

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da

Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO

JUDICIAL REVIEW APPLIED TO ADMINISTRATIVE LITIGATION

Renata Jardim de Oliveira
Yuri de Oliveira Dantas Silva

Resumo

Este estudo aborda a viabilidade de enfrentamento, pela autoridade julgadora em processo administrativo, do argumento de inconstitucionalidade da lei a ser aplicada em sede de controle de legalidade dos atos administrativos. Procede-se a uma análise crítica dos problemas gerados pela solução usualmente adotada, de não-conhecimento da irresignação do administrado, sob o fundamento da reserva de jurisdição. Realiza-se um estudo das origens do controle de constitucionalidade e da forma como é aplicado atualmente no Brasil, com o intuito de traçar um paralelo com o processo administrativo, de modo a justificar sua aplicação a este. A proposta defende a possibilidade de pronunciamento do julgador administrativo, com efeitos para o caso concreto, além de sustentar a hipótese como um direito administrado, à luz da garantia constitucional do devido processo legal e dos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência e do interesse público.

Palavras-chave: Constitucionalidade, Controle de constitucionalidade, Devido processo legal, Legalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This study has the purpose of analyzing if the administrative authority has the possibility to challenge the constitutionality of specific laws when judging on administrative processes. Critical analysis has been done based on certain problematic situations caused by the administrative praxis that comes down to not analyzing the constitutionality of laws when applying to the cases. It has been done a research concerning the origins of the judicial review and the possibility to apply it to the administrative process field. This paper presents the possibilities the administrative judge has when analyzing the suits and the defendant's right related to constitutional guarantees concerning the due process of law and the principles of legality, morality, effectiveness and public interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionality, Judicial review, Due process of law, Legality

1. INTRODUÇÃO

O trabalho proposto pretende analisar a possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade em sede de processo administrativo. Mais especificamente, se está autorizado e, ao mesmo tempo, se é juridicamente viável, que o julgador administrativo afaste a aplicação de uma lei por entender estar, esta, em desacordo com a Constituição, ou se, de modo contrário, está impedido de apreciar tal matéria.

Embora poucos trabalhos abordem a temática proposta, observa-se que há uma tendência a tratarem especificamente do processo administrativo tributário, pois é nessa seara que se encontra a maior divergência de entendimentos, atualmente.

Nesse sentido, verifica-se que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, da mesma forma que ocorre em diversos Estados, se nega a analisar alegações fundadas em inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, por entender que não possui competência constitucional, além da expressa vedação de seu regimento interno¹. Em contrapartida, o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo realiza a referida análise, com base em julgamento² de suas Câmaras Reunidas, que adotou entendimento contrário.

A despeito disso, nos tribunais de contas, o controle de constitucionalidade é admitido e constantemente realizado, sem encontrar resistências, embora se trate, da mesma forma, de processo administrativo.

Assim, surge a necessidade de uma uniformização de entendimentos, de modo a garantir a coerência interna do sistema, afinal, não é desejável que coexistam entendimentos e práticas tão antagônicas, ora permitindo ora rejeitando o juízo de constitucionalidade das leis por parte do julgador administrativo, visto se tratar, em todos os casos, de processo administrativo.

¹ "Art. 22-A. No julgamento de recurso voluntário, de ofício ou especial, fica vedado à Câmara Superior de Recursos Fiscais afastar a aplicação, em virtude de inconstitucionalidade, de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo em vigor." *apud* FROTA NETO, Francisco Chagas da. **O princípio republicano. A declaração de inconstitucionalidade no processo administrativo tributário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10993/o-principio-republicano>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

² QUESTÃO de Ordem no Proc. nº DRT 10 nº 2123/93, rel. Adhemir Ramos da Silva. Câmaras Reunidas. *Boletim III*, ano XXIII, edição Extra, nº II, fev. 1996. *Apud* FROTA NETO, Francisco Chagas da. **O princípio republicano. A declaração de inconstitucionalidade no processo administrativo tributário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10993/o-principio-republicano>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

O tema em discussão apresenta grande repercussão prática, fazendo parte da rotina diária de diversos órgãos administrativos judicantes, e diz respeito não só ao interesse privado dos administrados, mas também ao próprio interesse público da administração.

Ademais, trata-se de tema não suficientemente explorado pela doutrina jurídica e ainda objeto de muitas incertezas em sede jurisprudencial.

Nesse sentido se pronunciou Paulo Gonçalves da Costa Junior³:

“É sintomático, a propósito, que tema-alvo de tão intrincadas indagações como o ora debatido (...), não seja abordado nas principais obras dos principais constitucionalistas e administrativistas pátrios.

Apenas advogados, tributaristas militantes enveredaram no exame do assunto.

O significativo silêncio dos interessados - pois, insisto, é de controle de constitucionalidade e de competências da Administração que estamos tratando - exige investigação ou perquirição de suas causas.”

A controvérsia principal refere-se à competência da Administração Pública para a análise de constitucionalidade. Assim, faz-se necessário buscar respostas a questões como⁴: a) Seria o controle de constitucionalidade restrito e exclusivo ao Poder Judiciário?; b) À Administração Pública, sujeita ao princípio da legalidade, somente restaria aplicar a lei em sentido estrito, mesmo quando inconstitucionais?; c) E ainda, o princípio da legalidade não abrange a aplicação direta da Constituição Federal?

