

UNIVERSIDADE FUMEC
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde

Felipe Lobato Carvalho Mitre

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
A partir da teoria do processo como instituição democrática

A V I S O

- Pede-se não danificar o livro;
- Haverá revisão após o uso;
- Leitor infrator terá anotação na ficha;
- Após duas anotações a ficha será cancelada.

Belo Horizonte

2012

Felipe Lobato Carvalho Mitre

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
A partir da teoria do processo como instituição democrática

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Fumec, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: André Cordeiro Leal

Belo Horizonte
2012

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

M684p Mitre, Felipe Lobato Carvalho, 1980-
Processo administrativo tributário: a partir da teoria do
processo como instituição democrática / Felipe Lobato Carvalho
Mitre. - Belo Horizonte, 2012.
63 f.

Orientador: André Cordeiro Leal
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde,
Belo Horizonte, 2012.

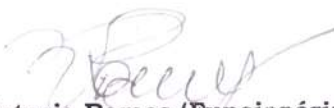
1. Direito tributário. 2. Administração e processo
tributário. 3. Administração pública. I. Título. II. Leal, André
Cordeiro. III. Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências
Humanas, Sociais e da Saúde.

CDU: 35.077.3

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Aos (22) vinte e dois dias do mês de maio do ano de dois mil e doze, na Sala 309 na Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, realizou-se com início às 15 horas a sessão pública e solene de defesa de Dissertação de Mestrado do aluno **FELIPE LOBATO CARVALHO MITRE**, na área de concentração em Instituições Sociais, Direito e Democracia, linha de pesquisa: Esfera Pública, Legitimidade e Controle, com o tema: **“PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO – A PARTIR DA TEORIA DO PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA”**. O Presidente da mesa, Professor Doutor André Cordeiro Leal abriu a sessão convidando para tomar assento à mesa os integrantes da Comissão Examinadora, a Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias e o Professor Doutor André Mendes Moreira. Composta a mesa, o Presidente da sessão passou a palavra ao Mestrando para exposição oral sobre o seu trabalho e depois ao Professor André Mendes Moreira, que propôs questões ao candidato e dele obteve respostas. Na sequência o Presidente da sessão passou a palavra a Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias que propôs questões ao candidato, dele obtendo respostas. Finalmente, o Professor Doutor André Cordeiro Leal fez perguntas sobre o trabalho e obteve respostas. Terminadas as arguições o Presidente da sessão distribuiu aos demais membros da Comissão Examinadora, sobrecartas onde cada examinador registrou sua nota, nos termos do Regulamento do Curso. Procedeu-se, logo em seguida, a apuração das notas atribuídas ao candidato que, ao final, foi aprovado com média 85,00 (oitenta e cinco) pontos. O Presidente da sessão proclamou o resultado e, em nome do Magnífico Reitor, Professor Doutor Eduardo Martins de Lima, declarou o candidato habilitado ao grau de Mestre em Direito, pela Universidade FUMEC. Encerrada a sessão, eu, Victoria Ramos, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

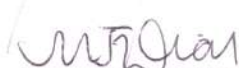
Belo Horizonte, 22 de maio de 2012.



Victoria Ramos (Funcionária)



Prof. Dr. André Cordeiro Leal (Orientador/ FUMEC)



Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias (FUMEC)



Prof. Dr. André Mendes Moreira (Milton Campos)

*A Isa,
pelo amor incondicional.*

AGRADECIMENTOS

E chega ao fim essa longa caminhada. Agradeço aos vários que contribuíram direta ou indiretamente para meu êxito, mas algumas pessoas merecem menção distinta:

Ao Professor André Cordeiro Leal, eterno exemplo na docência, instigador do pensamento crítico e, principalmente, pela lição de vida na qual o conhecimento e a humildade caminham na mesma direção.

Aos Professores do Programa de pós-graduação em Direito da Fumec, em especial aos professores Raphael Fratari, Antônio Carlos Murta, Luciano Ferraz, Luis Carlos Gambogi, que contribuíram diretamente para superar os obstáculos e aumentar os questionamentos durante as aulas do mestrado.

Aos meus pais, pelo amor e carinho dedicados nessa difícil caminhada, mas que nos momentos mais complicados souberam dar o apoio necessário, como verdadeira luz no meu caminho. A minha irmã Flávia pelo amor e carinho.

Ao Tio Décio e Tia Dora, enviados de Deus, que mais uma vez contribuíram para minha felicidade e dos meus pais e, decisivamente, permitiram a escrita das presentes palavras, ficam meus eternos sentimentos de amor e gratidão.

À Isa pelo companheirismo e pela paciência diante dos vários momentos que estive ausente pela pesquisa, mas que nunca retrocedeu no nosso plano de vida e de amor.

Aos velhos amigos que mesmo distanciados pelos compromissos da vida moderna, sempre foram e serão pontos de apoio que o tempo não apaga.

Aos amigos conquistados nessa caminhada, em especial ao Aleandro e Karla, pessoas especiais que jamais esquecerei.

Por fim, agradeço aos amigos do escritório VK Advocacia, que proporcionaram pelos debates acalorados, vários questionamentos desenvolvidos nessa pesquisa.

De tudo, ficaram três coisas: a certeza de que ele estava sempre começando, a certeza de que era preciso continuar e a certeza de que seria interrompido antes de terminar. Fazer da interrupção um caminho novo. Fazer da queda um passo de dança, do medo uma escada, do sono uma ponte, da procura um encontro.
Fernando Sabino

RESUMO

Trata-se de estudo a partir do processo constitucionalizado sobre o procedimento administrativo tributário, para leitura compatível aos fundamentos do Texto Constitucional. A revisão das bases teóricas que envolvem a Administração Pública enseja atenção para possibilitar a construção do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o procedimento administrativo assume importância na efetivação da cidadania, com a institucionalização do espaço dialógico-processual, que possibilite participação e aceitabilidade das decisões da Administração Pública. Assim, esclarecidos os fundamentos teóricos, o procedimento administrativo tributário é objeto do trabalho, para análise crítica desde a formalização do crédito tributário, como no desenvolvimento em contraditório, como na fase recursal e na definitividade da decisão.

Palavras-chave: Teoria. Processo. Procedimento. Administrativo. Tributário.

ABSTRACT

It is the study of the constitution process on the tax administrative procedure to read compatible to the fundamentals of the constitutional text. A review of the theoretical bases that involve Government envisaged attention to enable the construction of the democratic State of law. In this sense, the administrative procedure assumes importance in the practice of citizenship, with the institutionalization of the dialogic space enabling procedural-participation and acceptability of citizens in decisions by the public administration. Like this, clarified the theoretical foundations, the tax administrative procedure is labour object to critical analysis since the formalization of the tax credit, as developing in contradictory, as in the appellate stage and in final decision.

Keywords: Theory. Process. Procedure. Administrative. Tax Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

Rext – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

AI – Agravo de Instrumento

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CR – Constituição da República

CDA – Certidão de Dívida Ativa

PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

PAT – Procedimento Administrativo Tributário

MF – Ministério da Fazenda

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA	13
2.1 A COMPREENSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO A PARTIR DA TEORIA NEO- INSTITUCIONALISTA DO PROCESSO	13
2.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUA APLICAÇÃO	23
2.2.1 Crítica aos atos administrativos classificados como vinculados e discricionários..	28
2.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....	39
3 LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO PELA TEORIA DEMOCRÁTICA PROCESSUALIZADA	48
3.1 O LANÇAMENTO FISCAL E A LEGALIDADE PROCESSUALIZADA	49
3.2 A OBRIGATORIEDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO NO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.....	55
4 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS.....	64
4.1 RELEITURA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO A PARTIR DA TEORIA DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO	65
4.1.1 Da possibilidade da discussão de constitucionalidade no âmbito administrativo ...	72
4.1.2 Responsabilização tributária dos representantes, diretores ou gerentes - art. 135, III do CTN	79
4.1.3 A reformulação da fase recursal no procedimento administrativo tributário	88
4.2 O DEVER DE PROVA NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO	90
4.3 A DEFINITIVIDADE DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS.....	95
5 CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS.....	104

1 INTRODUÇÃO

Com a Constituição da República de 1988 e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, o procedimento administrativo tributário, como parte da ciência jurídica, demanda revisão dos seus fundamentos para propiciar uma leitura compatível aos preceitos constitucionais instituidores do Estado Democrático de Direito.

Assim, com a inauguração de novas diretrizes, a ciência jurídica é obrigada a reconstruir a concepção constitucional de democracia – o que instiga a verificação de nova compreensão sobre a legalidade aplicada pela Administração Pública.

No entanto, inserir novos debates no direito como reflexo à recente Constituição da República requer o rompimento com resquícios seculares que obstaculizam a desconstrução de dogmas jurídicos que são reprisados cotidianamente, como é o caso da temática acerca do princípio da legalidade.

Obviamente, a crítica ao entendimento consolidado perpassa pela análise da sua origem, com verificação das teorias e do contexto da sua produção até a sua interpretação atual, para, posteriormente, atingir um campo seguro para refutar ou acolher aquela compreensão.

A proposta do presente trabalho é refletir sobre os fundamentos do procedimento administrativo tributário a partir da teoria do processo que reconheça os direitos fundamentais e, por conseguinte, permita ao cidadão-contribuinte participar da decisão administrativa sobre a cobrança de tributo.

Aliás, é pelo avanço teórico alcançado pelo processo, que é possível a realização do presente trabalho, vez que fundamentos até então não esclarecidos são refundados com contornos visíveis, que permitem mencionar o que é legitimidade democrática, como também embasam críticas tecidas por incongruência ao Texto Constitucional.

Rediscutir temas que estão consolidados pela doutrina e pela jurisprudência é tarefa árdua, que exige plena fundamentação das novas propostas, como é o caso em debate, que se propõe a discutir o procedimento administrativo tributário a partir da teoria neo-institucionalista¹, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2008).

O procedimento administrativo tributário é instaurado nas cobranças fiscais realizadas pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para a formalização do crédito

¹ Desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2008)

tributário, sendo que o presente trabalho será dedicado ao procedimento no âmbito federal, regulado pelo Decreto nº 70235/72.

A presente pesquisa foi dividida em três capítulos, com o seguinte desenvolvimento: o primeiro capítulo trata da Administração Pública e legitimidade democrática, com exposição do embasamento da teoria neo-institucionalista do processo, com reflexos sobre a relevância do procedimento administrativo.

Ainda no primeiro capítulo é lançada a base teórica para reflexão do princípio da legalidade, previsto no Texto Constitucional como regente da Administração Pública, para que a obediência à lei seja estruturada por embasamento democrático que permita a participação dos interessados.

Em decorrência o esvaziamento da legalidade unilateral, imposta pelos atos administrativos, com evidente valorização do procedimento administrativo, foi desenvolvido tópico específico acerca da classificação dos atos administrativos, como vinculados e discricionários, a partir da aplicação da lei, em que a centralização na liberdade solipsista do decisor não condiz com fundamentos da teoria democrática do processo.

Com a aplicação da legalidade, esclarecida pela teoria do processo, nos atos realizados pela Administração Pública, é possível no fechamento do primeiro capítulo, demonstrar-se o entrelaçamento entre a legitimidade democrática e o procedimento administrativo, com evidente apego teórico ao Texto Constitucional.

No segundo capítulo, há a abordagem do lançamento tributário, com o deslinde das modalidades existentes para a formalização do crédito tributário. O ponto a merecer destaque é o da realização do procedimento administrativo tributário, que distorcido pela prática doutrinária e jurisprudencial, não possui embasamento teórico esclarecido.

Sendo assim, a partir da teoria processual foi debatida a necessidade de realização do procedimento administrativo tributário, na modalidade em que o contribuinte solitariamente constitui, por declaração, o tributo a ser recolhido, sem que a Administração Pública se manifeste sobre a regularidade da declaração, tampouco conceda oportunidade de retificação ao contribuinte no caso de infração por ele cometida.

No capítulo derradeiro, foram debatidas questões específicas do procedimento administrativo tributário, a começar pela releitura do princípio do contraditório a partir do processo constitucionalizado, como oportunidade do contribuinte não constar apenas formalmente no procedimento.

Ainda conexo ao princípio do contraditório, foi debatida a possibilidade de discussão de constitucionalidade no âmbito do procedimento administrativo tributário, para

compreensão da efetividade das normas constitucionais ou se é competência exclusiva do Judiciário a análise pelo controle de constitucionalidade.

Outro tema, também decorrente do princípio do contraditório, é a responsabilização tributária dos representantes, diretores ou gerentes, previsto no art. 135, III do CTN, vez que a partir de compreensões oriundas da prática não refletida, pessoas físicas são sumariamente responsabilizadas por dívidas tributárias das pessoas jurídicas, o que merece melhor debate.

A fase recursal no procedimento administrativo tributário, mais especificamente o recurso para a instância especial, é alvo de reflexão a partir da garantia constitucional do contraditório, que é estreitada pela concessão exclusiva da Administração Pública apresentar suas razões recursais, com possibilidade da decisão ser reformada em instância superior, inacessível para os contribuintes.

Superadas as questões atinentes ao contraditório, coube tecer análise à produção de prova no procedimento administrativo tributário, para que seja revelado como direito fundamental dos contribuintes e assim afastar o indeferimento imotivado de provas.

Por fim, na parte final do terceiro capítulo será abordada a possibilidade de revisão da decisão oriunda da construção pelo procedimento administrativo tributário na formalização do crédito tributário.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

2.1 A compreensão do procedimento administrativo a partir da teoria neo-institucionalista do processo

O advento da Constituição da República de 1988 evidentemente lançou profunda mudança no contexto jurídico até então existente no país, com também evidente relevância para o cidadão.

Para efetivação das mudanças introduzidas pela Constituição da República, impende a adoção de teorias que sustentem o conhecimento científico a ser descoberto, com intuito de compatibilizar ao ambiente democrático existente.

Assim, a participação do cidadão na construção democrática da sociedade perpassa pela aplicação do direito que permita a crítica dos institutos jurídicos existentes, a fim de que estes não sejam verdades inquestionáveis.

Nesta linha, é imprescindível que haja a crítica aos institutos e teorias existentes, pois é a atividade que nos permite alcançar o esclarecimento científico, tal qual elucida Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 44): “a crítica é a atividade intelectual testificadora”.

O início da análise crítica recai sobre o procedimento administrativo que, previsto no art. 5º, LV da CR, prevê “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;” (BRASIL, 1988).

O Texto Constitucional não faz qualquer distinção entre processo judicial ou processo administrativo – o que enfatiza a necessidade de observância às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tanto no âmbito da função Jurisdicional quanto da função Executiva.

Desde já, cabe demarcar que a expressão a ser utilizada ao longo do trabalho é procedimento administrativo, ao contrário da abordagem defendida por Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007), que compreendem pela utilização da expressão processo administrativo.

A utilização da expressão “processo administrativo” para autores como Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 37), compreende o processo como o “contexto jurídico ou a realidade maior”, que engloba todos os atos procedimentais que redundam em uma decisão. Já o procedimento, também nos dizeres de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 37),

seria a “realidade menor” que se revela por uma série de atos encadeados lógica e juridicamente.

Os autores acima citados utilizam a difundida compreensão de processualistas, como Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 277) que defendem a noção de processo como “essencialmente teleológica para exercício do poder” e o procedimento como o “meio extrínseco pelo qual instaura, desenvolve e termina o processo”.

Tais autores que defendem a distinção acima exposta entre processo e procedimento, adotam a compreensão do processo como instrumento da jurisdição, que propicia a relação jurídica entre partes e julgador, para que este execute o objetivo final do processo, nos dizeres de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 284).

Entretanto, exatamente pela adoção de uma teoria processual diversa, que proporciona o embasamento teórico na participação democrática do cidadão, não centrado no exercício solitário da decisão, é que se impõe a distinção entre processo e procedimento.

A compreensão elucidada pela teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 39), pressupõe que o processo é instituição constitucionalizada, definida pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, fundamentação das decisões e isonomia.

Para alcançar a noção acima, Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 93) desenvolve a teoria neo-institucionalista e utiliza a compreensão de Fazzalari (2006, p. 80) sobre processo e procedimento para afirmar que: “Processo é espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional”.

Portanto, quando o procedimento instaura-se mediante leis previamente estipuladas (LEAL, 2008, p. 94), caso se realize em contraditório, é possível mencionar que há a espécie de procedimento que é o processo.

O procedimento nos dizeres de Leal (2008, p. 94) é “manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica”, que se revela pelo encadeamento de atos até o provimento final. Portanto, é o princípio da reserva legal que institui o procedimento, não sendo este instrumento para realização da decisão final pelo julgador.

