

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Zahara Moreira Santana

**RAZOÁVEL DURAÇÃO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE  
PROCESSUAL:**  
**Controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário federal**

Porto Alegre  
2017

**ZAHARA MOREIRA SANTANA**

**RAZOÁVEL DURAÇÃO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE  
PROCESSUAL:  
Controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário federal**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção de grau de Mestre em Direito Tributário pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Orientação: Prof. Dr. Luiz Felipe Silveira Difini

Porto Alegre  
2017

CIP - Catalogação na Publicação

Santana, Zahara Moreira

RAZOÁVEL DURAÇÃO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE PROCESSUAL: Controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário federal / Zahara Moreira Santana. - 2017.

166 f.

Orientador: Luiz Felipe Silveira Difini.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Razoável duração do processo. 2. Meios que garantam a celeridade processual. 3. Processo administrativo-tributário. 4. Demora da atividade decisória. 5. Parâmetros de controle. I. Difini, Luiz Felipe Silveira, orient. II. Título.

**ZAHARA MOREIRA SANTANA**

**RAZOÁVEL DURAÇÃO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE  
PROCESSUAL:  
Controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário federal**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para a obtenção de grau de Mestre em Direito  
Tributário pelo Programa de Pós-Graduação da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul

Aprovada em: \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA:**

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Luiz Felipe Silveira Difini  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Professor(a) Examinador(a)

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Adão Sergio do Nascimento Cassiano

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Igor Danilevicz

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo principal a investigação sobre o conteúdo e a normatividade do preceito constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, em face do problema que envolve a demora em processos administrativo-tributários federais instaurados por iniciativa do contribuinte, que têm por objeto a constituição de direito creditório frente ao Fisco e, por decorrência, a identificação de parâmetros ao controle da atividade administrativa decisória. Com tal objetivo, a pesquisa examina elementos principais que constituem o enunciado constitucional, e a sua relação com a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, que prevê um prazo máximo para a prolação de decisões a petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, a partir de conceitos pertinentes ao dispositivo constitucional em tela; às demais normas constitucionais aplicáveis; à jurisprudência dos tribunais brasileiros que versam sobre a demora injustificada ao aproveitamento de créditos pelo contribuinte; a aspectos da classificação das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade; e, à interpretação e aplicação do Direito. O estudo extrai conclusões a respeito da natureza da atividade decisória, frente ao artigo 24, da Lei 11.457/2007 e, a respeito da possibilidade de ser caracterizada a demora administrativa antes do escoamento do prazo máximo por ele previsto e, ainda, examina efeitos decorrentes do descumprimento do prazo do artigo 24, da Lei 11.457/2007, pelos agentes administrativos decisórios, a sua configuração como ato ilícito e a ausência de sanção legal expressa. Por fim, indica a normatividade do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo judicial e administrativo, como parâmetro ao controle da demora decisória, no âmbito do processo administrativo-tributário federal e as medidas dele decorrentes.

## **ABSTRACT**

The main objective of this study is to investigate the content and the normativity of the constitutional precept that guarantees to all, in the judicial and administrative spheres, the reasonable duration of the process and the means to guarantee the speed of its procedure, in the face of the problem that involves the delay in federal administrative and tax proceedings instituted at the initiative of the taxpayer, whose purpose is the constitution of credit right before the Treasury and, consequently, the identification of parameters to the control of the administrative decision-making activity. With this objective, the research examines the main elements that constitute the constitutional statement, and its relationship with the rule of article 24, of federal law 11457/2007, which provides for a maximum period for the rendering of decisions to petitions, defenses and administrative appeals of the contributor, from concepts pertinent to the constitutional device on canvas; other applicable constitutional provisions; to the jurisprudence of the Brazilian courts that deal with unwarranted delay in the use of credits by the taxpayer; aspects of the classification of constitutional rules as to efficacy and applicability; and to the interpretation and application of law. The study draws conclusions about the nature of the decision-making activity, against article 24, of federal law 11457/2007 and, regarding the possibility of characterizing the administrative delay before the maximum term foreseen by it expires and also examines the resulting effects failure to comply with the deadline of article 24, of the federal law 11457/2007, by administrative decision-makers, its configuration as an unlawful act and the absence of express legal sanction. Finally, it indicates the normativity of the fundamental right to the means that guarantee the speed of the processing of the judicial and administrative process, as a parameter to the control of the delay of decision, in the scope of the federal administrative and tax process and the measures derived from it.

## SUMÁRIO

<b>1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....</b>	<b>10</b>
<b>2. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE DA SUA TRAMITAÇÃO.....</b>	<b>15</b>
<b>2.1 Elementos que constituem o preceito constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação .....</b>	<b>15</b>
2.1.1 Processo.....	15
2.1.2 Tempo.....	17
2.1.3 Razoável duração do processo.....	22
2.1.3.1 Nota histórica .....	22
2.1.3.2 Indeterminação do razoável .....	27
2.1.4 Meios que garantam a celeridade processual .....	31
2.1.4.1 Celeridade processual como valor a ser protegido .....	32
2.1.4.1.1 Efetividade, eficiência e celeridade processual na Constituição Federal .....	32
2.1.4.1.2 Celeridade como direito fundamental a ser protegido pelo processo .....	38
2.1.5 Relação entre duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade processual .....	38
<b>2.2 Classificações das normas constitucionais que asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual quanto à eficácia e à aplicabilidade .....</b>	<b>46</b>
2.2.1 Aspectos gerais das classificações das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade .....	46
2.2.2 Aplicabilidade imediata das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais .....	51
2.2.3 Eficácia e aplicabilidade da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade processual.....	54
2.2.4 Colaboração da classificação tradicional das normas constitucionais quanto à eficácia na interpretação da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade processual .....	56

<b>2.3 Interpretação das normas constitucionais que asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual</b> .....	59
2.3.1 Introdução .....	59
2.3.2 Princípios da interpretação constitucional .....	60
2.3.3 Princípios, regras e postulados normativos .....	62
2.3.4 Razoável duração do processo: natureza jurídica .....	68
2.3.5 Meios que garantam a celeridade processual: natureza jurídica ....	76
2.3.6 Destinatários da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade processual.....	81
<b>3. ATIVIDADE DECISÓRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO FEDERAL</b> .....	83
<b>3.1 Introdução</b> .....	83
<b>3.2 Convergência de normas constitucionais no processo administrativo-tributário federal</b> .....	86
<b>3.3 Trezentos e sessenta dias como prazo máximo à prolação de decisão administrativa: artigo 24, da Lei 11.457/2007 como corolário da duração razoável no processo administrativo-tributário</b> .....	90
3.3.1 Atividade decisória no processo administrativo-tributário federal de iniciativa do contribuinte: abrangência do objeto .....	95
3.3.2 Vinculação e discricionariedade da Administração Pública à regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007 .....	101
3.3.3 Descumprimento do prazo previsto pela regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007 .....	105
3.3.4 Ausência de sanção legal para o descumprimento da regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007 e a configuração de ato ilícito .....	109
3.3.5 Solução jurisprudencial nas situações de demora injustificada na atividade decisória da Administração Pública .....	115
3.3.5.1 Igualdade e correção monetária como remédio ao enriquecimento sem causa do Erário nos casos de impedimento ao abatimento do crédito <i>não escritural</i> do contribuinte .....	115
3.3.5.2 Fixação de prazo para a prolação de decisão administrativa como elemento repressivo da ilicitude decorrente da demora na atividade decisória .....	122



3.3.5.3 Igualdade e repúdio ao enriquecimento sem causa como orientadores na fixação do termo inicial da correção monetária de créditos do contribuinte .....	128
<b>3.4 Parâmetros ao controle da mora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal .....</b>	<b>132</b>
3.4.1 Meios que asseguram a celeridade processual e o artigo 24, da Lei 11.457/2007 como normas ao controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal .....	132
3.4.2 Controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal por meio de medida judicial .....	141
3.4.3 Controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal por meio de medida legislativa .....	151
3.4.4 Responsabilidade pelos prejuízos causados nos casos de demora na atividade decisória em pedidos administrativo-tributários do contribuinte .....	153
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>158</b>
<b>5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>162</b>

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A questão principal que provocou o estudo sobre o direito fundamental que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação<sup>1</sup> envolve o problema de processos administrativo-tributários instaurados por iniciativa dos contribuintes, por meio de pedidos de restituição, ressarcimento e compensação de créditos fiscais, cuja demora da atividade administrativa decisória implica diretamente na regularidade fiscal e na esfera patrimonial de seus titulares.

A paradoxalidade que decorre da demora na atividade decisória em questão ensejou o interesse pela reflexão a respeito de quais seriam os limites temporais adequados para a tramitação de processos administrativo-tributários, na medida em que os pedidos por eles veiculados representam importantes instrumentos para a constituição do direito creditório do contribuinte, que é oponível ao crédito tributário do Fisco. Sob tais circunstâncias, indaga-se: qual a relação que se estabelece entre processo e tempo? Qual o sentido do tempo? Quais os efeitos que decorrem da intempestividade da tutela administrativa, em processos tributários? Quais são os direitos fundamentais que exercem sua normatividade sobre a demora da atividade decisória? Como manter a atuação dos agentes e órgãos decisórios fidedigna à normatividade que decorre da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação?

A tais questionamentos, deve-se acrescentar a questão da alteração da legislação federal que versa sobre o dever de decidir nos processos administrativos, e que veio a estabelecer de modo específico sobre um prazo máximo para a prolação de decisões a petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, por parte da Administração Pública, cujos termos norteiam julgamentos dos tribunais brasileiros, mas cuja compreensão carece, sob a perspectiva do presente trabalho,

---

<sup>1</sup> A norma foi inserida pela Emenda Constitucional 45/2004, a qual “promoveu profundas modificações no sistema judiciário nacional, criando relevantes órgãos, modificando e inserindo relevantes dispositivos constitucionais. Além disso, vinculou a atividade do legislador ordinário, a quem incumbe dar-lhes plena efetividade. Resultado de um sentimento generalizado de frustração em relação à morosidade do Poder Judiciário, a EC no 45/2004 trouxe, como uma de suas principais marcas, a preocupação explícita com o compromisso de acelerar o trâmite das ações judiciais e tornar mais efetiva a atuação do Poder Judiciário. Ilustração clara disso é a inclusão da garantia da razoável duração do processo no art. 5º da Constituição da República e de outros tantos dispositivos referentes ao Poder Judiciário que foram mencionados no estudo”. ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário – Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequenc e=5>> Acesso em: 04 set. 2016.

do devido enfrentamento acerca da normatividade que decorre da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Com efeito, subsistem questionamentos a serem solucionados. Qual é o sentido compreendido pela previsão legal que define um prazo máximo para a atividade decisória? Estariam os agentes e órgãos administrativos competentes para o julgamento de processos tributários vinculados ao prazo máximo previsto em lei? Em qual medida?

Com tal propósito, o presente trabalho busca delimitar o conteúdo conceitual dos elementos constitutivos tidos como principais à determinação do preceito constitucional que prevê a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, com vistas a dele extrair a normatividade aplicável aos processos administrativo-tributários de iniciativa do contribuinte. Para a tarefa, adotar-se-á como ponto de partida a análise de quatro elementos que merecem ser inseridos ao contexto: processo; tempo; razoável duração do processo; e, meios que garantam a celeridade processual. A investigação a respeito de tais elementos será feita sob a perspectiva de que o preceito constitucional contém, em seu enunciado, duas normas distintas: razoável duração<sup>2</sup> e meios que garantam a celeridade processual. O interesse pela delimitação de cada uma das normas contidas em tal preceito constitucional decorre da insuficiência de fontes que tenham se atido exclusivamente ao estudo do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo como direito autônomo e individual, e dos efeitos que dele se extraem, notadamente no campo do processo administrativo tributário. Para tanto, será traçada a relação que se estabelece entre as duas normas e identificadas suas peculiaridades<sup>3</sup>.

Além disso, serão examinados aspectos do preceito constitucional que, de modo geral, foram considerados como pressuposto para a eficácia e a aplicabilidade das normas por ele contidas (à luz das classificações das normas constitucionais

---

<sup>2</sup> “O Estado é a parte devedora do direito fundamental à duração razoável. Porém, este direito não apenas tem o Estado como seu devedor, como ainda incide, nos moldes de qualquer direito fundamental, sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>3</sup> Na lição de ALEXY, o conceito de norma de direito fundamental e o de direito fundamental não se confundem. Tais categorias não podem ser consideradas como duas faces da mesma moeda, pelo motivo de que nem sempre há um direito fundamental subjacente à norma constitucional (ainda que sempre haja uma norma para garantir o respectivo direito fundamental). ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 31-32. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007.

quanto à eficácia e à aplicabilidade), com vistas a verificar se de fato consubstanciam elementos que interferem na produção de efeitos pelas normas constitucionais. Neste ponto, serão expostas algumas das classificações teóricas a respeito da eficácia e aplicação das normas constitucionais, sem a pretensão de esgotá-las, por fugirem ao escopo principal, mas com a intenção de apontar a colaboração que tais classificações exercem na identificação da natureza, na aplicação e na interpretação da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No contexto da interpretação das normas constitucionais, a par de ser indicado o método interpretativo adotado, serão expostos os critérios para a distinção entre princípios, regras e postulados normativos que orientarão a pesquisa. Com tal objetivo, pretende-se enfrentar em seguida questões atinentes à dimensão e à abrangência da razoável duração do processo administrativo-tributário federal e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, de modo que seja possível apontar para a sua respectiva natureza jurídica no plano abstrato, além de indicar quem são os seus destinatários.

Tendo sido tratadas as questões conceituais, teóricas e pertinentes à aplicação e interpretação do Direito relativas à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, de acordo com o corte metodológico que foi eleito, o presente trabalho voltar-se-á para a investigação da atividade administrativa decisória nos processos administrativo-tributários da esfera federal de iniciativa do contribuinte, no desiderato de verificar quais são os parâmetros para o seu controle e a medida para a sua aplicação.

Assim, a segunda parte do presente trabalho compreenderá o exame da atividade decisória da Administração Pública no âmbito federal e o plexo normativo que influi para o adequado exercício por parte de seus destinatários. Nessa tarefa, caberá tecer considerações quanto à convergência de normas constitucionais no processo administrativo-tributário, e as relações que se estabelecem entre elas, no que toca à vinculação dos agentes públicos tributários. O motivo que ensejou a análise de normas constitucionais sob diferentes perspectivas está calçado na pretensão de colaboração para o estudo orientado à solução de questões do processo-administrativo tributário, a partir do ordenamento jurídico como um todo, sem a intenção de exauri-las, mas com a pretensão de dar relevo ao complexo normativo que orienta a temática central.

Sob tal prisma, avançar-se-á para o enfrentamento específico da regra prevista pelo artigo 24, da Lei 11.457/2007, que estabelece o prazo máximo para a prolação de decisões administrativas em petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte e o contexto de sua inserção ao ordenamento infraconstitucional, como corolário da razoável duração do processo administrativo-tributário e, como importante contribuição para o estudo da demora na atividade decisória da administração tributária federal, a que se refere o tema principal da presente pesquisa.

Preliminarmente, será delimitada a abrangência do objeto principal de investigação, que compreende pedidos de restituição, ressarcimento e compensação do direito creditório do contribuinte, além de serem esclarecidos aspectos relativos à não-cumulatividade e ao acúmulo de saldo credor, com vistas à contextualização da matéria.

A partir de então, iniciar-se-á o exame de conceitos do direito administrativo que dizem respeito à vinculação e à discricionariedade da atividade da Administração Pública, aos termos da lei, com a intenção de vislumbrar a conduta que melhor se insere ao contexto do artigo 24, da Lei 11.457/2007, notadamente no que pertine ao prazo máximo por ele previsto. Sob tal enfoque, pretende-se averiguar sobre a sustentabilidade de diferenciação da atividade administrativa - discricionária ou vinculada à lei, com base no critério temporal eleito pelo artigo 24 - em cuja hipótese o contribuinte estaria autorizado ao exercício do direito fundamental assegurado a todos no âmbito judicial e administrativo aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, mesmo antes do escoamento do prazo máximo previsto pela lei para a atividade decisória dos agentes e órgãos decisórios da Fazenda Pública federal.

A relevância da diferenciação que será feita, com base no termo legal, justifica-se na medida em que é lugar-comum a afirmação de que a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, não vincula a atividade administrativa decisória antes de transcorrido o prazo máximo por ela contido.

Além disso, caberá examinar os efeitos decorrentes do descumprimento do prazo do artigo 24, da Lei 11.457/2007, pelos agentes administrativos decisórios, a sua configuração como ato ilícito e a ausência de sanção legal expressa. Como substrato, será feita a análise das soluções encontradas pela jurisprudência brasileira, no que toca à demora da atividade decisória em tela, e os fundamentos

que ampararam o contexto jurisprudencial, ao longo do tempo: igualdade e repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado.