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao processo administrativo o mesmo status do processo judicial - concedendo-lhe, inclusive, as garantias do devido processo legal, contraditório e ampla defesa - de modo que em ambos, deve-se aplicar o Direito positivo para solucionar conflitos em casos concretos. Sendo assim, estando o julgador administrativo submetido a todo o sistema jurídico, diante de conflitos entre a Constituição e normas hierarquicamente inferiores, qual deve ser sua posição? Seria a omissão uma alternativa?

³ Voto em Separado na Questão de Ordem - SF nº 2713/95, *apud* PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário.

⁴ Questões já levantadas em: FROTA NETO, Francisco Chagas da. **O princípio republicano. A declaração de inconstitucionalidade no processo administrativo tributário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10993>>. Acesso em: 13 dez. 2010.

Não obstante tais indagações, Mazzuco⁵, em trabalho sobre o mesmo tema, questiona se é justificável que, em detrimento de um conceito de legalidade, sejam prejudicados princípios como moralidade e eficiência.

Deve-se levar em consideração, ainda, que, ao adotar a impossibilidade de o julgador administrativo afastar a aplicação de lei por inconstitucionalidade, cria-se a possibilidade de que normas inconstitucionais se perpetuem no sistema, como será demonstrado a frente, gerando sérios prejuízos ao Interesse público e à sociedade como um todo.

Pretende-se, com a pesquisa proposta, identificar qual dos posicionamentos apresentados se mostra mais indicado, de modo a atender aos seguintes critérios:

- (i) garantir a uniformidade de práticas e a coerência do sistema.
- (ii) obter resultado prático voltado ao alcance da justiça material, sob uma perspectiva substancialista.
- (iii) E, sobretudo, permitir um controle de constitucionalidade mais adequado, ou seja, que impeça a permanência de normas inconstitucionais no ordenamento.

Ao final, restando verificado não ser possível um controle de constitucionalidade da mesma forma como é feita pelo Judiciário, é preciso perquirir se haveria alguma outra forma de controle de constitucionalidade possível na via administrativa. Estaria, por exemplo, vedado inclusive o recurso da interpretação conforme a constituição?⁶

Para tanto, abordamos inicialmente, de forma detida, os principais problemas atualmente gerados pelo entendimento majoritário de vedação ao controle de constitucionalidade em sede de processo administrativo. Em seguida, foi analisado o mecanismo de controle de constitucionalidade difuso exercido hoje no Brasil e sua aplicabilidade na esfera administrativa. Foi estudado ainda o conceito de legalidade e se ele representa real impedimento ao controle proposto. Por fim, foi elaborada resumida proposta de compatibilização das limitações verificadas às necessidades do sistema.

⁵ MAZZUCCO, Giovana Ribas. **Controle de constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação. UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 9

2. PRINCIPAIS PROBLEMAS DECORRENTES DA VEDAÇÃO.

Num primeiro momento, pretende-se tratar dos principais transtornos gerados pela forma como hoje está assentada a impossibilidade de controle pela administração.

Percebe-se que, apesar de existirem órgãos administrativos que atualmente já apliquem e defendam o controle de constitucionalidade pela administração, como é o caso do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, esses casos são raros e isolados. A maior parte da doutrina repete, mesmo que muitas vezes sem maiores digressões sobre o assunto, o mantra de que ao Executivo, não é autorizado o controle de constitucionalidade. Quando se expõe algum motivo, este, quase sempre, se resume à justificativa de que não há previsão expressa na Constituição para tal controle, ou apenas a um suposto impedimento decorrente do princípio da legalidade. Fato é que, pouco se tem debruçado a doutrina sobre os fundamentos teórico que sustentam tal posição e muito menos sobre os danos causados por ela.

No presente trabalho, destacamos os dois principais problemas observados atualmente decorrentes da prática dominante nos órgãos administrativos, de não conhecer dos recursos, em sede de processo administrativo, quando estes versam sobre inconstitucionalidade da lei aplicada.

O primeiro deles refere-se à sobrecarga do judiciário com demandas repetitivas devido a impossibilidade do executivo reconhecer inconstitucionalidade. Mazzuco⁷, em trabalho sobre o mesmo tema, já descreveu tal problema de ordem prática e questionou se é justificável que, em detrimento de um conceito de legalidade, sejam prejudicados princípios como moralidade e eficiência.

Isso porque, em muitos casos, a questão de inconstitucionalidade argüida já se encontra pacificada, e mesmo assim, o julgador administrativo se vê obrigado a aplicar a lei inconstitucional, obrigando o administrado a submeter a questão ao judiciário. Assim, se verifica uma sobrecarga do judiciário com demandas idênticas e que, devido ao entendimento jurisprudencial já sedimentado, terão como resultado, apenas, a postergação do

⁷ MAZZUCCO, Giovana Ribas. **Controle de constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação. UFRGS, Porto Alegre, 2006. p. 9

reconhecimento da inconstitucionalidade, além de a Administração pública ter de arcar com toda a carga sucumbencial decorrente do processo judicial.

Mazzuco⁸ assim resumiu a situação:

(...) Trata-se de situações em que muitas vezes se procede a toda uma demanda administrativa, que virá a ser necessariamente submetida pelo contribuinte ao Judiciário, onde a questão, não raras vezes, encontra-se já pacificada.

