

— Taxa de Obras incidente sobre o corte de florestas. Ilegitimidade de sua cobrança — CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO ..	463
— Taxa Judiciária e sua repercussão nas Precatórias de Avaliação de bens situados dentro da jurisdição do Estado do Rio de Janeiro — RICARDO LOBO TORRES — RAUL SOARES DE SÁ — RICARDO AZIZ CRETTON	468
— Tempo de serviço público federal, estadual ou municipal prestado pelo policial ou bombeiro militar anteriormente à sua incorporação em uma daquelas Organizações, como tempo de efetivo serviço — ALCYR LINTZ GERALDO	471
— Recolhimento de tributos nas precatórias limitadas ao território do Estado do Rio de Janeiro há de verificar-se na jurisdição do Juízo do inventário, O — RAUL SOARES DE SÁ e RICARDO AZIZ CRETTON	482

PARECERES NORMATIVOS

— PN 1 — Imposto de Transmissão "Causa-Mortis" — NILTON MACHADO BARBOSA	486
— PN 2 — Poder Regulamentar. Natureza jurídica, conteúdo, espécies, efeitos, limites e eficácia — AMILCAR MOTTA	489
— PN 3 — Cancelamento de créditos da Fazenda Pública — HUGO MAURÍCIO SIGELMANN	508
— PN 4 — Gratificação de tempo integral — JOÃO RIBEIRO SIMÕES JÚNIOR	511
— PN 5 Inquérito Administrativo iniciado quando ainda existente o Estado da Guanabara — Funcionários transferidos para o Município do Rio de Janeiro — Autoridade competente para aplicar a penalidade sugerida pela Comissão — PEDR AUGUSTO GUIMARÃES	520
— PN 7 — Dupla percepção de salário família — JOSÉ ALBERTO MARINHO SOARES	526
— PN 6 — Táxi — "Autonomia" — Veículo licenciado para a prestação de serviço de transporte de passageiros a aluguel. Permissão. Intransferibilidade "inter-vivos" ou "causa-mortis". Possibilidade de modificação de norma de amparo social. Competência do Governador. Competência do Prefeito do Município do Rio de Janeiro — NEWTON BARROCA	529

ASSUNTOS DE INTERESSE GERAL

— O Humanismo Jurídico na Profissão do Direito (Conferência) — LAUDO DE ALMELDA CAMARGO	558
— PETRÔNIO DE CASTRO SOUZA (Necrológico)	570

ÍNDICE ALFABÉTICO E REMISSIVO	571
-------------------------------------	-----

O PROCESSO ADMINISTRATIVO

HELY LOPES MEIRELLES
Professor de Direito e Advogado
em S. Paulo

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS: Processo e procedimento — O processo administrativo e suas espécies. — II. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: Legalidade objetiva — Oficialidade — Informalismo — Verdade material — Garantia de defesa. — III. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: Instauração — Instrução — Defesa — Relatório — Julgamento. — IV. MODALIDADES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO: Processo de expediente — Processo de outorga — Processo de controle — Processo punitivo. — V. O PROCESSO DISCIPLINAR: Conceito — Procedimento. — VI. O PROCESSO TRIBUTÁRIO: Conceito — Os procedimentos regidos pelo Decreto n.º 70.235/72.

I. CONSIDERAÇÕES GERAIS

PROCESSO E PROCEDIMENTO — *Processo* é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; *procedimento* é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, por exemplo, os de licitações e concursos. O que caracteriza o *processo*, é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o *procedimento de um processo adminis-*

trativo é o encadeamento de atos para a obtenção de uma decisão jurisdicional da Administração.¹

Entretanto, como na prática administrativa toda autuação interna recebe a denominação de “processo”, tenha ou não natureza jurisdicional, impõe-se distinguir os *processos administrativos propriamente ditos*, ou seja, aqueles que encerram um litígio entre a Administração e o administrado, dos *impropriamente ditos*, isto é, dos simples expedientes que tramitam pelos órgãos administrativos, sem qualquer controvérsia entre os interessados. Com esta ressalva, e para evitar divergência terminológica entre a teoria e a prática, continuaremos a chamar de *processo administrativo* o que no rigor da doutrina seria *procedimento administrativo*.

O PROCESSO ADMINISTRATIVO E SUAS ESPÉCIES — O processo administrativo é o *gênero*, que se reparte em várias *espécies* dentre as quais as mais freqüentes se apresentam no *processo disciplinar* e no *processo tributário* ou *fiscal*. Entretanto, vem-se escrevendo e legislando sobre essas espécies como se elas constituíssem categorias autônomas, desvinculadas dos princípios gerais que regem todo o gênero administrativo. Essa visão isolada do *processo disciplinar* e do *tributário* responde em boa parte pelas distorções de seus procedimentos, que ficam assim indevidamente afastados das regras superiores que devem nortear toda e qualquer conduta jurisdicional da Administração para segurança de seus julgamentos e garantia dos direitos dos administrados. Já é tempo de inserirmos o processo disciplinar e o tributário no quadro geral dos processos administrativos, sujeitando-os aos seus princípios e ao tratamento doutrinário conveniente à correta sistematização dos respectivos procedimentos.