Finalmente, alcançar-se-á o ponto que diz respeito à normatividade que se extrai da norma constitucional que assegura os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo judicial e administrativo, como parâmetro ao controle da demora na atividade decisória dos agentes administrativos, no âmbito do processo tributário. À luz dos conceitos e considerações anteriormente expostas, buscar-se-á distinguir a celeridade processual como meio e a celeridade processual como fim, cuja funcionalidade, pensa-se, pode ser aplicada diretamente no controle da atividade administrativa de que se ocupa o presente estudo. Além disso, serão analisadas as medidas judiciais e legislativas como parâmetros ao controle da demora da atividade decisória, no processo administrativo-tributário, com a sugestão de aprimoramento dos estudos a respeito da responsabilização do Estado pelos prejuízos decorrentes da inércia e omissão na prolação de decisões a petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

Com isso, pretende-se apresentar uma perspectiva diferente ao tratamento da norma constitucional que assegura os meios que garantam a celeridade processual e, também, averiguar sobre a efetividade das medidas de proteção ao direito fundamental a ela subjacente, como parâmetro ao controle da demora nas decisões e julgamentos de processos administrativo-tributários de iniciativa dos contribuintes de que se ocupa a presente investigação.

## **2 RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE DA SUA TRAMITAÇÃO**

### **2.1 Elementos que constituem o preceito constitucional que assegura a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação**

O dispositivo constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, o direito à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade tramitação processual está constituído por quatro elementos considerados principais para o desenvolvimento da presente investigação, em função do conteúdo<sup>4</sup> que expressam e da relevância que exercem no tocante à identificação da respectiva norma constitucional: o processo, o tempo, a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação processual. A compreensão a respeito de suas significações, no contexto do enunciado do inciso LXXVII, do artigo 5º, consiste em tarefa indispensável para que se possa avançar com segurança em direção ao objetivo principal do trabalho, notadamente porque tais elementos exercem funções específicas no contexto normativo em questão<sup>5</sup>. Por tais motivos, sua análise representa etapa preliminar, conforme as considerações que se passa a fazer.

#### **2.1.1 Processo**

O processo, como signo representativo de um fenômeno natural ou forjado pelo homem, na definição informativa ou lexicográfica<sup>6</sup>, induz às noções de

---

<sup>4</sup> “A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários”. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 28.

<sup>5</sup> “É o contexto que, em regra, leva com maior exatidão à determinação da variante de significado que, entre as múltiplas porventura existentes, há de ser considerada, sendo sua influência a principal garantia de que a polissemia não se convolará em genuína ambiguidade”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 188.

<sup>6</sup> “A definição informativa ou *lexicográfica*, usualmente empregada nos dicionários, objetiva informar os significados existentes, ou seja, descrever os usos lingüísticos vigentes numa determinada comunidade linguística, sendo aludida também como definição analítica, pois é procedida por um método indutivo voltado à realidade empírica, o que faz com que seja caracterizada, por alguns, como verdadeira ou falsa, conforme corresponda, ou não, a esses usos”. *Ibidem*, p. 316.

dinâmica, avanço, desenvolvimento, *seguimento*<sup>7</sup>, *sucessão de estados ou de mudanças*<sup>8</sup>, ou de acontecimentos<sup>9</sup>. A definição de processo contrapõe-se às noções que remetem à estática ou à instantaneidade e, por isso, pensa-se no processo como uma sucessão progressiva de acontecimentos ou de atos, até que se estabeleça um novo estado ou uma nova situação com relação ao ponto de partida. Em função de tais características, o processo mantém uma relação direta com o transcorrer do tempo, com a temporalidade, com o desenvolver-se *no sentido de e*, por isso, não se pode confundi-lo com algo momentâneo ou rápido<sup>10</sup>.

Como mecanismo decorrente do monopólio da jurisdição pelo Estado, o processo não admite a autotutela pelo titular de direitos<sup>11</sup>, porque no contexto da ordem jurídica são inadmissíveis as reações imediatas por parte daquele que se sentir lesado. Nos casos de violação a direito, o prejudicado deverá buscar a tutela perante o poder competente. Por tais motivos, o processo se afasta da ideia de instantaneidade.<sup>12</sup>

A distinção conceitual entre processo e procedimento remete à ideia do processo como “uma direção no movimento”, enquanto “o procedimento é o modo de mover e a forma em que é movido o ato”. Sob tal linha de pensamento, o

---

<sup>7</sup> SÉQUIER, Jaime de. Dicionário Prático Ilustrado - Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro. Edição atualizada e aumentada por José Lello e Edgar Lello. Porto : Lello e Irmão Editores, 1973, p. 956.

<sup>8</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Aurélio : o dicionário da língua portuguesa/Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição Marina Baird Ferreira. – 8. ed. – Curitiba : Positivo, 2010, p. 613.

<sup>9</sup> BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de Filosofia. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; [tradução, Desidério Murcho...et al.]. – Rio de Janeiro: Zahar, 1997. Tradução autorizada da primeira edição inglesa, publicada em 1994 por Oxford University Press, de Oxford, Inglaterra, p. 320.

<sup>10</sup> SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, 1929. Curso de processo civil (processo de conhecimento). 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 9. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798

<sup>11</sup> “O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica”. MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

<sup>12</sup> Nesse sentido: “idéia de processo afasta a idéia de instantaneidade da reação que o titular do direito ofendido poderia ter, se não tivesse de submetê-lo, antes, ao crivo de uma investigação sempre demorada, tendente a determinar a sua própria legitimidade”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, 1929. Curso de processo civil (processo de conhecimento). 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 9. Também nessa esteira: “É característica de todo processo durar, não ser instantâneo ou momentâneo, prolongar-se. O processo implica sempre um desenvolvimento sucessivo de atos no tempo”. STF, 2ª Turma, HC 129.762-SP, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 01/12/2015, p. 01/02/2016.



processo “não exaure o seu ciclo vital em um único momento, mas é destinado a desenvolver-se no tempo, possuindo duração própria”.<sup>13</sup>

Tomando-se a ideia de processo a partir das noções acima delineadas, que invariavelmente conjugam o conceito de *processo* ao conceito de *tempo*, reconhece-se a existência uma estreita relação entre *processo* e *tempo*<sup>14</sup>, a qual corresponde ao vetor que conduz à solução das lides. Em decorrência disso, permite-se conferir tratamento científico à questão da duração processual e às suas implicações, no que tange aos direitos por ele tutelados, deixando-se para trás as concepções doutrinárias que lhe conferiam tratamento meramente secundário<sup>15</sup>. Tendo em conta a relação entre tempo e processo, cabe investigar sobre o conceito de tempo, como segundo elemento do dispositivo constitucional em exame.

### 2.1.2 Tempo

Buscar o conceito e o conteúdo de *tempo* é talvez um dos maiores desafios do homem<sup>16</sup>, em função das distintas perspectivas possíveis para o desenvolvimento de uma análise delimitada e criteriosa, que pode variar desde a filosofia à ficção, da cultura à ciência, da religião à física e assim por diante. Santo Agostinho, por volta dos quatrocentos<sup>17</sup>, atribuiu à noção de tempo o sentido *daquilo* que todos sabem o que é, mas não conseguem explicar<sup>18</sup>. Em função da dificuldade por ele identificada,

<sup>13</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 24-25.

<sup>14</sup> Nesse sentido, ainda: “Finalmente é chegada a oportunidade para que os doutrinadores nacionais comecem a se preocupar mais com a questão relacionada ao tempo do processo, tendo em vista a escassez de obras existentes até os dias atuais disciplinando a matéria, iniciando-se uma maior produção científica após a referida emenda”. JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 69

<sup>15</sup> Nesse sentido: “Contudo, quem atualmente acredita que esta questão é irrelevante e não tem importância ‘científica’ não só é alheio ao mundo em que vive, como também não tem capacidade para perceber que o tempo do processo é um dos principais fundamentos dogmáticos do processo adequado ao Estado Constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 21-22.

<sup>16</sup> Para a filosofia: “A natureza do tempo tem sido um dos maiores problemas filosóficos desde a Antiguidade”. BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de Filosofia. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; [tradução, Desidério Murcho...et al.]. – Rio de Janeiro: Zahar, 1997. Tradução autorizada da primeira edição inglesa, publicada em 1994 por Oxford University Press, de Oxford, Inglaterra, p. 376.

<sup>17</sup> *Confissões*, Livro 11 *apud* BLACKBURN, Simon. Op. cit., p. 7 e 377.

<sup>18</sup> “Muitos séculos atrás, um famoso padre preocupou-se com a mesma indagação e confessou que, se ninguém perguntasse, ele sabia o que era tempo, mas se tentasse explicar teria de admitir que não sabia. Embora haja muitas ideias importantes com as quais a maior parte das pessoas concorda sem entender, só tempo tem essa qualidade peculiar de nos fazer sentir por intuição que o compreendemos perfeitamente, desde que ninguém nos peça para explica-lo”. JOBIM, Marco Félix. O

pode-se dizer que não diferente foi a trajetória de teóricos e filósofos que lhe sucederam na tentativa de explicar o *tempo*<sup>19</sup>.

A busca pela definição de tempo, a partir da ideia do tempo passando e de que as coisas vão acontecendo, numa acepção evolutiva e progressiva de passagem em relação ao seu observador, decorre da concepção do tempo como *fluxo* que pode ser identificada na intuição do homem comum, ainda que de forma inconsciente. No sentido de que o fluxo do tempo diminui a dor, escreveu Santo Agostinho:

O tempo não descansa, nem rola ociosamente pelos sentidos: pois produz na alma efeitos admiráveis. O tempo vinha e passava, dia após dia. Vindo e passando, inspirava-me novas esperanças e novas recordações. Pouco a pouco, reconfortava-me nos antigos prazeres, a que ia cedendo a minha dor.<sup>20</sup>

Questionar a concepção do tempo como um fluxo é tarefa difícil (ou absurda), como reconhece Simon Blackburn:

Concebemos bem o tempo, quando o concebemos como um fluxo? Se é esse o caso, o tempo flui do futuro para o passado, mantendo-nos como barcos presos no meio de um rio? Ou flui do passado para o futuro, transportando-nos com ele? E pode fluir mais depressa ou mais devagar? Essas questões parecem suficientemente difíceis (ou absurdas) para nos encorajar a rejeitar a metáfora do fluxo do tempo. Mas se não concebermos o tempo como um fluxo, como poderemos imaginar sua passagem?<sup>21</sup>

Para Hans-Georg Gadamer, a questão da distância temporal não pode mais ser considerada um abismo que separa, mas sim um fundamento onde a atualidade finca suas raízes, configurando uma possibilidade positiva e produtiva da atividade

---

direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 22.

<sup>19</sup> Para Immanuel Kant, só é possível ter conhecimento *a priori* do espaço e do tempo, porque espaço e tempo são formas impostas à experiência pela nossa própria mente. *Apud* BLACKBURN, Simon. *Op. cit.*, p. 214.

<sup>20</sup> NALINI, José Renato. *Por que filosofia?* 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.

<sup>21</sup> BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; [tradução, Desidério Murcho...et al.]. – Rio de Janeiro: Zahar, 1997. Tradução autorizada da primeira edição inglesa, publicada em 1994 por Oxford University Press, de Oxford, Inglaterra, p. 376.

de *compreender*, inclusive no sentido de conferir maior segurança para que o intérprete possa julgar isento de preconceitos e pressuposições<sup>22</sup>.

Pensa-se que a questão da valoração do tempo também surge como relativa e variável, de acordo com o ponto de vista do observador. Não é incomum que o tempo seja valorado com menor relevância ou indiferença pelo jovem, para quem a passagem do tempo não induz, necessariamente, à ideia de finitude ou de morte que pode veicular ao velho. É por isso que não é errado dizer, em linhas gerais, que o velho atribui maior valor ao tempo, em relação ao jovem, porque é mais fácil conceber, sob o ponto de vista da velhice, as restrições da vida e a sua própria finitude. Contudo, as referências à dificuldade de definição e de valoração do tempo como um fluxo e em função da idade são apenas algumas das tantas perspectivas possíveis e dificultosas de definição e valoração do tempo porque, como sói reconhecer, o conceito de *tempo* vem sendo, há muito tempo, buscado e explicado sob distintos critérios e definições.

Para José Rogério Cruz e Tucci, a quem se pode atribuir relevante contribuição doutrinária sobre o tema, é no plano do direito material que o *tempo* constitui um importante vetor pois, neste, o tempo interage com valores ideológicos e pode ser combinado com políticas legislativas<sup>23</sup>. Para o autor do *Tempo e Processo*, o fato jurídico tem, sob vários aspectos, uma estrutura tipicamente temporal. Como exemplos da identidade entre o tempo e o direito, está a idade como elemento nos direitos civis; o tempo do pagamento, no direito das obrigações; o tempo para a decadência e para o usucapião, e assim por diante. Tendo em vista a repercussão do tempo para o direito material, Cruz e Tucci volta-se para o estudo da repercussão temporal no campo do processo, sob cujos limites inicia ampla e profunda análise a respeito do tempo e do processo e também sobre a duração razoável do processo, no final da década de 90<sup>24</sup>.

Para Cruz e Tucci, o tempo do processo no seu aspecto intrínseco não é ordinário, mas sim é um tempo ordenado que permite restabelecer a ordem social e jurídica<sup>25</sup>. Reconhecendo que o tempo do processo deve se desenvolver, na medida

---

<sup>22</sup> GADAMER, Hans-Georg, 1900-2002. Verdade e método. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. Título original: Wahrheit und Methode – Vol. I, p. 393-394.

<sup>23</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 26.

do possível, mediante um procedimento célere, salienta, de outro lado, que no processo devem ser respeitadas uma série de garantias das partes, incompatíveis com medidas precipitadas e, por isso, destaca o “esforço para harmonizar as garantias processuais como boa técnica de tutela substancial” e de segurança jurídica<sup>26</sup>, tornando-se visível que “o direito processual oscila entre a necessidade de decisão rápida e a de segurança na defesa do direito dos litigantes”<sup>27</sup>. Ao tratar do processo *versus* tempo, extraem-se conclusões contundentes a respeito da influência negativa que o tempo pode exercer no processo, cujo enfrentamento acaba propiciando a formulação de alternativas focadas à minimização dos efeitos prejudiciais da intempestividade da tutela jurisdicional. Para Cruz e Tucci, as alternativas que podem minimizar os efeitos negativos do atraso na tutela jurisdicional são: (i) mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, dirigidos às partes, quando praticam atos maliciosos no sentido de retardar a demanda; (ii) mecanismos de aceleração do processo, como tutela antecipada, procedimento monitorio e ações coletivas; e (iii) mecanismos (jurisdicionais) de controle externo da lentidão<sup>28</sup>.

Investigando a respeito do conceito de tempo no direito e no processo, Marco Félix Jobim considera que conceituar o tempo vai mais além do que concebê-lo como um fluxo que envolve passado, presente e futuro. Em função disso, desenvolve estudo específico sobre o tempo, nas diversas áreas que tentaram conceitua-lo, buscando aqueles conceitos que melhor se enquadram na sistemática processual vigente e, de forma específica, no direito à razoável duração do processo<sup>29</sup>. O capítulo inicial do *Direito à Razoável Duração do Processo* é reservado para tratar sobre a contagem do tempo métrico; sobre o tempo mítico na Literatura; sobre a relatividade do tempo na física; sobre o conceito de distância temporal da filosofia de Hans-Georg Gadamer; sobre o conceito de tempo social; e, sobre o tempo do direito, em François Ost. Da filosofia de Hans-Georg Gadamer, para quem a *compreensão da obra* estaria ligada à questão temporal que exige distanciamento temporal entre o intérprete e a *obra*, na busca pelo desenvolvimento do real significado desta, Jobim extrai o conceito de *maturação* que utilizará para o

---

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 119-142.

<sup>29</sup> JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 27-28.

exame posterior que realiza sobre o tempo do processo<sup>30</sup>. Do tempo social, tal qual traçado por Niklas Luhmann, como sendo o tempo que deve ser interpretado de acordo com as atividades sociais de um determinado grupo, e não de acordo com o tempo astronômico ou aritmético, a noção de tempo serve “de base para certos acontecimentos que ocorrem durante a duração do processo que não conseguem ser explicados pela noção métrica do tempo, como a demora na distribuição e na conclusão de um processo”<sup>31</sup>. Do tempo do direito de François Ost, Jobim aponta quatro elementos – memória, perdão, promessa e questionamento – que estão intimamente ligados ao direito e ao tempo, os quais considera de extrema importância para o exame do tempo do processo que realiza, em função dos conceitos que influenciam na sistemática processual que lhe é contemporânea<sup>32</sup>. A partir dos conceitos de *tempo* examinados - em especial, o conceito de tempo formulado pela concepção de distância temporal que é traçada pela filosofia gadameriana (que denota a ideia de maturação), o conceito de tempo social e, o conceito de tempo do direito, fornecido por François Ost -, Marco Félix Jobim desenvolve concepção a respeito da tempestividade do processo, que resulta da mescla das diversas concepções sobre o tempo por ele estudadas, e que tem como objetivo examinar a responsabilização do Estado em casos de intempestividade da tutela jurisdicional que, por assim ser dizer, possui estreitíssima relação com o tempo, o direito e o processo<sup>33</sup>.