(...) Pergunta-se, ainda, se vai atendido o princípio da eficiência, no momento em que tramitam inúmeros processos judiciais (a que se viu obrigado a ajuizar o contribuinte, para fazer valer o seu direito negado administrativamente), com toda a carga sucumbencial daí decorrente, a ser suportada pela Administração Pública, apenas porque, em nome da legalidade estrita, permanece em oposição ao entendimento já sedimentado pelo Judiciário, inclusive, como referido, perante a Corte Suprema. (...)

Seria moral a conduta do administrador que, ciente do posicionamento adotado até mesmo junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda que em controle difuso, persistisse na defesa e na aplicação de uma norma contrária à Constituição, sob o fundamento de estar observando a legalidade estrita?

O segundo grande problema observado diz respeito à perpetuação de normas inconstitucionais no sistema sem que seja viabilizado seu questionamento. Isso porque, se é verdade que, quando a inconstitucionalidade da lei é desfavorável ao administrado, este pode recorrer ao judiciário e ver - mesmo que com maior custo e morosidade - a norma afastada, o mesmo não ocorre no caso da inconstitucionalidade de lei desfavorável ao Estado, visto que, se este é obrigado a reconhecê-la como válida, e não pode recorrer de sua própria decisão, o judiciário nunca chegaria a apreciá-la.

Tal situação já foi relatada por Pena e Prado⁹, como se vê a seguir:

⁸ MAZZUCCO, Giovana Ribas. **Controle de constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação. UFRGS, Porto Alegre, 2006, p. 9

Realmente, a atividade do Tribunal de Impostos e Taxas insere-se na faculdade da Administração de rever os próprios atos, significando verdadeiro controle da legalidade do lançamento tributário.

Na hipótese de ocorrer decisão administrativa contrária ao contribuinte, este tem sempre o direito constitucional de recorrer ao Judiciário, buscando a reforma do julgado administrativo.

Todavia, essa não é uma possibilidade que se abre ao Estado, na medida em que o Tribunal de Impostos e Taxas é órgão que o integra, de tal sorte que o hipotético pleito judicial importaria confusão entre os pólos ativo e passivo da relação processual - ou seja, é juridicamente impossível.

Assim, uma norma inconstitucional será obrigatória e sistematicamente aplicada pelo Executivo, e perpetuar-se-á no sistema até que seja revogada, sem que sua constitucionalidade seja jamais questionada, embora possa ser flagrantemente inconstitucional e prejudicial ao Estado. Nesses casos, pode vir a representar perdas significativas para os cofres públicos, como freqüentemente acontece nos casos discutidos em sede de processo administrativo tributário.

3. CONTROLE DIFUSO E SUAS CORRELAÇÕES COM O PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Conforme ensinamentos de Uadi Lammêgo Bulos¹⁰, o controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia suprema das constituições. É mecanismo com finalidade de verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais são compatíveis com a carta magna. Segundo ele, controlar a constituição é examinar a adequação de dado comportamento ao texto maior, mediante a análise dos requisitos formais e materiais.

⁹ PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. **Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário.** Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm>> Acesso em : 24 ago. 2015.

¹⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

O autor ressalta que a constituição, mesmo dotada de supremacia, não está imune a abusos e violações, tanto por parte do legislador ordinário como das autoridades públicas em geral, e é exatamente aí que reside a razão de ser do controle de constitucionalidade: proteger a Constituição. Isso porque, não basta que as normas constitucionais sejam hierarquicamente e formalmente superiores às leis em geral. É necessário que haja um instrumento a ser acionado nos casos de violação à ordem suprema do Estado, consubstanciada no texto constitucional.¹¹

Assim, sempre que da aplicação de uma lei a um caso concreto, verificar-se que a conduta resultante for contrária aos preceitos insculpidos a Lei Maior, quando da interpretação da lei perceber-se que esta vai de encontro aos ditames constitucionais, deve haver mecanismo adequado que permita ao julgador afastar a aplicação da lei inconstitucional ao caso concreto.

Foi nesse sentido o raciocínio utilizado pelo Juiz Marshall, da Suprema Corte americana, ao proferir a paradigmática decisão no emblemático caso *Madson versus Marbury* (1803), que deu origem à idéia de controle de constitucionalidade difuso, realizado por todos os órgãos do poder judiciário.

Alexandre de Moraes¹² narra um trecho da mencionada decisão, que será de grande importância para a tese aqui defendida. Segundo o autor, assim justificou sua decisão o mencionado Juiz:

"(...) é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a Constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo. (...) ¹³

Percebe-se que os mesmos motivos apresentados pelo juiz para a decisão, que fundamentaram a existência do controle difuso no judiciário, estão presentes no processo administrativo.

Neste contexto, deve-se entender o termo atividade jurisdicional como aquela realizada por um julgador de forma ampla, não adstrita apenas aos órgãos do judiciário, uma vez que

¹¹BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 110.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 684.

¹³ US Court - 137 (1803). Conferir a íntegra da decisão: MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 97-100, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

também no processo administrativo há aqueles que prestam a função de julgador, ao ter de interpretar e decidir pela aplicação da lei ao caso concreto, sobretudo no exercício da autotutela do Estado no controle de legalidade de seus atos.