A verdade é que, entre nós, o processo administrativo não tem merecido os estudos teóricos necessários à sua compreensão doutrinária e à sistematização metodológica, que, naturalmente,

¹ Afaste-se a errônea idéia de que *decisão jurisdicional* ou *ato de jurisdição* é privativa do Judiciário. Não é assim. Todos os órgãos e Poderes têm e exercem *jurisdição* nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação. Privativa do Judiciário é somente a *decisão judicial*, que faz coisa julgada em sentido formal e material, *erga omnes*. Mas, a *decisão judicial* é espécie do *gênero jurisdicional*, que abrange toda decisão de controvérsia no âmbito judiciário ou administrativo (cf. nesse sentido: Franco Sobrinho, *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, S. Paulo, 1971, pág. 163; Villar y Romero, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, 1948, págs. 5 e segs.).

informaria a legislação e aprimoraria os julgamentos internos da Administração. Certo é que o processo administrativo não pode ser unificado pela legislação federal, para todas as entidades estatais, em respeito a autonomia de seus serviços. Mas a teoria geral incumbir-se-á dessa unificação, com real vantagem para a jurisdição e para os jurisdicionados, sabido que tais processos sujeitam-se a *princípios* universais, desenvolvem-se por *fases* autônomas e diversificam-se em *modalidades* adequadas à consecução de seus objetivos, como tudo veremos no decorrer desta exposição.

Feitas essas considerações introdutórias, tentaremos formular a *teoria geral do processo administrativo*, para, ao final, apreciarmos as duas de suas espécies mais praticadas, ou seja, o *processo disciplinar* e o *processo tributário* ou *fiscal*, no direito pátrio.

II. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo, nos Estados de Direito, está sujeito a cinco princípios de observância constante, a saber: o da *legalidade objetiva*, o da *oficialidade*, o do *informalismo*, o da *verdade material* e o da *garantia de defesa*.

LEGALIDADE OBJETIVA — O *princípio da legalidade objetiva* exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei. Daí sustentar Giannini que o processo, como o recurso administrativo, ao mesmo tempo que ampara o particular, serve também ao interesse público na defesa da norma jurídica objetiva, visando manter o império da legalidade e da justiça no funcionamento da Administração.² Todo processo administrativo há que embasar-se, portanto, numa norma legal específica para apresentar-se com *legalidade objetiva*, sob pena de invalidade.

OFICIALIDADE — O *princípio da oficialidade* atribui sempre a movimentação do processo administrativo à Administração, ainda que instaurado por provocação do particular: uma vez iniciado, passa a pertencer ao Poder Público, a quem compete o seu impulsionamento, até a decisão final. Se a Administração o retarda,

² Massimo Severo Giannini, *La Giustizia Amministrativa*, Roma, 1966, págs. 48 e segs.

ou dele se desinteressa, infringe o *princípio da oficialidade*, e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão. Outra consequência deste princípio é a de que a instância não perime, nem o processo se extingue pelo decurso do tempo, senão quando a lei expressamente o estabelece.

Sobre este princípio é altamente elucidativa a seguinte lição de Gordillo: “El principio de la oficialidad, derivada del principio de la legalidad objetiva, tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento. En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la Administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: de allí que la inacción del administrado no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable proyectar la creación legislativa de un tal caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, normalmente, su continuación no depende de la voluntad del particular. Y, por supuesto, es errado pretender aplicar por analogía, en ausencia de normas expresas, la institución procesal de la perención de instancia; si la ley expresamente no lo determina, la institución procesal mencionada es inaplicable, pues, como decimos, el principio imperante en el procedimiento administrativo no es la impulsión de las partes, sino la impulsión de oficio, principio éste a nuestro juicio incompatible con el de perención o caducidad de instancia.”³

INFORMALISMO — O *princípio do informalismo* dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, principalmente para os atos a cargo do particular. Bastam as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental. Garrido Falla lembra com oportunidade que este princípio é de ser aplicado com espírito de benignidade e sempre em benefício do administrado, para que, por

³ Agustín A. Gordillo, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, págs. 59-60.

defeito de forma, não se rejeitem atos de defesa e recursos mal qualificados.⁴

Realmente, o processo administrativo deve ser simples, despedido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais. Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes.

VERDADE MATERIAL — O *princípio da verdade material*, também denominado da *liberdade na prova*, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da *verdade material* em contraste com a *verdade formal*. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve cingir-se às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até o julgamento final, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a *reformatio in pejus* nos recursos administrativos, quando a reapreciação da prova, ou a nova prova, conduz o julgador de segunda instância a uma *verdade material* desfavorável ao próprio recorrente.

GARANTIA DE DEFESA — O *princípio da garantia de defesa*, entre nós, decorre do mandamento constitucional do *devido processo legal* (Const. Rep., art. 153, §§ 15 e 36), que teve origem no *due process of law* do direito anglo-norte-americano.⁵

⁴ Fernando Garrido Falla, *Régimen de Impugnación de los Actos Administrativos*, Madri, 1956, págs. 256 e segs.