Sob a ótica da vulnerabilidade do contribuinte, James Marins traça os contornos da relação entre o particular e o Estado, sob diferentes aspectos. O estudo perpassa quadros de vulnerabilidade do contribuinte a partir da vulnerabilidade material, nas esferas político-legislativa e político-econômica; da vulnerabilidade formal, que se verifica com relação à cognoscibilidade, à tecnologia

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 55-56.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>32</sup> “Então o tempo do direito é uma forma de se juntar quatro características que passam da memória ao perdão, da promessa ao questionamento. A memória está atrelada ao conhecimento passado da humanidade, das sociedades, cada uma delas com seu modo de arquivar esse passivo que reflete no perdão. Esse traz o dever do ser humano esquecer aquilo que desimporta e lembrar somente aquilo que interessa. Essa é a forma que a sociedade tem de perdoar. Cumprir a pena por um crime deve estar arquivado, mas ao mesmo tempo, se houve a devida contraprestação do réu à sociedade, esta deve conceder seu perdão naquilo que importa. Aí entra o questionamento, pois, ao mesmo passo que há o perdão, existe esse arquivo denominado memória, que liga ao passado e parece querer engessar o futuro, se não fosse por um quarto item pensado por François Ost, qual seja, a promessa.” JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 67.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 170.

e à administrativa, e; alcança a vulnerabilidade processual do contribuinte, momento em que parte para o exame do princípio da razoável duração do processo e o processo tributário. Neste ponto, no que importa para a presente investigação, James Marins reconhece que os efeitos do tempo no processo possuem uma relação direta com a condição de vulnerabilidade do contribuinte, tanto administrativa como judicialmente, notadamente se comparada à condição que assume o Estado. A distinção que permite indicar a condição de vulnerabilidade do contribuinte fica por conta das diferentes naturezas dos sujeitos objeto de comparação: o Estado – que se caracteriza pela existência temporal permanente -, ao passo que o contribuinte é, sem dúvidas, marcado pela existência temporal transitória. Nesses termos, James Marins logra êxito em estabelecer a diferença entre a relação que o Estado mantém com o tempo e a relação que o contribuinte possui com o tempo, na qual o contribuinte “necessariamente desaparecerá por força do determinismo biológico”<sup>34</sup>. Tendo em vista a distinção entre as relações que se desenvolvem entre Estado, contribuinte e o tempo, é certo dizer que a influência do tempo varia de acordo com a perspectiva da qual se examina o aspecto da demora processual, se do ponto de vista do Estado, que é perene, ou se do ponto de vista do contribuinte, que não é permanente biologicamente.

### **2.1.3 Razoável duração do processo**

#### **2.1.3.1 Nota histórica**

A questão da razoável duração do processo e dos aspectos que envolvem a sua significação, definição e conceituação<sup>35</sup> foi objeto de estudo pela doutrina nacional e estrangeira muito antes da reforma de 2004. Antes de ter sido inserida no texto constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, e de constituir norma explícita no ordenamento jurídico brasileiro, a matéria atinente à razoável duração do processo já era objeto de estudo em vários países. No período que precedeu à

---

<sup>34</sup> MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 23-58, 60.

<sup>35</sup> “Conceitos não se confundem com termos; tampouco se confundem com definições. Além disso, não há, a rigor, relação direta entre definições e conceitos, uma vez que as definições têm por objeto os termos, e não os conceitos. As definições buscam substituir, com correção, um termo cujo significado é pouco claro (o *definiendum*) por outros termos cujo significado seja mais claro ou preciso (o *definiens*). A definição de signos linguísticos, diversamente da definição de coisas, consiste no emprego de um conjunto de signos para explicitar, especificar ou alterar os seus significados. Há, entre definições e conceitos, uma relação mediata, uma vez que a definição de um termo poderá levar à exclusão ou à adoção de um determinado conceito”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 315-316.

reforma brasileira, a doutrina nacional oscilava em identificar a sua determinação implícita por força do inciso XXXV ou, dos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição Federal, que preveem o amplo acesso ao Poder Judiciário e, o devido processo legal aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, mediante o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes<sup>36</sup>.

Entre os importantes autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema, antes da Emenda Constitucional 45/2004, José Rogério Cruz e Tucci laborou prodigiosamente para a determinação dogmática da dicção do *prazo razoável*, a partir da doutrina comparada e então predecessora, formada em função dos inúmeros textos legislativos que previram o direito a um processo sem dilações indevidas, tanto na Europa Ocidental, como na América do Norte, e decorrente da lentidão da justiça em vários países. A primeira referência estrangeira a respeito de disposição legal que versa sobre a razoável duração do processo, é a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em cujo artigo 6º, I, está previsto que “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente *num prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”<sup>37</sup>. O texto foi subscrito em Roma, no dia 04 de novembro de 1950. Nesse contexto, e dada a impossibilidade de fixar uma regra à dicção *prazo razoável*, a jurisprudência da Corte Européia dos Direitos do Homem identificou três critérios de colaboração para a verificação da ocorrência de dilações indevidas no processo: (i) a complexidade do assunto; (ii) o comportamento das partes e de seus procuradores; e (iii) a atuação do órgão jurisdicional<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Nesse sentido: DELGADO, José Augusto. O Processo posto na Constituição Federal. Aspectos Contemporâneos, in MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 95, para quem: “As duas garantias fundamentais postas no inciso LXXVIII do art. 5º, da CF, já se encontravam, implicitamente, contidas no art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, que asseguram o devido processo legal, bem como, no art. 37, *caput*, parte final, que determina a obrigatoriedade da Administração Pública, por qualquer um de seus poderes, atuar com eficiência”.

<sup>37</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66-67.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 68. *Idem*, Duração Razoável do Processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), in MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 326.

O direito ao processo e ao procedimento sem dilações indevidas também está resguardado por outros ordenamentos jurídicos internacionais, como é o artigo 24.2 da Constituição espanhola, editada em 1978, que prevê:

(...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público **sin dilaciones** indevidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia<sup>39</sup>.

Também no *common law*, doutrina e jurisprudência trabalham a dicção do prazo razoável e do processo sem dilações injustificadas. No direito norte-americano, a cláusula do julgamento rápido (*speedy trial clause*) foi disciplinada pela 6ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>40</sup>. O estudo de diferentes ordenamentos jurídicos propicia concluir que o repúdio às dilações indevidas permeia, em relevante medida, as normas do direito estrangeiro.

No âmbito supranacional, mas com reflexos importantíssimos na seara do ordenamento jurídico brasileiro, é a regra do artigo 8º, 1<sup>41</sup>, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil, mediante a aprovação do Decreto 27, de 26 de maio de 1992, pelo Congresso Nacional, tendo sido depositada a respectiva carta de adesão pelo Governo brasileiro, em 25 de setembro de 1992, conforme o Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, o qual incorporou o seu conteúdo ao ordenamento brasileiro<sup>42</sup>. Referido artigo 8º, 1, previa que toda pessoa possui o direito de ser ouvida em *prazo razoável*, na apuração de qualquer acusação penal ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de outra natureza.

<sup>39</sup> Constituição espanhola. Disponível em: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>> Acesso em: 03 de set. 2016. TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 76.

<sup>40</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

<sup>41</sup> “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

<sup>42</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 86.



Pode-se dizer que o aludido Pacto representa um marco histórico no âmbito nacional, não só por ter propiciado estudos quanto à viabilidade de seu reconhecimento no direito interno ou, sobre a compatibilidade do direito ao prazo razoável do processo frente ao ordenamento jurídico brasileiro, no período anterior à reforma de 2004<sup>43</sup>, como por ter possibilitado, gradativamente, a aplicação do critério do prazo da razoável duração do processo em casos concretos. Por isso, não soa estranho o fato de que, mesmo antes da alteração perpetrada pela reforma do Poder Judiciário, o tema da duração razoável do processo já ocupava juristas brasileiros e estrangeiros, na construção doutrinária e jurisprudencial<sup>44</sup>.

Em 04 de julho de 2006, adotando os critérios traçados em 1950, pela Corte Européia dos Direitos do Homem, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu julgamento no caso internacionalmente conhecido como *Ximenes Lopes*, proposto contra o Estado do Brasil, em função da morte de Damião Ximenes Lopes, portador de deficiência mental e hospitalizado em alegadas condições desumanas e degradantes na Casa de Repouso Guararapes, onde morreu após ter sido supostamente atacado a golpes por parte dos funcionários da referida casa de repouso, enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizaram o caso e o mantinham na impunidade<sup>45</sup>. Em suas considerações, a Corte Interamericana de Recursos Humanos apontou aspectos falhos na condução do caso, pelo estado brasileiro, merecendo destaque, no que importa à duração razoável do processo, o seguinte:

194. Em resposta aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes a que foi submetido o senhor Damião Ximenes Lopes, e a sua posterior morte, o primeiro recurso que cabia ao Estado ter

---

<sup>43</sup> Nesse sentido: "(...) a despeito da garantia do devido processo legal pressupor, como já ressaltado, o rápido desfecho do litígio ou da *persecutio criminis*, encontra aplicação, em nosso sistema jurídico, dada a evidente compatibilidade de regramentos, o disposto no art. 8º, 1, do referido Pacto: 'Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...'. TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 87.

<sup>44</sup> "A redação do inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004, trouxe para a esfera jurisdicional e administrativa o princípio da duração razoável do processo, elevando-o ao rol dos direitos fundamentais. Mas essa vitória da cidadania não é novidade, pois fruto de séculos de pesquisa e reflexão sobre o assunto no âmbito universal, conforme se passa a demonstrar". JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 70.

<sup>45</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2016.

proporcionado era uma investigação efetiva e um processo judicial realizado de acordo com os requisitos do artigo 8 da Convenção, com vistas ao esclarecimento dos fatos, à punição dos responsáveis e à concessão de compensação adequada.

195. O artigo 8.1 da Convenção dispõe, como um dos elementos do devido processo, que os tribunais decidam os casos submetidos ao seu conhecimento em *prazo razoável*. A razoabilidade do prazo deve ser apreciada em relação com a duração total do processo penal. Em matéria penal este prazo começa quando se apresenta o primeiro ato de procedimento contra determinada pessoa como provável responsável por certo delito e termina quando se profere sentença definitiva e firme

196. Para examinar se neste processo o prazo foi *razoável*, nos termos do artigo 8.1 da Convenção, a Corte levará em consideração três elementos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.<sup>46</sup>

Após tecer duzentos e sessenta e um enunciados e considerações, a Corte Interamericana dispôs, entre outros, o seguinte:

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve garantir, em um *prazo razoável*, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.<sup>47</sup>

A experiência brasileira aponta para a existência de dilações processuais nas diferentes esferas decisórias do Judiciário e da Administração Pública. Exemplo de caso que aguarda por julgamento há mais de dezessete anos, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1945, interposta perante o Supremo Tribunal Federal no dia 1º de janeiro de 1999, contra a Lei 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Mato Grosso, sob diferentes argumentos, a partir de quando se instaurou a divergência, na Corte Suprema, a respeito da incidência do ICMS sobre *softwares* adquiridos por meio de transferência eletrônica de dados, em função do conceito de circulação de mercadorias. Somente em 26 de maio de 2010 – onze anos após o início do julgamento - o Plenário da Corte concluiu pelo indeferimento da liminar na

<sup>46</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2016, grifou-se.

<sup>47</sup> Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 08 set. 2016, grifou-se

Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1945 sem, contudo, pronunciar-se a respeito do mérito da inconstitucionalidade<sup>48</sup>.

Tendo em conta tais situações, e como bem assevera José Augusto Delgado, a preocupação com a duração do processo alcança, em nossos dias, patamar universal, sendo uniforme e global o reconhecimento de que a demora na concessão da tutela jurisdicional configura violação à dignidade da pessoa humana e do fortalecimento da cidadania, tendo ensejado, por tais motivos, ao Código de Processo Civil de Portugal, prever que “a proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, *em prazo razoável*, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar”<sup>49</sup>.

Também o Código de Processo Civil brasileiro de 2015, com amparo nos valores e normas fundamentais estabelecidos pela Constituição e atento às violações de direitos que podem decorrer das demoras indevidas no processo civil, positivou o prazo razoável de duração do processo, como direito das partes de obter a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (art. 4º); como dever dos sujeitos do processo em cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º); como dever de o juiz conceder prazo razoável para que seja sanada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, mediante a suspensão do processo (art. 76); como dever expresso de o juiz dirigir o processo e velar pela sua duração razoável (art. 139, II); entre outros dispositivos específicos, assegurando, pois, no âmbito do processo civil, garantias contra as dilações indevidas do processo<sup>50</sup>.

### 2.1.3.2 Indeterminação do razoável

---

<sup>48</sup> STF. ADI 1945 MC, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2010, DJe-047 DIVULG 11-03-2011 PUBLIC 14-03-2011 EMENT VOL-02480-01 PP-00008 RTJ VOL-00220-01 PP-00050. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620411>> Acesso em: 04 mar. 2017.

<sup>49</sup> DELGADO, José Augusto. O Processo Posto na Constituição Federal. Aspectos Contemporâneos, *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 97, grifo no original.

<sup>50</sup> “A lei, no Estado Constitucional, deve ser compreendida a partir da Constituição e dos direitos fundamentais. Quer isto dizer que as regras processuais civis devem ser lidas a partir dos direitos fundamentais, especialmente daqueles que dizem respeito a processo civil”. MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 212.

Em comum, os ordenamentos jurídicos que preveem a razoável duração do processo sem dilações indevidas têm o elevado grau de abstração que exsurge de seu conceito<sup>51</sup>, em função de que a dicção *razoável* consubstancia conteúdo indeterminado e aberto<sup>52</sup>, exigindo criteriosa ponderação frente aos princípios jurídicos correlatos<sup>53</sup>, na atividade de aplicação do direito pelo intérprete. Com efeito, o exame do terceiro elemento em estudo, que é representado pela dicção constitucional *razoável duração*, não permite que se estabeleça *a priori* uma regra definida e aplicável aos casos de violação ao direito que prevê<sup>54</sup>.

A duração razoável é inconfundível com a qualidade do rápido e tampouco pode ser concebida como aquela duração que vem fixada, determinada ou limitada no tempo, por meio de regras que prevejam *termo* ao encerramento do processo. É dizer, duração razoável não pode ser compreendida como duração por prazo fixado, determinado ou limitado no tempo. O estabelecimento de regras temporais ou a previsão de prazos para a duração de processos ou de fases processuais, por si só, ainda que previna o perecimento dos direitos tutelados, não contribui diretamente

---

<sup>51</sup> “Sendo compostos por propriedades, verifica-se ser inerente aos conceitos a abstração, razão pela qual *‘todo conceito é um conceito abstrato’*, somente variando o grau de abstração. Somente a apreensão intuitiva pode captar o caráter multifacetado e heterogêneo da realidade, não o conceito, que é necessariamente abstrato. (...) Diante da inerente abstração do conceito, o denominado *‘conceito abstracto’* deve ser entendido como um conceito com elevado grau de abstração, sob pena de se incidir em flagrante tautologia”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 238.

<sup>52</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 76. TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração Razoável do Processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 332. Discorrendo a respeito da abertura do sistema tributário nacional, cuja lição, dadas as proporções, auxilia na compreensão da abertura a que se refere a autora, define Humberto Ávila: “Aberto não apenas no sentido de um sistema capaz de desenvolvimento, como o são os sistemas vertidos na linguagem, mas no sentido de um sistema que expressamente reenvia a outras normas não expressamente previstas no Sistema Tributário Nacional, mas em outras partes da Constituição”. ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 161-162.

<sup>53</sup> “Verifica-se, assim, que os conceitos constitucionais não são acabados *a priori*, ou seja, constituídos de um conjunto fechado de propriedades necessárias e suficientes à sua aplicação. Podem modificar-se no curso de sua aplicação, simplificando-se ou enriquecendo-se, conforme o caso. (...) Para o procedimento de aplicação do Direito diante de tais imprecisões lingüísticas, os princípios jurídicos assumem peso singular, e a sua ponderação, conseqüentemente, passa a ser, em regra, decisiva”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 325.

<sup>54</sup> Conforme Cruz e Tucci: “torna-se impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante das violações à garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Duração Razoável do Processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal), *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 326.

para a compreensão da dicção constitucional em exame<sup>55</sup>, dando ensejo a que se defenda que “o processo não pode ter um prazo fixo para sua finalização, sob pena de severos prejuízos às partes”<sup>56</sup>.