Assim, em sua decisão o juiz menciona que é próprio da atividade do julgador, interpretar e aplicar a lei, e afora existir na administração a função de julgador, o que já tornaria as situações semelhantes, o cerne da questão é que é próprio de todo aplicador do direito, a necessidade de interpretar a lei.

Já dizia Eros Roberto Grau, em sua obra *Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito*, que não se interpreta o direito em tiras. Para ele:

"A interpretação do direito é interpretação *do direito*, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos *do direito*.

Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.

A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum."¹⁴

A decisão paradigma, narrada por Alexandre de Moraes, assim continua:

(...) O Chief justice Marshall indagou-se:

'Para que um juiz juraria desincumbir-se de seus deveres conforme a Constituição dos Estados Unidos, se aquela Constituição não formar regra para o seu Governo? Se estiver muito acima dele, e não puder ser por ele inspecionada? "

Tendo respondido que

'se tal for o real estado das coisas, este será o pior dos vexames solenes. Prescrever ou realizar esta profanação torna-se igualmente um crime. Não é, também, inteiramente indigno de observação, que ao declarar qual será a lei suprema do País, a própria Constituição seja primeiramente mencionada: e não as leis dos Estados Unidos, geralmente, mas aquelas apenas que foram feitas em obediência à

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

Constituição, gozarão daquele respeito. Portanto, a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a **todas** as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, **assim como outros departamentos**, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada.(...)'¹⁵

Assim, se o Executivo, assim como os outros poderes, tem, num Estado Democrático de Direito, sua atividade vinculada à Constituição, acima de tudo, não poderia pautar sua atuação, sendo forçado a agir e forçando seus administrados a agir, conforme uma lei frontalmente contrária à Constituição. Estar-se-ia colocando a lei em patamar acima da Constituição. E como a citada decisão menciona, somente as leis em consonância com a constituição vinculariam o Estado, em todos os seus Poderes, o que seria um princípio inerente a todas as Constituições haja vista que visa proteger a própria integridade desta e do Estado de Direito. Importa destacar que não só os tribunais, mas todos os departamentos que compõem o Estado, sejam do judiciário ou não, estão vinculados, acima de tudo à constituição e devem agir em obediência a ela.

Dessa forma, na qualidade de aplicadores do direito, exercendo uma função que representa uma manifestação do estado, são os servidores, e sobretudo os julgadores administrativos, também intérpretes do direito. E como fica claro, no processo interpretativo, deverão, ao analisar o caso concreto, sempre enxergar a lei em confronto direto com os ditames constitucionais, devendo estes últimos, prevalecerem. Mas para que o Executivo possa se esquivar de cumprir mandamentos em desobediência à Carta Magna, é necessário que haja mecanismos para tanto.

Neste momento, vale lembrar que, da aplicação do mecanismo em comento, qual seja, do controle incidental e difuso, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros.¹⁶

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 684.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, 685.

Desse modo, o impacto da permissão de utilização desse tipo de controle pelo julgador administrativo, órgão também técnico, não seria prejudicial ao sistema, tendo em vista que a decisão administrativa não gera trânsito em julgado. Desse modo, em função do princípio da inafastabilidade do Judiciário, o administrado que se sentisse prejudicado com a decisão em sede de processo administrativo sempre poderia recorrer ao judiciário para ter sua demanda apreciada, de modo que o Judiciário faria o controle sobre a atuação do Executivo. Mas ao mesmo tempo, tal mecanismo permitiria que o Estado - administração tivesse autonomia para agir em obediência à constituição e evitaria demandas burocráticas, ao se permitir que, ao menos pudessem, os julgadores administrativos, reproduzir a aplicação de jurisprudências já pacificadas nos tribunais competentes para julgar suas decisões.

Evitar-se-ia assim a sobrecarga do judiciário, que só precisaria se ater aos casos de insatisfação do administrado, o que reduziria em muito as demandas, haja vista que, tomando-se como exemplo o processo administrativo tributário, há muito tempo já é anseio do contribuinte que o julgador reconheça a inconstitucionalidade das normas que aplica.

Capelletti, ao analisar o sistema comum de controle de constitucionalidade dos países da *common law*, denomina-os de *descentralizados* ou *difusos*, e resume seu funcionamento como sendo confiado a todos os tribunais do país, que em qualquer processo,

"(...) têm a faculdade e a obrigação de não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais. Este controle não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo, com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional. (...)" ¹⁷ **grifo nosso**

Assim, defenderemos aqui, o entendimento de que, é inerente a toda atividade de julgamento, a aplicação e por conseguinte a interpretação das leis. Essa interpretação não pode ser feita de forma seccionada, dissociada da constituição, que seria o fundamento de legitimidade e validade da lei inferior. Além disso, a atuação do Executivo, no Estado Democrático de Direito deve ser guiado sobretudo pela Constituição. De onde se conclui, utilizando-se as palavras de Capelletti, que deve ser também uma faculdade e obrigação do julgador administrativo, não aplicar a um caso concreto as leis e atos normativos que considerem inconstitucionais.

¹⁷ CAPELLETTI, Mauro. *Tribunales constitucionales europeos...* Op. cit. p. 601, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 684.