⁵ O *due process of law* é criação do direito anglo-norte-americano (Cap. 29 da Magna Carta e Emenda V da Constituição norte-americana), principalmente para conter os excessos da Administração, estando agora regulamentado nos Estados Unidos pelo “Federal Administrative Procedure Act”, de 1946, que rege todos os processos administrativos e a revisão desses processos pelos órgãos judiciais (cf. Jorge Tristan Bosch, *El Procedimiento Administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, págs. 39 e segs., e também Edward S. Corwin, *A Constituição Norte-Americana e seu Significado Atual*, trad. de Lêda Boechat Rodrigues, Rio, 1959, pág. 263).

Por *garantia de defesa* deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.

Dai a justa observação de Gordillo de que “El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo”.⁶ O que coincide com esta advertência de Frederico Marques: “Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal.” E remata o mesmo jurista: “Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa.”⁷

Processo administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio constitucional do *devido processo legal*, ou mais especificamente, da *garantia de defesa*.⁸

III. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

As fases comuns ao processo administrativo propriamente dito, ou seja, a todo aquele destinado a propiciar uma decisão vinculan-

⁶ Agustín A. Gordillo, *La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en el Procedimiento Administrativo*, in Rev. Dir. Públ. 10/16, e também na obra citada anteriormente, p. 72.

⁷ José Frederico Marques, *A Garantia do “due process of law” no Direito Tributário*, in Rev. Dir. Públ. 5/28. No mesmo sentido, veja-se Sergio de Andrea Ferreira, *A Garantia da Ampla Defesa no Direito Administrativo Processual Disciplinar*, in Rev. Dir. Públ. 19/60; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Introdução ao Direito Processual Administrativo*, Ed. RT, S. Paulo, 1971, pág. 328.

⁸ STF: Rev. Dir. Adm. 73/136, 97/110, 114/142, 118/99; TFR: Rev. do TFR 34/140, Rev. Dir. Adm. 38/254; TJMG: Rev. Dir. Públ. 20/245; TJSP: Rev. Dir. Adm. 45/123, 54/364, Rev. Tribs. 261/365, 321/260; 1.º TASP: Rev. Tribs. 257/483, 260/563, 270/632, 345/352.

te sobre atos, fatos, situações e direitos controvertidos perante o órgão competente, são cinco e se desenvolvem nesta ordem: *instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento*.

INSTAURAÇÃO — A *instauração* é a apresentação escrita dos fatos e indicação do direito que ensejam o processo. Quando provém da Administração deve consubstanciar-se em *portaria, auto de infração, representação* ou *despacho inicial da autoridade competente*; quando provocada pelo administrado ou pelo servidor deve formalizar-se por *requerimento* ou *petição*. Em qualquer hipótese a peça instauradora recebe autuação para o processamento regular pela autoridade ou comissão processante. O essencial é que a peça inicial descreva os fatos com suficiente especificidade de modo a delimitar o objeto da controvérsia e a permitir a plenitude da defesa. Processo com instauração imprecisa quanto à qualificação do fato, e sua ocorrência no tempo e no espaço, é nulo.

INSTRUÇÃO — A *instrução* é a fase de elucidação dos fatos, com a produção de provas da acusação no processo punitivo, ou de complementação das iniciais no processo de controle e de outorga, provas essas que vão desde o depoimento da parte, as inquirições de testemunhas, as inspeções pessoais, as perícias técnicas, até a juntada de documentos pertinentes.

DEFESA — A *defesa*, como já vimos, é garantia constitucional de todo acusado (art. 153, § 15), em processo judicial ou administrativo, e compreende a ciência da acusação, a vista dos autos na repartição, a oportunidade para oferecimento de contestação e provas, a inquirição e reperguntas de testemunhas, e a observância do devido processo legal (*due process of law*). É um princípio universal dos Estados de Direito, que não admite postergação, nem restrições na sua aplicação. Processo administrativo sem oportunidade de *ampla defesa*, ou com *defesa cerceada*, é nulo. Claro está que a autoridade que presidir o processo poderá indeferir provas impertinentes ou indicadas com intuito protelatório ou tumultuário, mas, para tanto, deverá justificar objetivamente a sua rejeição. É admissível a defesa pelo próprio acusado ou por advogado regularmente constituído para o processo.

RELATÓRIO — O *relatório* é a síntese do apurado no processo, feita por quem o presidiu individualmente, ou pela comissão

processante, com apreciação das provas, dos fatos apurados, do direito debatido, e proposta conclusiva para decisão da autoridade julgadora competente. É peça informativa e opinativa, sem efeito vinculante para a Administração ou para os interessados no processo. Daí por que pode a autoridade julgadora divergir das conclusões e sugestões do relatório, sem qualquer ofensa ao interesse público ou ao direito das partes, desde que fundamente a sua decisão em elementos existentes no processo, ou na insuficiência de provas para uma decisão punitiva, ou mesmo deferitória ou indeferitória da pretensão postulada.