Usualmente identificada como uma norma impeditiva de dilações indevidas que postergam negativamente o trâmite processual e preservam o processo curto, a duração razoável do processo também exerce a função de evitar reduções abruptas e injustificadas nas etapas processuais, manifestando sentido oposto à ideia inicial, porém exercendo semelhante papel de resguardar a segurança das partes, contraditório, ampla defesa e direitos fundamentais do processo. Quem ensina é James Marins:

O tempo razoável para o processo, concebido como amálgama de garantias, não é necessariamente o tempo mais curto, mas justamente o mais adequado para que cumpra suas funções. Acelerar o processo pode, em algumas hipóteses, retirar a razoabilidade de sua duração. Processo “instantâneo” ou “quase instantâneo” não é razoável e representa, inclusive, *contraditio in terminis*, ou seja, a própria noção de processo implica transcurso de certo tempo, lapso razoável para que possa ser solucionado. O propósito de instantaneidade ou de encurtamento abrupto do processo configura, muitas vezes, atentado contra sua racionalidade e, nessa medida, representa agressão ao princípio da razoável duração do processo. Repita-se: *o tempo é insuprimível do processo*.<sup>57</sup>

Em acréscimo, deve-se reconhecer que a determinação de um prazo que possa ser considerado *razoável* à duração do processo e cuja inobservância venha a instaurar uma situação de violação à norma estudada é tarefa bastante complexa, porque envolve conceitos indeterminados, que são aqueles conceitos jurídicos que se constituem a partir de elementos não exatos que devem ser integrados à regra jurídica, para sua ampla compreensão. Tratam-se de conceitos vagos, imprecisos ou empíricos que por isso ensejaram debate, especialmente o âmbito do direito administrativo, quanto a estarem contidos pelo conceito de ato discricionário, ou não.

---

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>56</sup> JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 19.

<sup>57</sup> MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 64.

No direito alemão, a orientação hoje predominante é de que os conceitos jurídicos indeterminados constituem o suporte fático legal e que as divergências deles extraídas relacionam-se com a interpretação da regra jurídica<sup>58</sup>.

Todavia, não há que se confundir a abstração e indeterminação do conceito em estudo, cuja integração deverá ser feita pelo intérprete do caso concreto, com a possibilidade de aplicação imediata da norma que o prevê como direito fundamental<sup>59</sup>, como faz José Augusto Delgado *apud* Fábio Martins de Andrade: “O dispositivo em apreço não tem características de uma norma vaga, imprecisa, indeterminada que exija, para o seu cumprimento, legislação específica” e, portanto, “é, ao nosso entendimento, uma norma precisa e de auto-aplicação”<sup>60</sup>. A norma que prevê a razoável duração ao processo, ao contrário da lição emitida por Delgado, aponta para termos e significados abstratos e indeterminados, para cuja concretude e determinação é exigida a atividade de interpretação do direito, sobre a qual serão traçadas as considerações oportunas (vide 2.3)<sup>61</sup>. É dizer, toda essa atividade não pode levar à confusão com uma outra atividade que toca à determinação e à classificação das normas constitucionais quanto a sua eficácia. Por hora, importa destacar que um dispositivo constitucional vago, impreciso ou indeterminado não induz *ipso facto* à sua ineficácia, pois não é no âmbito da eficácia que a norma precisará ser integrada, mas sim no âmbito da interpretação. De qualquer sorte, não se deve olvidar que a duração razoável exige o esforço do intérprete na investigação quanto ao próprio significado de tempo processual. Nesse sentido:

O direito à duração razoável exige esforço dogmático para se atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 175.

<sup>59</sup> As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>60</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário – Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequenc e=5>> Acesso em: 04 set. 2016.

<sup>61</sup> “O essencial é que a interpretação do Direito deve orientar-se na unidade (formal-material-aplicativa). Interpretar – esta a banal conclusão – significa unir e ordenar”. ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 125.

<sup>62</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

No presente estudo, considera-se abstração e indeterminação da dicção que prevê a razoável duração do processo como premissa para o exercício que busca o sentido normativo passível de ser extraído do inciso LXXVIII, tomando-se o cuidado para não confundir a atividade de interpretação e de aplicação das normas constitucionais com a atividade de classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia.

#### **2.1.4 Meios que garantam a celeridade processual**

O dispositivo constitucional do inciso LXXVII, do artigo 5º, em análise está constituído por um quarto elemento que dispõe sobre o direito fundamental *aos meios* que garantam a celeridade processual. De acordo com a proposta inicial, o presente estudo se ocupará de investigar sobre a função da norma contida neste dispositivo, bem como de averiguar quais são e, no que consistem esses *meios* que garantam a celeridade processual.

Com tal propósito, colhe-se da racionalidade de Max Weber a *equação dinâmica* existente entre meios e fins, como referência ilustrativa ao objeto que se passará a expor. Para o cientista alemão, toda ação humana é realizada visando a determinadas metas ou valores, podendo, entretanto, ser mais ou menos eficaz para a consecução de tais valores. Examinando a racionalidade, em *A Ciência como Vocação*, apreende-se do pensamento de Weber a ideia de que a ciência indica os meios necessários para atingir determinadas metas e, portanto, que tais metas devem ser claramente formuladas, para que possam identificar quais os meios próprios a atingi-las. Assim, possibilita-se ao agente a opção de metas e de meios. Ao desenvolver linha de pensamento no sentido de que a ciência pressupõe que o resultado do trabalho científico é *importante em si*, Weber lança luzes à ciência do direito, a qual, sob sua ótica, preceitua o que é válido segunda regras da doutrina jurídica. E questiona: “deveria haver um Direito e *dever-se-iam* consagrar exatamente estas regras?”. Para Weber, a ciência do Direito “só pode indicar que, se desejamos certo resultado, tal regra de Direito é, segundo as normas da doutrina jurídica, o meio adequado para atingi-lo”<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. São Paulo: Editora Cultrix. Do original *Wissenschaft Als Beruf e Politik Als Beruf*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. Copyright 1967 e 1968, p. 10-13 e 37.

Permeando em grande medida o quarto elemento da norma constitucional em exame – o qual encerra o conjunto de significados cuja compreensão norteará o desenvolvimento que se segue -, a lição de Weber serviu como estímulo provocador de uma formulação sobre a qual buscar-se-á investigar a seguir, e que diz respeito à possibilidade de a celeridade processual representar um elemento normativo que traduza um *fim em si mesmo a ser atingido* no processo. Com efeito, em sendo o Direito a ciência que dispõem sobre os meios adequados à preservação de determinado resultado, e tendo a Constituição disposto sobre o direito aos meios que garantam a celeridade processual, formula-se a possibilidade de a celeridade processual constar, juntamente com os demais direitos fundamentais, como um direito por si só e, neste caso, buscar-se-á avançar na tentativa de indicar quais são os meios próprios a atingi-la. É o que se desafia fazer.

#### **2.1.4.1 Celeridade processual como valor a ser protegido**

O problema da celeridade processual - e da sustentabilidade da formulação de que ela consubstancia um fim em si mesmo - implica examiná-la como o próprio direito a ser protegido. A dificuldade que se apresenta advém da identificação que usualmente é atribuída ao significado de celeridade processual, como um *meio* que contribui para um fim, e não como um fim em si mesmo. Contudo, a linha de pensamento que será aqui deduzida orienta-se na investigação da hipótese de a celeridade processual constituir-se como um fim em si mesmo: como o próprio direito a ser protegido pelo processo. Para tanto, será necessário identificar as categorias constitucionais que amparam o direito à celeridade processual, consoante as considerações que se passa a fazer.

##### **2.1.4.1.1 Efetividade, eficiência e celeridade processual na Constituição Federal**

A efetividade processual é categoria do direito que auxilia na investigação da celeridade processual como um direito a ser protegido, ou um *fim* a ser buscado pelo processo.

No contexto dos direitos fundamentais, Robert Alexy reconhece que “*Los derechos a los procedimientos judiciales e administrativos son esencialmente derechos a una <<tutela jurídica efectiva>>*”, na medida em que “*una condición para*



*una tutela jurídica efectiva es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de los derechos procesales*<sup>64</sup>.

No contexto processual brasileiro, fala-se, pois, em processo de resultados, para indicar aquele procedimento dotado de mecanismos e técnicas adequadas a atingir as metas pretendidas. Além de suas funções precípuas, diz a doutrina, o processo dos dias atuais deve ser ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e de recursos possíveis, como tradução de uma preocupação que possui, no fundo, cunho social<sup>65</sup>.

Antes da reforma de 2004, o tema da efetividade processual foi objeto de reflexão, entre outros, por José Carlos Barbosa Moreira, para quem a demora excessiva dos processos tem causas tão numerosas e complexas que consiste em “ambição vã” querer encontrar o seu remédio processual definitivo<sup>66</sup>. Na reflexão dos anos 80, o processualista destaca o paradoxo da efetividade processual, a partir do exame de cinco pontos que envolvem: (a) a necessidade de o processo dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; (b) o fato de tais instrumentos serem utilizáveis por quaisquer sujeitos titulares de direitos; (c) a possibilidade de se assegurar condições propícias à reconstituição dos fatos relevantes, como meio de a decisão judicial se aproximar o quanto mais possível da realidade; (d) o gozo pleno da utilidade específica a que faz jus a parte vitoriosa, em toda a extensão de possibilidade prática, e; (e) a possibilidade de alcançar tal resultado no *tempo mínimo possível* e com o menor dispêndio de energias. Os pontos desenvolvidos representam importantes parâmetros para alcançar a noção de eficiência processual. Porém, e eis o paradoxo identificado por Barbosa Moreira, para que sejam concretizados, serão necessárias iniciativas que implicarão maior carga de trabalho e lentidão processual: “Inevitável a impressão de estarmos encerrados num ciclo vicioso: não há como tornar *mais* ‘efetivo’ o processo sem aumentar o serviço dos órgãos judiciais; mas é também impossível aumentar tal serviço sem tornar o

---

<sup>64</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 433.

<sup>65</sup> RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação Jurisdicional Efetiva: uma Garantia Constitucional, *in* FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 153-166.

<sup>66</sup> MOREIRA , José Carlos Barbosa, 1931. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de Direito Processual : terceira série – São Paulo : Saraiva, 1984, p. 31.

processo *menos* ‘efetivo!’”. Quem sabe, a questão da efetividade processual deva ser examinada sob a ótica política, econômica e social, conclui<sup>67</sup>.

Para Teori Albino Zavascki, o chamado direito à *efetividade da jurisdição*, como corolário do primado do amplo acesso ao Judiciário, designa o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo, em busca de um bem da vida, que permite provocar a atividade jurisdicional. Para tais indivíduos, devem ser assegurados meios expeditos e eficazes de exame da lide submetida à apreciação do Estado. Enfatiza Zavascki:

E não basta à prestação jurisdicional do Estado ser eficaz. Impõe-se também seja expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, “sem dilações indevidas”.

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.<sup>68</sup>

Na mesma linha, Daniel Mitidiero investiga a efetividade processual como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional, concebendo-a como a tutela que deve ser realizada de forma específica e em tempo hábil, no sentido da obtenção de um resultado mais aderente possível ao direito material objeto da demanda: “fundamental, portanto, que o processo tenha predispostos meios para outorga de proteção tempestiva às partes – o que, aliás, é mesmo dever constitucional do Estado”<sup>69</sup>.

A par da efetividade processual, que está sustentada no direito fundamental do amplo acesso à tutela jurisdicional, o Texto Constitucional contempla um outro princípio constitucional voltado à administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previsto pelo artigo 37: a eficiência. De acordo com a doutrina administrativa especializada,

---

<sup>67</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1931. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. *Temas de Direito Processual*: terceira série – São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-28 e 41-42.

<sup>68</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela* – São Paulo: Saraiva, 1997, 64.

<sup>69</sup> MITIDIERO, Daniel. *Direito fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia*. In *Processo civil e estado constitucional* – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 92, 94 e 95.

trata-se de princípio de difícil definição, para cuja compreensão faz-se necessário, no mais das vezes, o estabelecimento de parâmetros objetivos que auxiliem na tarefa. Em linhas gerais, o princípio da eficiência administrativa impõe à Administração Pública a prática de condutas orientadas a resultados satisfatórios, no sentido de nortear a qualidade de ação e de posturas de seus agentes<sup>70</sup> e, sob tal prisma, consiste em outro importante elemento de compreensão da celeridade processual. É que a eficiência constitucionalmente prevista pela Constituição, no âmbito da Administração Pública, não isenta (quando não obriga) a atividade judiciária que serve à atividade jurisdicional. A síntese de Natália Zampieri auxilia na elaboração da eficiência como um princípio aplicável à atividade judiciária:

Seguindo o entendimento da melhor doutrina e considerando a atividade judiciária um serviço público, a prestação jurídica eficiente é um requisito essencial. Economistas e gestores, dentre outros, trabalham arduamente na tentativa de delimitar (aparar as arestas) da eficiência; preocupação essa também do setor público, diante da necessidade do cumprimento da sua função social.<sup>71</sup>

Sob tais formulações, toma-se a eficiência como princípio constitucional que vincula tanto a atividade administrativa quanto a jurisdicional, na adoção de posturas adequadas aos resultados pretendidos, incluindo, entre outros, a prestação da tutela jurisdicional.

Tendo presente o conteúdo normativo da eficácia processual e da eficiência constitucional, cabe lançar luzes à celeridade processual, como elemento que compõe o contexto constitucional das aludidas normas, mais especificamente no que toca ao tempo da prestação da tutela administrativa ou jurisdicional.

Conferindo tratamento estrito, James Marins distingue a celeridade *procedimental* administrativa, quando é presidida pela inquisitorialidade e encontra menor grau de obstáculos para a sua efetividade e a celeridade *processual* administrativa, quando está relacionada com o princípio da duração razoável e encontra seus limites no *due processo of law*. Para o professor de processo administrativo tributário, a celeridade atinente ao *procedimento* administrativo não pode ser aplicada pura e simplesmente no *processo* administrativo, sob pena de

---

<sup>70</sup> MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 52-53.

<sup>71</sup> ZAMPIERI, Natália. A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública. In Revista de Processo, Ano 39, vol. 234. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, agosto/2014, p. 13-29.

violam outros princípios constitucionais, tais como a segurança jurídica e a ampla defesa<sup>72</sup>. É que a celeridade que orienta o *procedimento* administrativo, na lição de Marins, impulsiona a prática de atos de cunho eminentemente inquisitorial como corolário exclusivo da eficiência.

Contudo, para alcançar a formulação proposta pelo presente estudo, no que tange à celeridade processual como um fim em si mesmo, não basta estabelecer os conceitos de efetividade, eficiência e celeridade processual, na leitura que usualmente é conferida pela doutrina. É preciso avançar para o exame de uma valiosa contribuição prestada por Ovídio Baptista da Silva, em trabalho que versa sobre *Celeridade versus Economia Processual*.

Com efeito, assumindo a incumbência de estabelecer uma relação entre celeridade e economia processual, o professor gaúcho lança importantes luzes ao tema ora investigado, consignando, de modo explícito, que o conceito de efetividade se reveste de uma boa dose de imprecisão, caso considerado exclusivamente sob o aspecto da realizabilidade de direitos, na medida em que cabe inserir, no contexto da efetividade, o problema que envolve o tempo de sua realização. Para o Ovídio Baptista da Silva:

(...) se lhe dermos (ao conceito de efetividade) – como de fato devemos dar-lhe – o sentido de realizabilidade concreta dos direitos submetidos ao Poder Judiciário, nada teremos ainda esclarecido com relação ao *tempo* necessário para que essa efetividade se realize.

(...)

O que pode, no entanto, comprometer a efetividade dos direitos submetidos ao procedimento comum – ordinário ou sumário – é a ocorrência de um fator que se tornou frequente na experiência judiciária contemporânea e que torna realmente, senão inviável, ao menos inadequada essa forma tradicional de tutela processual. Referimo-nos à *urgência*, cada vez mais comum, como exigência imposta pelas circunstâncias, ou até mesmo psicologicamente determinada pela insegurança e pela angústia existencial, característica trágica tornada a marca permanente do homem moderno.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 178.

<sup>73</sup> SILVA, Ovídio da Silva. Celeridade versus Economia Processual. Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 15, jan-mar/2000, p. 49-55, grifou-se.

Pensa-se que a lição ovidiana não se resume, contudo, ao estabelecimento de uma relação entre efetividade e urgência, como literalmente expressa acima. Ao identificar e delimitar o antagonismo existente entre *celeridade* e *economia* processual, é que se pode compreender, na lição de Ovídio Baptista da Silva, que a celeridade processual consta como um *aspecto* próprio da efetividade, e cuja funcionalidade está ligada à expressão da *urgência* de tutela que deve ser atribuída às lides individuais, quando assim a demandarem, tendo em consideração que a *celeridade* processual serve ao caso concreto sob a perspectiva da necessidade das partes (na condição de categoria oposta à economia processual). Para Ovídio Baptista da Silva, celeridade e economia processual não se confundem, pois manifestam sentidos antagônicos, não sendo possível atender à economia processual sem perder celeridade (como o sentido temporal da efetividade). A economia processual é concebida por Ovídio Baptista da Silva como um princípio que contribui para a rapidez da prestação jurisdicional de forma ampla, numa perspectiva macro, e não para o caso individual das partes:

(...) o raciocínio seria conduzido na seguinte direção: o princípio da economia, embora retarde a solução do caso concreto, aumenta o índice de efetividade da prestação jurisdicional, abstratamente considerada, em seu aspecto global, evitando que as partes tenham que voltar a juízo com novas demandas que a cumulação de lides, propiciada pela denúncia, elimina<sup>74</sup>.