Como esclarece Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p. 108):

No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade desse ato e,

conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento.

A partir do esclarecimento exposto, a escolha da noção de procedimento administrativo não se deve à exteriorização dos atos como defendido por Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2007), mas pela compreensão da teoria neo-institucionalista de que o procedimento é gênero e processo é espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento final.

Todavia, como esclarece Rosemiro Pereira Leal (2008, p. 94), o autor da teoria, o contraditório não apenas compõe o *iter* da estrutura procedimental, mas é o contraditório reconhecido com o devido status de garantia constitucional.

Decerto é que a adoção desse conceito de procedimento administrativo permite alcançar todo o gênero, indistintamente se a espécie é em contraditório, mas com a certeza que o procedimento será estruturado pela expressa previsão legal e não para justificar a realização da decisão final. E quando mencionado o processo, este também não será mera composição teleológica, mas instituição constitucionalizada a partir da teoria neo-institucionalista. Cabe ressaltar que, ambos são regidos pela principiologia constitucional a partir do embasamento teórico adotado.

Entrementes, também merece esclarecimento a noção de teoria, uma vez que essa proporciona um marco de controle de pensamento (LEAL, 2010, p. 54), que certamente impõe uma coerência no discurso científico e, conseqüentemente, confere sustentação para os resultados atingidos.

Portanto, as garantias constitucionais, como o contraditório, são antes o foco de esclarecimento científico para a teorização do processo e não do procedimento, pois tal como já explanado, este está restrito à estrutura retirada da legalidade preexistente que se revela através do encadeamento de atos (LEAL, 2008, p. 94).

Destarte, para o desenvolvimento do presente trabalho, a teoria a ser aplicada possibilitará respostas até então não cogitadas na dogmática existente acerca do tema, que sistematicamente encobre o debate crítico científico acerca de questões atinentes ao procedimento administrativo como a controvérsia acerca do controle difuso de constitucionalidade nas decisões administrativas.

O arcabouço teórico desenvolvido na teoria neo-institucionalista concede ao processo o papel de protagonista na construção democrática, pois este permite o incessante exame crítico que interrompe a repetição na ciência jurídica por axiomas construídos da racionalidade com intuito de estrategicamente excluir o direito do debate democrático.

O desenvolvimento teórico ora aplicado elege o processo como:

[...] instituição de pós-modernização em paradigma teórico de plebiscitarização processual incessante com a conseqüente abertura jurídica de total auto-revisibilidade discursiva (devido processo constitucional) que legitima o ordenamento legal na democracia (LEAL, 2002, p. 173).

O embasamento filosófico da teoria neo-institucionalista esclarece pontos relativos à processualização da teoria do discurso desenvolvida por Habermas (LEAL, 2002, p. 173), para que haja consistência jurídica na discursividade e que esta alcance com efetividade a transposição para o princípio da democracia (LEAL, 2002, p. 198).

O pilar da teoria fixado no processo proporciona que as partes participem na construção das (suas) decisões, esvaziando a importância da jurisdição guardiã e paternal de direitos (LEAL, 2002, p. 172), para que todos sejam legitimados ao debate processual de interpretação da lei.

Resta estampada a coerência jurídica advinda da teoria discursiva desenvolvida por Habermas e desenvolvida pela teoria neo-institucionalista de Rosemiro Pereira Leal, pois como aponta aquela, impende que o “Juiz Hércules (de Dworkin) seja libertado da solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente” (HABERMAS, 1997, p.277).

Nesta linha, não é mais possível conceber que a jurisdição esteja isolada na figura solitária do juiz e que esta sustenta-se num instituto auto-legitimador, que busca respostas para sua própria atuação, como aponta Habermas nos chamados “*standards*” que são identificados em regras como a “independência da justiça” ou “limitação do arbítrio subjetivo”, que apenas proporcionam na perspectiva externa do procedimento sua validade.

Como já alertado, as partes, na teoria do discurso, ultrapassam o enredo dogmático de meros ouvintes do jogo argumentativo para que efetivamente contribuam com seus argumentos na construção do procedimento, o que importa no convencimento interno das partes, não sendo aceitável uma encenação do juiz solipsista para aplicar a “decisão mais justa”, como alerta Cattoni de Oliveira (2002, p. 117).

A legitimidade da decisão que instaura e reproduz o direito democrático não é realizada pela imposição aos seus destinatários (HABERMAS, 1997, v. I, p. 50), mas sim é possibilitada quando estes destinatários atuam como autores da interpretação, aplicação e fiscalização da lei, para a produção de decisões participadas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p.118).

Como se vê, a teoria neo-institucionalista enfrenta pontos fundamentais da teoria discursiva de Habermas, com similitudes e divergências e estas, principalmente, diante da

inserção de institutos jurídicos, que conferem a já mencionada consistência à teoria neo-institucionalista, como elucida Andréa Alves de Almeida (2005, p. 76):

A explicação dada por Habermas aos pressupostos procedimentais de comunicação na transposição do princípio do discurso para o princípio jurídico da democracia é feita numa abordagem *in abstracto*, numa linguagem do mundo da vida. Por esse motivo, faz-se necessário esclarecer os institutos jurídicos que estabilizam os pressupostos do discurso na realidade jurídica endoprocessual.

O trabalho da mencionada autora soube traduzir, com lucidez, a contundente crítica de Rosemiro Pereira Leal à ausência de delimitação conceitual de Habermas acerca da chamada “procedimentalidade jurídica” (2002, p. 177).

E a falta de delimitação acerca da procedimentalidade jurídica na teoria do discurso de Habermas, inclusive com a centralização da jurisdição como exercício de poder do juiz, é que emerge a teoria neo-institucionalista, como esclarece seu próprio autor, sendo inevitável sua citação diante da clareza externada:

Assim, a teoria da democracia em Habermas carece da compreensão da principiologia jurídica da teoria do processo institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar da passagem do princípio do discurso ao princípio da democracia não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizadora de argumentos que se conduziram por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade juraracionalista pelos direitos humanos com abandono do médium discursivo auto-ilustrativo de sua própria construção jurídica.

Por conseguinte, é de se reclamar uma teoria (neo) institucionalista do processo, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. Estes princípios que são integrantes conceituais do processo nessa concepção, assumem, nas comunidades constitucionalmente implantadas, caráter jurídico-instrumental de tornarem irrestrito o direito de-ação à fiscalidade processual, popular e incessante, dos direitos fundamentais assegurados. (LEAL, 2002, p. 178)

A teoria neo-institucionalista tem em sua base filosófica em Karl Popper, que contribui para a elaboração de um método não estático e provisório no direito, que proporcione a ampla indagação e a lógica do discurso jurídico (LEAL, 2002, p. 59).

Na democracia pretendida pela teoria em questão, com embasamento em Popper, urge a necessidade da ampla fiscalidade por todos que participem da sociedade, não sendo possível que a interpretação do direito ocorra apenas por especialistas, privando o cidadão das decisões.

A construção democrática pela intersubjetividade juridicamente processualizada permite a ampla fiscalidade de todas as normas e decisões a serem alcançadas. Com efeito, a coercitividade tradicional existente “na razão instrumental pela jurisdição” (LEAL, 2002, p. 103) é esvaziada, eis que incompatível com a teoria defendida.

O trabalho, até o momento, direciona a crítica ao processo judicial, que segundo a teoria do processo como relação jurídica, atribui o papel de protagonista ao juiz no exercício da jurisdição (CINTRA, 2001, p. 131),

Já no âmbito do processo administrativo, embora não haja menção expressa de doutrinadores, como Sérgio Ferraz, Adilson Dallari (2007) ou Egon Bockmann Moreira (2010), sobre o exercício da jurisdição pela própria Administração Pública, é evidente que a atividade decisional ainda está assentada no saber solipsista do decisor.

A ausência de contornos teóricos que permitam a participação dos interessados no processo administrativo é patente, sendo reprisados para sustentar a decisão no âmbito administrativo os mesmos argumentos utilizados no processo judicial, como o livre convencimento motivado (FERRAZ; DALLARI, 2007, p.192) ou a exigência da boa-fé e imparcialidade do julgador (BOCKMANN, 2010, p.128).

Provável hipótese para a falta de teoria que estruture a decisão no âmbito do processo administrativo é a ausência da figura mítica do juiz como promovedor da paz social, conforme defendem os doutrinadores que adotam a teoria do processo como relação jurídica, como Cintra, Grinover e Dinamarco (2001, p. 131). Pois, se no processo judicial, segundo a doutrina tradicional, há o monopólio do saber pelo decisor e, conseqüentemente, os interessados são privados de participar na construção da decisão, resta estampada a impossibilidade de teorizar a racionalidade subjetiva do juiz.

Nesta linha, como o processo administrativo não apresenta a figura do julgador onipotente e racional, como defendido pelos teóricos do processo como relação jurídica (BOCKMANN, 2010), sua base teórica é reticente sobre o ato decisório, pois embora o processo administrativo seja um instrumento, não está à disposição da jurisdição (diga-se do juiz), pois não há jurisdição.

Em outros dizeres, no processo judicial, a figura do juiz mascara a possível teorização da decisão, já no processo administrativo, sequer existe esta possibilidade, pois quem exerce o papel de julgador é o servidor público detentor da competência funcional, a quem não é exigida a idoneidade moral ou a reputação ilibada.

Portanto, no processo administrativo compreendido como instrumento para realização da decisão final, resta flagrante a ausência de teorização a partir da ciência

processual democrática, como aponta André Cordeiro Leal (2008, p. 134), pois, ao voltar à técnica decisional para a figura do decisor, a discussão científica é encoberta, vez que a sabedoria do Juiz, ou seja, sua subjetividade é incontornável.

Por conseguinte, a mesma crítica elaborada por André Cordeiro Leal (2008) sobre o processo judicial e a teoria do processo como relação jurídica criada por Bülow, também é válida para a concepção doutrinária de processo administrativo, vez que “a pretensão de permitir operacionalidade, apenas viabiliza uma criação (decisão solitária) auto-imunizante da indagação sobre a legitimidade democrática” (CORDEIRO LEAL, 2008, p. 134).

Ainda na doutrina tradicional, vejamos a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, 454): “procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”. Arremata ainda o citado autor que o procedimento administrativo “é a vontade da Administração Pública, que se revela através do ato administrativo”.

A doutrina citada e demais autores do Direito Administrativo vislumbram o processo administrativo ainda voltado para a própria Administração Pública, sendo apenas um instrumento de manifestação de vontade, sem qualquer embasamento teórico que eleja o procedimento administrativo tal qual previsto no Texto Constitucional em seu art. 5º, LV.

Outra definição é de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari (2007, p. 25), que afirmam: “procedimento administrativo é uma série de atos, lógicos e juridicamente concatenados, dispostos com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração”.

Novamente a perspectiva do processo administrativo é para validar a manifestação da Administração Pública, sem qualquer menção ao cidadão, afinal o relevante é ratificar a vontade da Administração Pública, daí a inserção nos manuais tradicionais, como do Celso Antônio Bandeira de Mello do procedimento administrativo como forma de controle da Administração Pública.

Tal perspectiva do procedimento administrativo foi criticada e sofreu avanços para reconstruir-se no paradigma democrático, conforme assevera Egon Bockmann Moreira (2010, p. 72), que aponta para a mudança do Direito Administrativo, pois o processo administrativo era eminentemente reativo, vez que o direito violado do cidadão era discutido no âmbito administrativo.

Todavia, certamente o avanço na teorização do procedimento administrativo é desenvolvido por Odete Medauar (1993, p. 62) que problematiza a processualidade na Administração Pública, inserindo o cidadão no procedimento administrativo, inclusive com eleição da garantia dos administrados como uma das suas finalidades.

Ainda na linha de Odete Medauar surgem outros autores, como Vítor Rhein Schirato (MEDAUAR, 2010, p. 43), que insere elementos relevantes na compreensão do processo administrativo, principalmente, porque observa que não é mais possível que o cidadão participe do procedimento administrativo como mero adorno, mas é necessário que “se confira aos interessados o direito de manifestação efetiva”.

A visualização do cidadão com garantias constitucionais no procedimento administrativo é enorme avanço na doutrina do Direito Administrativo, que até os dias atuais encontra-se norteadada para a relação de conflito entre Estado e Cidadão, muito embora pretensamente tenha sido desenvolvida para a proteção dos cidadãos frente ao Estado. (DIAS, 2003, p. 138).

Decerto que, na conjuntura atual da dogmática majoritária, é imprópria a teorização do direito sem que o cidadão tenha seu espaço de participação na aplicação do direito, afinal a ciência jurídica possibilita a construção da democracia, como já mencionado neste trabalho.

E neste sentido, sobressalta consideração elaborada por Demian Guedes (2007, p. 109-113), que ao tratar sobre procedimento administrativo e democracia afirma:

O Estado Democrático precisa ser, antes de tudo, um Estado transparente, um Estado que se explica: legitima-se através da exposição de suas razões e fundamentos à crítica dos cidadãos.

[...]

Assim, o processo administrativo deve ser visto também como um instrumento de racionalização do poder estatal – possibilitando o controle de sua legalidade e a participação democrática dos cidadãos -, atuando, dessa forma, na legitimação da decisão proferida pelo Poder Público.

Ao compararmos a exposição de Celso Antônio Bandeira de Mello e Demian Guedes, resta evidente a divergência na conceituação do procedimento administrativo, eis que para um não passa (o procedimento administrativo) de uma parte inserida no todo (ato administrativo); enquanto no outro, o cidadão participa do procedimento, inclusive com possibilidade de criticar.

A ressalva a ser feita aos doutrinadores citados, destacadamente para a Odete Medauar, é a de que estes ainda estão impregnados de uma teoria processual assentada na figura do decisor, com a expectativa de que a justiça seja realizada por um juízo imparcial (MEDAUAR, 1993, p. 70) e rotineiramente levantam frágil argumento, para questionar o procedimento administrativo com alegação que o Estado é a um só tempo, interessado e julgador (SARAIVA, 2005, p. 100), o que distinguiria o procedimento administrativo e judicial.

A solução para a questão da imparcialidade do julgador no procedimento administrativo certamente não ocorrerá pela colocação de um julgador mais justo ou mesmo o Juiz Hércules de Dworkin, mas urge questionar a teoria processual, não sendo mais cabível a teoria do processo como relação jurídica, desenvolvida por Bülow e tendo como expoentes seguidores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2001).

Assim, o embasamento processual aplicado no presente trabalho é a teoria neo-institucionalista que, não pressupõe que o saber seja exercido pelo julgador no exercício da jurisdição. Por conseguinte, o processo administrativo a ser compreendido também se utiliza dos fundamentos teóricos lançados, a começar pelo reconhecimento do processo como instituição constitucionalizada.

Seja na função jurisdicional ou na função executiva, o Estado exerce a atividade julgadora para aplicação da legalidade. Por conseguinte, não há distinção se o agente público competente para proferir a decisão é juiz (processo judicial) ou qualquer servidor público (processo administrativo).

Na teoria neo-institucionalista, a qualidade intelectual do julgador não interfere na decisão final, vez que esta é construída pelas partes com observância ao devido processo.

A propósito, a teoria neo-institucionalista elege o processo como “instituição regente de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos administrativos” (LEAL, 2008, p. 88), com evidente impessoalização da decisão e consequente esvaziamento da figura do decisor.

Assim, se a controvérsia existente acerca da imparcialidade do julgador no processo administrativo pela teoria do processo como relação processual era relevante, segundo a teoria ora adotada, perde importância, vez que a decisão conterà os argumentos das partes, que efetivamente contribuirão para sua formação, não sendo esperado que o julgador produza uma decisão mais justa ou mesmo uma decisão que atinja a famigerada paz social.

A impessoalização pelo procedimento administrativo será construída pela observância aos princípios constitucionais que instituem o processo e a previsibilidade das decisões advirá do princípio da legalidade.

Assim, desfeita a confusão sobre jurisdição, que é apenas a atividade jurisdicional e não a atividade do juiz, a teoria neo-institucionalista não tem qualquer contrariedade para a aplicação e releitura do processo administrativo.

A importância do processo administrativo é ponto marcante na estruturação do Estado, pois se o Texto Constitucional designa a similitude ao procedimento jurisdicional, não

há fundamento que afaste a necessária isonomia na teoria a ser adotada para o procedimento administrativo.