JULGAMENTO — O *juízo* é a decisão proferida pela autoridade ou órgão competente sobre o objeto do processo. Essa decisão normalmente se baseia nas conclusões do relatório, mas pode desprezá-las ou contrariá-las por interpretação diversa das normas legais aplicáveis ao caso, ou por chegar o julgador a conclusões fáticas diferentes das da comissão processante ou de quem individualmente realizou o processo. O essencial é que a decisão seja motivada com base na acusação, na defesa e na prova, não sendo lícito à autoridade julgadora argumentar com fatos estranhos ao processo ou silenciar sobre as razões do acusado, porque isto equivale a cerceamento de defesa e conduzirá à nulidade do julgamento, que não é discricionário, mas vinculado ao *devido processo legal*. Realmente, se o julgamento de processo administrativo fosse *discricionário* não haveria necessidade de procedimento, justificando-se a decisão como ato isolado de conveniência e oportunidade administrativa, alheio à prova e refratário a qualquer defesa do interessado.

O que se reconhece à autoridade julgadora é liberdade na produção da prova e na escolha e graduação das sanções aplicáveis quando a norma legal consigna as penalidades sem indicar os ilícitos a que se destinam, ou lhe faculta instaurar ou não o processo punitivo. Porém, jamais se admitiu a qualquer autoridade punir o impune, ou negar direito individual comprovado em processo administrativo regular, ou desconstituir sumariamente situação jurídica definitiva e subjetiva do administrado.

O processo administrativo, embora adstrito a certos atos, não tem os rigores rituais dos procedimentos judiciais, bastando que, dentro do princípio do informalismo, atenda às normas pertinentes do órgão processante e assegure defesa ao acusado. Sua tra-

mitação é oficial e pública, como a dos demais atos administrativos, só se justificando o sigilo nos casos que comprometam a segurança nacional. Daí o dever constitucional de serem fornecidas as certidões de suas peças, pareceres ou documentos, solicitados por qualquer interessado, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (Constituição da República, art. 153, § 35).

* * *

As fases acima enunciadas, de um modo geral, devem ser atendidas em todos os *processos administrativos próprios*, ou seja, naqueles que visam à solução de litígio entre a Administração e o administrado, sendo aplicáveis a todas as suas modalidades, como veremos a seguir.

IV. MODALIDADES DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

Feitas as considerações gerais acima, permitimo-nos dividir os *processos administrativos* em quatro modalidades, para melhor estudarmos as suas peculiaridades e conseqüências, nesta ordem: *processo de expediente*, *processo de outorga*, *processo de controle* e *processo punitivo*.

PROCESSO DE EXPEDIENTE — *Processo administrativo de expediente* é denominação imprópria que se dá a toda autuação que tramita pelas repartições públicas por provocação do interessado ou por determinação interna da Administração, para receber a solução conveniente. Não tem procedimento próprio nem rito sacramental, seguindo pelos canais rotineiros para informações, pareceres, despacho final da Chefia competente e subsequente arquivamento. Esses expedientes, que a rotina chama indevidamente de “processo”, não geram, nem alteram, nem suprimem direitos dos administrados, da Administração ou de seus servidores; apenas, encerram papéis, registram situações administrativas, recebem pareceres e despachos de tramitação ou meramente enunciativos de situações preexistentes, tais como nos pedidos de certidões, nas apresentações de documentos para certos registros internos, e outros da rotina burocrática. A tramitação desses “processos” é informal e irrelevante para a solução final, pelo que as omissões ou desvios de rotina não invalidam as providências objetivadas e as decisões neles proferidas não têm efeito vinculante

para o interessado ou para a Administração, e, por isso mesmo, em geral, são irrecorríveis e não geram preclusão, pelo que admitem sempre a renovação do pedido e a modificação do despacho.

PROCESSO DE OUTORGA — *Processo administrativo de outorga* é todo aquele em que se pleiteia algum direito ou situação individual perante a Administração. Normalmente tem rito especial, mas não contraditório, salvo quando há oposição de terceiros ou impugnação da própria Administração. Em tais casos deve-se dar oportunidade de defesa ao interessado, sob pena de nulidade da decisão final. São exemplos desse tipo, os processos de licenciamento de edificação, de registro de marcas e patentes, de pesquisa e lavra de jazida, de concessão e permissão, de isenção condicionada de tributo, e outros que consubstanciam pretensões de natureza negocial entre o particular e a Administração, ou abrangem atividades sujeitas ao controle do Poder Público.

As decisões finais proferidas nesses processos tornam-se vinculantes e irreatáveis pela Administração, porque, normalmente, geram direito subjetivo para o beneficiário, salvo quanto aos atos precários que por natureza admitam modificação ou supressão sumária a qualquer tempo. Nos demais casos a decisão é definitiva e só modificável quando eivada de nulidade originária, ou por infringência das normas legais no decorrer da execução, ou ainda por interesse público superveniente que justifique a revogação da outorga com a devida indenização; em qualquer dessas hipóteses, porém, é necessária oportunidade de defesa ao interessado antes da anulação, cassação ou revogação da decisão anterior.