Ainda que o renomado professor tenha examinado a celeridade *versus* a economia processual, sua lição permite que se aponte para a celeridade processual como um aspecto da própria efetividade processual, e que envolve *a questão do tempo de realizabilidade de direitos*. Com base em tais ensinamentos, identifica-se uma graduação existente entre efetividade processual e celeridade processual: a primeira é elemento que orienta o princípio constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário e ampara a realizabilidade de direitos; a segunda consubstancia um aspecto da primeira e, como tal, configura fundamento para que, nas lides individuais que assim a demandarem, seja atribuída urgência como fator indispensável à realizabilidade de tais direitos.

No entanto, mesmo quando o fator de urgência se mostra indispensável à realizabilidade de direitos e, portanto, assume a posição de um fim em si mesmo, no

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 49-55.

processo, não se deve isentar de valoração frente a outras normas constitucionais igualmente relevantes ao processo, tais como segurança jurídica, ampla defesa e contraditório.

#### **2.1.4.1.2 Celeridade como direito fundamental a ser protegido pelo processo**

Mesmo em se adotando a premissa de que a celeridade processual consiste em um aspecto da efetividade processual, cujo sentido exprime as noções de urgência, rapidez e agilidade no que tange à realizabilidade de direitos e, sendo assim, mostrando-se apta a assumir a posição do próprio direito a ser alcançado pelo processo, não se está isentando a celeridade processual da sua conhecida posição de meio processual, como garantia de um fim. Com isso, quer-se dizer que a celeridade processual denota conteúdo de natureza dúplice: ora na posição de um fim em si mesmo, ora na posição de um meio processual que garanta a tutela jurisdicional.

Como *meio*, a celeridade processual é corolário da norma constitucional que assegura a todos os meios que garantam a celeridade da tramitação processual, com o objetivo de que seja prestada a tutela isenta de dilações indevidas.

Como *fim*, a celeridade processual é corolário da norma constitucional que veda a exclusão da apreciação de lesão ou ameaça a direito, pelo Poder Judiciário, como fundamento do princípio do amplo acesso à tutela adequada e efetiva e, portanto, reconhece-se na celeridade o *aspecto* da efetividade processual que exprime *urgência*, quando necessária, como valor a ser promovido, à luz da garantia fundamental de tutela jurisdicional. É dizer, direito à tutela de urgência, quando necessária a garantir efetividade processual.

A celeridade assume, pois, o sentido explícito de urgência, rapidez e agilidade contido pelo direito fundamental à efetividade jurisdicional e, desta forma, assume a feição de instrumento válido para o combate à demora e à lentidão processual, quando a lide assim a demandar. Sob tal prisma, não se lhe pode atribuir o conceito aberto, vago ou indeterminado, pois trata-se de norma expressa.

#### **2.1.5 Relação entre duração razoável do processo e meios que garantam a celeridade processual**

A leitura do dispositivo constitucional do inciso LXXVIII permite que se distingam duas normas distintas, a primeira, que versa sobre a duração razoável do

processo, e a segunda, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, os meios que garantam a celeridade da tramitação processual<sup>75</sup>.

No presente tópico, pretende-se indagar a respeito (i) de quais seriam esses meios indicados pelo inciso LXXVIII e, (ii) de qual é a relação que se estabelece entre esses meios e a norma que prevê a duração razoável do processo.

A pretensão se justifica pelo fato de que não há referência expressa, no texto constitucional, que permita responder diretamente às seguintes indagações: poderiam os meios que garantam a celeridade da tramitação processual ser considerados apenas como uma proteção à norma que prevê a razoável duração do processo e, portanto, somente um reforço da primeira norma? Poderiam os meios que garantam a celeridade da tramitação processual ser considerados como um mecanismo independente, que assegura a todos a celeridade da tramitação do processo e, portanto, ser considerados de forma autônoma com relação à primeira norma? Poderiam os meios que garantam a celeridade da tramitação processual ser considerados a título de reforço à primeira norma e, além disso, também ser considerados de forma desvinculada à primeira norma, exercendo dupla função: garantir a realização da primeira norma e garantir a celeridade processual de forma autônoma? Razoabilidade de duração e celeridade processuais possuem o mesmo sentido? A primeira pressupõe a segunda? E a segunda, pressupõe a primeira?

Na busca por respostas, percebe-se que a partir do acréscimo do inciso LXXVIII, à Constituição, o objeto dos estudos doutrinários vem envolvendo mais o tema da razoável duração do processo, propriamente dita, reservando-se a doutrina, em linhas gerais, apenas a tecer esparsas referências à norma que segue na segunda parte do dispositivo constitucional e, neste caso, para traçar uma correlação entre elas, como se estivessem imbricadas a tal ponto que, consistiriam numa coisa só. A escassez de trabalhos doutrinários que versem diretamente sobre o estudo acerca *dos meios que garantam a celeridade processual* pode decorrer de diferentes fatores como, por exemplo, da suposta interação necessária entre as normas do inciso LXXVIII; da suposta maior relevância atribuída à primeira norma em detrimento da segunda; do eventual caráter subsidiário e complementar da

---

<sup>75</sup> “Da leitura do dispositivo conclui-se por uma subdivisão, sendo a primeira comportando o enunciado ‘a todos são assegurados a razoável duração do processo’ e a segunda que ‘a todos são assegurados os meios que garantem a celeridade de sua tramitação’.” JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 91.

segunda norma, com relação à primeira; ou mesmo, da suposta irrelevância da garantia que prevê os meios que imprimam celeridade processual, por já existirem disposições expressas em outros preceitos constitucionais que confirmam semelhantes direitos individuais e, portanto, que poderiam concretizar a aludida garantia (situação em que a segunda norma do inciso LXXVIII seria dispensável).

Entre as referências doutrinárias que abordaram a matéria com foco na investigação dos *meios* que garantam a celeridade processual, podem-se apontar, em alguma medida, as considerações e críticas trazidas por Araken de Assis, em estudo que desenvolveu sobre as alterações na legislação processual civil, com vistas ao aperfeiçoamento do Código de 1973, no sentido de permitir uma justiça mais célere e efetiva, consoante o seguinte, *in verbis*:

Também aqui cumpriria investigar na realidade concreta, mediante métodos empíricos, o êxito real dessas copiosas alterações legislativas. Nada aponta a implementação do ambicioso e utópico objetivo. A coleta de dados permitiria avaliar em que medida a lei infraconstitucional favorece e concede aos litigantes os “meios” referidos na Constituição para obter a “duração razoável” do processo. Entre nós, porém, poucos se entregam a semelhantes pesquisas. Em numerosas ocasiões, José Carlos Barbosa Moreira reclamou e apontou a falta de estatísticas confiáveis para aquilatar a conveniência de novas transformações legislativas e, principalmente, os resultados concretos das já feitas a esmo. Não é demais afirmar que a base racional de todas as alterações empreendidas sofre de vício congênito e insanável. Elas se baseiam em palpites mais ou menos felizes.<sup>76</sup>

Ainda que não se se tenha por escopo examinar quais as bases racionais que foram adotadas para as alterações que se realizaram no âmbito do processo civil, com vistas ao aperfeiçoamento e à eficiência processual, reputa-se importante a menção da doutrina antes referida com o fito de destacar que, em alguma medida, houve preocupação por uma identificação a respeito de quais seriam os “meios referidos pela Constituição”.

---

<sup>76</sup> ASSIS, Araken. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil, *in* FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.



Por isso, desenvolve-se o estudo que tem como objeto principal a segunda norma do inciso LXXVIII, tomando como ponto de partida a própria formulação textual na estrutura normativa da Constituição, a qual indica, como antes já pontuado, para a existência de duas normas distintas: uma que assegura a razoável duração do processo; a outra, que assegura os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo. Sob tal perspectiva, vê-se que mesmo diante da indeterminação da dicção *razoável duração do processo*, não é possível confundi-la com a *celeridade* que está expressa na segunda parte do dispositivo, a ponto de que sejam concebidas como uma coisa só, porque as expressões não induzem ao mesmo significado. Razoável não necessariamente será célere, e vice-versa<sup>77</sup>.

A menção à celeridade da *sua* tramitação, como recurso gramático que evita repetir *processo*, na segunda parte do dispositivo<sup>78</sup> e, portanto, como elemento textual de vinculação entre a primeira e a segunda parte do preceito constitucional, pode ser considerado aspecto que conduz, inadvertidamente, às ideias de complementariedade, acessoriedade e subsidiariedade que advém da doutrina que estabelece uma correlação necessária entre as normas. Porém, é preciso averiguar sobre a correção da tal afirmativa, a partir de demais elementos que auxiliam na interpretação constitucional, que não meramente os textuais<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> “Restringir o conteúdo semântico dos enunciados constitucionais ao significado claro e indiscutível consiste, sem dúvida, em mutilar esse conteúdo de sentido. Com a negação da relevância de todo e qualquer conteúdo semântico que não seja imune a questionamentos, nega-se relevância à própria Constituição. Apequena-se a Carta Constitucional, retirando-lhe muito de seu teor e, conseqüentemente, de sua força normativa”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 32.

<sup>78</sup> Pensa-se que a estrutura textual da norma poderia ser modificada para: *a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, sem perda do sentido.*

<sup>79</sup> Contudo, deve-se destacar que os limites textuais do texto constitucional possuem especial relevância e devem ser considerados pelo intérprete. Conforme leciona Sarlet, “a decisão a respeito de qual a eficácia de terminada norma constitui uma decisão que, a despeito de levar em conta sempre as ‘pistas’ (e limites!) textuais, é uma decisão do intérprete e aplicador da norma constitucional”. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 187. Em artigo que discorre sobre a Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico, Humberto Ávila apresenta quadro esquemático dos argumentos jurídicos, iniciando análise a partir daqueles que classifica como argumentos institucionais imanentes linguísticos, ao que refere: “Os argumentos linguísticos dizem respeito ao significado dos dispositivos ou enunciados prescritivos. Eles podem ser qualificativos como semânticos, quando referentes ao significado das expressões; e sintáticos, quando relacionados a sua estrutura gramatical. Os argumentos semânticos podem, ao seu turno, fazer referência tanto ao uso comum da linguagem (linguagem ordinária) quanto a sua utilização técnica (linguagem técnica). A utilização técnica da linguagem pode decorrer tanto de uma definição legislativa ou doutrinária quanto do uso por especialistas na matéria. Se as normas são inteligíveis no contexto da linguagem ordinária, elas devem ser interpretadas de acordo com o significado que um cidadão médio iria atribuir-lhe como sendo o significado mais imediato, ao menos que existam razões suficientes para uma interpretação diversa”. ÁVILA, Humberto. Argumentação Jurídica e a Imunidade

Luiz Guilherme Marinoni, ao analisar o disposto pelo inciso LXXVIII, do artigo 5º, ensina que o direito à razoável duração do processo faz surgir o dever de o juiz, respeitados os direitos de participação adequada das partes, dar a máxima celeridade ao processo, bem como não praticar atos dilatatórios injustificados. Nesse contexto, refere a Constituição espanhola, e o direito previsto a todos, “a un proceso público sin dilaciones indebidas”<sup>80</sup>. Mais adiante, o autor aponta o conteúdo que denota a sua compreensão sobre o que representam os *meios* que garantam a celeridade da tramitação processual, nos seguintes termos:

O inciso LXXVIII do art. 5.º, ao falar em direito aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo ao lado do direito à duração razoável, *apenas sublinha* a incidência do direito fundamental à duração razoável sobre o Executivo e o Legislativo, tendo o objetivo de deixar claro que a duração razoável do processo não é algo que dependa apenas do Poder Judiciário, mas também requer prestações do Executivo e do Legislativo<sup>81</sup>.

Sob a perspectiva retro, os meios que garantem a celeridade do processo estão concebidos como um reforço ou complemento que “apenas sublinha” a duração razoável do processo, no sentido de a duração razoável consubstanciar o conteúdo de algo que depende não só do Judiciário, mas, também, o conteúdo de algo que requer prestações do Executivo e do Legislativo. Percebe-se que, diferentemente do conteúdo textual, os meios que garantam a celeridade do processo estão concebidos, no excerto da doutrina de Marinoni, como meios meramente complementares e instrumentários à primeira norma do inciso LXXVIII, ou seja, como meios que viabilizam o próprio dever de o Estado conferir a tutela jurisdicional aos direitos, a partir da vinculação do Legislativo e do Executivo nesta tarefa<sup>82</sup>.

---

do Livro Eletrônico. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 09 jun. 2015. Nesse sentido, ainda: “A própria linguagem comum há de ser, necessariamente, objeto de investigações jurídicas, sendo, atualmente, o foco de detidos estudos por parte de renomados juristas, o que evidencia que as bases empíricas da investigação não podem ser restritas ao domínio normativo”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 41.

<sup>80</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 35, grifou-se.

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

Buscando exemplificar os meios que assegurem a razoável duração a qualquer processo, Araken de Assis se refere especificamente aos meios *humanos* e *materiais*, os quais denotam a ideia de que tais *meios* estariam ligados à infraestrutura de apoio ao Judiciário. Avançando um pouco mais, o autor refere outra possibilidade exemplificativa da espécie, que seriam os *meios* já existentes, ou a instituir, nas leis processuais, citando como exemplo o caso do art. 71, do Estatuto do Idoso, que assegurou a prioridade de tramitação dos processos em que figure como parte ou interveniente, o maior de 60 anos de idade. Todavia, a crítica ao expediente do art. 71 é traçada pelo próprio autor, ao ponderar que o dispositivo se revela insuficiente para fins de imprimir celeridade aos processos, por tomar em consideração apenas o fator idade, sem considerar diversos outros fatores que podem impedir a duração razoável, como, por exemplo, a complexidade da prova. Além disso, refere, se todos os processos receberem o rótulo da prioridade, de acordo com os mais variados critérios, nenhum se destacaria da vala comum<sup>83</sup>.

No sentido de que a celeridade corresponde a um aspecto da razoável duração do processo, posiciona-se James Marins: “Nosso entendimento é no sentido de que a celeridade é tão somente um aspecto da duração razoável. Além disso, o princípio da duração razoável, nas lides entre o Estado e o particular, deve levar em consideração que sua aplicação jamais pode se dar em detrimento do indivíduo”<sup>84</sup>. Da compreensão que é expressada por Marins, pode-se extrair implícita, ainda, a autonomia relativa de sentido que se estabelece entre os enunciados das normas em estudo, implicando reconhecer uma perspectiva distinta das anteriores, de que não existe correlação absoluta e necessária entre a *duração razoável* e a *celeridade* do processo, porque, em sendo a celeridade apenas *um* aspecto da duração razoável, não haveria correspondência integral entre os conteúdos em voga: seja porque a duração razoável do processo pode contemplar outro ou outros sentidos normativos (*ex vi*, duração razoável como princípio que, aplicado às lides entre Estado e particular, não pode se dar em detrimento do indivíduo, conforme aponta Marins); seja porque a duração razoável do processo

---

<sup>83</sup> ASSIS, Araken. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil, *in* FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.

<sup>84</sup> MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 442, nota de rodapé nº 23.

não induz direta e necessariamente ao processo rápido ou veloz orientado pela celeridade constitucionalmente prevista.

Tendo em conta a contribuição doutrinária, merece atenção o fato de que as teorias que apontam para a existência de uma correlação absoluta e necessária entre os enunciados primeiro e segundo do inciso LXXVIII não podem ser aceitas irrestritamente. Não por serem falsas, mas por não estarem completas. Explica-se: quando se fala em conferir a máxima celeridade ao processo, não se está tão-somente afirmando que devem ser afastadas as práticas de atos dilatórios injustificados, mas, também, está-se reconhecendo que podem e devem ser conferidos meios que imprimam urgência e velocidade processual. Nessa perspectiva, a duração razoável do processo de que trata o texto constitucional é a duração que, minimamente, pode ser aceita pelo ordenamento jurídico, com base no critério da duração temporal do processo. A celeridade processual é o *plus*.

Pode-se aquiescer, em primeiro lugar, com a concepção que aponta para a existência de uma correlação estabelecida entre a duração razoável e a celeridade processual, na medida em que a celeridade se impõe como mecanismo auxiliar no combate à lentidão processual e às dilações indevidas. Porém, em segundo lugar, tomando-se a duração razoável do processo como elemento que deve ser conjugado à segurança jurídica, ao devido processo legal e a outras garantias que convergem para a resolução de uma demanda complexa, deve-se asseverar à ideia de que a duração razoável do processo e a celeridade processual correspondem a vetores autônomos entre si, já que, a depender das circunstâncias, as prorrogações processuais, além de justificadas em princípios constitucionais, mostram-se indispensáveis e incompatíveis com o vetor da celeridade processual. Sob tal concepção, verifica-se que os enunciados das duas normas não mantêm uma correlação absoluta e necessária entre si. Como decorrência deste raciocínio, o direito aos meios que garantam a celeridade processual consubstancia direito autônomo em relação ao direito que prevê a razoável duração do processo: não no sentido de contrariá-lo ou, de não configurar um seu reforço, mas no sentido de também configurar mecanismo independente que garante a celeridade processual, compreendida como urgência, rapidez, velocidade ou agilidade, em relação à duração razoável do processo e, sob tal prisma, em caráter excepcional à segunda norma.