Aliás, a proposição do trabalho em tela é exatamente discutir o procedimento administrativo tributário embasado na teoria neo-institucionalista, que proporcionará uma visão diferenciada de processo e procedimento (como já exposto) e dos demais pontos atinentes ao tema.

O procedimento administrativo assume, pela teoria neo-institucionalista, que a relação Estado-cidadão ocorra pelo compartilhamento dialógico-processual (LEAL, 2008, p. 86), para afastar o autoritarismo das decisões unilaterais advindas do Estado.

O Estado, na perspectiva da teoria neo-institucionalista, é apenas mais uma co-instituição, que juntamente com outros institutos, permite através do “devido processo” o surgimento do Estado Democrático de Direito, nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 29)².

Sendo assim, o Estado é destituído da sua condição de mito da integração social (LEAL, 2010, p. 21), não sendo compreensível a aceitação passiva do povo como ouvinte solitário, sem que haja oportunidade de incessante fiscalidade pelo devido processo.

Situar o Estado apenas como mais um partícipe da construção democrática, impõe que após o reconhecimento do novo paradigma pelo devido processo, todos envolvidos, seja a Sociedade, a Administração Pública, o Ministério Público ou qualquer outro, sejam legitimados para manifestar sobre as decisões que os afetem.

A aplicação da legalidade pelo Estado, em observância ao art. 37 da CR, não se realiza em ato secreto ou exclusivo por agentes públicos, mas, obrigatoriamente, exige a participação dos destinatários como autores dos seus destinos (legitimidade), conferindo assim a importância ao procedimento administrativo (e não processo administrativo).

A legalidade e a legitimidade serão temas tratados em tópicos específicos no decorrer do trabalho, até porque exigem melhor esclarecimento, todavia, oportuna a citação para conferir a noção de procedimento administrativo.

Portanto, a escolha da teoria neo-institucionalista possibilita que o procedimento administrativo seja moldado pelos princípios institutivos do processo, quais sejam, contraditório, ampla defesa e isonomia, que permitem a efetivação e a reconstrução da

² Para Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 29): “[...] o paradigma do Estado Democrático de Direito, na teoria processual da constitucionalidade brasileira, é o DEVIDO PROCESSO, no sentido que o discurso constitucional se desenvolve e se legitima pelas co-instituições (estado, procedimentos, povo, propriedade, mercado, ministério público, governo, funções administrativa, legislativa e judiciária) por ele criadas nos planos instituintes e constituintes (dever normativo processual) dos direitos constituídos.”

cidadania por todos, não sendo a decisão advinda do Estado, julgador solipsista, mas compartilhada pelas partes (LEAL, 2002, p. 136).

2.2 O princípio da legalidade na Administração Pública e sua aplicação

A Constituição da República, em seu art. 37 determina a observância, pela Administração Pública³ em geral, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Para o deslinde do tema em debate, vale a análise do princípio da legalidade, sempre mencionado e destacado pelos doutrinadores do Direito Administrativo, nem sempre, no entanto, com o devido enfrentamento do tema.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 92), o princípio da legalidade é o “princípio basilar do regime jurídico administrativo, que consagra a idéia que a Administração Pública só poder ser exercida em conformidade da lei”.

A vinculação do Estado Democrático à legalidade (como não poderia deixar de ser) é ponto comum, seja na perspectiva conservadora e arcaica do Direito Administrativo, seja na teoria por ora defendida.

Entretanto, a questão de obediência à legalidade merece melhor análise, pois quando Carlos Maximiliano (1995) influencia a doutrina administrativista pela teoria do direito, verifica-se a falta de esclarecimento sobre a técnica hermenêutica, veja:

[...] a aplicação do direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano. (MAXIMILIANO, 1995, p. 6)

É notório nos doutrinadores estudados do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 67) e José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 21), que ao elegerem a legalidade como o fio condutor da ação da Administração Pública, omitem a teorização da aplicação da lei, pois não basta pressupor a legalidade, mas exige-se que sua aplicabilidade seja esclarecida.

³ Como previsto no Texto Constitucional em seu art. 37, utilizaremos a expressão Administração Pública para designação do Estado.

Assim, compreender que a observância à legalidade é mero jogo de premissas, é desconsiderar toda a complexidade em torno da interpretação da lei e, neste sentido, fica indissociável a vinculação dos doutrinadores citados ao marco (obsoleto) do Positivismo.

A dogmática que prevalece no Direito Administrativo compreende que a Administração Pública deve cumprir a vontade da lei, ou seja, é o intérprete em juízo solitário e subjetivista que adaptará o fato ao pressuposto legal.

Contudo, sistematizar a interpretação do direito pelo intérprete é remeter o Direito ao Positivismo de Kelsen (1999, p. 249). Revela-se a oportuna a citação para compreensão, senão veja-se:

[...] na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

Como amplamente divulgado, o positivismo de Kelsen trouxe avanços teóricos para a ciência jurídica ao desenvolver uma teoria pura do direito que se afasta da concepção jusnaturalista e buscou compreender que a ciência jurídica está assentada em sistemas normativos positivados e hierarquizados (LARENZ, 1997, p. 104).

No entanto, a frustrada tentativa de justificar a norma superior como norma fundamental lógico-transcendental, para que toda interpretação e criação do direito seja adequada à norma hierarquicamente superior, dentro de uma moldura limitadora de interpretações, conduziu o próprio Kelsen a reconhecer que a decisão é ato de vontade (LARENZ, 1997, p. 107), o que deflagra a ruptura da teoria pura do direito.

Portanto, a teoria vigente no Direito Administrativo sobre legalidade, adere tacitamente ao Positivismo de Kelsen, gera um paradoxo, pois ao tempo que se crê que o Estado está subordinado à lei, tal compreensão é devastada pela revelação de que a lei é ato de vontade e, com efeito, toda a evolução em torno da criação do Direito Administrativo para controle do Estado é colocada em xeque.

Como assevera Maria Tereza Fonseca Dias (2003, p. 139), o surgimento do Direito Administrativo foi mecanismo “assecuratório do não retorno ao Estado Absolutista”, portanto, a índole do Direito Administrativo, é evitar atos de tirania pelo indiscriminado do poder.

Todavia, a legalidade estampada na doutrina administrativista atualmente, apresenta base teórica precária, com evidente sujeição aos atos de vontade da própria Administração Pública, o que coloca em risco iminente o retrocesso ao paradigma absolutista.

A pretensa legalidade positivista apenas agrava a cisão preexistente entre o público e o privado que, desde o surgimento do Direito Administrativo no século XVIII, na França, confere ao Estado, mais especificamente ao Poder Executivo, o fardo de representante do interesse público e este, por sua vez, nos dizeres de Érico Andrade (2010, p. 158), “repele o contato com o direito privado”, pois, afinal, o Estado e a sociedade apresentam interesses diversos.

O conflito entre público e privado que permeia o Direito Administrativo do seu surgimento até as doutrinas contemporâneas, opera a total exclusão do privado (diga-se os cidadãos), diante do discurso retórico do Estado que age baseado no interesse público, como aponta Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 133):

[...] a lei escrita para o positivismo por se formular pelo princípio retórico da legalidade, nos Estado Liberal e social de direito, abre uma esfera pública (vazio) no próprio âmago estrutural da lei onde se aloja a autoridade para, em nome do Estado-juiz, dirigir o privado por interesses públicos de sua livre escolha e transitada convicção.

Portanto, a revisão da legalidade positivista passa pela verificação da ausência de fundamentos que a sustenta, como defendido no Direito Administrativo atual, que mesmo após todas as críticas tecidas por teóricos da ciência do direito, ainda continuam a defender, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 886).

Defende o citado autor que a lei escrita pode ter conceitos claros, com regulação de todas as situações que envolvam o Estado. Entretanto, tal medida não ocorre, pois incorreria no “engessamento do administrador” (2004, p. 887).

Contudo, a complexidade de aplicação das leis, não está na sua clareza de conceitos ou não, pois há muito a teoria do direito identificou a impossibilidade de extrair conceitos determinados da lei, a teor da crítica desenvolvida por Karl Larenz (1997, p. 25). Por conseguinte, o imbróglio da interpretação do direito não está no “engessamento do administrador”, mas sim num modelo de interpretação que sobreponha a ligação subjetivista que polui essa legalidade positivista, revelada por “ato de vontade”.

Não basta aos doutrinadores do Direito Administrativo repetirem indiscriminadamente o mantra que diz que “a Administração não pode fazer senão aquilo que a lei determina” (MELLO, 2005, p. 95).

A questão não é meramente formal, em que “tenho a lei e aplica-se a lei”, mas o ponto crucial é compreender que qualquer interpretação da lei, através de um “ato de vontade”, se torna inalcançável e incontrolável pela subjetividade do intérprete.

Nem mesmo técnicas disponibilizadas ao intérprete são suficientes para concretizar a segurança jurídica, inclusive sendo dispensável o crédito dado às ferramentas hermenêuticas para solução de antinomias (REALE, 2004, p. 277), pois como esclarece Leal (2002, p. 43) são técnicas utilizadas como “substitutos de lei”.

No estágio atual da ciência jurídica, a aplicação da lei pelo intérprete solitário, que se impõe pela legitimidade do decisor, seja no processo jurisdicional ou administrativo, não é capaz de gerar segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Pelo contrário, ao eleger a vontade do decisor como norte para interpretação da lei, expõe a sociedade a riscos maléficos, como afirma Ingeborg Maus, com severa crítica à ciência jurídica (positivista-decisor) utilizada para consolidar o nazismo no Estado Alemão, em meados da década de 30. Para a autora:

Dessa forma, o juiz torna-se juiz da própria lei, que, em seu aspecto real, é desmascarada como produto e instrumento técnico de um acordo de interesses, e sumo sacerdote de uma nova sacralidade do direito suprapositivo não escrito. Nessa qualidade, está encarregado da função central da síntese da heterogeneidade social. (MAUS, 2010, p. 31)

E exatamente nessa concepção de interpretação da legalidade com observância à moldura interpretativa aplicada pelo Julgador, ou nos dizeres de Kelsen (1999, p. 249) “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”, estabelece definitivamente que qualquer decisão jurisdicional ou administrativa na aplicação da legalidade está sob o controle subjetivo do decisor.

Portanto, há a frustração do princípio da democracia, pois toda decisão é assentada ao ato solipsista do julgador, e quando assim o faz, para eleição de níveis subjetivistas, a ciência jurídica fica esvaziada, a ponto de alcançar imprestáveis critérios interpretativos em nível personalista (LEAL, 2002, p. 45), como justiça e pacificação social, que segundo Miguel Reale (2002, p. 700) “são os valores que concebem o direito”.

Nessa linha, é patente o reconhecimento pela dogmática que a legalidade é pressuposta por valores advindos da vontade do intérprete, o que veda aos cidadãos a participação na tomada de quaisquer decisões, principalmente quando estas são elaboradas (e reclusas) pela própria Administração Pública.

Ou seja, perquirir a legalidade conduz para um afastamento da incerteza que gira na órbita do decisor, como aponta Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 138):

A dificuldade que, neste passo, enfrenta a dogmática jurídica, que é a expressão sistêmica do positivismo, consiste na aplicação da lei de modo a permitir a

prometida previsibilidade das decisões aos destinatários normativos. É que, na dogmática jurídica, em não se delineando previamente a teoria da produção e da operacionalização da lei, as relações signicas, no plano sintagmático e associativo, ficam entregues à consciência do decisor, criando uma sobrecarga de instabilidade psíquica e social para todos no que se refere à fiabilidade do direito, uma vez que os campos seletivo-associativos (paradigmas e sintagmas) dos signos jurídicos adquirem uma viscosidade (evanescência) semiológica devastadora a extrapolarem escritas e fatos (situações) para se estabilizarem (paradigmatizarem) nos valores cristalizados de uma sociedade hipotética [...].

A lei, na teoria neo-institucionalista, não apresenta significados pressupostos e imperativos em si mesma, mas é realizada pela operacionalização intersubjetiva entre as partes pelo processo, o que sobrepõe a dogmática positivista, centrada na figura do julgador, tomada de subjetividade e exclusão das partes envolvidas.

Reconhecer a lei como marco no Estado de Direito não concebe automaticamente a recepção pressuposta, estanque e autossuficiente da legalidade, pois tal princípio no direito desprocessualizado encerra o seu próprio caráter intrinsecamente retórico (LEAL, 2010, p. 122). Logo, a compreensão adotada é da legalidade compartilhada pelo processo.

A legalidade só é possível através da estrutura processualizada, que permite a exteriorização da interpretação da lei pelas partes, que discursivamente expõem seus argumentos, no espaço reconhecido do processo como instituição constitucionalizada, com lapidado esclarecimento de Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 144), fundamentado na teoria de Popper:

Com Popper, almeja-se uma imperatividade não imunizável da normatividade jurídica como fundamento dialógico permanente do status democrático, tendo em vista que as decisões decorrentes desse ordenamento jurídico só seriam válidas se legitimáveis pelo processo de problematização em que se abrisse um acesso interminável à crítica. Em direito, essa proposição assume a denominação de devido processo constitucional como instituição problematizante e autoproblematizável, no plano jurídico-estatal-discursivo, de abertura a todos de testificação incessante das certezas postas na lei.

Assim, a vinculação entre princípio da legalidade e Estado ocorrerá exclusivamente pelo processo, pois este institucionalizado no Texto Constitucional, permite a participação das partes, em um sistema auto-inclusivo de interpretação, com superação das intempéries subjetivas do decisor, no caso o Estado-Administrador-Juiz.

A manifestação compartilhada da legalidade pelo Estado só ocorrerá pelo processo, pois este, constituído pelo contraditório, ampla defesa e isonomia, permite que interferências metajurídicas sejam eliminadas e, conseqüentemente, com sensível diminuição (ou eliminação) de arbitrariedade e valorização da consensualidade para a construção das decisões.

É necessário o reconhecimento de que, seja na função jurisdicional ou na função administrativa, a aplicação da legalidade seja semelhante, logo, são inconcebíveis teorias diversas para assentar a aplicação da lei pelo intérprete.

O Direito Administrativo insiste em tomar o caminho da sua teorização excludente do cidadão, voltada para homologação dos seus próprios atos, todavia, em bases não problematizáveis, que estrategicamente buscam justificar a própria autoridade da Administração Pública sem considerar o que vem a ser democracia.

É emblemática a classificação dos atos administrativos como atos vinculados e atos discricionários, pois os doutrinadores utilizam dessa classificação com a confiança em que, ou o texto legal traz pleno esclarecimento ou será necessária a participação da autoridade julgadora, municiada pelo interesse público, para alcançar a aplicação da lei, como enaltece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 206).

Ou seja, a distinção do ato administrativo entre vinculado ou discricionário, considera que, se o texto normativo não for suficiente para extrair seu conteúdo normativo, deverá o administrador aplicar a lei para preencher sua indeterminação com seu subjetivismo de equidade, justiça, conveniência ou oportunidade (DI PIETRO, 2002, p. 210).

Para a doutrina brasileira em geral⁴, o ato administrativo divide-se entre atos vinculados e discricionários, sendo que naqueles o conteúdo normativo é tamanho que não há liberdade para atuação do agente público, ao passo que nos atos discricionários, há liberdade para o agente público interpretar e construir o ato administrativo.

Para demonstrar a falta de embasamento teórico dos atos administrativos vinculados e discricionários, basta verificar o surgimento do ato discricionário.

2.2.1 Crítica aos atos administrativos classificados como vinculados e discricionários

⁴ José Cretella Júnior (2002, p. 174) define o poder discricionário como: "aquele que permite que o agente se oriente livremente com base no binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente o terreno demarcado pela legalidade."

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 414) assim dispõe sobre a discricionariedade: "[...] não é um poder atribuído em abstrato, mas um modo de disciplinar juridicamente a atividade administrativa." O autor define a discricionariedade como "a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. Em resumo, é a liberdade circunscrita pela lei."

Já Marçal Justen Filho (2006, p. 161) define a discricionariedade como um "dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto", e arremata o autor: "é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao poder público".

Sobre o surgimento do ato discricionário na Alemanha do final do Século XIX, Andréas Krell (2004, p. 2) elabora importante relato histórico, para demonstrar que, no primeiro momento, a discricionariedade tinha recepção odiosa para aqueles que aguardavam que a Administração Pública fosse plenamente controlada pela lei. Entretanto, com o desenvolvimento da sociedade e necessária adaptação do Estado, como resposta aos vários questionamentos, a discricionariedade passou a ser ferramenta relevante.