3.1 Da atividade de julgamento

Neste contexto, deve-se ressaltar que o Poder Executivo também exerce atividade tipicamente judicante, atipicamente exercida em seu âmbito administrativo, quando em sede de processo administrativo. Tomaremos como referência neste estudo o caso do processo administrativo tributário, porque este apresenta estrutura complexa e semelhante à do judiciário, facilitando a demonstração do exercício da atividade judicante.

Adotando tal entendimento, inclusive, o (TIT) da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda do Estado de São Paulo já abordou o tema da possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade por tribunal administrativo.

Em 1996, em Questão de Ordem Regimental, o Plenário, por decisão não unânime, entendeu que “O Egrégio Tribunal de Impostos e Taxas por qualquer de suas Câmaras é competente para deixar de aplicar lei inconstitucional ou decreto ilegal em casos concretos”¹⁸

A decisão fundou-se em algumas premissas, residindo a principal delas na idéia de que o Tribunal de Impostos e Taxas exerce jurisdição e que essa atividade não admite limites, havendo plena coincidência ou associação entre jurisdição e controle de constitucionalidade.¹⁹

Embora a posição do Tribunal de Impostos e Taxas seja ainda minoritária e controversa, de fato, há previsão constitucional que ampare a afirmação de que o executivo exerce atividade judicante. Nesse ponto, a corrente que defende o controle de constitucionalidade em âmbito administrativo ampara-se na previsão constitucional do processo administrativo insculpida no art. 5º e tratado com igualdade ao processo judicial, sendo garantido um tratamento semelhante com base no princípio do devido processo legal.

O princípio constitucional do devido processo legal está previsto no inciso LIV do art. 5º da

¹⁸ (processo SF nº 2713\95), apud **PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo**. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm> Acesso em : 24 ago. 2015.

¹⁹ **PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo**. Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm> Acesso em : 24 ago. 2015.

Constituição Federal de 1988, especificando-se, no inciso LV, a ampla defesa e o contraditório, como seus corolários, nos seguintes termos:

Art. 5º [...]:

[...];

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

[...].

O devido processo legal - com aplicação expressa na esfera administrativa - é uma verdadeira garantia em favor dos cidadãos que se encontrem sob risco de serem privados de direitos, que julgam dispor, sob abrigo do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, qualquer intromissão no patrimônio jurídico dos administrados, por meio de ato da Administração, deverá ser precedida de diálogo, representado pela oposição de argumentos e provas, na oportunidade de ouvir e de ser ouvido, para, apenas ao fim do procedimento, chegar-se a uma conclusão, correspondente à fundamentação do ato.

Assim, passamos a uma breve análise dos princípios que compõem o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, aplicados ao processo administrativo.

O contraditório implica assegurar à parte o direito de audiência, em todo o trâmite processual, bem assim o de produção das provas que lhe interessarem à demonstração de seu direito.

Já a ampla defesa, deve ser verdadeiramente ampla, atendendo a necessidade de uma defesa real e efetiva, prévia e sem limitações ao conhecimento dos argumentos invocados por quem a exerça, como forma de garantir a transparência da atuação administrativa, quando voltada ao sacrifício de direitos ou interesses dos administrados.

Situando tais conceitos no âmbito do processo administrativo tributário, Humberto Meira defende que (...) "o processo penetra no seio da atividade administrativa, quando o cidadão - contribuinte insurge-se contra a pretensão estatal de exigir a obrigação fiscal, por considerá-la ilegal, lesiva ou irregular". De modo que, somente a partir do momento em que surge a litigiosidade da relação, é que se poderia falar em processo tributário, com

aplicação de todos os princípios inerentes ao âmbito do direito processual. Antes, ter-se-ia apenas procedimento (de lançamento, de aplicação de penalidade, de arrecadação e cobrança) que são atividades de aplicação da lei, mas sem o caráter de atividade julgadora.

Tendo por base tais diferenciações, para identificarmos os limites do processo administrativo, mas retomando as garantias do contraditório e da ampla defesa em seu seio, verificamos que, em alguns casos os mencionados princípios constitucionais foram utilizados como argumento para justificar a realização de um controle de constitucionalidade nos julgamentos dos processos administrativos tributários.

Quanto a isso, Maria Teresa de Cárcomo Lobo²⁰, afirma que, o princípio da ampla defesa compreende o direito de ser ouvido e o de produzir provas. Do direito de ser ouvido, salienta a autora que decorrem o direito "a expressa consideração pela Administração dos argumentos expendidos pelo contribuinte em sua defesa", bem assim os deveres de "a Administração decidir sobre os requerimentos apresentados" e "decidir fundamentadamente".

Neste sentido, em respeito ao princípio da ampla defesa, não poderia o julgador administrativo se recusar a analisar pleito do administrado quando este se fundasse na inconstitucionalidade da lei aplicada ao acaso concreto, pois estar-se-ia limitando a capacidade de defesa do litigante.

Este é o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins²¹, ao defender que, ante a garantia da ampla defesa, não poderia o julgador administrativo deixar de analisar o argumento de inconstitucionalidade da lei, oposto pelo contribuinte.

3.2 - Cláusula De Reserva De Plenário

É importante, nesse ponto, mencionarmos a cláusula de reserva de plenário, para percebermos que também o judiciário exerce o controle difuso de uma forma diferente daquela prevista

²⁰ LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) **O Princípio da Moralidade no direito tributário**. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 24.