Neste prisma, corrobora-se, ainda, à ideia de a celeridade processual consubstanciar um fim em si mesmo, a ser alcançado pelo processo, já que comporta natureza de direito fundamental a ser tutelado pelo processo, como corolário do princípio ao amplo acesso à tutela adequada e efetiva antes tratado.

Interessante, no que toca especificamente à tentativa de responder algumas das indagações iniciais, encontra-se passagem esclarecedora e objetiva a respeito da relação que se estabelece entre as normas do inciso LXXVIII, na lição de Marinoni:

O direito à *duração razoável do processo* não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de *processo* já repele a *instantaneidade* e remete ao tempo como algo inerente à *fisiologia processual*.

E prossegue o autor:

(...) o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para a organização do processo justo *ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere*. O que a Constituição determina é a eliminação do *tempo patológico* – a *desproporcionalidade* entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar.<sup>85</sup>

Nesses termos, deve-se reconhecer autonomia entre as normas que preveem a *duração razoável* e os meios que garantam a *celeridade da tramitação processual*. É dizer, os meios que garantam a celeridade processual não devem ser concebidos exclusivamente como os meios que colaboram para a duração razoável do processo, no combate à prática de atos dilatatórios injustificados e, portanto, secundários. A relação entre os enunciados das normas permite aferir que os meios que garantam a celeridade processual podem ser tomados também de forma independente e primária à ideia da duração razoável do processo, por consubstanciarem um fundamento que expressa maior intensidade “temporal”,

---

<sup>85</sup> Observa-se uma aparente contradição entre a posição ora manifestada pelos autores, com relação à posição apresentada por Marinoni, linhas antes, no sentido de que os meios que garantem a celeridade processual apenas *sublinham* a incidência da duração razoável do processo. De qualquer sorte, as posições servem para ilustrar a convivência de posicionamentos distintos, no que tange à relação de autonomia, ou não, entre as duas normas do inciso LXXVIII. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798-799.

conferindo possibilidade a todos que buscam a efetividade do processo, quando necessário, o direito à tutela urgente, rápida e ágil. Pode-se dizer, assim, que a ordinariedade processual pressupõe a razoável duração do processo e a celeridade, sob tal prisma, é o *plus* assegurado a todos, no âmbito judicial e administrativo.

De qualquer sorte, e considerando que o presente ponto tem por objeto apenas introduzir as noções que se extraem dos elementos do dispositivo constitucional em enfoque, e a relação que se estabelece entre as duas normas por ele contidas, reputa-se importante avançar na investigação das ilações e indagações iniciais, consoante a seguir.

## **2.2 Classificações das normas constitucionais que asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual quanto à eficácia e à aplicabilidade**

### **2.2.1 Aspectos gerais das classificações das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade**

As classificações das normas constitucionais quanto à eficácia e à aplicabilidade que foram desenvolvidas no sistema jurídico brasileiro é matéria que colabora para o estabelecimento de importantes distinções, tendo em vista algumas confusões que se podem instaurar, quando se trata de aplicar a Constituição.

Inicialmente, lembra-se que a problemática da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais não chegou a ser um tema central no direito norte-americano - fonte da classificação adotada por Ruy Barbosa e prevacente no direito brasileiro até meados de 1960 -, em função do deslocamento do debate teórico da força normativa da Constituição, naquele País, para o campo da interpretação constitucional. No Brasil, diferentemente de como sucedeu no direito norte-americano, verificou-se grande importância atribuída pelos teóricos, ao tema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais – ora referida como classificação tradicional ou clássica das normas constitucionais – ao lado do tema da interpretação constitucional. Muito em função disso, não é incomum que ainda se vislumbre certa confusão entre critérios e distinções das normas constitucionais.

De qualquer sorte, para a classificação que é considerada clássica no direito brasileiro, ditada por Ruy Barbosa, e cujos elementos basilares ainda são

tomados pelos teóricos da atualidade, advertida ou inadvertidamente<sup>86</sup>, as normas constitucionais podem ser, quanto à eficácia, de duas espécies (teoria dicotômica): autoaplicáveis (ou autoexecutáveis) e não autoaplicáveis (ou não autoexecutáveis), sendo as primeiras aptas a geração de efeitos independentemente da atuação do legislador e, as segundas, aquelas que requerem uma ação do legislador<sup>87</sup>.

A superação da teoria dicotômica de Ruy Barbosa, no Brasil, deu-se pela ampla recepção da classificação tricotômica elaborada por José Afonso da Silva, que prevê, quanto à eficácia, que as normas constitucionais podem ser: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. As normas de *eficácia plena* são aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, que prescindem da atuação do legislador ordinário para alcançar plena operatividade. As normas de *eficácia contida* são aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas, possivelmente, não integral, em que o constituinte regulou suficientemente os direitos relativos a determinada matéria, deixando margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos de lei ou de conceitos gerais nela enunciados. Por fim, as normas de *eficácia limitada* são aquelas normas caracterizadas essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido normatividade constitucional suficiente para, por si só, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, tomando-se como imprescindível a atuação legislativa. Tais normas englobam, na classificação tricotômica, as normas declaratórias de princípios programáticos e as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios,

---

<sup>86</sup> “Com efeito, embora amplamente dominante a tese de que todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia e aplicabilidade, verifica-se que ainda se faz (vez por outra, seja na doutrina, seja na jurisprudência), referência à noção de normas autoaplicáveis e não autoaplicáveis, destacando-se duas possibilidades. A primeira é de tal menção é meramente formal (nominal), no sentido de que, embora se utilizem as expressões, não se lhes atribui o conteúdo convencional (...). A outra possibilidade, igualmente ainda presente, é quando realmente se utiliza o termo não autoaplicáveis no sentido original, que lhes era atribuído na doutrina de Ruy Barbosa, isto é, de normas destituídas de qualquer eficácia e aplicabilidade, enquanto não regulamentadas, normas que, de tal sorte, formariam uma categoria em separado, não coincidente com as demais categorias (eficácia plena, contida e limitada), convivendo com as normas de eficácia plena e limitada, ou mesmo contida, pois nesses casos se trata sempre de normas dotadas de eficácia jurídica.” SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 186.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 171-172.

quanto à estrutura e funções de determinados órgãos e instituições, cuja tarefa cumpre ao legislador ordinário<sup>88</sup>.

Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, a classificação desenvolvida por Maria Helena Diniz tem por foco os critérios de eficácia e aplicabilidade, em quatro grupos: *normas com eficácia absoluta*, que seriam as normas intangíveis de alteração até mesmo diante de emenda constitucional; *normas com eficácia plena*, que seriam as normas que independem de atuação do legislador ordinário para gerar seus efeitos, sendo, contudo, suscetíveis de emenda constitucional; *normas de eficácia relativa restringível*, que, sendo de aplicabilidade direta ou imediata, teriam possibilidade de gerar todos os efeitos jurídicos nela previstos, sujeitando-se, porém, às restrições de lei ordinária ou dependendo de regulamentação ulterior que eventualmente venha a lhes restringir aplicabilidade, e; *normas de eficácia normativa complementável*, que seriam as normas dependentes de complementação legislativa, de aplicação mediata e indireta que, por assim serem, não seriam capazes de produzir desde logo todos os seus efeitos, abrangendo as normas de princípios institutivos e as normas programáticas<sup>89</sup>.

Sob critérios diversos aos acima expostos, Celso Antonio Bandeira de Mello e Luís Roberto Barroso desenvolveram classificações quanto à consistência e amplitude dos *direitos* imediatamente resultantes da norma constitucional para os administrados e, quanto à consistência da *situação jurídica* dos indivíduos em face dos preceitos constitucionais, respectivamente, ainda que o tenham feito de formas diferentes<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 177-178.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 178-179.

<sup>90</sup> Para Celso Antonio Bandeira de Mello, as normas constitucionais classificam-se em *normas concessivas de poderes jurídicos*, as quais conferem a um sujeito o poder de fruir do bem deferido, a partir de uma posição jurídica imediata que não depende de norma ulterior; *normas concessivas de direitos*, que, por indicarem quem é o obrigado e, caracterizarem de forma suficiente a conduta devida, geram uma utilidade concreta e imediata para o administrado, e; *normas meramente indicadoras de uma finalidade* a ser atingida, as quais geram para os administrados posições jurídicas menos consistentes, limitando-se a oferecer a possibilidade de oposição judicial a comportamentos contrários e, também, dependentes de interpretação quanto ao seu sentido e direção. Para Luís Roberto Barroso, as normas constitucionais podem ser divididas em três grupos: as normas constitucionais de *organização, de estrutura ou de competência*, que têm por objetivo organizar o exercício do poder político e que se caracterizam por estabelecer uma obrigação objetiva quanto a algo que deve ser feito, independentemente de qualquer subordinação daquilo que deve ser feito, à ocorrência de qualquer outro evento do qual possam resultar, ou não, determinadas consequências. As normas deste grupo podem ser de quatro espécies: “as que veiculam decisões políticas fundamentais, as que definem as competências dos órgãos constitucionais, as que criam órgãos públicos e as que estabelecem normas processuais ou procedimentais”<sup>90</sup>. No segundo grupo, das normas constitucionais *definidoras de direitos*, que abarca as normas cujo objeto é fixar os direitos



Diante de tal panorama, Ingo Wolfgang Sarlet identifica de forma precisa os aspectos de identidade entre as sistematizações desenvolvidas pelos teóricos, a respeito da classificação das normas constitucionais, para sustentar, em última análise, uma graduação das normas constitucionais, consoante síntese preliminar à apreciação crítica que faz sobre as distintas posições doutrinárias, *in verbis*:

A despeito de importantes diferenças entre as concepções sumariamente apresentadas e até mesmo a diversidade de critérios nas quais se baseiam, constatam-se pelo menos dois aspectos a respeito dos quais todas as formulações guardam identidade. Nesse sentido, todos os autores citados (mesmo Ruy Barbosa, considerando-se sua nota crítica em relação ao modelo norte-americano das normas não autoaplicáveis) partem da premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação da eficácia das normas constitucionais, visto que a eficácia não é necessariamente a mesma em todos os casos. Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação complementar por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costumam ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida.<sup>91</sup>

O autor aponta, assim, para a possibilidade de se falar em *normas constitucionais de alta densidade normativa*, aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar seus efeitos essenciais, e, *normas constitucionais de baixa densidade normativa*, não aptas a, diretamente e sem a intervenção do legislador ordinário, gerar todos os efeitos possíveis, ainda que

---

fundamentais dos indivíduos, capazes de gerar situações jurídicas para os particulares, as normas diferem-se em três espécies: “1) situações prontamente desfrutáveis dependentes apenas de uma abstenção; 2) situações que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e 3) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora”. O terceiro grupo de normas, sob tal classificação, é o das normas constitucionais programáticas, cujo objeto é traçar fins públicos a serem alcançados pelo Estado. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, n. 57-58, p. 233 e ss., *apud* SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero*. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 180.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo. *Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero*. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 180-181.

apresentem certa eficácia jurídica decorrente da normatividade mínima que é inerente a todas as normas constitucionais. De outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet refere que as distintas posições e critérios a respeito da sistematização das normas constitucionais (que inclui sua própria proposta) não implicam na inexistência de correlação entre o problema da eficácia jurídica e os direitos e/ou poderes outorgados pela norma, na medida em que os direitos e/ou poderes são, ao fim e ao cabo, uma consequência da eficácia jurídica<sup>92</sup>.

Em síntese conclusiva sobre o tema, merecem destaque os enunciados traçados pelo autor em voga, que rezam sobre (i) a eficácia, a aplicabilidade e, ainda, a efetividade ser da norma, e não propriamente do dispositivo constitucional, de modo que a decisão a respeito de qual é a eficácia de uma determinada norma constitucional, é tarefa que compete ao intérprete e aplicador da norma constitucional, mediante estreita observância dos limites textuais; e (ii) a relevância quanto à forma de *positivação* no texto constitucional e a função da norma constitucional, como *meio de identificação* de eventual dependência da norma constitucional, à ulterior atuação do legislador ordinário, pelo menos em termos gerais, como são exemplos as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais que, na letra do art. 5º, parágrafo 1º, da CF, tratam-se de normas de aplicação imediata, e que podem depender de expressa reserva de lei (caso do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, *atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*, previsto pelo inciso XIII), ou não (caso da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas)<sup>93</sup>.

No que tange aos principais efeitos jurídicos produzidos pelas normas constitucionais, além do efeito de vincular permanentemente o legislador, no sentido da respectiva concretização do fim almejado, destaca-se, no âmbito das normas constitucionais de eficácia plena que prevejam um *dever de proteção de um direito fundamental*, a existência de uma outra norma que impõe ao Estado o *dever de atuação* no sentido da proteção do respectivo direito fundamental, bem como, por decorrência, a presença de direitos subjetivos de cunho positivo, no sentido de obter

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 183, 185-186.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 187-188.

prestações fáticas e normativas, conforme as peculiaridades<sup>94</sup>. É por isso que se diz que os direitos fundamentais podem ser classificados como direitos de *defesa* e direitos *a prestações*<sup>95</sup>, consoante discorrer-se-á a seguir.

### **2.2.2 Aplicabilidade imediata das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais**

De forma mais específica, a classificação das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias constitucionais é examinada em função da aplicação imediata que lhes é atribuída pelo parágrafo 1º, do art. 5º, e, na medida em que, no direito brasileiro, doutrina e jurisprudência reconhecem, em termos gerais, a imediata aplicabilidade dele decorrente, no que toca aos direitos fundamentais. Todavia, o fato de as normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata, por força do texto constitucional, não significa dizer que tais normas possuem eficácia idêntica entre si, já que os direitos fundamentais possuem múltiplas funcionalidades e finalidades<sup>96</sup>.

Com efeito, sob a égide da divisão dos direitos fundamentais como direitos de *defesa* e direitos *a prestações*, diz-se, quanto aos primeiros, que são direitos de primeira geração, compostos pelos direitos de liberdade e igualdade e cujas funções estão ligadas (i) ao dever de abstenção por parte dos poderes públicos, em respeito à esfera de liberdade do indivíduo, bem como; (ii) à defesa dos direitos fundamentais, mediante a outorga do poder de exercitá-la pelos indivíduos, quando ameaçados ou lesados. Quanto aos segundos, os chamados direitos de segunda geração, correspondem aos direitos fundamentais de *prestação*, cuja função está

---

<sup>94</sup> Sobre os direitos a ações positivas por parte do Estado, ALEXY: “*Los derechos que tiene el ciudadano a acciones positivas del Estado, y que puede ejercer contra éste, pueden dividirse en dos grupos, el del aquellos cuyo objeto es una acción fática y el aquellos cuyo objeto es una acción normativa*”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 171.

<sup>95</sup> MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. *In* Processo civil e estado constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 91.

<sup>96</sup> A respeito da inexistência de direitos fundamentais absolutos, ilimitados ou irrestringíveis: “A inexistência de direitos fundamentais absolutos, ilimitados e irrestringíveis implica a possibilidade de serem esses direitos limitados e restringidos, diretamente por previsão constitucional ou pela legislação ordinária, independentemente do consentimento ou da manifestação de vontade do titular, denunciando a natureza heterônoma dos fenômenos”. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011, p. 200.

atrelada à prestação pelo Estado, de meios que possibilitem a garantia dos direitos fundamentais. Neste condão, é esperada do Estado a postura ativa no sentido de disponibilizar aos indivíduos prestações de natureza jurídica e material<sup>97</sup>. Com efeito, quando se trata de direitos a ações positivas *fáticas*, a forma para a sua satisfação é indiferente e, de certo modo, é uma forma jurídica. É o exemplo do proprietário de uma escola privada a receber subvenções estatais, cujo fator que importa é que, após a execução da ação, ele disponha de meios suficientes para a consecução e manutenção de seus objetivos. De outro lado, os direitos a ações positivas *normativas* são direitos que correspondem a atos estatais de criação de normas os quais não prescindem de formas jurídicas<sup>98</sup>.

Entretanto, a despeito da divisão retro, percebe-se que o efeito da norma do parágrafo 1º, é a dispensa, em geral, de uma interposição legislativa, para fins de aplicabilidade das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais, ao menos naquilo que uma eventual interposição legislativa possa vir a restringir os efeitos jurídicos possíveis já contemplados pelo texto da Constituição. De outro lado, deve-se reconhecer que os direitos e garantias fundamentais não dispensam ulterior regulamentação legal. O que ao fim e ao cabo pode-se dizer a respeito da imediata aplicação de tais direitos e garantias, é “que a ausência eventual de lei não pode servir de obstáculo absoluto à aplicação da norma de direito fundamental e da extração de efeitos úteis, cuja extensão, sobretudo no que diz com a dedução de posições subjetivas, irá depender de qual é o direito em causa e de seus limites fáticos e jurídicos”<sup>99</sup>. O dever de aplicação imediata das normas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais é concebido pela doutrina como aquele dever a ser atendido por parte dos órgãos estatais, com ênfase pelos órgãos jurisdicionais, “de atribuição de máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais”. O mero argumento de que um direito fundamental representa norma de caráter programático não é suficiente para afastar seus efeitos potenciais mínimos, inclusive, a sua aplicação independentemente da edição de lei infraconstitucional, já que, para que os direitos e garantias

---

<sup>97</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 171. No direito brasileiro: ZAMPIERI, Natália. A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública. In *Revista de Processo*, Ano 39, vol. 234. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, agosto/2014, p. 14-15.