Ainda aponta Andréas Krell (2004, p. 3) que a própria evolução da técnica legislativa apontava para a necessária discricionariedade da atuação estatal diante dos conceitos jurídicos indeterminados, tal qual já prevalecia no Direito privado através da atuação dos juízes.

Portanto, a noção de discricionariedade já rondava a Administração Pública anteriormente no ano de 1886, como afirma Antônio Francisco de Sousa (1994, p. 34), que busca em Edmund Bernatzik a crítica à doutrina tradicional alemã, que até então acolhia a discricionariedade como a inexistência de vinculação às disposições legais.

No fim do século XIX, os doutrinadores estavam aflitos com a tal liberdade manipulada pelo ato discricionário que, sob a regência do Poder Executivo (designado pela tripartição de poderes) era o aplicador da legalidade, principalmente nos chamados conceitos indeterminados, em que a lei não trazia o esclarecimento normativo suficiente.

E tentaram com destaque para as teorias desenvolvidas por Bernatzik e Tezner, que se contrapunham através das respectivas teorias da multivalência e da univocidade (SOUSA, 1994, p. 36)⁵, sustentar uma discricionariedade no bojo do direito⁶.

Neste passo, há que se contextualizar que a teorização dos atos administrativos discricionários na Alemanha, no final do Século XIX, está sob a influência da teoria do direito prevalecente à época, na necessidade de formulação de conceitos determinados, como foi a tentativa de Puchta (LARENZ, 1997, p. 23) como colaborador da Jurisprudência dos Conceitos.

Como aponta Larenz (1997, p. 23) a Jurisprudência dos Conceitos insistia no esclarecimento de um sistema lógico no estilo de uma pirâmide de conceitos que permitia tanto no sentido ascendente como no descendente, extrair a origem de cada conceito.

⁵ Sobre a divergência existente entre Bernatzik e Tezner tece Antônio Francisco de Sousa: "Este conflito doutrinário entre BERNATZIK E TEZNER constituiu o ponto de partida para o conflito doutrinário em que ainda hoje nos encontramos envolvidos e que conhece duas grandes correntes: a teoria da multivalência, com as suas raízes em BERNATZIK e a teoria da univocidade, com as suas raízes em TEZNER, isto é, respectivamente, a teoria que diz que na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário) e a que ao invés, defende um única solução correcta (poder vinculado)."

⁶ Neste sentido, acerca evolução da discricionariedade no Direito Administrativo alemão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta que a discricionariedade deixa de ser compreendida como um campo externo ao direito. (1991)

Contudo, a Jurisprudência dos Conceitos não alcança explicação sobre o conceito supremo e segundo Puchta tal conceito viria da filosofia do direito, o que conspurca sua compreensão, a teor da crítica desenvolvida por Larenz (1997, 25), que assim arremata que a sustentação de Puchta é o conceito kantiano de liberdade⁷.

E a menção à Jurisprudência dos Conceitos tem o condão de demonstrar o contexto do surgimento da expressão "ato discricionário" que, até idos de 1886, era compreendido pela doutrina tradicional alemã como a livre possibilidade de escolha pela Administração Pública, a teor do apontamento de Antônio Francisco de Sousa (1994, p. 34).

A interseção entre a Jurisprudência dos Conceitos encabeçada por Puchta⁸ e a discricionariedade, até então existente no Direito alemão, fica clara na crítica tecida por Bernatzik (SOUSA, 1994, p.34), vez que defendia a convivência da "*liberdade de escolha*" na aplicação do direito, através da intitulada discricionariedade técnica.

Ou seja, Bernatzik alerta sobre a inconsistência de uma teoria do ato discricionário que exclua a aplicação do direito (SOUSA, 1994, p. 34), o que sob o ponto de vista jurídico é um avanço, muito embora saibamos que a proposta da própria teoria da multivalência também tenha seus percalços.

Defende Bernatzik (SOUSA, 1994, p. 34) que a discricionariedade técnica é um complexo processo interpretativo em cadeia, que embora seja permeada por insegurança diante da impossibilidade de vias de controle da decisão que culmina no ato administrativo, ao menos a teoria tenta situar a discricionariedade dentro do Direito e, principalmente, como obediente à legalidade.

Ou seja, a discricionariedade no direito alemão já ultrapassava os limites da lei para buscar soluções, tal qual Puchta defendia na busca de conceitos supremos, advindos da filosofia do direito.

No entanto, a discricionariedade sequer estava pautada em pretensa racionalidade, como arquitetado na jurisprudência dos conceitos, mas estava assentada em resquícios

⁷ A crítica tecida por Larenz (1997, p.25) é conclusiva acerca da Jurisprudência dos Conceitos: "A genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo. Porém, de onde procede o conteúdo desse conceito supremo? Um conteúdo terá ele de possuir, se é que dele se podem extrair determinados enunciados, e esse conteúdo não deve proceder dos conceitos dele inferidos, sob pena de ser tudo isto um círculo vicioso. Segundo Puchta, esse conteúdo procede da filosofia do Direito, assim consegue um ponto de partida seguro com que construir dedutivamente todo o sistema e inferir novas proposições jurídicas. Mas, se analisarmos mais em concreto, o a priori jusfilosófico do sistema de Puchta, não é senão o conceito kantiano de liberdade".

⁸ Como alerta Larenz acerca da divergência entre a Jurisprudência dos Conceitos e o positivismo (1997, p. 26): "É portanto incorrecto equiparar de modo puro e simples Jurisprudência dos Conceitos e positivismo, como frequentemente se faz. [...] os próprios conceitos postos pelo legislador precisam também de retirar a sua legitimação do conceito de sistema, com o que a Jurisprudência dos conceitos nitidamente se opõe ao positivismo."

autoritários do monarca (leia-se o Estado)⁹, que embora por teorias distintas, alcançam o mesmo fim, que era a utilização de verdades universais e pressupostas, com fundo kantiano, para o atendimento estratégico dos seus interesses.

Dentre vários autores que trataram dos atos administrativos, cabe relevar o trabalho de Edmund Bernatzik, que teve seguidores como Forsthoff, que dando continuidade a teoria da multivalência, assim explanou:

A Administração, diferentemente da Justiça, não deve ser tomada como mera aplicadora do direito. Ela detém uma grande autonomia comparável à autonomia normativa, factor que a caracteriza. É certo que a Administração está, na totalidade, coberta pelo direito, mas, diferentemente do Tribunal, não se encontra exclusivamente dominada pelas normas jurídicas. O funcionário administrativo deve ir buscar a orientação da sua atividade, em parte à lei, em parte à própria experiência e a pontos de vista subjectivos. (SOUSA, 1994, p. 41)

E exatamente a noção acima colocada de ato discricionário, descrita por Bernatzik e aprofundada por Forsthoff, foi a teoria mais aceita nos países do subsistema francês (SOUSA, 1994, p. 41), a qual incluímos o direito brasileiro, pela próxima conceituação utilizada nos manuais de Direito Administrativo até os dias atuais, como no caso descrito por Celso Antônio Bandeira de Melo:

[...] atos discricionários seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. [...] discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade, ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjectivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal. (MELO, 2005, p. 393)

É patente a proximidade do desenvolvimento da teoria dos atos administrativos no direito brasileiro à teoria da multivalência de Bernatzik e Forsthoff, pois insistem os doutrinadores na classificação entre ato vinculado e ato discricionário, a partir da liberdade que detém o intérprete na aplicação da lei.

Como as classificações de ato vinculado e discricionário têm sua origem no final do século de XVIII e prevalecem até os dias atuais, muitos são os paralelos a serem tecidos pelas influências na reiteração dogmática dos atos administrativos, até mesmo ao chamado movimento direito livre.

O movimento do direito livre tem com um dos expoentes o processualista Bülow, como explanado por Larenz:

⁹ KRELL, Andréas Joachim. (2004, p.2)

[...] existe o Direito livre, criado pela decisão jurídica dos cidadãos, pela jurisprudência e pela ciência do Direito. Como todo o Direito, também aquele é um produto da vontade. Reconhecendo isto, a ciência do Direito toma o caminho das ciências do espírito no século XIX e entra na sua fase voluntarística. É a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão. O que num caso nos leva a interpretar extensivamente ou analogicamente e em outro literal ou até restritivamente, não é a lei e a lógica, mas o Direito livre e a vontade. Em qualquer caso, é a vontade, precisamente, o verdadeiro motor. A dedução lógica é uma aparência vazia, estando ao serviço, não da verdade, mas do interesse. (LARENZ, 1997, p.80)

Assim, é inevitável a aproximação entre a construção de ato discricionário, pelos fundamentos teóricos desenvolvidos por Bernatzik e Forsthoff e o movimento do direito livre de Bülow, quando expressamente aponta a vontade como propulsor da aplicação da legalidade estrategicamente construída.

E mais, a aproximação da teoria desenvolvida por Forsthoff também é constatada em leitura à obra de Larenz (1997, p. 80), que ao discorrer sobre o movimento do direito livre, mais especificamente sobre Hermann Isay, cita Forsthoff (em nota de rodapé), como apoiador da atividade criadora dos juízes.

Tal como discorre Antônio Francisco de Sousa (1994, p. 42), ao apontar que Forsthoff estabelece que a Administração Pública não está limitada às normas jurídicas, mas deve buscar "*conceitos de valor advindos da sua experiência ou subjetividade*" para concretização do ato discricionário (base da teoria da multivalência de Bernatzik), há o pleno estreitamento ao movimento do direito livre, pois, sem qualquer aprimoramento jurídico, apenas esquivam das respostas através da sapiência do julgador-administrador, vez que na figura deste, elementos subjetivos permitem uma solução de conflitos.

E o arremate autoritário da discricionariedade é a impossibilidade de interferência do Judiciário no ato administrativo discricionário, como se este fosse não um ato construído pela legalidade, mas sim o pleno exercício da função (tripartição de poderes) como defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 916)¹⁰, que confere plena liberdade para o Administrador produzir a melhor decisão, que sob o véu de promoção do bem comum ou preservação do interesse público, camuflam a arbitrariedade por trás do ato discricionário.

¹⁰ Conclui o autor (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 916) acerca da limitação do Judiciário na apreciação de questões advindas da discricionariedade da Administração Pública: "O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluído e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador é indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior"

A construção doutrinária sobre o mérito do ato discricionário é conferida aos autores italianos, com destaque para Ranelletti, Presutti, Lentini, Orlando Treves e Renato Alessi, como informa pesquisa realizada por Sérgio Guerra (2010, p. 10).

Todavia, no direito brasileiro, a tentativa de fundamentação do ato discricionário, inclusive o mérito do ato discricionário, é consignada ao autor Seabra Fagundes, que assim descreve o mérito do ato discricionário:

O mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. (FAGUNDES, 1967, p. 150)

Ainda em Seabra Fagundes, outro esclarecimento sobre a legalidade ou legitimidade e o merecimento (mérito) do ato administrativo cabe destaque:

Os conceitos de legitimidade e de mérito se repelem. Aquele diz com a aplicação da lei. Se na prática do ato administrativo esta é aplicada com adequação à situação de que nele se cogita, o ato administrativo se diz legal ou legítimo.
[...]

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à fidelidade aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal. (FAGUNDES, 1967, p. 154)

E apenas para arremate, Seabra Fagundes cita a conclusão de Giusepino Treves que afirma que o ato discricionário é “determinado por normas não jurídicas” (1967, p. 154).

Notoriamente, o vício da teoria do ato discricionário como liberdade interpretativa ao agente público ocorre no seu próprio surgimento, pois ao tempo que há a assertiva da necessidade de plena vinculação do Estado à legalidade, ou seja, a configuração do próprio Estado de Direito, posteriormente, é conferida alternativa à rota da legalidade, para que o agente público julgue “o que é mau ou o que é melhor”.

É patente a ausência de mínima sustentação jurídica, pois é injustificável que o Estado, principalmente após o paradigma de Estado Democrático de Direito, produza atos administrativos não atrelados à legalidade, o que em outras palavras concede à alternativa da Administração Pública criar o direito que atende aos seus interesses.

Esse estreitamento teórico demonstra que a divisão entre atos vinculados e atos discricionários visa apenas a permitir a criação de uma técnica¹¹ capaz de justificar a finalidade e resultados a serem alcançados.

A teoria da multivalência desenvolvida por Forsthoff e prevalecente no direito brasileiro atual, apenas auxilia o atuar solipsista da Administração Pública, pois afinal é considerado o ato discricionário a partir de pontos subjetivos do agente público, como a aplicação da experiência própria, o que permite ao Estado ultrapassar os limites das normas jurídicas.

Sendo assim, a construção do ato apenas justifica o ato em si mesmo, o que em outros dizeres, faz com que o dizer administrativo pelo ato, nasça autoimune à própria crítica no Judiciário, nos dizeres de Antônio Francisco de Sousa (1994, p. 37)¹², muito embora, paradoxalmente, a tripartição de poderes teoricamente deveria resguardar pela legalidade a manifestação autoritária do Estado perante a sociedade civil.

A evolução histórica abordada tem enorme importância para a construção crítica de discricionariedade a ser superada pelo procedimento administrativo, pois, como abaixo será apontado, a doutrina brasileira é quase homogênea na conceituação, sendo que as únicas críticas existentes consignam à teoria de Kelsen a base de sustentação da discricionariedade, através da sua moldura balizadora, como apontam Gustavo Binbenojm (2008, p. 199) e Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 61).

Entretanto, ousamos discordar que a teoria kelseniana oportuniza o surgimento do ato discricionário, que como já visto tem seu surgimento em momento histórico anterior, muito embora também saibamos que a fatídica moldura interpretativa de Kelsen também viabiliza o saber solipsista – o que coincide com as teorias antes mencionadas, que carecem de soluções na ciência do direito e buscam um método ocultista¹³, como adverte Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 64).

A teoria do ato discricionário é pretensamente sustentada por harmonia existente entre os poderes, que veda a interferência do Judiciário no mérito administrativo, o que permite ao Poder Executivo, como único legitimado na aplicação da lei, optar pela decisão mais justa e sábia, com o preenchimento das lacunas da lei, afinal o subjetivismo do agente

¹¹ Cf Aroldo Plínio Gonçalves (1984, p. 23). Esclarece o autor sobre a técnica: “A noção geral da técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados de procedimento idôneos e realização de finalidades”.

¹² Conforme expõe Antônio Francisco de Sousa um dos traços fundamentais da evolução da discricionariedade nos países germânicos é a limitação ao controle jurisdicional, pois há uma margem de apreciação a favor da autoridade administrativa. (1994, p. 37)

¹³ Segundo Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 64) atualmente o positivismo é um método ocultista que, abandona o método e “apresenta um jeito legal de fazer os problemas sumirem momentaneamente”.

público permite que experiências pessoais e outras formas de conhecimento adentrem ao Direito.

Neste ensejo, estampados estão os contornos teóricos que contribuíram para alcance da noção tão difundida de ato administrativo vinculado e discricionário, com a grave denúncia que sua base de sustentação ultrapassa os limites da ciência jurídica, o que enfatiza a necessidade de reformulação da concepção da legalidade na Administração Pública, pois certamente o modelo delineado é deficitário.

O modelo apregoado no Direito Administrativo acerca dos atos administrativos, vinculados e discricionários, após os apontamentos acima delineados, reportam a inconsistência teórica acerca da aplicação da legalidade.

Assim, demanda no contexto após a CR, a revisão do Direito Administrativo, pois, categoricamente, o modelo de legalidade pelos atos administrativos, não passa de mera técnica, desprovida de embasamento científico, que apenas homologa a vontade subjetiva do indivíduo, sob a investidura de representante da Administração Pública.

Não há cientificidade jurídica na construção do suposto homem racional, que tenta conscientemente operacionalizar o direito e encontrar respostas seguras. Nesta linha, a tentativa da teoria que envolve o ato discricionário apenas propugna que a liberdade do agente público decisor não é apreciável, o que revela apenas uma técnica para alcançar resultados.

Como acima já alertado, a teoria da multivalência que polui o Direito Administrativo brasileiro e, este por sua vez, ao aprofundar-se nas águas abissais e incompreensíveis do mérito do ato discricionário, para eleger a possibilidade dos atos administrativos serem gerados por influência não jurídica, apenas revelam a ausência científica desta teoria, que fixa seus pilares no voluntarismo da escola do direito livre, tal qual a já citada denúncia feita por Larenz (1997, p.80), que reiteramos: "É a vontade de chegar a uma decisão já antecipadamente conhecida que preside à escolha dos lugares da lei que permitem fundamentar essa decisão."