²¹ MARTINS, Ives Gandra. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) **Processo administrativo tributário**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

explicitamente na constituição. E isso se deu pelos mesmos motivos pelos quais defendemos no presente trabalho a aplicação dessa modalidade de controle no processo administrativo.

O controle difuso realizado pelo judiciário está previsto no art. 97, CF.

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.²²

Embora no passado a jurisprudência do STF tenha proclamado que a desconsideração do princípio em causa geraria a nulidade da decisão judicial que, emanando de órgão meramente fracionário, haja declarado a inconstitucionalidade de determinado ato estatal, percebe-se que os juízos monocráticos vêm realizando o controle de constitucionalidade sistematicamente.

Tratando sobre o tema, nos ensina Alexandre de Moraes²³ que a Primeira Turma do STF, entende, excepcionalmente, dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição Federal, desde que presentes dois requisitos:

"a. existência anterior de pronunciamento da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo pelo Plenário do STF;

b. existência, no âmbito do tribunal a quo, e em relação àquele mesmo ato do Poder Público, de uma decisão plenária que haja apreciado a controvérsia constitucional, ainda que desse pronunciamento não tenha resultado o formal reconhecimento da inconstitucionalidade da regra estatal questionada."

Contudo, segundo o referido autor, há entendimento mais recente do Plenário do STF entendendo que ,

"versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o STF - descabe o deslocamento previsto no art. 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionário homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do art. 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta a princípio da economia e celeridade. A razão de ser do preceito está na necessidade de evitar-se que órgãos fracionários apreciem, pela primeira vez, a

²² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, 687.

pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo".²⁴

Diante disso, conforme explica o autor, a cláusula de reserva de plenário não veda a possibilidade de juiz monocrático declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, mas apenas determina uma regra especial aos tribunais para garantia de maior segurança jurídica.

Assim, o mesmo raciocínio aplicado ao judiciário para ampliar seu poder de controle difuso deveria ser estendido ao julgador administrativo. Seria apenas o caso de se permitir que fosse aplicada a jurisprudência quando, "versando a controvérsia (administrativa) sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo o STF" mesmo que de modo incidental, ou ainda quando já tiver sido declarada a inconstitucionalidade da lei em decisão do plenário do tribunal ao qual seria levada a decisão administrativa. Tal entendimento teria a mesma razão de ser da decisão que ampliou o campo de aplicação do controle em sede judicial, uma vez que estar-se-ia evitando a burocratização dos atos judiciais, em prol dos princípios administrativos da eficiência e da moralidade, e dos princípios processuais do devido processo legal, da celeridade e da economia processual.

4. DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Princípio da legalidade está previsto de forma ampla no art. 5º, II, CF²⁵:

art. 5º

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

(...)

Como salienta Alexandre de Moraes, ao citar Ives Gandra Martins e Celso Bastos, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, tendo em vista que não tutela, especificamente um bem da vida, mas assegura ao

²⁴ RTJ 162/765 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, 687.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

particular a prerrogativa de repelir as imposições que lhe sejam impostas por uma via que não seja a da lei. (...) ²⁶

Mas, nesse contexto, deve-se fazer importante observação, já ressaltado anteriormente, por Garcia de Enterría, de que, no que tange ao conteúdo das leis a que o princípio da legalidade remete, deve ficar claro que não se pode admitir como válido qualquer conteúdo. Não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores' que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais." ²⁷

Ainda sobre o assunto, mas de forma mais específica, ao discorrer sobre o descumprimento da lei ou ato normativo inconstitucional pelo poder executivo, Alexandre de Moraes assim se posiciona:

"O Poder Executivo, assim como os demais Poderes de Estado, está obrigado a pautar sua conduta pela estrita legalidade., observando, primeiramente, como primado do Estado Democrático de Direito, as normas constitucionais. Dessa forma, não há como exigir-se do Chefe do Poder Executivo o cumprimento de uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional podendo e devendo, lícitamente, negar-se cumprimento, sem prejuízo do exame posterior pelo Judiciário." ²⁸

Contudo, faz-se ressalva de que somente seria aplicável ao chefe do executivo, não se estendendo aos funcionários administrativos.

Contudo, discordamos desse posicionamento final tanto pelos motivos já explicitados anteriormente ao longo do presente trabalho, como pelos motivos a seguir.

Primeiramente, o afastamento e não aplicação de norma inconstitucional deve ser uma tarefa técnica e não política. Assim, não haveria necessidade de ser feita por um agente eminentemente político mas sim por um corpo técnico capacitado, a exemplo do que ocorre no judiciário.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

²⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Princípio da legalidade na constituição espanhola. *Revista de Direito Público*, nº 86, p. 6, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37.

²⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 677.

Além disso, o principal fundamento apresentado pelo referido autor para justificar essa posição mais restritiva seria a de uniformização da ação administrativa. Contudo, tal problema pode ser facilmente solucionado, uma vez que os órgãos administrativos possuem mecanismos próprios e adequados à fixação e uniformização de entendimentos e interpretações técnicas das normas, como por exemplo, a expedição de pareceres normativos, normas técnicas.

4.1 Da legalidade Estrita

Na abordagem de um controle do ato administrativo, que signifique reconhecer a inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto, não raras vezes se enfrenta o argumento de que a Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da legalidade estrita, o que a princípio, justificaria a manutenção de um ato correspondente à lei, embora sem respaldo constitucional.