PROCESSO DE CONTROLE — *Processo administrativo de controle* é todo aquele em que a Administração realiza verificações e declara situação, direito ou conduta do administrado ou de servidor, com caráter vinculante para ambos. Tais processos, normalmente, têm rito próprio e, quando neles se deparam irregularidades puníveis, exigem oportunidade de defesa ao interessado, antes de seu encerramento, sob pena de invalidade do resultado da apuração. O processo de controle — também chamado *de determinação* ou *de declaração* — não se confunde com o processo punitivo, porque enquanto neste se apura a falta e se aplica a penalidade cabível, naquele apenas se verifica a situação ou a conduta do agente e se proclama o resultado para efeitos futuros. São exemplos de processos administrativos de controle, os de prestação

de contas perante órgãos públicos; os de verificação de atividades sujeitas a licenciamento ou autorização; o de lançamento tributário e o de consulta fiscal.

Nesses processos, a decisão final é vinculante para a Administração e para o interessado, embora nem sempre seja auto-executável, pois dependerá da instauração de outro processo administrativo, de caráter punitivo ou disciplinar, ou mesmo de ação civil ou criminal, ou, ainda, do pronunciamento executório de outro Poder, como no caso do julgamento de contas pelo Legislativo, após a manifestação prévia do Tribunal de Contas competente, no respectivo processo administrativo de controle.

PROCESSO PUNITIVO — *Processo administrativo punitivo* é todo aquele promovido pela Administração para a imposição de penalidade por infração de lei, regulamento ou contrato. Esses processos devem ser necessariamente contraditórios, com oportunidade de defesa e estrita observância do devido processo legal (*due process of law*), sob pena de nulidade da sanção imposta. A sua instauração há que basear-se em *auto de infração*, *representação* ou *peça equivalente*, iniciando-se com a exposição minuciosa dos atos ou fatos ilegais ou administrativamente ilícitos atribuídos ao indiciado, e indicação da norma ou convenção infringida.

O processo punitivo poderá ser realizado por um só representante da Administração ou por comissão. O essencial é que se desenvolva com regularidade formal em todas as suas fases para legitimar a sanção imposta a final. Nesses procedimentos são adotáveis, subsidiariamente, os preceitos do processo penal comum, quando não conflitantes com as normas administrativas pertinentes. Embora a graduação das sanções administrativas — demissão, multa, embargo de obra, destruição de coisas, interdição de atividade e outras — seja discricionária, não é arbitrária, e por isso deve guardar correspondência e proporcionalidade com a infração apurada no respectivo processo, além de estar expressamente prevista em norma administrativa, pois não é dado à Administração aplicar penalidade não estabelecida em lei, decreto ou contrato, como não o é sem o procedimento devido, que se erige em garantia individual de nível constitucional (art. 153, § 15).

Nesta modalidade se incluem todos os procedimentos que visem à imposição de alguma sanção ao administrado, ao servidor ou a quem eventualmente esteja vinculado à Administração por

uma relação especial de hierarquia, como são os militares, os estudantes e os demais frequentadores de estabelecimentos públicos sujeitos circunstancialmente à sua disciplina.

* * *

Concluída a apreciação dos princípios, das fases e das modalidades do processo administrativo, numa tentativa de sistematização da teoria geral aplicável a todos os procedimentos jurisdicionais da Administração, tendentes à solução de controvérsias com o administrado ou com seus servidores, no âmbito interno de suas repartições, vejamos agora, em rápidas pinceladas, o processo disciplinar e o processo tributário ou fiscal, os quais, embora com peculiaridades da espécie, pertencem ao mesmo gênero administrativo, como vimos acentuando desde o início deste estudo.

V. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

CONCEITO — *Processo administrativo disciplinar*, também chamado impropriamente “inquérito administrativo”, é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração. Tal processo baseia-se na supremacia especial que o Estado mantém sobre todos aqueles que se vinculam a seus serviços ou atividades, definitiva ou transitariamente, submetendo-se à sua disciplina. É um processo punitivo, mas com tais peculiaridades e tanta freqüência na prática administrativa, que merece destaque dentre os seus congêneres,⁹ mesmo porque os estatutos dos servidores públicos geralmente regulamentam a sua tramitação para cada órgão ou entidade estatal interessada.¹⁰

⁹ Sobre processo disciplinar, vejam-se: Alberto Bonfim, *O Processo Administrativo*, Rio, 1956; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Introdução do Direito Processual Administrativo*, São Paulo, 1971; Carlos S. de Barros Junior, *Do Poder Disciplinar na Administração Pública*, São Paulo, 1972.

¹⁰ O processo disciplinar dos servidores da União está regulado pelo respectivo Estatuto (Lei 1.711, de 28.10.1952, arts. 217 a 239) e nos Estados e Municípios rege-se pela legislação própria de cada entidade estatal.