A aproximação entre a técnica do ato discricionário e a escola do direito livre coincide com a primorosa denúncia científica desenvolvida por André Cordeiro Leal sobre a questão do lapso entre a técnica e a ciência à suposta ciência processual desenvolvida por Bülow. Para o Autor:

Como a concepção bulowiana de processo dá notícia de que o autor criara uma "Ciência" que se destinava à instrumentalização da atividade dos juizes e não à assecuração de legitimidade da decisão fora do Estado Social, a "Ciência" bulowiana do processo acaba se transformando num elemento inútil. O que se tem, por conseqüência, em síntese é que o processo do qual tratam os autores que seguiram

a Bulow representa o resultado de uma abordagem apenas técnico-legitimadora da violência estatal que suscita a angústia dos que tentaram se livrar do decisinismo judicial. Daí afirmamos que Bulow, não pode ser considerado, como muitos ainda insistem em fazer, o fundador da ciência processual atual, mas o inaugurador de um vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz [...]. (LEAL, 2008, p.65)

Como já salientado, Bülow, precursor da escola do direito livre, volta sua técnica e não ciência, para a figura do decisor, o que encobre a discussão científica, vez que a sabedoria do Juiz, ou seja, sua subjetividade, é incontrolável.

Por conseguinte, a técnica de Bülow apoiada na figura do decisor, conforme André Cordeiro Leal (2008, p. 134), a pretexto de permitir operacionalidade, apenas viabiliza uma criação (decisão solitária) auto-imunizante da indagação sobre a legitimidade democrática.

E a teoria do ato discricionário existente no direito brasileiro é identificada plenamente com a tese-denúncia de André Cordeiro Leal, pois se discute um ato administrativo discricionário que extrapola os limites da ciência jurídica e, através do mérito administrativo, efetua a conexão metajurídica ao liame da decisão política¹⁴ do Poder Executivo.

Exatamente neste ponto emerge o argumento dos defensores da discricionariedade. Ao repelirem a (re)apreciação do ato discricionário pelo processo judicial, sob a pretensa garantia da separação dos poderes, vez que o núcleo intocável (mérito do ato administrativo), que é construído pela vontade política (e não jurídica) e, logo, como esta é a função do Poder Executivo (emitir vontade política), não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.

Entretanto, não percebem os defensores da discricionariedade nos atos administrativos que é criado um raciocínio incoerente, com evidente viés tecnicista, na perseguição de resultados, pois o Estado que até então deveria ser regido pela legalidade, dispensa a operação legal e recorre ao direito livre para criar seu próprio entendimento, imune à apreciação pelo Judiciário.

E falham reiteradamente seus defensores¹⁵ ao afirmarem que a discricionariedade deve obedecer aos limites da Lei, pois estes limites são elasticados até o ponto de alcance da vontade do Estado ou mesmo do próprio Judiciário, ficando a discussão científico-jurídica dissipada pelo voluntarismo.

A crítica tecida também afasta o argumento da necessidade de discricionariedade para adequar aos casos concretos, como defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello

¹⁴ Seabra Fagundes (1967, p. 162) faz menção ao ato administrativo político

¹⁵ Seabra Fagundes (1967, p. 165): "Os atos administrativos exclusivamente políticos, escapando à apreciação jurisdicional, não ficam, por isso, fora da ordem jurídica."

(2004, p. 886)¹⁶, pois se a solução fosse a plena vinculação de todos os atos (vinculados) à lei, num suposto engessamento do agente público, também não haveria a pretensa certeza jurídica, vez que embora o conteúdo normativo seja amplamente esclarecedor, os corredores da interpretação subjetiva (filosofia da consciência) formam um labirinto inescapável.

Por mais esclarecedor que seja o texto normativo, a construção de um ato vinculado não o justifica por si só, vez que na operacionalização do direito, quando da realização interpretativa, como já esclarecido pela evolução histórica na teoria do direito, os conceitos de cada palavra não podem ser exatamente subsumidos, embora Windscheid no seu positivismo legal racionalista o tenha tentado, como expõe Larenz (1997, p. 35).

Assim, também os atos vinculados são passíveis de crítica externa pela operacionalização da lei, pois, se assim não fosse, recairia na armadilha do positivismo, que compreende que a exposição do conteúdo da norma seja suficientemente capaz de alcançar um patamar de segurança jurídica.

Existem críticas acerca da discricionariedade no ato administrativo. Contudo, são supostas inovações que acabam por repetir a deficiência científica para controle do agente público no exercício dos critérios de conveniência e oportunidade, mas, principalmente, continuam vinculados ao julgamento solipsista do agente público, ponto este comprometedor sob o ponto de vista científico.

Sobre o desenvolvimento na teorização do ato discricionário, Sérgio Guerra (2010) desenvolve importante art. para concluir a necessidade de adaptação à pós-modernidade através da reflexividade administrativa, com a proposta de uma abertura consensual participativa e, conseqüentemente, diminuição da unilateralidade na geração do ato administrativo.

Outra crítica relevante é tecida por Odete Medauar (2008, p.70) e Érico Andrade (2010, p.183) que propõem a substituição do ato administrativo pelo procedimento administrativo, como forma de controle e consensualidade na aplicação do Direito Administrativo.

¹⁶ Defende Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 886) a utilização da discricionariedade, pois: "Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou. Deveras, a regra de Direito, como é óbvio, pretende sempre e sempre a medida capaz de atender excelentemente ao interesse público. Ora, dadas a multiplicidade e variedade de situações fáticas passíveis de ocorrerem - as quais serão distintas entre si pelas circunstâncias que as envolvem e pela colaboração que tenham -, é preciso que o agente possa, em consideração à fisionomia própria de cada qual, proceder à eleição da medida idônea para atingir de modo perfeito o objetivo da regra aplicanda. Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes."

Ainda com relevância para o desfecho da apresentação do ato discricionário no direito brasileiro, vale a citação da obra de Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p.136), que propõe uma melhor estruturação do ato administrativo pela ampla motivação dos atos, ou seja, também caminha o autor para a aderência ao procedimento administrativo.

Entretanto, embora estas críticas sejam importantes para a remodelação da teoria do ato administrativo, como também é importante ressaltar que estas teorias avançam com novos trabalhos, como na obra *Atuais Rumos do Processo Administrativo*, co-organizada por Vítor Rhein Schirato e Odete Medauar, ainda há deficiência acerca da legitimidade democrática.

Propõe Vítor Rhein Schirato (2010, 31) o afastamento da perspectiva tradicional do mérito administrativo, eis que não é possível seu acolhimento como uma parcela insindicável. Entretanto, a teoria ofertada para possibilitar a ampla incidência da legalidade, é viabilizada pois:

[...] trazendo-se o ato final ao contexto do processo, no qual restaram apresentados os interesses subjacentes e os argumentos de todas as partes interessadas, tem-se consideravelmente ampliado o campo de apreciação da juridicidade do ato final com o ordenamento, visto que será possível claramente aferir a razoabilidade, a proporcionalidade e a compatibilidade da finalidade do ato exarado com a situação fática que levou a sua edição.

Evidentemente, o salto do ato para o procedimento administrativo, como acima já aventado, é relevante para remodelação da discricionariedade, entretanto, caso o procedimento esteja assentado na teoria arcaica de Bülow, não há modificação do modelo tecnicista de resultados, com inevitável esvaziamento científico.

Conceder ao julgador ferramentas como razoabilidade, proporcionalidade e observância à finalidade, não possibilita a construção da legitimidade democrática, vez que há apenas a manutenção da perspectiva da decisão solipsista, que é comprometida pela subjetividade do julgador.

Prover a teoria do ato administrativo pelo procedimento demanda uma teoria processual não apoiada na figura do decisor, pois se assim continuasse, a figura do julgador isolado então representado pelo agente público continuaria a mesma, com a distinção que no momento anterior havia a discricionariedade pela divisão de atos administrativos entre vinculados ou discricionários; e já no momento posterior, com a adoção do procedimento, o agente público assemelharia à figura do Juiz, o que também comprometeria a teoria, diante da impossibilidade de controle e verificação do pensamento do julgador.

Diante desta encruzilhada, busca-se a aplicação nos atos administrativos de uma teoria processual, no caso a exposta teoria neo-institucionalista, que possibilite participação dos interessados, com ampla fiscalidade e controle, para alcance da legitimidade democrática.

2.3 A questão da legitimidade democrática e o procedimento administrativo

A teoria neo-institucionalista desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal busca pelo processo como instituição constitucionalizada, formado por garantias como do contraditório, da ampla defesa e fundamentação das decisões, permite efetiva participação dos interessados na construção de todas decisões.

A teoria processual em pauta propõe que, as partes não sejam subordinadas ao saber solipsista do julgador, vez que estas em contraditório constroem a argumentação para influenciar e erigir a decisão final.

Portanto, os partícipes do processo ao construirem a decisão final, afastam a remansosa concepção que o juiz detém a sabedoria divina e passam a ter amplo acesso aos argumentos que sustentam a decisão.

A teoria proposta não se rende ao pressuposto da imparcialidade do decididor na perspectiva tradicional do Estado Liberal, não sendo concedida à Administração Pública o centro gravitacional da decisão como se realizada pelo juiz onipotente. Como expõe Carlos Eduardo A. Carvalho (2007, p.118) sobre a institucionalização do processo e a impessoalidade das decisões:

O processo se estabelece pela conexão teórica com a cidadania (soberania popular), constitucionalmente assegurada, que torna o princípio da reserva legal do processo nas democracias ativas, o eixo primordial da fundamentação e da previsibilidade das decisões.

A institucionalização constitucional do processo acarreta a impessoalização das decisões, porque estas se esvaziam de opressividade potestativa que é a impositividade do poder cogente da atividade estatal.

[...]

Esta teoria não se sustenta pela convicção única de seu teorizador, pois, na modernidade, o cometimento teórico de um discurso não mais se sustenta pela autoridade de seu autor, ou seja, não há mais espaço no campo teórico-político-jurídico para a legitimidade carismática, descrita por Max Weber.

Na esteira do processo constitucionalizado, a legitimidade é fonte renovável e interminável, desde que as partes participem em contraditório na construção da decisão, sendo completamente dispensável qualquer intervenção do Juiz com seus poderes mediúnicos ou transcendentais.

Como bem esclarece Marcelo Cattoni (2002, p. 117):

Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente aqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional.

Portanto, o debate pelas partes em contraditório estipula os limites da decisão a ser proferida pelo julgador, e este se situa apenas como mais uma parte processual, sem espaço para inserção de argumentos não debatidos pelas partes. Tem, entretanto, o dever constitucional de assegurar o desenvolvimento correto e pleno do princípio do contraditório, nos dizeres de Aroldo Plínio Gonçalves (2001, p.125)

A certeza que as partes em contraditório é que fomentarão a decisão a ser alcançada “[...]produz o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória”, nos dizeres de André Cordeiro Leal (2002, p. 105). Por conseguinte, a perspectiva gerada faz alcançar não uma imposição do julgador, mas uma decisão consensualmente trabalhada.

Evidentemente, na conclusão do debate processual haverá vencedor ou vencido, entretanto, espera-se que, tendo as partes, a certeza que seus argumentos foram debatidos, abona-se a concepção que os mesmos são autores e destinatários de todas as decisões no ambiente democrático a ser desenvolvido, assim, podemos conceber a legitimidade democrática.

Logo, a partir do processo constitucionalizado é permitido atingir um status democrático, pois pela via da intersubjetividade juridicamente processualizada (LEAL, 2002, p. 102), há a exteriorização dos argumentos pelas partes e, conseqüente, oportunidade para através da crítica, alcançar a decisão legitimamente aceitável.

No Estado Democrático de Direito é imprescindível perquirir acerca da legitimidade democrática, sendo impossível sustentar uma teoria na ciência jurídica que camufla a violência da aplicação do direito, por trás de um saber solipsista e arbitrário, imposto pela condição de autoridade do julgador.

Antecipadamente à teorização do ato administrativo é preciso situar a figura do Estado no paradigma democrático de direito, pois a partir da teoria neo-institucionalista do

processo é permitida sua construção, com ampla participação e fiscalidade de todos os destinatários, como define Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 29):

O “DEVIDO PROCESSO”, como paradigma meta-linguístico a ser constitucionalmente adotado para nomear o Estado Democrático de Direito, tem sua compreensão na virada linguística popperiana que impõe uma fiscalidade incessante (crítico-discursiva), por uma linha de problematização constante e aberta processualmente a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade escolhida a reger o advir de uma sociedade que, assim delineada e construtível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique democrática.

Por conseguinte, afasta-se a percepção mítica do Estado, como representante dos diversos interesses da sociedade, diante das grandes frustrações individuais e coletivas, como denuncia Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 25), que em afirmação contundente arremata: “*A integração social pelo Estado é uma alucinação histórica a ser erradicada*”.

O paradigma do Estado Democrático de Direito não encontra em si mesmo a sustentação para democracia, como pretendem estudiosos e juristas por meio de investigações interpretativas, como assevera Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 28).

Sendo assim, a noção que o paradigma do Estado Democrático de Direito está em construção, acarreta a certeza que tão somente através da possibilidade de participação de todos os membros da sociedade como legitimados, em similar oportunidade ao Estado, para a geração das decisões, que será alcançada a legitimidade democrática.

Neste sentido, propugna-se pela completa desconstrução dos atos administrativos, que apoiados na formação pelos elementos (competência, forma, motivo, objeto e finalidade), são todos absorvidos pelo procedimento administrativo.

Outrossim, a construção do Estado Democrático de Direito provoca a necessária investigação de expressões que povoam a dogmática no Direito Administrativo, que insistem em afirmar a superioridade da Administração Pública (princípio da supremacia do interesse público) e, posteriormente, utiliza-se deste pressuposto como uma verdade imanente (direito natural), a justificar desde a construção (elementos dos atos administrativos¹⁷) até as características¹⁸ dos atos administrativos.

¹⁷ José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 115) ensina que são elementos do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

¹⁸ José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 132) defende que são características dos atos administrativos: imperatividade, presunção de legitimidade e autoexecutoriedade.

Os elementos e características dos atos administrativos são conformados à supremacia do interesse público, pois se revestem de pré-compreensões¹⁹, que são veladamente direcionadas ao atendimento do interesse do próprio Estado²⁰, sem qualquer espaço procedimental para participação dos interessados.

A proposta de nova teorização dos atos administrativos pela teoria neo-institucionalista, altera a concepção tradicional do procedimento desenvolvido por Bülow, pois nesta teoria o saber decisor é expurgado pela decisão compartilhada entre todos os interessados, que sob a regência dos princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação das decisões, permitem vislumbrar a já esclarecida legitimidade democrática.

Em outros dizeres, podemos afirmar que as partes debatem para gerar a aceitabilidade na solução do litígio, o que inverte a noção na dogmática administrativista²¹, em que a Administração Pública, no exercício da função julgadora é a detentora isolada do conhecimento, através de ferramentas hermenêuticas não tangenciáveis pela crítica, como se os demais partícipes (cidadãos) fossem meros expectadores.

Nesta linha, a Administração Pública no papel de julgador não detém o agir solipsista, tampouco há expectativa na fatídica imparcialidade²² que velaria a isenção e repeliria a condição desta mesma como parte interessada e julgadora do processo.

Com a compreensão da teoria processual a incidir sobre o procedimento administrativo, há a demarcação do papel do decisor, que se limita ao debate em

¹⁹ As pré-compreensões que cercam os atos administrativos são inúmeras, entretanto, no chamado elemento do ato administrativo "finalidade", é estampada o viés estratégico para possibilitar que o ato nasça autoritadamente e, com efeito, reste justificado em si mesmo, sem oportunidade para qualquer questionamento, como defende Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 375): "Finalidade (pressuposto teleológico). Finalidade é a o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados". Portanto, para alcance da finalidade do ato, a lei aplicada deve coincidir com a verdade advinda do horizonte hermenêutico indecifrável (senso comum?).

²⁰ Tal direcionamento aos interesses do Estado, estão inseridos estrategicamente nas expressões utilizadas, para justificar que este mesmo Estado é único capaz de racionalmente "deduzir" ou "interpretar" a finalidade embutida na lei, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 57): "A lei, ao habilitar uma dada conduta, o faz em vista de um certo bem jurídico, de um dado interesse, cujo suprimento é reputado útil. [...] Toda outorga de competência preordena-se à busca de um certo escopo, ao atendimento de um dada finalidade. [...] O fim, e não a vontade – disse Cime Lima – domina todas as formas de administração. Preside, destarte, ao desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo não o arbítrio que se funda na força – mas a necessidade que decorre da racional persecução de um fim."

