co-ed. Centro de est. Ext. Univ. – FIEO. São Paulo: Saraiva, 1.982.

CANTO, Gilberto de Ulhôa (et. al.). Contribuições sociais. In: *Caderno de pesquisas tributárias*. v. 17. Co-ed. Resenha Tributária e Centro de Extensão Universitária. São Paulo: 1.992.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 5ed. São Paulo: Saraiva, 1.995.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 1.993.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1.991.

CASSONE, Vitório. *Direito Tributário e Repertório IOB de Jurisprudência* 12/96, 1/9.947. 5ed. São Paulo: Atlas, 1.993.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na Nova Constituição do Brasil*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha (et. al.). *Dos crimes contra a ordem tributária. Justiça, Ministério público de São Paulo*. 1.994, v. 166. In: Caderno de Direito tributário e Finanças públicas. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 12ed. São Paulo: Malheiros, 1.996.

CLEVE, Clemerson Merlin. Proteção internacional dos direitos do homem nos sistemas regionais americano e europeu. In: *Temas de Direito Constitucional e de Teoria do Direito*, Acadêmica, 1.993.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários a Constituição de 1.988* Sistema tributário. 3ed. São Paulo: Forense, 1.991.

COLE, Charles D. O Devido Processo Legal na Cultura dos Estados Unidos: Passado, Presente e Futuro. *Revista AJUFE*. n. 56. s.l.: 08/09/10 de 1.997.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da (et. al.). *Delitos tributários*. São Paulo: Saraiva, 1.995.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário do direito administrativo*. 3ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1.978.

_____. Direitos e garantias fundamentais: Direitos e deveres individuais e coletivos. In: *Comentários a Constituição brasileira de 1.988*. v.1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1.988.

DENARI, Zelmo. *Curso de Direito tributário*. 3ed. São Paulo: Forense, 1.993.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 3ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.976.

_____. Execução civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: s.d.

_____. A Instrumentalidade do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 1.986.

_____. A instrumentalidade do Processo. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 1.987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3ed. São Paulo: Atlas, 1.993.

_____. *Direito Administrativo*. 14ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FANUCCHI, Fábio. *Curso de Direito tributário brasileiro*. 4ed. São Paulo: Resenha Tributária. Co-edição IBET. Instituto Brasileiro FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1.996.

FEDERIGHI, Wanderley José. *A execução contra a Fazenda pública*. São Paulo: Saraiva, 1.996.

FERNANDES, Odmir. *Sonegação fiscal*. O Estado de São Paulo. São Paulo: de 20/05/1.990, p.37.

_____. *Legalidade da prisão do depositário infiel*. Folha de São Paulo. São Paulo: de 17/07/95, p. 3/2.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2.001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1.988*. São Paulo: Saraiva, 1.991.

FIDA, Orlando. *Prática e jurisprudência da execução fiscal*. 4ed. São Paulo: Leud, 1.980.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2.001.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1.981.

FONTES, Ana Lúcia Berbet de Castro. Garantia do devido processo legal – Princípio constitucional da administração pública. v.14. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. Salvador: jul/dez, 1.999.

_____. Processo administrativo disciplinar – Estudos de casos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia*. v.25. Salvador: jan/dez, 1.999.

_____. Do processo legal – Princípio do processo administrativo. *Jurídica Administração Municipal*, Salvador, a. 1, n. 09, set. 1.996.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. s.l., s.d.

GALLO, Antônio Felipe A. *A Fazenda Pública e a cobrança judicial dos débitos fiscais*. 2ed. São Paulo: RT, 1.994.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão civil do depositário infiel*. Folha de São Paulo, p.2-3, ed. de 08/07/95.

GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*. T II. 1.991.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1.993.

_____. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Rumo, 1.996.

GRINOVER, Ada Pellegrine. *Teoria geral do processo*. 3ed. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.983.

HAGSTROM, Carlos Alberto. O sigilo bancário e o poder público. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, Nova Série, jul./set. 1.990.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes, 2ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1.994.

HENRIQUES, Antônio. MEDEIROS, João Bosco. *Monografia no curso de direito*. São Paulo: Atlas, 1.999.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.995.

ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito Tributário Uma introdução*. São Paulo: Atlas, 1.979.

JUSTEN FILHO, Marçal. Contribuições sociais. In: *Caderno de pesquisas tributárias. Co-ed. Resenha Tributária*. v. 17. Centro de Ext. Univ. São Paulo, 1.992.

LACOMBE, Américo. *Contribuições no direito Tributário brasileiro*, RDT 47/191.

LIMA, Iran de. *A dívida ativa em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.984.

LIMA, Walberto Fernandes de. *A quebra do sigilo bancário por ato do Ministério Público Estadual*, Revista do Ministério Público. Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, jan./jun. 1.995.

LOPES, João Batista. *O interesse de agir na ação declaratória*. RT 688/255.

MACHADO, Brandão. *São Tributos as Contribuições Sociais? – Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado – Estudos Jurídicos em Homenagem a Gilberto Ulhôa Canto*. Rio de Janeiro: Forense, 1.988.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 10ed. São Paulo: Malheiros, 1.995.

_____. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 2ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MACHADO JUNIOR, J. Teixeira (et. al.). *Instituto Brasileiro de Administração Municipal*. 22ed. Rio de Janeiro, 1.990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 4ed. São Paulo: RT, 1.996.

MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, 2ed.