O processo disciplinar de professor, aluno, funcionário ou empregado de estabelecimento de ensino público ou particular rege-se pelo Decreto-lei federal 477, de 26.2.1969, que estabelece um rito especial e sumário.

O processo disciplinar é sempre necessário para a imposição de pena de *demissão*,¹¹ ao funcionário *estável* (Const. Rep., art. 105, II), tendo a jurisprudência entendido que também o é para o *efetivo*, ainda que em estágio probatório.¹² Para os demais servidores, o ato demissório dependerá das exigências constantes do estatuto ou das normas especiais pertinentes, podendo a apuração da falta ser feita por *meios sumários*, desde que se comprove satisfatoriamente a infração.

PROCEDIMENTO — O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente, na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado. A comissão — especial ou permanente — há que ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não se quebre o princípio hierárquico que é o sustentáculo dessa espécie de processo administrativo.

Na instrução do processo, a comissão processante tem plena liberdade na colheita das provas, podendo socorrer-se de assessores técnicos e peritos especializados, bem assim examinar quaisquer documentos relacionados com o objeto da investigação, ouvir testemunhas e fazer inspeções *in loco*. Desde a citação acusatória deverá ser facultado ao indiciado, ou ao seu advogado, o exame dos autos na repartição, para apresentação da defesa e indicação de suas provas no prazo regulamentar, possibilitando-lhe o acompanhamento de toda a instrução. Nesse conhecimento da acusa-

¹¹ *Demissão* e *exoneração* têm sentido diverso em direito administrativo, mas lamentavelmente tais expressões vêm sendo utilizadas indistintamente como se expressassem o mesmo conceito. Demissão é pena; exoneração não o é. Enquanto a demissão é a dispensa do funcionário a título de punição, a exoneração é a dispensa a pedido, ou por não interessar mais os serviços do funcionário exonerável. Erro é também dizer-se que certos servidores são *demissíveis ad nutum*, quando na verdade são *exoneráveis ad nutum*. Nenhum servidor é demissível sumariamente, porque sendo a demissão uma penalidade, deverá ser comprovada, sempre, a falta que a enseja. Se a dispensa do funcionário não se baseia em infração, ou esta é omitida no ato que o desliga da Administração, não há falar em *demissão*, mas sim em *exoneração*. Veja-se, a propósito, o excelente parecer de Bilac Pinto, in *Estudos de Direito Público*, 1953, págs. 297 e segs.

¹² STF: RDA 54/198; TFR: RDA 23/89 e 31/154; TJSP: RDA 51/155; 54/199; 59/156; TASP: RDA 58/92; 63/108; 293/427; 302/589; 309/748 e 320/360.

ção, com oportunidade de contestação, apresentação de contraprovas e presença nos atos instrutórios é que se consubstancia a *ampla defesa* assegurada pela Constituição (art. 153, § 15) e sem a qual é nulo o julgamento condenatório. Essa garantia constitucional se estende a todo e qualquer procedimento acusatório — judicial ou administrativo — e se consubstancia no *devido processo legal* (*due process of law*) de prática universal nos Estados de Direito. É a moderna tendência da *jurisdicionalização do poder disciplinar* que impõe condutas formais e obrigatórias para garantia dos acusados contra arbítrios da Administração, assegurando-lhes não só a oportunidade de defesa como a observância do rito legalmente estabelecido para o processo.

Concluída a instrução, a comissão processante deverá relatar o apurado e opinar pela absolvição ou punição do acusado, indicando neste caso os dispositivos infringidos, podendo divergir da acusação inicial, sugerir a instauração de outros processos e aprontar providências complementares de interesse da Administração, desde que o faça motivadamente.

No julgamento, a autoridade competente deverá sempre fundamentar a sua decisão, com motivação própria ou adoção dos fundamentos do relatório, tanto para a condenação quanto para a absolvição. Permitido-lhe é discordar do parecer da comissão para impor pena não pedida, minorar, agravar ou excluir a responsabilidade do acusado. O que não se admite é julgamento sem fundamentação, ainda que sucinta. Punição sem justificativa nos elementos do processo é nula, porque deixa de ser ato disciplinar legítimo para se converter em ato arbitrário, ilegal, portanto. Além disso, a aplicação de penalidade administrativa *sem motivação* subtrairia a possibilidade do *controle de legalidade* da punição, pelo Judiciário, frustrando, assim, o preceito constitucional de proteção aos direitos individuais.

Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa em conhecer os motivos da punição e em saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o dis-

cricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, a graduação quantitativa da sanção e a conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal e deve ser confirmada, ou é ilegal e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador, pelo arbítrio ilegítimo do Juiz.