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 75) propõe a utilização da razoabilidade e proporcionalidade pelo aplicador da lei, no caso o administrador público, para controle da discricionariedade, pois: "[...] a discricionariedade representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuriente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade".

²² A imparcialidade da Administração-Juiz almejada por autores renomados como Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2007, p. 137), como "condição de capacidade subjetiva, a inexistência de fatores que, direta ou indiretamente, sejam suscetíveis de prejudicar a total isenção que há de marcar sua atuação, em face dos direitos e interesses contrapostos (ainda quando entre tais direitos e interesses figurem aqueles de que titular a própria Administração)."

contraditório²³, não sendo exigida “ginástica mental do decididor para descobrir a melhor decisão através de metodologias complexas”, como conclui Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 82).

Aliás, exatamente nas desventuras de teorias do Direito, apoiadas na figura indecifrável do decididor, que se enseja a revisão do procedimento administrativo pela teoria neo-institucionalista, pois não é aceitável que a ciência do Direito acolha passivamente obscurantismos, como os que povoam o procedimento administrativo²⁴.

Critérios metajurídicos como conveniência e oportunidade ou mesmo equidade²⁵, são esvaziados na teoria processual a ser adotada, vez que a construção democrática demanda o reconhecimento da legitimidade e, definitivamente, esta não se encontra no julgador solitário que impõe a decisão mais justa apoiada no seu intelecto superior.

Por conseguinte, cabe enfatizar a inviabilidade do acolhimento da teoria da multivalência dos atos administrativos discricionários, que obstam qualquer compreensão e participação dos seus destinatários na conclusão do ato, até mesmo numa possível discussão judicial, como se o paradigma Absolutista ainda vigesse a ciência jurídica.

O mérito do ato administrativo desenvolvido no direito italiano e amplamente defendido pela maioria dos doutrinadores brasileiros é uma técnica dissimuladora, que pautada em critérios metajurídicos (conveniência e oportunidade) e falseada por expressões vazias e maléficas, como mais “justa”, “razoável” ou “proporcional”, vedam seu debate, a fim de assegurar a verticalidade impositiva na relação entre Estado e indivíduo.

Como já denunciado, a estruturação dos atos entre vinculados e discricionários apenas torna realizável o voluntarismo do Estado julgador, que a pretexto de concentrar a unificação de vontades do povo, é detentor da supremacia do interesse público, como resquício perverso do Estado Liberal que alimentava a cisão entre público e privado.

²³ Como adverte Aroldo Plínio Gonçalves (2001, 121) sobre o contraditório: “Entretanto, a participação em contraditório se desenvolve entre as partes, porque a disputa se passa entre elas, elas são as detentoras de interesses que serão atingidos pelo provimento. O juiz, perante os interesses em jogo, é terceiro, e deve ter essa posição para poder comparecer como sujeito de atos de um determinado processo e como autor do provimento. Essa é uma garantia das partes, que se expressa tanto pelo princípio do juízo natural, e não pós-constituído, tanto pelas normas que controlam a competência do juiz. Investido dos deveres da jurisdição, o juiz não entra no jogo do dizer-e-contra-dizer, não se faz contraditor.”

²⁴ Na obra “Processo Administrativo” (2007, p. 98) dos autores Sérgio Ferraz e Adilson Dallari é arrolado como princípio relevante o “interesse público”. A definição é intrigante, senão vejamos: “O interesse público, como um todo, na verdade se realiza por meio de específicos interesses públicos, ou seja, de situações concretas que a ordem jurídica qualifica como tais, de maneira a sempre comportar verificação, exame e controle e contestação. [...] Fique definitivamente resolvido que é sempre possível, diante do caso concreto, verificar se houve, ou não, real satisfação do interesse público, tanto por meio do processo administrativo, quanto, inclusive pelo Poder Judiciário. A invocação do interesse público não espanta a jurisdição.”

²⁵ (LEAL, 2002, p. 134)

Assim, o procedimento administrativo é oportunidade única de manifestação do Estado na operação da lei, sendo esvaziada a caracterização de ato vinculado ou ato discricionário, pois, na teoria processual adotada, como expõe Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 178):

O devido processo é o núcleo instituidor (teoria-método) e regencial, como uma metalinguagem crítica, a ocupar o centro dos enunciados normativos dele provenientes e a balizar a participação (argumentação jurídica) de todos na formação das decisões no tríptico nível de fundação, vigência e incidência da legalidade.

E mais, a inescapável solução até então prevalecente sobre a discricionariedade administrativa, mais especificamente sobre o mérito administrativo, é completamente superada, pois se o paradigma do Estado Democrático de Direito pressupõe a obediência à legalidade, esta deverá ser aplicada, sem quaisquer percalços ou interferências metajurídicas.

O devido processo é instituição legitimadora e caracterizadora do Estado Democrático de Direito (LEAL, 2002, p. 114), sendo este medium lingüístico procedimental, que permite que a própria ciência do direito ofereça respostas.

A teoria neo-institucionalista elege como teoria da linguagem jurídica o “processo”, que autoriza a construção da própria sociedade jurídico-político e auferir a legitimidade democrática, sendo este “processo” como a base metodológica inarredável da teoria, para que possa a comunidade jurídica enfrentar as inúmeras e imprevisíveis situações-problemas (LEAL, 2010, p. 78).

Se a discricionariedade sempre recai nas armadilhas do positivismo e na frustração da previsibilidade normativa de todos os fatos, o que gera a necessidade das normas com conteúdos indeterminados, a teoria processual defendida sobrepõe os atos administrativos e elege o devido processo como o mecanismo metodológico de aplicação de todas as leis.

Neste sentido, o Estado continua assistido e limitado pela legalidade, eis que é princípio previsto no art. 37 da Constituição, contudo, toda operacionalização da lei demanda sua exteriorização para crítica, a permitir controle dos interessados, pois assim teremos a construção de uma teoria democrática.

O papel do Estado no ato administrativo é isonomicamente comparado ao dos interessados, não havendo operação tenebrosa feita às escuras sobre merecimento, tampouco utilização de critérios metajurídicos, pois a legalidade na teoria do processo não se legitima pelo saber autoritário, mas sim pela construção participada das decisões.

Por coerência teórica, ao sustentar que os atos administrativos serão sempre exteriorizados pelo procedimento, evidentemente não há qualquer véu protetor como é o caso do mérito do ato discricionário, logo, ampla será a possibilidade de revisão do Judiciário.

A atuação estatal pelo procedimento como método de aplicação da lei torna suas decisões amplamente suscetíveis de questionamento judicial, não havendo que conclamar tripartição de poderes ou decisões eminentemente políticas, como defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 916).

Por não estarem delimitados com clareza na CR as funções (ou poderes) do Estado, analisar se a decisão administrativa tem índole política ou não, é utilizar método não jurídico para obstar sua verificação de legalidade no âmbito jurisdicional.

Como a Administração Pública realiza-se pela legalidade, não há resistência justificável em cumprir a ordem constitucional. Assim, é o procedimento administrativo que permite que a lei realizada e, evidentemente, não há fundamento jurídico que afaste a apreciação jurisdicional.

Diante da proximidade entre as decisões administrativas (atos) e decisões jurisdicionais, pois ambos perpassam pela análise de legalidade (produzida pelo Legislativo), não demanda a existência de uma linha divisória entre Judiciário e Executivo; pois estes assemelham no exercício da função de operacionalização da lei.

E mesmo aqueles atos administrativos ordinários ou comuns que não interferem diretamente na vida de particulares, também se amoldam à teoria processual, pois o princípio da publicidade previsto no Texto Constitucional ultrapassa a concepção arcaica de mera formalidade, mas assume o papel de exteriorizar para sociedade os argumentos de construção do ato administrativo, desde sua concepção até sua aplicação.

A teoria processual não se preocupa com finalidade teleológica na construção do ato administrativo, como defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 375), pois a segurança jurídica não está na expectativa imanente da norma, como se fosse possível pré-compreender todos os caminhos interpretativos que conduziriam a certa decisão, anteriormente alcançada pelo senso comum.

A revisão da teoria que assola os atos administrativos na atualidade, preocupa-se em afastar o subjetivismo onipotente do Estado, que utilizando de argumentos não teorizados, como a tripartição de poderes, pretende resguardar uma ampla liberdade para atuação estatal, sem qualquer preocupação com a sociedade, tampouco com a lei.

Todavia, esta concepção autoritária é incompatível com a construção democrática pretendida, daí a necessária revisão dos atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, para que sejam adequados ao Texto Constitucional.

Além da já citada teorização dos atos administrativos pelos elementos, também perde sustentação científica a caracterização pretendida pelos doutrinadores tradicionais²⁶, pois a imperatividade, presunção de legitimidade e auto-executoriedade não são necessárias para impor arbitrariamente os atos administrativos.

A observância ao processo como único meio capaz de alcançar a legitimidade democrática, que se viabiliza pela participação dos interessados, isonomicamente, com abertura para ao contraditório e a ampla defesa e, principalmente, com a certeza que colaborarão para a construção da decisão, afasta a necessidade de impor unilateralmente o ato (imperatividade), pois há a certeza que foi oportunizada a comparticipação da decisão, deixando o ato de se caracterizar como um ato isolado do decisor.

Tampouco necessita ordenar previamente que o ato foi legal (presunção de legitimidade), pois como o destinatário do ato participou da sua construção, adere pela aceitabilidade à legalidade aplicada. A presunção funciona apenas como uma garantia de não questionamento do ato administrativo. Entretanto, na teoria processual ampla é a fiscalidade, o que demanda a abertura do ato administrativo à processualidade.

E por fim, quanto à auto-executoriedade²⁷, não é necessário demarcar que toda manifestação do Estado dispensa autorização do Judiciário, pois se assim não fosse, evidentemente, não seria possível o desenvolvimento da Administração Pública, eis que esta sempre deve obediência à legalidade. Como já dito, há plena similitude entre os atos administrativos e atos jurisdicionais, pois ambos operam a legalidade e, evidentemente, existem mecanismos coercitivos próprios em cada função para sua efetivação.

Entretanto, a lei definirá os mecanismos a serem utilizados pela Administração Pública, principalmente, naquelas situações-problemas que envolvam direitos dos cidadãos, sendo incabível no presente momento aprofundar-se sobre as inúmeras hipóteses.

A formulação de uma nova teoria para os atos administrativos exige maior aprofundamento sobre pontos específicos, como classificação ou mesmo extinção, decerto que a proposta deste tópico foi fundamentar a teoria proposta e criticar o modelo vigente para remodelação quanto aos elementos e características, eis que são pilares dogmáticos de difícil superação.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. (2004, p. 387); DI PIETRO, Maria Sylvania (2002, p. 189); CARVALHO FILHO, José dos Santos. (2009, p. 132)

²⁷ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 388) a autoexecutoriedade é: “[...] é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisa de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que a impõe exigir”.

Assim, a menção aos atos administrativos segundo a perspectiva teórica esboçada, implica necessariamente na indicação que todo ato decorre do procedimento administrativo, pois este é o único meio legitimador da aplicação da legalidade pela Administração Pública, não havendo outra referência metodológica que congregue as garantias constitucionais e a legitimidade democrática.

Neste ensejo, no presente trabalho toda menção aos atos administrativos reproduz que estas são decisões alcançadas por procedimentos administrativos, pois assim restará obedecida a legalidade pelo Estado, eis que todas suas manifestações ou decisões, ao adotarem a linguagem processual, expurgarão manifestações estratégicas e metajurídicas, para possibilitar a construção democrática (e não autoritária) desse próprio Estado.

3 LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO PELA TEORIA DEMOCRÁTICA PROCESSUALIZADA

O tema central a ser debatido no presente trabalho é acerca do procedimento administrativo tributário, no âmbito da Administração Pública Federal.

Referido procedimento é regulamentado por normas contidas no Decreto Lei 70.235/72, sendo o procedimento administrativo tributário utilizado para a formalização do crédito tributário.

O Código Tributário Nacional – CTN, Lei Federal nº 5172/66, dedica ao “crédito tributário” o Título III, sendo relevante situar que a constituição do crédito tributário, está disposta nos art.s 142 ao 150, sendo mencionados art.s divididos em: Seção I, que trata sobre o “lançamento”; e Seção II, que trata sobre “as modalidades de lançamento”.

Preliminarmente ao debate sobre lançamento tributário, como esclarecimento, cumpre ressaltar que a obrigação tributária emerge do fato gerador, que por sua vez, em obediência ao princípio da legalidade, é exigido o tributo por lei prévia que assim o defina²⁸.

Portanto, decorrente da obrigação tributária há a formalização do crédito tributário pelo lançamento. Nos dizeres de Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 110):

O crédito, como objeto da obrigação, é constituído pela simples ocorrência do fato impositivo. Com o fato, constitui-se a obrigação e, conseqüentemente, o crédito. Porém, para que o contribuinte cumpra sua obrigação no mundo prático, há necessidade de um ato administrativo de individualização da norma; ato de aplicação da lei ao caso concreto; ato de formalização do crédito tributário.

O ponto polêmico situa-se no deslinde conceitual do que vem a ser lançamento, tendo em vista que, alguns doutrinadores, como Paulo de Barros Carvalho²⁹ e Alberto Xavier (2005, p. 67), compreendem que basicamente o lançamento é ato jurídico.

Segundo Misabel Abreu Machado, “lançamento é ato administrativo vinculado”, que em conformidade à doutrina do Direito Administrativo pode exclusivamente ser anulado, sendo vedada sua revogação, eis que não é possível análise de conveniência e oportunidade (ato discricionário). Veja os dizeres da autora:

²⁸ Cf. Art. 114 do Código Tributário Nacional: “Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.”

²⁹ Para Paulo de Barros Carvalho (2007, p. 423) : “lançamento é ato jurídico e não procedimento, como expressamente consigna o Art. 142 do Código Tributário Nacional. Consiste, muitas vezes, no resultado de um procedimento, mas com ele não se confunde. É preciso dizer que o procedimento não é imprescindível para o lançamento, que pode consubstanciar ato isolado, independente de qualquer outro.”

A modificação de um ato administrativo, na esfera administrativa, poderá ser feita por meio de revogação ou anulação. Mas a revogação supõe que a Administração desfça ou refaça o ato, por iniciativa própria, fundada em razões de conveniência e oportunidade. Não obstante, como o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado (arts. 3º e 142, parágrafo único), não pode ser revogado, por motivo de conveniência ou oportunidade, inexistindo margem de discricionariedade administrativa. (DERZI, 2000, p. 809)

Afora a discussão doutrinária, decerto que a ciência jurídica deve ofertar esclarecimento teórico, que no presente trabalho inicia-se pela revisão do ato administrativo, que muito embora para alguns seja o lançamento um ato jurídico (não administrativo), importa a redação do art. 142 do CTN, que assim prevê:

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

Como será visto adiante, a conclusão conceitual do lançamento esbarra nas suas modalidades, vez que, como há particularidades em cada qual, concluir que é ou não o lançamento um ato administrativo, poderia implicar em vício científico.

3.1 O lançamento fiscal e a legalidade processualizada

As modalidades de lançamento estão previstas nos arts. 147 a 150 do CTN, sendo que existem as modalidades de lançamento: de ofício, por declaração e por homologação.

A primeira modalidade de lançamento prevista no CTN, é o lançamento por declaração, vejamos a redação do art. 147:

Art. 147. O lançamento é efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação.

Assim, o contribuinte participa do lançamento através da declaração, que será efetivada pela Administração Pública competente, ou seja, há a conjugação de atuação das partes envolvidas.

Outra modalidade de lançamento é o lançamento por homologação, previsto no art. 150 do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

No lançamento por homologação o contribuinte participa efetivamente do lançamento, inclusive com o recolhimento do tributo sem qualquer manifestação da Administração Pública, o que conduz ao entendimento de determinados doutrinadores de que há o autolancamento³⁰, como afirma Hugo de Brito Machado (2007, p. 206).

E, por fim, há a modalidade de lançamento de ofício, prevista no art. 149 do CTN, que assim prevê:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:
 I - quando a lei assim o determine;
 II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;
 III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;
 IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;
 V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o art. seguinte;
 VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;
 VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;
 VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;
 IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

A concretização do lançamento de ofício é exclusivamente pela Administração Pública, não havendo participação do contribuinte, pelo contrário, exatamente pela não obediência legal do contribuinte (inciso I) ou nas demais hipóteses (incisos II a IX), como a não declaração como exigida em lei, exige-se a efetivação do lançamento.