_____. *Crimes contra a ordem tributária*. 2ed. São Paulo: RT, 1.996.

MARTINS, Ives Granda da Silva e MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. *Manual de contribuições especiais*. São Paulo: RT, 1.987.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Crimes contra a ordem tributaria*. 2ed. São Paulo: RT, 1.996.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: 1.993.

_____. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.996.

_____. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1.985.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. *Revista dos Tribunais*. 16ed. São Paulo: 1.991.

_____. *Direito administrativo brasileiro*, 17ed. São Paulo: Malheiros, 1.992.

_____. *Direito municipal brasileiro*. 6ed. São Paulo: Malheiros, 1.993.

MÉLEGA, Luiz. Algumas reflexões sobre o regime jurídico das contribuições na Carta Política de 1.988. In: *Direito Tributário atual*. Co-ed. IBDT – Resenha Tributária. São Paulo, 1.992, v.11-12.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional, de 14/12/2.000. São Paulo: Malheiros, 2.001.

_____. Natureza jurídica da contribuição de Previdência Social. In: *Direito Tributário*. Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1.984.

MELO, José Eduardo Soares de. *Contribuições sociais no sistema tributário*. São Paulo: Malheiros, 1.993.

MIRANDA, Pontes de. *História e Prática dos Habeas Corpus*. 8ed. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1.979.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Competência do Direito Tributário*. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.995.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 27ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d.

NICÁCIO, Antônio. *A nova Lei de Execução Fiscal – Cobrança judicial da dívida ativa da União, Estado e Município*. São Paulo: LTR, 1.981.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1.989.

_____. *Curso de Direito Tributário*. 14ed. São Paulo: Saraiva, 1.995.

_____. *Repertório IOB de Jurisprudência*, 1ª quinzena de jan./1.990.

OLIVEIRA NETO, Jayme Martins de (et. al.). *A penhora excepcional nas execuções fiscais*, Tribuna do Direito, abril de 1.996.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 1.995.

PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1.990.

PEDROTTI, Irineu Antônio. *Recursos constitucionais*. São Paulo: Leud, 1.991.

_____. *Prática de processo civil*. São Paulo: Leud, 1.991.

POUND, Roscoe. *Desenvolvimento das Garantias Constitucionais da Liberdade*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural S. A., 1.965.

RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Resenha Universitária, 1.976.

RAYNAUD, Monique Contamine. *Le secret bancaire et le controle de l'Etat sur les operations de change et sur leurs effets de lictuels*. Revue Internationale de Droit Compare, arvljuin., 1.994.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 18ed. São Paulo: Saraiva, 1.988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Processo e procedimento administrativo*. In: *Perspectivas do direito público*. Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1.995.

ROCHA, Valdir de Oliveira. *Natureza jurídica das contribuições do art. 149 da Constituição*. 3º Simpósio Nacional IOB de Direito Tributário. São Paulo: IOB, 1.994.

ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Processo administrativo fiscal*. São Paulo: Dialética, 1.996.

ROCHA, Valdir de Oliveira (et al.). *Processo administrativo fiscal*. 2 vol. São Paulo: Dialética, 1.997.

_____. *Processo administrativo fiscal*. 3 vol. São Paulo: Dialética, 1.998.

_____. *Processo administrativo fiscal*. 4 vol. São Paulo: Dialética, 1.999.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 4ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

SALVETTI NETO, Pedro. *Curso de Teoria do Estado*. 7ed. São Paulo: Saraiva, 1.987.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1.993.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14ed. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1.989.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O processo de execução na doutrina e na jurisprudência*. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.986.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *Sigilo bancário: relatividade frente ao fisco*. Repertório IOB de Jurisprudência, Tributário, Constitucional e Administrativo, 5, 1.995.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Princípios fundamentais do direito administrativo tributário: (a função fiscal)*. Rio de Janeiro: Forense, 1.996.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Teoria e prática do processo executivo fiscal*. 2ed. Rio de Janeiro: Aide, 1.985.

SILVA, Edgard Neves da. Imunidade e isenção. In: *Curso de Direito Tributário*. Co-ed. Centro de Est. Ext. Univ. – FIEO. São Paulo: Saraiva, 1.982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional tributário*. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.990.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ed. São Paulo: Malheiros, 1.992.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal. Due Process of Law*. Belo Horizonte: Del Rey, 1.997.

SOUZA, Hamilton Dias de. Contribuições Sociais. In: *Caderno de Pesquisas Tributárias*. v. 17. Co-ed. Resenha Tributária – Centro de Ext. Univ., São Paulo, 1.982.

_____. Contribuições para a Seguridade Social. In: *Curso de Direito Tributário*. 2ed. v. 2. São Paulo: Cejup, 1.993.

SOUZA, Orlando de. *Processo de execução – doutrina e prática*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1.984.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1.975.

STOCO, Rui. *Procedimento administrativo disciplinar no Poder Judiciário*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 1.995.

TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Código de Processo Civil anotado*. 6ed. São Paulo: Saraiva, 1.996.

THEODORO JR., Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1.993.

_____. *Processo de execução*. 12ed. São Paulo: Leud, 1987.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo: Dialética, 1.999.

VIDIGAL, Geraldo. *Fundamentos do Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 1973.

VIEIRA, Sônia. *Como escrever uma tese*. São Paulo: Pioneira, 1.991.

XAVIER, Alberto. *Temas de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.991.

_____. *Teoria geral do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1.997.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social*. São Paulo: Atlas, 1.993.