<sup>98</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 171.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 368.

fundamentais possam irradiar resultados positivos aos seus respectivos titulares, é “a lei que se move no sentido dos direitos fundamentais não o oposto”<sup>100</sup>.

Para Teori Albino Zavascki, “todos os direitos constitucionais, sem exceção, devem ser respeitados e cumpridos de modo que produzam integralmente seus efeitos, mesmo porque têm aplicação imediata por expressa determinação da Carta Política”<sup>101</sup>.

Sobre o assunto, oportuna é o esclarecimento feito por José Joaquim Gomes Canotilho, a respeito da intenção manifestada pelas constituições do pós-guerra, nas suas formulações quanto à aplicabilidade imediata dos preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias: reforçar a normatividade de tais direitos, liberdades e garantias, tornando clara a sua natureza de direito constitucional e, especialmente, a sua força normativa autônoma, independentemente de uma lei concretizadora<sup>102</sup>.

Nessa perspectiva, igualmente andou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao decidir que a aplicação imediata de direitos e garantias fundamentais é incompatível com a “mera programaticidade”. Sob tal julgamento, dos direitos e garantias fundamentais deve ser possível extrair consequências quanto à eficácia e efetividade, ainda que o legislador tenha quedado silente<sup>103</sup>.

No que tange aos destinatários das normas constitucionais em questão, a vinculação ocorre de forma ampla, alcançando a todos os poderes públicos e órgãos estatais, e obrigando os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além de vincular os particulares<sup>104</sup>.

Por fim, deve ser feita uma nota importante sobre o problema da efetividade das normas constitucionais e da força normativa da Constituição, de modo a justificar a importância da classificação das normas constitucionais em função da sua eficácia, acima alinhada, como preliminar ao exercício interpretativo que a *posteriori* será desenvolvido para a atividade de aplicação do Direito. É que, em que pesem as distinções apontadas pela doutrina, entre a eficácia das normas

---

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 369.

<sup>101</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela – São Paulo : Saraiva, 1997, 61.

<sup>102</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de proteção de direitos, liberdades e garantias, in Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 146.

<sup>103</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 370.

<sup>104</sup> Nesse sentido: JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 84-90 e, SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 372-379.

constitucionais e a sua efetividade, grosso modo, por atuarem respectivamente nos planos do *dever ser* e do *ser*, não se deve apartar a sua atuação de forma complementar e conjunta. Conforme enfatiza Sarlet:

(...) ao tratarmos da eficácia jurídica dos direitos fundamentais (das normas constitucionais) situamo-nos numa espécie de “antessala” de sua efetivação, razão pela qual o adequado enfrentamento dos problemas suscitados naquela esfera (da eficácia) pode facilitar em muito o trabalho dos que buscam soluções para a efetiva realização das normas da Constituição. A preocupação com um adequado manejo do problema (teórico e prático, reitera-se) da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais é sempre também uma preocupação com a sua efetividade, bem como com a sua força normativa, visto que, como bem lembra Luís Roberto Barroso, “o direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto e interesse de estudo”.

E prossegue o mesmo autor:

No âmbito da interpretação constitucional, o princípio da força normativa da constituição significa a pretensão de prevalência dos pressupostos da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais, garantindo sua eficácia e permanência<sup>105</sup>.

Dada a pertinência que se estabelece entre eficácia constitucional e interpretação, cumpre investigar sobre a classificação da razoável duração do processo e da celeridade da tramitação processual em função de sua eficácia. É o que se passa a fazer.

### **2.2.3 Eficácia e aplicabilidade da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade processual**

Do inciso LXXVIII extraem-se dois enunciados ou normas distintas: “a primeira cuida da ‘razoável duração do processo’ (norma de eficácia plena e aplicação imediata); e a segunda trata dos meios que garantam a celeridade processual (norma programática)”<sup>106</sup>.

<sup>105</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 192-193.

<sup>106</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário – Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Disponível em:

Com amparo na lição sobre o direito aos *meios* que garantam a celeridade da tramitação processual conferida por Horácio Wanderlei Rodrigues, Fábio Martins de Andrade define sua consistência como: “uma ordem dirigida ao Poder Público, para que garanta o direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável e crie os meios necessários para que isso efetivamente ocorra”<sup>107</sup>.

A alusão à lição acima, a despeito de corroborar para a distinção que se identifica no inciso LXXVIII, em duas normas, denota distinção, ainda, quanto à eficácia de tais normas, propiciando que se labore no exame individual de cada uma delas.

Pois bem. Discorrendo de forma pontual a respeito da reforma promovida pela Emenda Constitucional 45/2004, Ives Gandra da Silva Martins assevera que o inciso LXXVIII consiste em princípio de conteúdo programático, dada a inexistência de quantificação temporal do que seria *razoável*, tampouco a especificação de quais seriam os meios assegurados para garantir a celeridade processual. Para o renomado mestre, “enquanto houver escassez de recursos financeiros, escassez de magistrados, excesso de recursos processuais e excesso de instâncias, dificilmente tal princípio ganhará eficácia”<sup>108</sup>.

Sob diferente perspectiva, de que mesmo na falta de lei específica, o inciso LXXVIII é autoaplicável, José Augusto Delgado entende que a eficácia decorre da interpretação em conjunto com o art. 37, caput e parágrafo 6º, da Constituição<sup>109</sup>.

Ao tratar “da eficácia imediata do direito fundamental à duração razoável do processo”, Marco Félix Jobim adota a teoria tricotômica para, sob tais critérios, concluir que existem dois princípios constitucionais no inciso LXXVIII do artigo 5º, sendo o primeiro (razoável duração do processo) complementado pelo segundo (meios que garantam a celeridade da tramitação processual) e, portanto, a razoável duração do processo deve ser considerada norma de eficácia contida, embora

---

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequenc e=5>> Acesso em: 04 set. 2016.

<sup>107</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário – Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequenc e=5>> Acesso em: 04 set. 2016.

<sup>108</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Reforma do Judiciário e o Processo Tributário, *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 26.

<sup>109</sup> DELGADO, José Augusto. O Processo Posto na Constituição Federal. Aspectos Contemporâneos, *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 99.

imediate e direta<sup>110</sup> que , na dicção de José Afonso da Silva, é aquela norma de aplicabilidade imediata, cuja eficácia independe da interferência do legislador ordinário, porém, depende dos limites que ulteriormente sejam estabelecidos por lei, ou da ocorrência de circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, como a atuação do Poder Público para manter a ordem, a segurança jurídica, entre outros<sup>111</sup>. Marco Félix Jobim faz a ressalva, contudo, do caso de ser desconsiderada futuramente a possibilidade de lei infraconstitucional para regulamentar a matéria, em vista da existência de regras suficientes para que seja deferida indenização ao direito fundamental lesado, “é de se inclinar para o norte de que o princípio seria de eficácia plena, irradiando seus absolutos efeitos desde seu advento pela Emenda Constitucional 45/2004”<sup>112</sup>.

Por sua vez, a norma que assegura os meios à celeridade da tramitação processual, na visão Fábio Martins de Andrade, classifica-se como programática<sup>113</sup> e, portanto, de acordo com a sistematização de José Afonso da Silva, estaria albergada pelas normas de eficácia limitada, que são aquelas normas que “caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si sós e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa” ou, de acordo com o entendimento de Luís Roberto Barroso, são aquelas normas que têm por objeto traçar os fins públicos a serem alcançados pelo Estado<sup>114</sup>.

#### **2.2.4 Colaboração da classificação tradicional das normas constitucionais quanto à eficácia na interpretação da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade processual**

Ao que parece, a divergência na classificação da duração razoável do processo e da celeridade processual quanto à respectiva eficácia constitucional

---

<sup>110</sup> JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempetividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 100.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 99.

<sup>112</sup> JOBIM, Marco Félix. Op. cit. p. 101.

<sup>113</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário – Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92823/Andrade%20F%C3%A1bio.pdf?sequenc e=5>> Acesso em: 04 set. 2016.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 177-180.



decorre da eleição de critério inadequado para a tarefa de identificação dos efeitos delas decorrentes. É que a eleição de critérios de diferenciação da eficácia normativa que se atenham às qualidades *indeterminadas* e *abstratas* do texto constitucional não se mostra adequada para a individuação das normas, sob pena de o intérprete imputar, aleatoriamente, eficácia *programática* às normas constitucionais dotadas de alguma indeterminação ou abstração. Quer-se com isso dizer que a presença de elementos indeterminados e abstratos no enunciado constitucional é indiferente à produção de seus respectivos efeitos. A qualidade de normas constitucionais produzirem efeitos diretos ou indiretos, imediatos ou mediatos não pode ser deduzida diretamente da indeterminação ou abertura dos conceitos por elas contidos. A formulação de conceitos ou elementos abstratos e indeterminados, pelas normas que preveem direitos e garantias fundamentais é, como visto, indiferente à análise dos efeitos mediatos ou imediatos, diretos ou indiretos, por elas produzidos, em função da vinculação ou não-vinculação à intervenção legislativa disposta pelo próprio texto constitucional. É que os conceitos jurídicos indeterminados, por assim ser, constituem-se a partir de elementos não exatos, mas que, por isso, devem ser integrados à regra jurídica, para que possam alcançar sua ampla compreensão. Conceitos vagos, imprecisos e até mesmo empíricos já ensejaram discussões quanto a estarem contidos pelo conceito de ato discricionário, ou não, para fins de controlabilidade jurisdicional. No direito alemão, a orientação hoje predominante é de que os conceitos jurídicos indeterminados constituem o suporte fático legal e que as divergências deles extraídas relacionam-se com a interpretação da regra jurídica; diferentemente dos atos discricionários<sup>115</sup>, que serão objeto de oportuno exame (item 3.3.2).

Com isso, quer-se dizer que diante da presença de conceitos ou elementos abstratos e indeterminados, mais acertado é pressupor e invocar a atividade interpretativa, integrativa e determinante do intérprete, e que confere aptidão às normas que prevêem direito fundamental à produção dos efeitos diretos e imediatos que lhes são inerentes, do que propriamente atribuir-lhes natureza finalística e, portanto, reconhecer o caráter programático da norma constitucional.

Não se está aqui querendo dizer que todas as normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais produzem efeitos imediatos, diretos e integrais,

---

<sup>115</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 175.

pois, a respeito da sua graduação, já foi tratado anteriormente. O que se pretende distinguir é a atividade tradicional de classificação das normas constitucionais que veiculam direitos e garantias fundamentais, a partir de conceitos indeterminados, vagos, abstratos, imprecisos ou abertos e, de outro lado, a atividade de interpretação propriamente dita e, com isso, evitar que a dogmatização de classificações que imputem eficácia às normas constitucionais, em função de regulamentação da legislação infraconstitucional, conduza à ineficácia destas normas<sup>116</sup>.

Nesses termos, não é aceito no presente estudo o caráter programático imputado às normas que asseguram a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade processual. Como normas que veiculam direitos e garantias fundamentais, a duração razoável do processo e o direito aos meios que garantam a celeridade processual, por força do parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Constituição, têm aplicação imediata e independem de lei, para a produção de efeitos. Além disso, consoante a classificação dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações, tais normas consubstanciam o direito a prestações, como fundamento para a exigência de prestações positivas, por parte do Estado, bem como a disponibilização de meios que garantam os direitos fundamentais. Não se pode olvidar, ainda, que algumas normas definidoras de direitos fundamentais podem exercer simultaneamente duas ou mais funções<sup>117</sup>.

O crucial para avançar na determinação da norma constitucional do inciso LXXVIII envolve, além disso, o debate a respeito da interpretação constitucional, conforme já mencionara Ingo Wolfgang Sarlet<sup>118</sup>. Não significa reduzir importância à atividade de classificação tradicional das normas constitucionais quanto à eficácia, de que se ocuparam as linhas antecedentes, mas, sim, atribuir-lhe importância auxiliar e colaborativa à atividade de interpretação da Constituição. Desta forma, caberá também lançar luzes sobre os elementos da norma constitucional em

---

<sup>116</sup> Nesse sentido: “Talvez a ineficácia das normas constitucionais nos países que adotam o sistema do *civil law*, incluído aqui o Brasil, resida na dogmatização da doutrina da norma constitucional, notadamente no que pertine à caracterização das normas programáticas e de eficácia contida ou restrita, que reclamam regulação por legislação infraconstitucional”. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8.ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 65.

<sup>117</sup> ZAMPIERI, Natália. A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública. In Revista de Processo, Ano 39, vol. 234. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, agosto/2014, p. 15.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 171-172.

comento, no intuito de adequá-los ao tema central do presente estudo, à luz da atividade interpretativa.

## **2.3 Interpretação das normas constitucionais que asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual**

### **2.3.1 Introdução**

A identificação de uma teoria de interpretação como correta ou incorreta ou, a constatação de que as teorias de interpretação possuem divergências tamanhas que não é possível realizar um juízo de comparação entre elas é atividade que pressupõe o exame das teorias de interpretação do direito, o qual, em que pese tentador, não será objeto do presente estudo. Contudo, a respeito delas, cabem algumas considerações, no sentido de introduzir as opções que serão eleitas ao longo do presente trabalho.

Inicialmente, é preciso reconhecer que a teorização do direito, como atividade humana, é um fenômeno histórico-cultural e suas manifestações ocorrem em ambientes e contextos socioculturais, num determinado período de tempo, por isso, os significados e valores da interpretação possuem vinculação com o momento e circunstâncias que lhes dão origem<sup>119</sup>. Para Hans-Georg Gadamer, “cada época deve compreender a seu modo um texto transmitido, pois o texto forma parte do todo da tradição na qual cada época tem um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma”<sup>120</sup>. Portanto, a compreensão das teorias de interpretação do direito só tem a ganhar se tomadas em consideração as respectivas circunstâncias histórico-culturais. Além disso, é preciso reconhecer que apesar de as teorias do direito terem entrado na “era interpretativa”, isso não significa sua total aderência “ao paradigma epistemológico hermenêutico”, cuja tese principal é pela inseparabilidade da interpretação e do conhecimento (ao contrário das teorias realistas, que sustentam a exclusão entre interpretação e conhecimento), conforme expõe Gustavo Just<sup>121</sup>.

As diferentes correntes doutrinárias que desafiaram sistematizar as teorias da interpretação do direito, e as graduações que internamente se podem identificar em

---

<sup>119</sup> JUST, Gustavo. Interpretando as teorias da interpretação. Gustavo Just ; tradução do autor. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 17 e 20. No mesmo sentido:

<sup>120</sup> GADAMER, Hans-Georg, 1900-2002. Verdade e método. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. Título original: Wahrheit und Methode – Vol. I, p. 392.

<sup>121</sup> JUST, Gustavo. Op. cit., p. 27 e 172.

cada uma delas, ensejariam longo e profundo exame, de forma que, objetivamente, tomando como suporte as distinções que foram analisadas por Gustavo Just, deve-se aproximar a presente pesquisa às concepções desenvolvidas, em linhas gerais, pela teoria realista de interpretação, mormente no que tange à posição não cognitivista, para a qual a norma decorre da atividade do intérprete e cujo “sentido não tem uma existência independente de interpretação, não pode ser descoberto ou descrito: é na realidade produzido pelo intérprete. Logo, é o sentido que está subordinado à interpretação, e não o inverso”<sup>122</sup>. Gilmar Ferreira Mendes, referindo-se à anotação feita por Peter Häberle, pontua que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, pois interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública<sup>123</sup>. É o que se desenvolve a seguir.

### 2.3.2 Princípios da interpretação constitucional

Partindo da conclusão de que texto e norma não são idênticos e de que a norma resulta do ato de interpretação<sup>124</sup>, Ingo Wolfgang Sarlet discorre sobre os princípios da interpretação constitucional, com respaldo nas obras de Konrad Hesse e José Joaquim Gomes Canotilho, relacionando-os e examinando-os como tópicos auxiliares e metódicos para os problemas jurídico-constitucionais<sup>125</sup>.

---

<sup>122</sup> JUST, Gustavo. Interpretando as teorias da interpretação. Gustavo Just ; tradução do autor. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 161 e 162. No sentido de que a atividade do aplicador do direito está vinculada ao ordenamento jurídico propriamente dito e não à vontade do legislador: “Num Estado de Direito, em que o Judiciário está vinculado à Constituição, o objeto interpretado é seu texto, não a vontade do constituinte. Não pode, portanto, ser sobrevalorado o critério teleológico-subjetivo, porquanto seu reconhecimento está assentado no fundamento implícito de que há uma vinculação do aplicador do Direito à vontade do legislador, quando sua vinculação essencial é ao ordenamento jurídico propriamente dito. Desse modo, assiste razão a Friederich Müller quando defende a primazia dos argumentos semânticos e sistemáticos, a partir do ponto de vista ligado ao Estado de Direito”. VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005, p. 217-218.