Observe-se que no lançamento de ofício existe perfeita sintonia com o já citado art. 142 do CTN (BRASIL, 1966), vez que este prevê que compete “privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento”, inclusive devendo a autoridade verificar o “fato gerador da obrigação correspondente” ou mesmo “calcular o montante do tributo devido”.

Como advertido, a discussão se lançamento é ou não ato administrativo, é obstada pela diversidade na formalização do crédito tributário, visto que se no lançamento de ofício, o

³⁰ Referido termo é criticado por autores como Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 128) e José Souto Maior Borges

contribuinte é omissivo, noutro giro, no lançamento por homologação, a responsabilidade recai sobre o contribuinte.

Na formalização do crédito tributário pelo lançamento de ofício, resta evidenciado a participação oficiosa da autoridade tributante que, necessariamente, deverá instaurar o procedimento administrativo tributário, pois afinal o contribuinte foi omissivo no cumprimento da lei que exige o tributo ou descumpriu alguns dos incisos previstos no art. 149, acima já citado.

Logo, no lançamento de ofício, como é imperativa a manifestação da Administração Pública pela via processual, vez que esta exclusivamente permitirá a aplicação da legalidade intermediada pela efetiva participação do contribuinte, esta é capaz de alcançar a já exposta legitimidade democrática.

Entretanto, incumbe reforçar que não será discutida a classificação do lançamento como ato administrativo ou meramente ato jurídico, pois o embasamento teórico exposto emprega a teoria processual (neo-institucionalista) como a única forma legítima de manifestação da Administração Pública, logo, a classificação e teorização dos atos administrativos em elementos (competência, forma, motivo, finalidade e objeto) ou divisão entre atos vinculados/discricionários não é o foco para reflexão.³¹

O que merece atenção sobre o lançamento por homologação é que este não exige procedimento administrativo tributário³², eis que é elaborado pela confissão do próprio contribuinte, sem qualquer ratificação da Administração Pública.

Deste modo, está firmado o impasse, pois certamente não há qualquer caracterização de ato administrativo, vez que a competência é exclusiva da Administração Pública.

Portanto, a investigação sobre o lançamento por homologação é instigante, pois reconhecer que a formalização do crédito tributário ocorre exclusivamente pela declaração do contribuinte, sem qualquer manifestação da Administração Pública, contraria a redação do art. 142 do CTN, sem teorização aparente que assim justifique.

³¹ Sob a análise pormenorizada das modalidades de lançamento do crédito tributário, cabe menção à obra *Processo Administrativo Tributário* (2011, p. 114), elaborado por Paulo Adyr Dias do Amaral, que desenvolve a compreensão do Direito Administrativo, acerca dos atos administrativos, seus elementos e classificação, com cada modalidade de lançamento tributário. No lançamento por declaração conclui a mencionada obra que há sim a caracterização de ato administrativo, “somente a partir da atuação da Administração”, sendo o “restante procedimento preparatório para o lançamento”. Sobre o lançamento de ofício conclui peremptoriamente que “é ato administrativo”, pois é facilmente verificável a presença de todos os elementos do ato administrativo.

³² A compreensão que no lançamento por homologação não é exigido o procedimento administrativo tributário é advindo de reiteradas decisões proferidas pelo STJ, que editou a seguinte súmula nº 436: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.”

No entanto, antes de adentrar na questão específica do lançamento por homologação, a desconstrução da teoria dos atos administrativos, principalmente, da sua classificação entre atos vinculados e discricionários, perpassa pela revisão da legalidade.

A referência à legalidade no âmbito da Administração Pública é celebrada, como se a menção ao embasamento legal em qualquer decisão, fosse o suficiente para alcançar mencionado princípio.

Contudo, como expressado no tópico 2.2 do presente trabalho, a teorização para aplicação da lei, a ponto de revelar minuciosamente sua construção, sujeitando-a à crítica ou questionamento, é que permite a democratização pelo processo.

Não basta a Administração Pública decidir “conforme a lei”, pois esse atuar decisório alcança exclusivamente uma pretensa formalização do princípio da legalidade, com evidente “caráter retórico”, como adverte Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 134).

Nesse sentido, por apego científico na construção do lançamento para a formalização do crédito tributário, como este ato concretiza a previsão legal diante do fato sujeito à tributação, há o seguinte discrimen: ou reconhecemos o procedimento como indispensável na formalização do crédito tributário, independente da modalidade de lançamento verificada, ou deixemos a prática tributária³³, não teorizada, ditar como ocorre o lançamento tributário.

Para alcançarmos essa conclusão, partimos da premissa que se a legalidade democrática apenas pode ser realizada pelo processo, logo, como todas as decisões da Administração Pública, em obediência ao art. 37 da Constituição da República, perpassam pelo princípio da legalidade, não há outra resolução, senão o lançamento tributário adotar a procedimentalização.

Nesta linha, ultrapassamos a discussão acerca de se lançamento é ato administrativo ou não, visto que, pelo ponto de vista defendido, há falhas irreparáveis que impedem a comunhão com a teoria dos atos administrativos existentes nos dias atuais³⁴.

Decerto é que a legalidade como desenvolvida pela Administração Pública segundo a perspectiva da doutrina tradicional no direito tributário³⁵ ou no Direito Administrativo³⁶, carece de lastro democrático, pois aplicar a melhor interpretação da lei, nada mais é que impor

³³ Sobre o lançamento por homologação Sérgio André Rocha (2010, p. 309) conclui pela “mutação das regras” tributárias, diante da prática tomada na formalização pelo autolancamento. Segundo o mesmo autor, o lançamento por homologação (autolancamento) alcança os mesmos efeitos do lançamento (de ofício) exclusivamente construído pela Administração Pública,

³⁴ Cf. José dos Santos Carvalho Filho (2010, p. 115)

³⁵ A legalidade segundo Hugo de Brito Machado (2007, p. 63) visa “garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (fisco)”

³⁶ Para Celso Antônio Bandeira de Melo (2005, p.91) a legalidade é certeza que a “atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”.

“sua” verdade pressuposta, o que recai na repetição da *“fé na razão historicista ou moral-kantiana”*, a teor de crítica tecida por Rosemiro Pereira Leal sobre o princípio da legalidade, como compreendido na atualidade (2010, p.135).

E assim arremata o Autor supracitado sobre a legalidade:

Mais grave que o caráter retórico da legalidade é a tirania decisória que seus efeitos acarretam com a conseqüente exclusão da possibilidade processual de uma democratização do sentido da lei, o que tem levado a humanidade a experimentar secularmente a ditadura da linguagem historicista (paideica) dos líderes carismáticos que se apresentam como dirigentes predestinados, juízes oniscientes, funcionários íntegros e talentosos, patriotas autênticos e burocratas indispensáveis. A farsa dessa linguagem chega ao ponto de sustentar verdades de uma lógica para o direito aos moldes kantianos, ou seja: quando os sentidos da lei não estão amarrados ao fatalismo da história ideal ou cultural (material) dos homens (Hegel-Marx), aceita-se a ditadura categórica de um moral inata e os que não a tenham de modo imanente devem ser corrigidos (disciplinarizados) por um direito justo (direito ao ajuste) dos tecnocratas (fabricantes) de uma justiça social ressocializante. (LEAL, 2010, p. 134)

Neste diapasão, embasado na teoria processual neo-institucionalista, compreende-se que a legalidade democratizada na formalização do crédito tributário é imprescindível e, com efeito, deverá haver procedimento em toda e qualquer modalidade de lançamento.

Alçar o esclarecimento teórico pela teoria processual e, principalmente, sobre a participação democrática prevista no Texto Constitucional, pressupõe que todas as decisões tomadas pela Administração Pública, ao debruçarem sobre a aplicação da lei, devem esmerar para guardar a efetiva participação do cidadão/contribuinte e, sendo que esta participação claramente passa pela obediência aos fundamentos normativos do contraditório, da ampla defesa, da isonomia e da fundamentação das decisões.

Existem doutrinadores que reconhecem, por vias transversas, que a motivação é obrigatória em todo ato administrativo (ARAÚJO, 2005, p.136), inclusive no lançamento tributário, conforme esclarece Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 84).

Ocorre que não partem da teorização de que toda manifestação de legalidade da Administração Pública só ocorrerá pela via processualizada, pois apenas pela influência dos interessados na construção da motivação da decisão, poderemos ter algo compatível com a democracia.

Reitere-se que a aplicação da lei não é acontecimento privativo da Administração Pública, como se fosse o único ser pensante capaz de diagnosticar os sentidos das palavras.

Aliás, pelo menos numa pretensa democracia, compreender que alguns são detentores de uma racionalidade superior, capaz de guiar a sociedade órfã e incapaz, é querer

incutir ao Estado a função de superego da sociedade, como alerta Ingeborg Maus (2010, p. 33).

O estudo desenvolvido por Ingeborg Maus sobre o Judiciário como superego da sociedade amolda-se perfeitamente ao caso em debate, para aqueles que defendem a legalidade autoritária existente nos dias atuais, quando da aplicação da lei pela Administração Pública.

Ainda em Maus (2010, p. 33) é provocante a repercussão gerada na Alemanha, quando o Estado Nazista formula a chamada Carta aos Juízes para clamar pela retidão na conduta dos julgadores (como advertido acima na citação de Rosemiro Pereira Leal), visto que o subjetivismo dos julgadores será a complementação da imperfeição legal. Para a autora alemã:

Assim, na 'Cartas aos Juízes' nazistas, a personalidade do juiz surge, com grande firmeza, como uma importante garantia para a jurisdição correta: suas tarefas somente podem ser cumpridas por pessoas livres, interiormente claras e decentes, sustentadas por uma grande consciência de responsabilidade e por uma grande satisfação com a responsabilidade, o corpo de juízes deve representar uma seleção da nação. [...] Assim, também em 1942, quando da pior perversão da justiça alemã, pronunciava-se a bela frase: O juiz é a encarnação da consciência viva da nação. (2010, p. 33)

É perturbante a comparação acima elaborada com o Estado Nazista, mas, crer na Administração Pública como legítima e exclusiva intérprete da lei, por suas características de retidão ou porque seus agentes públicos são bem intencionados, é dizimar a pretendida construção democrática pela participação dos cidadãos.

Daí a insistente reflexão sobre a aplicação da lei, pois a vigilância ao Texto Constitucional, quando da instituição da democracia e do Estado de Direito, não pode falhar exatamente na efetivação da legalidade.

Assim, a aplicação da lei ao passar pelo crivo do devido processo constitucional, permite aos cidadãos participarem da decisão a ser alcançada, fazendo isso através das garantias do contraditório e da ampla defesa, resguardadas pela isonomia e com a certeza que seus argumentos serão apreciados na decisão fundamentada.

Sendo assim, como é no lançamento tributário que há a efetivação do texto legal, com a apuração pela Administração Pública do tributo devido pelo contribuinte, a comunicação Estado-cidadão ocorrerá pela discursividade do processo, que, como instituição

constitucionalizada, garantirá pela intersubjetividade racional³⁷ a crítica plena ao debate instaurado.

A noção defendida coaduna ao previsto no Texto Constitucional sobre participação democrática, mas, destacadamente, ratifica a redação do art. 142 do CTN, que prevê o *“constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo”*.

Discorrer que a Administração Pública detém a exclusividade interpretativa da lei tributária é permitir que o Estado Democrático adote a atecnia pela autoridade, para expor que os decisidores preferem o monopólio do sentido das palavras existentes na lei, como garantia de exclusão da participação democrática e manutenção da convenção social³⁸.

Definitivamente, a instituição democrática pela legalidade será viabilizada unicamente através da participação dos interessados pelo devido processo, para construção de quaisquer decisões, inclusive aquelas para a formalização do crédito tributário.

3.2 A obrigatoriedade do procedimento administrativo tributário no lançamento por homologação

No lançamento por homologação, como previsto no art. 150 do CTN, toda a responsabilidade pela formalização do crédito tributário é do contribuinte.

Portanto, a legislação tributária sobre a modalidade lançamento por homologação, impõe ao contribuinte a formalização do crédito, inclusive com o seu pagamento, não sendo necessária qualquer intervenção da Administração Pública.

Todavia, a práxis demonstra que a Administração Pública, na gestão dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, não conclui a efetiva homologação da declaração do contribuinte, ou seja, queda-se omissa de homologação a declaração do contribuinte, ocorrendo a chamada homologação tácita (ROCHA, 2010, p. 302).

A discussão doutrinária sobre o tema é permeada pelo argumento que o lançamento por homologação, que para alguns caracteriza autolançamento, é uma conclusão incompatível com a compreensão do lançamento como ato administrativo, eis que tão somente o agente

³⁷ Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 181) alerta que: “[...] a intersubjetividade é precária para o homem tomar consciência de si mesmo.” Portanto, quando utilizamos a designação intersubjetividade racional, segundo a teoria neo-institucionalista é porque permite as partes agirem criticamente com intuito de apurar o conhecimento científico (LEAL, 2010, p. 182)

³⁸ Nos dizeres de Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 147): “O fator da convenção social como algo fundado e praticado por uma sociedade já pactuada por todos é que cria a mitificação (mistificação) que enseja a sempre alegada e historicamente assentida (ideologizada) opinião de que todos teriam clara intuição de ser membro de uma comunhão civil [...]”

público competente poderia emitir um ato administrativo, como aponta Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 127). E de outro lado, como defende Sérgio André Rocha (2010, p. 309) que “o contribuinte também efetuará lançamento tributário”, sem qualquer exigência de manifestação da Administração Pública.

Neste intermédio, cabe elucidar que, com o reconhecimento de que há o lançamento pelo contribuinte, não se exigiria o procedimento administrativo tributário, afinal o crédito tributário está constituído. Em sentido diverso, caso exija-se a formalização do lançamento por manifestação da Administração Pública, haveria a notificação do contribuinte pela homologação da declaração (lançamento) e, conseqüentemente, a instauração do procedimento administrativo tributário.

Esse debate no âmbito jurisdicional nos dias atuais está pacificado pelo entendimento que, no lançamento por homologação, é desnecessária a instauração do procedimento administrativo tributário.

Inclusive esse entendimento foi alvo da súmula nº 436 formulada pelo STJ, que assim firmou: “A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.” (BRASIL, 2010).

Não é a proposta do trabalho efetuar a análise do posicionamento jurisprudencial dos Tribunais, entretanto, a discussão sobre a não exigência de procedimento administrativo tributário apresenta aspecto peculiar que urge ser evidenciado.

Em regra, os acórdãos debatidos no STJ sobre o tema, apresentam na ementa a seguinte redação:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. APLICAÇÃO DA SÚMULA 284/STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DESNECESSIDADE DE LANÇAMENTO. NULIDADE DA CDA. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. TAXA SELIC. LEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ.

1. Alegação genérica de violação do art. 535 do CPC, incidência da Súmula 284/STF.
2. Violação dos arts. 125, 132 e 420 do CC, incidência da Súmula 211/STJ.
3. Aferir a certeza e liquidez do título, para efeito de análise de eventual violação dos arts. 97, 202 e 203 do CTN, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, incidência da Súmula 7/STJ.
4. É assente o entendimento nesta Corte, no sentido de que, “em se tratando de tributo lançado por homologação, tendo o contribuinte declarado o débito através de Declaração de Contribuições de Tributos Federais - DCTF, Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP ou documento equivalente e não pago no vencimento, considera-se desde logo constituído o crédito tributário, tornando-se dispensável a instauração de procedimento administrativo e respectiva notificação prévia.” (REsp 739.910/SC,

Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 12.6.2007, DJ 29.6.2007, p. 535).

5. In casu, o Estado de São Paulo previu a utilização da taxa SELIC, por meio da Lei Estadual n. 10.175/98, preenchendo o requisito exigido para a sua aplicação. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2011)

No tópico 4 da ementa acima, há menção ao entendimento já proferido pelo próprio Tribunal em outros julgamentos, técnica esta que se repete em várias outras decisões desta Corte.

Entretanto, a peculiaridade da construção jurisprudencial do STJ, está no primeiro acórdão proferido sobre o tema no Resp nº 7464:

TRIBUTARIO. LANÇAMENTO EFETUADO A VISTA DE DECLARAÇÃO PRESTADA PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. HIPÓTESE EM QUE NÃO RESTA ESPAÇO PARA PROCESSO FISCAL, DE NATUREZA CONTENCIOSA. ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STF E DO EXTINTO TFR. RECURSO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1991)

A ementa arrolada, com voto do Relator Ilmar Galvão, apenas faz menção ao entendimento proferido pelo extinto TFR e pelo STF, sendo ainda que o acórdão sucessivo, Resp nº 24596³⁹, no voto do Relator José de Jesus Filho, reitera a mesma omissão e apenas relata que o entendimento do extinto TFR é que: "em caso de autolancamento era desnecessário a instauração de procedimento administrativo" (BRASIL, 1993).