Nas decisões do Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, por diversas vezes, o recurso manejado pelo administrado não é conhecido, por haver argüição de inconstitucionalidade da lei aplicada. Na maioria das vezes, o julgador administrativo alega o princípio da legalidade estrita, dentre outros fundamentos, para eximir-se da análise de constitucionalidade proposta pelo recorrente.²⁹ (colocar na referência as decisões)

Nesse diapasão, convém lembrar que a origem do princípio da legalidade guarda íntima relação com o fenômeno da separação dos Poderes do Estado, surgido como meio de combate aos abusos da era absolutista. Nessa concepção inicial, o princípio da legalidade tinha por finalidade uma forma de controle do Poder Legislativo sobre os desmandos do Executivo, consubstanciado na figura do monarca.

Dessa época em diante, observou-se um período em que o conceito de legalidade passou a sofrer certas distorções, culminando no que se poderia chamar de legalismo, ou de

²⁹ MAZZUCCO, Giovana Ribas. **Controle de constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação. UFRGS, Porto Alegre, 2006, p. 10

legalidade formal, que prioriza a lei enquanto tal, sem maior atenção ao seu conteúdo, o que é por muitos hoje combatido.

Tendo o Estado passado por profundas alterações na sua estrutura e mesmo em sua concepção teórica, o conceito do referido princípio vem sofrendo novas transformações que o adéquem a essa nova conformação de Estado e que atenda adequadamente a seus propósitos.

Odete Medauar³⁰ informa que as manifestações desse legalismo formal conduziram, necessariamente, à busca de uma abordagem valorativa do princípio, chegando-se hoje a uma idéia mais abrangente, de vinculação ao ordenamento jurídico. A autora discorre sobre o tema da seguinte forma:

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade com bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.³²

Dentre aqueles que defendem uma interpretação mais ampla do princípio da legalidade pela administração, há aqueles que, a exemplo de José Eduardo Soares de Melo³³, fazem uma diferenciação entre o servidor administrativo que executa função de mero aplicador, executor de leis e aquele que exerce a atividade judicante, contudo, é consenso que, ao administrador, em sua função julgadora, há de ser assegurada maior

³⁰ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144-145.

³² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 144-145.

³³ MELO, José Eduardo Soares. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) Processo administrativo tributário. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 301.

independência e mobilidade, para que possa proceder à interpretação sistemática do ordenamento.

É precisamente nesse momento, numa busca por uma interpretação mais adequada do princípio da legalidade, que esteja em consonância com todo o ordenamento e, sobretudo, com os demais princípios contidos na própria Constituição Federal que surgem as propostas de ponderação de princípios.

Invocam-se particularmente as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, também impostos à esfera administrativa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal), como já mencionado anteriormente, pois, é, precisamente em tais garantias que se abre, ao julgador administrativo, a porta de acesso ao ordenamento jurídico global, o que vem representar não apenas a liberdade, mas o dever de superar o limite da legalidade estrita, para assegurar a realização do Direito.

Assim, sugere Xavier que, em se tratando de Administração judicante, há de se invocar o princípio da juridicidade, mais abrangente que o da legalidade. E conclui que a afirmação em sentido contrário não poderia prosperar, pois necessariamente construiria argumento tal como se o art. 5º, inciso LV, da Constituição pura e simplesmente não existisse.³⁴

Além do devido processo legal, essa dita legalidade estrita deve ser interpretada em harmonia com outros princípios de mesma hierarquia e previstos inclusive em mesmo caput, do art. 37 da Constituição, igualmente direcionados à atuação da administração, qual sejam, os princípios da eficiência e da moralidade. Isso porque, uma atuação do julgador administrativo que, em sede de controle de legalidade de seus atos, feche os olhos à inconstitucionalidade da lei que aplica, mesmo ciente de posição já pacificada nos tribunais quanto à inconstitucionalidade da lei, como já explicado anteriormente, gerando custos aos administrados (contribuintes), e a sobrecarga do judiciário, onerando-se a máquina pública, bem como postergando injustificadamente uma prestação estatal, fere, em nome de uma pretensa legalidade estrita, princípios tais como

³⁴ XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005,p.96.

a eficiência, a moralidade bem como o interesse público.

O interesse público encontra-se prejudicado face a essa legalidade de amplitude restrita, também quando se toma como referência o segundo problema relatado no primeiro capítulo deste trabalho, qual seja, a perpetuação de normas inconstitucionais.

Nesses casos, quando a lei inconstitucional beneficia o contribuinte/administrado observa-se que, ao ser aplicada, não há mecanismos posteriores para se questionar a inconstitucionalidade desta em juízo, o Estado, sobretudo no âmbito do processo administrativo tributário, que trata de quantias vultosas, deixa de arrecadar valores consideráveis, ferindo o princípio do Interesse público, e conseqüentemente a sociedade como um todo.

Embora hajam meios para se retirar tais normas do sistema, como é o caso de ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade por parte do chefe do Executivo, tal situação não se observa na prática.

5. PROPOSTA

Com base em tudo o que até aqui foi exposto, entende-se que a interpretação da lei deverá ser sempre feita pelo julgador administrativo, em conformidade com a constituição. Assim, é lícito dizer que no processo administrativo, o julgador já poderia se valer da técnica da interpretação conforme a constituição, uma vez que é método interpretativo.