VI. O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

CONCEITO — *Processo administrativo tributário* ou *fiscal*, propriamente dito, é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação do alcance de normas de tributação sobre casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou à imposição de penalidade ao contribuinte. Nesse conceito amplo e genérico estão compreendidos todos os procedimentos fiscais próprios, sob as modalidades de *controle* (processos de lançamento e de consulta), de *outorga* (processos de isenção) e de *punição* (processos por infração fiscal), sem se falar nos processos impróprios, que são as simples *autuações de expediente* que tramitam pelos órgãos tributantes e repartições arrecadadoras para notificação do contribuinte, cadastramento e outros atos complementares de interesse do fisco.

Lamentavelmente, o processo tributário vem sendo descurado pela doutrina pátria, que não lhe deu até hoje o tratamento científico e sistemático hábil a inseri-lo adequadamente no quadro geral dos processos administrativos a que pertence. Igual descaso se observa na legislação fiscal que sempre o disciplinou sem organicidade, e com manifesta desatenção aos princípios que deveriam regê-lo.

Descartado do Código Tributário Nacional — Lei 5.172, de 25.10.1966 — por motivos de política legislativa, que não vêm ao caso discutir, o *processo administrativo fiscal* permaneceu regido diversificadamente pelas normas de cada tributo da União até o advento do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, que o unificou para os tributos federais nos aspectos regulados por esse diploma. Mas, mesmo assim, tal processo continua assistemático e incom-

pleto porque a inferioridade hierárquica do decreto que passou a regê-lo não tem a força suficiente para derogar preceitos divergentes de leis que dispõem sobre a mesma matéria no concernente ao processo dos tributos que elas regulam especificamente, como ocorre com o Imposto de Renda, com o Imposto de Importação, com o Imposto sobre Produtos Industrializados e outros mais.

OS PROCEDIMENTOS REGIDOS PELO DECRETO 70.235/72

— Conquanto o Decreto federal 70.235/72 não seja perfeito e exaustivo no disciplinar os procedimentos fiscais da União, impõe-se reconhecer que ele representa um avanço na unificação da matéria, reunindo preceitos esparsos e iniciando a unificação procedimental do fisco na composição de conflitos com o contribuinte, e na fixação de conceitos de natureza instrumental que devem nortear a conduta das autoridades instauradoras, preparadoras e julgadoras desses procedimentos, oferecendo assim mais celeridade e precisão à atividade jurisdicional da Administração fiscal e maiores garantias de legalidade e justiça aos jurisdicionados.

O Decreto 70.235/72, como ele mesmo indica, rege unicamente os processos de *determinação e exigência dos créditos tributários* e os de *consulta* sobre a aplicação da legislação tributária federal (art. 1.º). Vejamos, pois, ainda que sinteticamente, esses dois processos, que melhor diríamos *procedimentos*, a começar por aqueles.

Processos de determinação e exigência de créditos tributários

— Estes processos podem assumir tanto a modalidade de *controle* (quando o lançamento é normal) quanto o de *punição* (quando o lançamento vem acompanhado de multa ou qualquer outra penalidade); em ambos os casos o procedimento há que enquadrar-se e desenvolver-se pelas fases próprias, já explicadas precedentemente, e que ora repetimos inserindo em cada uma delas as peculiaridades do processo tributário.

A *instauração* do processo tributário será sempre por *ato formal da autoridade competente*, que, segundo o Decreto 70.235/72, poderá consistir em ato escrito de cientificação do procedimento fiscal; em apreensão de mercadorias, documentos ou livros; ou, ainda, em começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada (art. 7.º, I a III). O essencial é que a quantificação do crédito, no caso de lançamento, ou a descrição do fato ou ato a punir, na hipótese de infração, se apresente com os requisitos que o Decreto especifica (arts. 8.º a 11), notadamente o auto de infração

(art. 10) e a notificação de lançamento (art. 11), sob pena de invalidade. E compreende-se que assim seja, porque estas peças é que possibilitarão a plenitude da defesa do contribuinte.

O Decreto 70.235/72 não o diz, mas é compreensível que o processo seja *instruído*, inicialmente, com os elementos que serviram de base à quantificação do crédito tributário ou à comprovação da infração de que o contribuinte é acusado, sendo complementado com a prova indicada na defesa e pela que vier a ser conhecida pelo fisco, posteriormente.

A *defesa* do contribuinte será feita através de *impugnação* da exigência fiscal, e marca o início da “fase litigiosa do procedimento” (art. 14). Essa *impugnação* será apresentada por escrito, no prazo de trinta dias a contar da intimação, ao órgão preparador, com todos os documentos em que se fundar a defesa (art. 15), sendo facultado ao interessado o exame dos autos na repartição, como é praxe nos processos administrativos. Acolhendo o *princípio da oficialidade* — já explicado anteriormente — o Decreto comete à autoridade preparadora o encargo de impulsionar o processo “de ofício ou a requerimento do sujeito passivo” para a realização das diligências e perícias probatórias, reabrindo o prazo de impugnação “se da realização de diligência resultar agravada a exigência inicial e quando o sujeito passivo for declarado reincidente” (arts. 17 a 20). O mesmo Código prevê a revelia do contribuinte e dispõe sobre o modo e forma de cobrança amigável de crédito exigido e não impugnado (art. 21).