Nesta linha, ainda no STJ, no julgamento do Resp nº 60001⁴⁰, houve a reafirmação do entendimento sobre a dispensabilidade do procedimento administrativo tributário, conforme julgados Resp nº 7464 (BRASIL, 1991) e Resp nº 24596 (BRASIL, 1993), muito embora esses julgados não tenham adentrado em qualquer debate sobre o tema.

³⁹ ICM. EMBARGOS DO DEVEDOR. DÉBITO DECLARADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUMULA N. 14/STJ. I - EM SE TRATANDO DE DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO, A COBRANÇA DECORRE DO AUTOLANÇAMENTO, SENDO O MESMO EXIGÍVEL INDEPENDENTEMENTE DE NOTIFICAÇÃO PREVIA OU DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES.

II - NÃO OCORRE CERCEAMENTO DE DEFESA, QUANDO A NEGATIVA DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL DECORREU EXCLUSIVAMENTE DO NÃO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS PERICIAIS PELA RECORRENTE.

III - "ARBITRADOS OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CAUSA, A CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDE A PARTIR DO RESPECTIVO AJUIZAMENTO." - SUMULA N. 14/STJ.

IV - RECURSO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1993)

⁴⁰ TRIBUTARIO. EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS A EXECUÇÃO FISCAL DE DÉBITO DE ICMS DECLARADO E NÃO PAGO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO COM BASE EM DECLARAÇÃO DO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. DESNECESSIDADE DE PREVIA NOTIFICAÇÃO. - FICA DISPENSADO O PREVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO DESDE QUE A INSCRIÇÃO E A COBRANÇA DO DÉBITO FISCAL, SUJEITO INICIALMENTE AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, SEJAM DE ACORDO COM A DECLARAÇÃO PRESTADA PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. - RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL, 1995)

Portanto, no STJ, o debate acerca da não exigência do procedimento administrativo tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, pelo menos nos primeiros julgamentos após a instituição do referido Tribunal após a CR de 1988, sempre foi prejudicado, visto que a fundamentação escassa sempre mencionava entendimento anterior.

Evidentemente, a pesquisa jurisprudencial foi parcial, não sendo possível concluir que o STJ nunca debateu o tema⁴¹. Entretanto, pelo menos nos primeiros anos de funcionamento desse Tribunal, consolidou-se o entendimento sobre a dispensa do procedimento administrativo tributário, sem o devido debate de argumentos.

Pois bem, a peculiaridade citada surge da pesquisa jurisprudencial no STF, vez que como no STJ há menção do entendimento daquele Tribunal, seriam alcançados os fundamentos sobre a dispensa de procedimento administrativo tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

No entanto, ao verificar um dos primeiros acórdãos proferidos pelo STF, mais especificamente o acórdão Rext nº 87.241-8⁴², novamente não há debate sobre a dispensa do procedimento administrativo tributário. Contudo, há menção aos julgados: Rext nº 84.995, Rext nº 83.648 e AI nº 87.229.

Ao verificar os acórdãos, apenas o Rext nº 84.995⁴³ trata sobre o tema proposto, sendo que os demais acórdãos abordam temas diversos⁴⁴. Ocorre que no Rext nº 84.995, o voto integral do Ministro Bilac Pinto é o seguinte: "Adotando os fundamentos deste parecer, não conheço do recurso" (BRASIL 1977).

⁴¹ Na pesquisa elaborada pelo site do STJ, com a busca pelas palavras: "lançamento" e "homologação" e "processo" e "administrativo" e "tributário", há aproximadamente trezentos julgados sobre o tema.

⁴² EXECUÇÃO FISCAL. VALIDADE DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE A MULTA. (BRASIL, 1978)

⁴³ IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS, LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO OU AUTOLANÇAMENTO. DESNECESSIDADE, NESTE CASO, DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA A LEI FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (BRASIL, 1977)

⁴⁴ Acórdão Rext nº 83.648:

SEGURO OBRIGATORIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL (RCOVAT). SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NÃO COBRE DANOS PESSOAIS SOFRIDOS PELO PRÓPRIO SEGURADO, OU POR PREPOSTO SEU, MOTORISTA DO VEÍCULO SINISTRADO, MAS SOMENTE POR TERCEIROS, PELOS QUAIS DEVE O SEGURADO RESPONDER CIVILMENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (BRASIL, 1975)

Acórdão Rext nº 87.229:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. A ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO COM SÚMULA DO S.T.F. TEM DE CONSTAR DA PETIÇÃO DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, E DIRIGIR-SE CONTRA O ARÉSTO RECORRIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 1982)

O parecer citado foi relatado no acórdão como a manifestação da Procuradoria da República, não havendo qualquer confrontação de argumentos, mas a simples constatação de que no lançamento por homologação é dispensável o procedimento administrativo tributário.

Por fim, ainda no STF, cabe citar acórdão proferido no julgamento do AI nº 539891, tendo como Relator Marco Aurélio, com a seguinte ementa:

TRIBUTO - AUTOLANÇAMENTO - EXIGIBILIDADE. O instituto do autolancamento do tributo, a revelar, em última análise, a confissão do contribuinte, dispensa a notificação para ter-se a exigibilidade - precedentes: Recursos Extraordinários nº 107.741-7/SP, relator ministro Francisco Rezek, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1986; nº 102.059-8/SP, relator ministro Sydney Sanches, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de março de 1985; nº 93.039-6/SP, relator ministro Djaci Falcão, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 12 de abril de 1982; nº 93.036-1/SP, relator ministro Rafael Mayer, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 17 de outubro de 1980; e nº 87.229/SP, relator ministro Cordeiro Guerra, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 31 de março de 1978. (BRASIL, 2007)

É patente na leitura da ementa que, mais uma vez, o STF referiu-se a entendimento proferido em julgamentos anteriores, entretanto, é estarrecedora a citação do AI nº 87.229, vez que tal decisão colegiada não dedica nenhuma linha do relatório ou do voto ao tema em debate, que é a necessidade do procedimento administrativo tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

O escorço de julgados do STJ e do STF tem o propósito único de demonstrar que a prática nos Tribunais não possui nenhum compromisso científico para a reflexão do lançamento por homologação e o procedimento administrativo tributário.

O debate científico possibilita o revolvimento dos fundamentos teóricos, eis que estes não podem ser constituídos por argumentos não testificáveis que impossibilitem a crítica e o aprimoramento do conhecimento.

Todavia, a realidade é que a prática jurídica, capitaneada pelos interesses da Administração Pública, norteou o entendimento sobre o lançamento tributário por homologação, em que a verdade (não questionada), alimenta sentenças e acórdãos voluntariamente para manter uma pretensa coerência jurisprudencial, quando o déficit científico é exatamente pela ausência de indagação ou crítica em sentido contrário.

Em outros dizeres, a ciência do direito regressa aos primórdios do seu desenvolvimento científico, pois adota significados acabados (LEAL, 2010, p. 264)⁴⁵, que excluem a crítica e o desenvolvimento, afinal, consagra-se o estrangulamento do pensamento

⁴⁵ Assim aponta Rosemiro Pereira Leal (2010, p. 265): "O direito, em sua marcha secular, ficou entregue, como dissemos, ao pragmatismo histórico-linguístico (mito do contexto), construindo-se dogmaticamente, em fundamentos supraestruturais, no sincretismo da lógica clássica e do tecnicismo jurídico dos praxistas".

questionador pela práxis da jurisprudência, constatação esta alcançada quando se verifica a repetição impensada de entendimentos no Judiciário, como acima demonstrado.

No entanto, há autores que sobrelevam a prática, a ponto de importa-la para a ciência jurídica, vez que esta deve andar a reboque da verdade jurisprudencial. Veja os dizeres de Sérgio André Rocha (2010, p. 309):

Vê-se, portanto, que improcede a crítica do Professor Alberto Xavier, no sentido de que a noção ampla de lançamento confundiria atividades praticadas pela Fazenda e pelos contribuintes cujos efeitos são diversos. Na verdade, na correta construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça se está a atribuir os mesmos efeitos ao lançamento feito pela Fazenda e ao autolancamento feito pelos contribuintes. Tendo em consideração o cenário acima apresentado, no qual se verifica que os órgãos institucionais de aplicação do Direito Tributário (Poder Judiciário e Fazenda Pública) estão concordes quanto ao fato de que o contribuinte realiza lançamento tributário, o qual prescindiria de qualquer ato fazendário de liquidação, há que se reconhecer a mutação das regras hoje contidas no Código Tributário Nacional sobre a matéria.

Destarte a consideração alcançada, que sobrepuja a jurisprudência como o caminho norteador do direito, impende refutar a compreensão acrítica do lançamento tributário, visto que para a construção teórico-científica de qualquer estrutura jurídica, o “*enfoque realista*” nos dizeres de Sérgio André Rocha (2010, p. 305), apenas permite a homologação da prática, sem qualquer produção de conhecimento.

Aliás, a Administração Pública na interpretação das leis tributárias, como no caso do lançamento por homologação, inadvertidamente age em prol da pretensão em ratificar o princípio da praticidade tributária⁴⁶, vez que legitimada pelo entendimento Jurisprudencial, aplica o direito a bel realização da sua interpretação.

Diante desse cenário nebuloso, cabe alertar estudo realizado por Ingeborg Maus (2010) sobre a Alemanha nazista, em que há a desformalização do direito, com benefício para o Judiciário que tem suas competências reforçadas em detrimento das leis que são superadas.

E ainda constata a autora que, como o Judiciário deforma a legalidade, inclusive os atos administrativos, como resultado da confrontação com a Administração Pública, há o “[...]preenchimento do direito quanto a seu conteúdo, no qual a função judiciária se ajusta à função administrativa” (MAUS, 2010, p. 59).

Evidentemente, a ciência jurídica deve preservar e evitar a assunção de heranças totalitárias, maléficas para a construção democrática, como a deformação da ciência do direito como ocorrida no Estado alemão.

⁴⁶ Eduardo Maneira (2004) apoiado nos dizeres de Sacha Calmon e Misabel Derzi, defende que a praticidade é “[...]um atributo da legalidade, no sentido de que a lei deve ser exequível e possível a aplicação”.

Neste estudo, a desformalização do lançamento por homologação, com a dispensa do procedimento administrativo tributário, muito embora haja previsão no art. 142 do CTN, é inquietante.

Pugnar pela via interpretativa a modificação da lei, em busca do desapego à literalidade como satisfação da realidade, como propõe Sérgio André Rocha (2010, p.314), é sucumbir a ciência jurídica ao voluntarismo do intérprete.

Ainda mais quando a jurisprudência tanto do STJ como do STF, caminham exatamente em função da praticidade da Administração Pública, que com argumentos metajurídicos, como a massificação da tributação, tenta justificar a desformalização do instituto jurídico do lançamento.

Na contramão do entendimento jurisprudencial, mas com alicerce científico, aponta Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 127) que no lançamento por homologação, o ato administrativo não é praticado pelo contribuinte, pois a Administração Pública é responsável pelo ato final de formalização do lançamento. Afirma ainda Amaral (2011, p.130) que não existe a figura do autolancamento, eis que é ato administrativo, com competência exclusiva de agente público.

Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 201) ao confrontar acórdão proferido pelo STJ, tendo como Relator Teori Albino Zavascki, que reafirmou a dispensa do procedimento administrativo tributário, assim contradita:

Primus, porque leis ordinárias por ele mencionadas, ao conceberem a formalização do crédito tributário por mera declaração do contribuinte, violam frontalmente o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário – pois ele dispõe que o lançamento (ato privativo da Administração) é obrigatório. Secundus, nos incisos II e III do art. 149 está dito que, na hipótese de não prestação de declaração ou esclarecimentos, haverá lançamento de ofício. Mas de forma alguma se pode inferir daí que, prestadas as declarações ou informações, estaria, por isso, dispensada a homologação ou notificação expressa. Muito ao contrário, o art. 150 do Código é claro ao ditar que a homologação da atividade paraadministrativa desenvolvida pelo contribuinte deve ser preferencialmente expressa – admitida a homologação implícita como exceção. Por fim, quando o Ministro Zavascki afirma que o art. 150 do Código Tributário autorizaria a formalização do crédito tributário sem qualquer atuação estatal, parece-nos ter se apoiado nesse dispositivo para apagar desse diploma o art. 142 (que apresenta o lançamento como obrigatório, além de privativo da Administração).

A citação sintetiza e dá contornos ao debate existente no meio doutrinário e jurisprudencial, acerca da exigência ou não do procedimento administrativo tributário no lançamento por homologação.

Compreendemos que o debate sobre a exigência findaria pela própria redação do art. 142 do CTN, contudo, como teorizado no presente trabalho, a oportunidade de manifestação pelo procedimento é imprescindível para formalização do crédito tributário.

Embora o contribuinte formule a declaração e o pagamento do tributo no lançamento por homologação, a obrigatoriedade legal de informar a Administração Pública, não implica em renúncia ao contraditório e a ampla defesa, vez que são garantias constitucionais e, como tais, são irrenunciáveis.

A imposição legal de exigir que o contribuinte formule a etapa precedente ao efetivo lançamento, não merece qualquer reparo, pois é desejável que os cidadãos participem da gestão tributária do Estado.

Contudo, impingir que não haja oportunidade após a declaração do contribuinte sobre o tributo devido, é restringir a participação do cidadão, pela não existência de procedimento administrativo tributário.

E como já explanado, é o procedimento que permite atingir uma decisão compartilhada, resultante da aceitabilidade dos interessados e, por ora, legitimados ao processo, para debater a melhor interpretação do sentido da lei.

Aspectos metajurídicos não alteram ou influenciam o debate, assim, embora a instauração de oportunidade para manifestação do contribuinte por meio do procedimento administrativo tributário implique em atraso na formalização do crédito tributário, o que está em debate é o devido processo constitucional, que jamais poderá ser omitido na construção democrática do Estado.

Realizar o procedimento administrativo tributário, com oportunidade para exercício do contraditório pela Administração Pública, é a certeza que a lei não terá o sentido imposto unilateralmente por uma parte, mas sim pelo debate das partes pela discursividade do processo.

Assim, com o reconhecimento do procedimento administrativo tributário no lançamento por homologação, importaria que, cumprida a etapa precedente pelo contribuinte, com a elaboração da declaração exigida por lei, cálculo do montante do tributo devido e demais exigências, haveria o ato expresso de homologação com intimação do contribuinte para ciência e porventura retificação; ou, verificado qualquer vício na declaração, pagamento, seja por omissão ou inexatidão do contribuinte, instaurar-se-ia o procedimento como no lançamento de ofício, conforme conclui nesta linha Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 412).

Entretanto, muitos são os aspectos que a prática tributária não se preocupou em solucionar com a não instauração de procedimento administrativo tributário nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso alertado por Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 414) sobre a não homologação de compensação de tributos e a ausência de oportunidade para o contribuinte manifestar em contraditório. Aliás, tamanha é a afronta ao princípio do contraditório que até a jurisprudência do STJ⁴⁷ já reconheceu o descumprimento das garantias constitucionais do processo.

Outro ponto omissos é a responsabilização dos sócios, pelo art. 135 do CTN, pois como não há procedimento administrativo tributário, como ficaria a comprovação de culpa pela pessoa física dos sócios? Tal questionamento será abordado especificamente no tópico abaixo.

TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES DE TRIBUTOS FEDERAIS - DCTF. COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CRÉDITO NÃO CONSTITUÍDO DEVIDAMENTE.

É pacífico na jurisprudência desta Corte que a declaração do tributo por meio de DCTF, ou documento equivalente, dispensa o Fisco de proceder à constituição formal do crédito tributário. Precedente: Recurso Especial representativo de controvérsia n.º 962.379/RS.

Não obstante, tendo o contribuinte declarado o tributo via DCTF e realizado a compensação nesse mesmo documento, também é pacífico que o Fisco não pode simplesmente desconsiderar o procedimento adotado pelo contribuinte e, sem qualquer notificação de indeferimento da compensação, proceder à inscrição do débito em dívida ativa, negando-lhe certidão negativa de débito. Precedentes: REsp 1.140.730/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.06.2011); AgRg no REsp 1.241.892/PR (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20.05.2011); AgRg no REsp 892.901/RS (Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJU de 07.03.08) e REsp 999.020/PR (Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21.05.2008).

Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2011)