Com base na interpretação da Constituição, de seus princípios e dos conceitos aplicados ao próprio Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos, já seria possível aplicar alguma espécie de controle difuso. Traçando-se um paralelo com o sistema difuso realizado no judiciário, poderia e deveria ser feito um controle nos mesmos moldes, apenas para aplicar as jurisprudências do tribunal respectivo ou do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em controle incidental, concreto.

Embora tal leitura já possa ser feita com fundamento apenas na interpretação do ordenamento jurídico, o ideal é que houvesse previsão constitucional expressa autorizando e regulando o

controle de constitucionalidade difuso a ser exercido pela administração, limitando-se assim sua abrangência.

Outra possibilidade viável de solução, seria a permissão advinda de decisão do STF com efeito *erga omnes* autorizando e disciplinando o mecanismo de controle difuso a ser feito por analogia ou simetria ao do judiciário.

Contudo, para a previsão constitucional expressa, seria necessário a propositura de PEC. Já para uma decisão do STF seria necessário que a situação fosse questionada em juízo, chegando à apreciação do Supremo. Ocorre que, como mencionada a dificuldade de que a matéria seja apreciada pelo judiciário, tal circunstância somente ocorrerá caso os as instâncias administrativas de decisão passem a aplicar esse controle de forma motivada, para que sejam então levadas à apreciação pelo judiciário.

6. CONCLUSÃO

Diante dos problemas apontados no estudo, que são causados pela vedação ao controle de constitucionalidade em sede de processo administrativo - a sobrecarga do judiciário, e a permanência de leis inconstitucionais no sistema - constatou-se que é necessário encontrar uma forma de se permitir e viabilizar a aplicação do referido controle.

Ao se analisar as origens do controle difuso, percebeu-se que os motivos que fundamentaram a existência do controle difuso no judiciário, estão presentes no processo administrativo.

Verificou-se que é inerente a toda atividade de julgamento, a aplicação e por conseguinte a interpretação das leis. Essa interpretação não pode ser feita de forma seccionada, dissociada da constituição, que seria o fundamento de legitimidade e validade da lei inferior. Além disso, a atuação do Executivo, no Estado Democrático de Direito deve ser guiado sobretudo pela Constituição.

Identificou-se que o Poder Executivo também exerce atividade típica de julgar, sendo inclusive previsto pela Constituição no seu art. 5º, LV, o tratamento igualitário entre o processo administrativo e o judicial, sendo conferido a ambos a garantia do contraditório e da ampla defesa. E neste sentido, em respeito ao princípio da ampla defesa, não poderia o

juiz administrativo se recusar a analisar pleito do administrado quando este se fundasse na inconstitucionalidade da lei aplicada ao caso concreto, pois estar-se-ia limitando a capacidade de defesa do litigante.

No que tange ao princípio da legalidade, verificou-se que não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem 'dentro da Constituição' e especialmente de acordo com sua 'ordem de valores'. Assim, a interpretação da legalidade estrita como forma de vedação ao exercício de um controle de constitucionalidade deve ser reformulado.

Em busca de uma abordagem valorativa do princípio, chega-se hoje a uma idéia mais abrangente, de vinculação ao ordenamento jurídico.

Além do devido processo legal, essa dita legalidade estrita deve ser interpretada em harmonia com outros princípios de mesma hierarquia e previstos inclusive em mesmo caput, do art. 37 da Constituição, igualmente direcionados à atuação da administração, qual sejam, os princípios da eficiência e da moralidade, do interesse público, etc...devendo, ao entrar em choque com estes, ser flexibilizado.

Por fim, percebeu-se que o juiz deverá fazer uma interpretação conforme a constituição sempre que possível. Quando não for possível, devem existir mecanismos para a realização do controle. Traçando-se um paralelo com o sistema difuso realizado no judiciário, poderia e deveria ser feito um controle nos mesmos moldes, apenas para aplicar as jurisprudências do tribunal respectivo ou do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em controle incidental, concreto.

Embora tal leitura já possa ser feita com fundamento apenas na interpretação do ordenamento jurídico, o ideal é que houvesse previsão constitucional expressa autorizando e regulando o controle de constitucionalidade difuso a ser exercido pela administração, limitando-se assim sua abrangência.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FROTA NETO, Francisco Chagas da. **O princípio republicano. A declaração de inconstitucionalidade no processo administrativo tributário**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1703, 29 fev. 2008. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/10993/o-principio-republicano>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) **O Princípio da Moralidade no direito tributário**. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra. Processo administrativo tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) **Processo administrativo tributário**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZUCCO, Giovana Ribas. **Controle de constitucionalidade no Processo Administrativo Tributário**. Dissertação. UFRGS, Porto Alegre, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRA, Humberto. A garantia do devido processo legal no processo administrativo tributário à luz do critério da lide. In: MARINS, James (Coord.) **Processo tributário**. Curitiba: Juruá, 2001.

MELO, José Eduardo Soares de. O princípio da moralidade no direito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.) **O princípio da moralidade no direito tributário**. 2.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

PENA, Ana Maria Moliterno; PRADO, Clayton Eduardo. **Impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade no âmbito do processo administrativo tributário**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/teses/Ana%20e%20Clayton.htm>> Acesso em : 24 ago. 2015.

XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.