O Decreto 70.235/72 não prevê, mas é de toda conveniência que a autoridade preparadora faça o *relatório* do ocorrido no processo até a fase sob sua jurisdição, encaminhando os autos à autoridade competente para o julgamento. Esta etapa, conquanto não seja de rigor em todo processo administrativo, é sempre vantajosa por resumir o apurado nos autos e conter a manifestação, embora opinativa, de quem acompanhou a prova e sentiu de perto os motivos da infração, a relevância da defesa e a sinceridade do contribuinte, propiciando uma decisão mais justa e humana.

O *julgamento* está atribuído pelo Decreto 70.235/72, ordinariamente, a duas instâncias: *na primeira*, a decisão é individual, dos Delegados da Receita Federal, quanto aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, ou das autoridades indicadas na legislação específica do tributo;

na segunda, a decisão é colegiada, dos respectivos Conselhos de Contribuintes (art. 25); em *instância especial*, compete ao Ministro da Fazenda julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interpostos pelos Procuradores Representantes da Fazenda e decidir casos de equidade propostos e apresentados pelos mesmos Conselhos de Contribuintes (art. 26, I e II).

O Decreto emite regras adjetivas para o julgamento e firma o princípio do livre convencimento na apreciação da prova (arts. 27 a 32 e 35). Admite o recurso voluntário de qualquer decisão de primeira instância, com efeito suspensivo, no prazo de trinta dias (art. 33) e impõe o recurso de ofício sempre que a decisão favorecer o contribuinte, nos casos e limites que especifica (art. 34, I e II), vedando, porém, o pedido de reconsideração (art. 36). Finalmente, dispõe sobre os julgamentos em segunda instância, deles admitindo pedido de reconsideração com efeito suspensivo, nos casos que indica (art. 37), remete para a legislação de cada tributo o julgamento que tenha legislação específica (art. 38), e dispõe sobre as decisões em instância especial (arts. 39 a 41).

Processo de consulta — *Processo de consulta* é aquele em que o interessado indaga do fisco sobre a sua situação legal, diante de fato determinado, de duvidoso enquadramento tributário. Este processo tem rito próprio e produz conseqüências jurídicas específicas. É modalidade do *processo administrativo de controle*, visto que objetiva definir a situação tributária individual do contribuinte, em face da legislação aplicável, vinculando sempre as partes à decisão final nele proferida.

O Decreto 70.235/72 consigna expressamente o *processo de consulta*, indicando os requisitos para sua instauração, procedimento, julgamento e recursos (arts. 46, 47, 54 a 58), bem como relacionando os seus efeitos (arts. 48 a 51) e os casos de ineficácia (art. 52). Lamentavelmente, o Decreto silencia sobre a mais importante de suas decorrências, que é a força *vinculante* da decisão final do fisco, que esclarece e estabiliza a situação do contribuinte, tornando-a definitiva e irretroatável nos limites da *coisa julgada administrativa*. O resto é conseqüência desse efeito.

Na sistemática do Decreto em exame, têm legitimidade para formular a consulta não só o eventual contribuinte, como também os órgãos interessados da Administração Pública e as entidades representativas de categorias econômicas ou profissionais (art. 46 e parágrafo único). A norma só se referiu à extensão dos efei-

tos da consulta aos filiados ou associados das entidades de classe (art. 51), mas a nós nos parece que, no caso de órgão público, também abrange todas as unidades da Administração, subordinadas ou vinculadas ao órgão consulente.

O Código Tributário Nacional, conquanto não disponha sobre o *processo de consulta*, alude a três dos seus efeitos, declarando que quando formulada dentro do prazo legal para o recolhimento do tributo, *impede a cobrança de juros moratórios, a imposição de penalidades ou a aplicação de medidas de garantia* (art. 161, § 2.º). O Decreto 70.235/72 aditou que, salvo as exceções nele indicadas, “nenhum procedimento fiscal será instaurado contra o sujeito passivo relativamente à espécie consultada, a partir da apresentação da consulta, até o trigésimo dia subsequente à ciência da decisão não recorrida de primeira instância, ou no mesmo prazo de decisão de segunda instância (art. 48). Em dispositivos subsequentes o mesmo Decreto relacionou os casos de ineficácia da consulta ou de seu processo, por defeito de fundo ou de forma, casos esses que são os comuns de invalidade dos atos administrativos eivados de vícios materiais ou ideológicos que o tornam juridicamente ilegítimos (art. 52, I a VIII).

* * *

Com essas considerações, tentamos formular a *teoria geral do processo administrativo brasileiro* e demonstrar que todas as suas espécies, notadamente a do *processo disciplinar* e a do *processo tributário* ou *fiscal*, de prática diuturna na Administração, devem subordinar-se aos *princípios gerais*, atender às *fases comuns* do procedimento jurisdicional interno, e enquadrar-se nas *modalidades adequadas* às suas diversificadas finalidades, o que não tem ocorrido, lamentavelmente, pela omissão da nossa doutrina publicística e pela deficiência de nossa legislação administrativa.