<sup>123</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002. Do original *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, p. 9-10.

<sup>124</sup> “De qualquer sorte, já é possível compreender, a essa altura, a razão pela qual Peter Häberle sublinha que não existe norma jurídica, senão que norma jurídica interpretada, pelo fato de que a norma jurídica não resulta de uma definição prévia, mas é aplicada no tempo e integrada na realidade pública por intermédio do ato interpretativo, no âmbito do que o mesmo Peter Häberle designou de uma interpretação necessariamente contextualizada”. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 213.

<sup>125</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 215.

O princípio da unidade da Constituição é compreendido como aquele que orienta a noção da atividade interpretativa tendente à superação de contradições e de antinomias normativas que impeçam uma interpretação global do texto constitucional. É a ideia de que a Constituição não pode ser lida em partes, mas unitariamente. Também a partir do princípio da unidade da Constituição reflete-se a ideia de unidade política e democrática. “O princípio da unidade da constituição representa talvez menos um autêntico princípio da interpretação do que um objetivo de interpretação, visto que implica uma obrigação por parte dos intérpretes da constituição”<sup>126</sup>. Na lição de Peter Häberle, a unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes<sup>127</sup>.

Do princípio da supremacia da Constituição, extrai-se a superioridade hierárquica da Constituição com relação às demais normas, em função do poder constituinte que lhe conferiu tal distinção. Dele decorrem os princípios da máxima eficácia e efetividade da Constituição, o princípio da força normativa da Constituição e o princípio da interpretação das leis conforme a Constituição.

Por fim, o princípio da divisão de poderes e o correlato princípio da conformidade funcional são aqueles que, além de estarem vinculados à separação de poderes, manifestam uma importante função de limitação e de ponderação a respeito do alcance da atuação dos poderes constituídos, especialmente, na atuação do Poder Judiciário, em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. É sob a tônica do princípio da divisão de poderes e do correlato princípio da conformidade funcional que transita o problema da autorrestrição por parte da jurisdição constitucional, como decorrência das relações entre o legislador e a jurisdição constitucional, quando há subtração ou limitação da liberdade legislativa para além dos limites constitucionais. Nos ensinamentos de Sarlet, incumbe à jurisdição constitucional somente a função de controle da legislação nos limites da Constituição<sup>128</sup>. Todavia, em função da suscitada atuação jurisdicional mais ativa,

---

<sup>126</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 216.

<sup>127</sup> Para a assertiva, o autor parte da premissa que a atividade de interpretação é um processo aberto e, desenvolve entendimento de que não é apenas o constitucionalista que participa do processo de interpretação. HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002. Do original *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*, p. 32-33.

<sup>128</sup> SARLET, Ingo. Op. cit., p. 226.

como é hoje difundidamente conhecida, decorre o problema das chamadas capacidades institucionais, cujos debates possuem como pano de fundo os alcances e limites das capacidades jurisdicional e política, de maneira geral, e cujo destaque vai para o exame sobre crescentes questões que vem ensejando a doutrina mais atualizada a debruçar-se sobre as chamadas capacidades institucionais, pelas quais busca-se “cobrar do Poder Judiciário” um maior grau de vinculação às opções legislativas e administrativas, especialmente na esfera das decisões relacionadas às políticas públicas<sup>129</sup>. Nesse prisma, a questão é posta como um problema já inserido na pauta atualizada da doutrina, porém, que indica para uma tendência temática sobre a qual ainda há espaço para o aprofundamento teórico, notadamente em face da complexidade de estabelecer limites à atuação entre os poderes constitucionalmente estabelecidos.

### 2.3.3 Princípios, regras e postulados normativos

Não se pode falar em parâmetros de interpretação de normas constitucionais sem investigar, ainda, sobre a distinção que se estabelece entre as normas constitucionais, como princípios, regras ou postulados normativos. Em sua Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos, Humberto Ávila desenvolveu reconhecido trabalho em termos de conceituação, definição e distinção entre princípios, regras e postulados, demonstrando que os princípios não apenas explicitam valores, senão que também, indiretamente, estabelecem comportamentos precisos e, que as regras, como espécies normativas que *a priori* estabeleceriam condutas, de outro lado, podem ser objeto de ponderação, embora o comportamento inicialmente previsto por elas dependa de alguns requisitos para ser superado<sup>130</sup>. O trabalho apresenta também um novo paradigma para a dissociação e aplicação das espécies normativas, propondo uma nova categoria que denomina de *postulados normativos aplicativos*, a partir da análise do fenômeno da interpretação no Direito; da proposta de uma definição de *princípios*; da investigação a respeito da eficácia dos princípios e das regras e, por fim; do exame das condições de aplicação dos princípios e regras: os *postulados normativos aplicativos*<sup>131</sup>. De início, aponta para o

---

<sup>129</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 227-228.

<sup>130</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 29.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 31.

já mencionado entendimento de que a atividade do intérprete (julgador ou cientista) não consiste em meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos, mas sim, em constituir esses significados e sentidos, sem, com isso, que seja correta a conclusão de que não existe significado algum antes da atividade de interpretação<sup>132</sup>. Na sua atividade interpretativa, deve o julgador ou o cientista considerar a existência de significados mínimos na linguagem e, por isso, mais do que uma atividade construtiva, o intérprete exerce uma atividade *reconstrutiva*: “deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”<sup>133</sup>.

Ao elaborar sua análise crítica com relação aos critérios doutrinários então existentes para a distinção entre princípios e regras, Humberto Ávila reconhece, com base no critério diferenciador quanto ao *caráter hipotético-condicional*, que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo (*se* isso, *então* aquilo), e que os princípios, por sua vez, apenas estabelecem uma diretriz<sup>134</sup>. Contudo, ao tecer crítica específica, assevera que “o decisivo para uma norma ser qualificada como princípio não é ser construída a partir de um dispositivo exteriorizado por uma hipótese normativa pretensamente determinada”, pois que, de um lado, “qualquer norma pode ser reformulada de modo a possuir uma hipótese seguida de uma consequência” e, de outro lado, “em qualquer norma, mesmo havendo uma hipótese seguida de uma consequência, há referência a fins” e, portanto, “o qualificativo de princípio ou regra depende do uso argumentativo, e não da estrutura hipotética”,<sup>135</sup> tomando como decisivo para a distinção entre princípios e regras, “o tipo da prescrição de comportamentos e de consequências” e não “a ausência da prescrição

---

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 35. Sobre as correntes teóricas contemporâneas: “Uma proporção acentuada de ceticismo interpretativo é característica de diversas correntes teóricas contemporâneas. A perspectiva não cognitivista é de fato obtida a partir de diferentes tradições da teoria do direito, interage com diferentes contextos político-institucionais e inspira projetos de reflexão e de pesquisa cuja amplitude e cuja ênfase podem variar consideravelmente”. JUST, Gustavo. Interpretando as teorias da interpretação. Gustavo Just ; tradução do autor. – São Paulo : Saraiva, 2014, p. 157. Sob a perspectiva não cognitivista: “A dimensão axiológica não decorre propriamente da norma, mas do exame feito pelo intérprete, bem como das circunstâncias fáticas examinadas por ocasião do processo de aplicação. É evidente que a dimensão axiológica leva em conta o enfoque adotado pelo intérprete em relação aos fatos que lhe são apresentados”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial e Efetividade do Processo, in MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 271.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 38.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 46.

de comportamentos e consequências, no caso dos princípios”, pois, diante das peculiaridades do caso concreto, qualquer norma assume uma formulação hipotética e, assim, toda norma seria uma regra<sup>136</sup>.

Avançando para o critério do *modo final de aplicação*, que estabelece como distinção entre princípios e regras, o modo final de aplicação de cada um, sendo que as regras são aplicadas de forma absoluta – *tudo ou nada* – e os princípios são aplicados de forma gradual – *mais ou menos*, Humberto Ávila identifica situações nas quais a aplicação de uma regra que previa uma obrigação tida como absoluta pode ser superada por razões não previstas pela própria, ou por outra regra<sup>137</sup>. Assim, tece crítica quanto ao critério de distinção do *modo final de aplicação*, a partir da demonstração de que “não é adequado afirmar que as regras ‘possuem’ um modo absoluto ‘tudo ou nada’ de aplicação”, bem como, de que normas que aparentemente possam indicar um modo incondicional de aplicação poderão ser, sim, objeto de superação, na medida em devem ser consideradas as circunstâncias concretas e individuais de *aplicação* das normas (o que é diferente de dizer que tais circunstâncias dizem respeito à estrutura das normas, conforme o critério em destaque)<sup>138</sup>. Nesses termos, conclui que “tanto os princípios como as regras podem envolver a consideração a aspectos específicos, abstratamente desconsiderados”<sup>139</sup>: no caso dos princípios, a consideração a aspectos específicos – concretos e individuais – pode ser feita sem que se oponham obstáculos institucionais, na medida em que os princípios estabelecem um estado de coisas que deve ser promovido; no caso das regras, a consideração a aspectos específicos – concretos e individuais – só pode ser feita mediante fundamentação que justifique ultrapassar a premissa de que as regras devem ser obedecidas. Para o autor, esse critério é insuficiente na tarefa de antecipar ao intérprete a natureza da norma, pois ele só permite que se a identifique após a sua aplicação<sup>140</sup>.

Por fim, volta-se para o critério do *conflito normativo*, que é o critério formulado a partir do modo como funcionam – princípios ou regras – em casos de conflito normativo, hipótese em que as regras necessariamente exigiriam a declaração de invalidade ou, a formulação de uma exceção, ao passo que os

---

<sup>136</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 48 e 72.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 48-50.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 51

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 53 e 72.



princípios demandariam o exercício de ponderação que lhes atribua dimensão de peso, dado o imbricamento existente entre eles<sup>141</sup>. Também sob tal critério, é feita análise crítica, no sentido de que a “dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso”, de forma que “a atribuição de peso depende do ponto de vista escolhido pelo observador, podendo, em função dos fatos e da perspectiva com que se os analisa, uma norma ter maior ou menor peso, ou mesmo peso nenhum para a decisão”<sup>142</sup>. Neste caso, conclui, o “ponto decisivo não seria a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada”<sup>143</sup>. Para Humberto Ávila, não se pode afirmar categoricamente que os princípios somente entram em conflito no plano concreto e, que as regras somente entram em conflito no plano abstrato<sup>144</sup>. Um exemplo com relação ao conflito normativo que se pode estabelecer entre os princípios, no plano abstrato, ainda que parcial, diz respeito aos princípios da liberdade de expressão *versus* proteção da esfera privada, que permite reconhecer a impossibilidade de a liberdade de expressão comprometer de modo excessivo a vida íntima do cidadão<sup>145</sup>. Além disso, a obra examina distintos modos de dissociação entre as normas que não serão objeto, porém, de detida análise no presente trabalho.

Ainda na primeira parte da sua teoria, Humberto Ávila apresenta proposta conceitual de princípios e regras, consoante o seguinte:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de

---

<sup>141</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 56.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 67-68.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>144</sup> Sobre as antinomias no plano abstrato e no plano concreto: “*Si possono distinguere due tipi fondamentali di antinomie: antinomie ‘in astratto’ (o necessarie) e antinomie ‘in concreto’ (o contingenti). Generalmente parlando, le une sono relativamente rare; le altre, al contrario, sono estremamente frequenti (e probabilmente inevitabili)*”. GUASTINI, Riccardo. *Tratato di Diritto Civile e Commerciale. Interpretare e argomentare*. Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano : 2011, p. 106.

<sup>145</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 73.

parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>146</sup>.

Para Ávila, um princípio é uma norma imediatamente finalística, que exprime uma orientação prática, tal como a fixação de um conteúdo pretendido, como seu elemento. É dizer, um fim não precisa corresponder ao ponto final, mas a um conteúdo desejado, um estado ideal de coisas a ser atingido, a partir do qual deve-se buscar os meios que o concretizem, portanto, “a posituação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência”<sup>147</sup>. Além disso, a investigação permitiu-lhe expor que os princípios podem ser, como de fato são, indeterminados, porém, não o são completamente, pois, mesmo havendo incerteza com relação ao conteúdo do comportamento a ser adotado, não há dúvidas quanto à espécie do comportamento, eis que os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à concretização de um estado de coisas ou, ainda, de forma inversa, os princípios instituem o dever de efetivação de um estado de coisas a partir da adoção de comportamentos a ele necessários<sup>148</sup>.

Por sua vez, as regras podem ser divididas em dois grupos, *comportamentais* e *constitutivas*. As primeiras descrevem comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos e, as segundas, atribuem efeitos jurídicos a atos, fatos ou situações. Em termos gerais, as regras estabelecem normas de conduta e exigem do intérprete a análise de correspondência da construção factual à construção normativa e à finalidade que lhe dá suporte.

A partir de tais ilações, Humberto Ávila indica a distinção de princípios e regras, com base nos seguintes critérios: *natureza da descrição normativa*, que consiste na distinção do conteúdo que é descrito pela norma, no caso das regras, objetos determináveis, no caso dos princípios, um estado ideal de coisas a ser promovido; *natureza da justificação*, que consiste na distinção da justificação que é exigida para a aplicação da norma, no caso das regras, a justificação dá-se pela correspondência entre a descrição normativa dos atos ou fatos praticados, no caso

---

<sup>146</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 85.

<sup>147</sup> *Ibidem*, p. 86.

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 87.

dos princípios, pela avaliação de correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado ideal de coisas a ser promovido, e; *natureza da contribuição*, que consiste na distinção a partir da contribuição da norma para a solução do problema, no caso das regras, por meio de sua pretensão de decidibilidade, no caso dos princípios, pela complementaridade<sup>149</sup>.

Além do exposto, o autor da Teoria dos Princípios identifica eficácias de princípios e regras, concluindo que regras e princípios devem ser consideradas como normas complementares entre si, pois que estabelecidas numa mesma e primeira categoria de normas. Em termos gerais, para tal constatação, deve-se ter presente a autoridade que é inerente às regras, que decorre da sua maior decisividade e abrangência na função de solucionar conflitos de interesses<sup>150</sup>, com relação aos princípios, como, ainda, que as regras devem ser obedecidas, “porque sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade”<sup>151</sup>. As regras manifestam, assim, maior resistência contra a superabilidade, cujas condições cingem-se às situações de demonstração de incompatibilidade entre a hipótese da regra e a finalidade que lhe é subjacente e, de que o afastamento da regra não levará à expressiva insegurança jurídica, como justificativas condizentes; à exteriorização de fundamentação condizente a sua superação; e, mediante a comprovação condizente e suficiente a sua superação<sup>152</sup>.

Quanto aos postulados normativos, “são normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”. De modo específico, é traçada a distinção entre os postulados normativos gerais e os postulados normativos específicos - estes representados pela igualdade, razoabilidade, proporcionalidade. Sobre a igualdade, diz-se que é o postulado que “estrutura a aplicação do Direito quando há relação entre dois sujeitos em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)”<sup>153</sup>. A igualdade como postulado consiste em “norma que orienta o intérprete na aplicação de outras normas” (regras ou

---

<sup>149</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 90.

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>151</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 204-205.

princípios)<sup>154</sup>, ao passo que funciona, ainda, como o próprio *critério* de aplicação das outras normas<sup>155</sup>. É dizer, as regras devem ser aplicadas sob a luz dos critérios de uniformidade e imparcialidade, a todos aqueles que estão sujeitos ao seu âmbito de aplicação, em um determinado espaço de tempo. O postulado da igualdade exige, também, a aplicação estruturada do Direito, em função de *critérios de diferenciação* e de *finalidades de distinção* que respeitem uma adequada relação entre si. Como elementos estruturantes da igualdade, os critérios de diferenciação devem obedecer a uma relação de congruência que leve em consideração a finalidade a ser alcançada - sem a qual tais critérios não são válidos <sup>156</sup>.

O motivo determinante para a distinção entre princípios e regras acima justifica-se em função da contribuição que exercem para a identificação da natureza jurídica da duração razoável do processo e, do direito aos meios que garantam a celeridade do processo, que será feita a seguir. O exame restrito ao postulado da igualdade deve-se ao fato de que ele fundamenta hipótese de reconhecimento de exceção à previsão de lei expressa, que será objeto de tratamento na segunda parte deste trabalho<sup>157</sup>.

#### **2.3.4 Razoável duração do processo: natureza jurídica**

Seguindo as premissas acima expostas, cabe lançar luzes à parte inicial da norma do inciso LXXVIII, que assegura, a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo - agora com o objetivo de identificar sua natureza, como regra ou como princípio. É que, nos termos das distinções já traçadas, no âmbito das normas constitucionais, coexistem e convivem regras e princípios, cada qual exercendo suas respectivas funções no plano horizontal, sendo inadequado afirmar que as regras são mais importantes que os princípios e vice-versa<sup>158</sup>. Por isso, não é indicado pré-conceber a natureza de uma norma como regra ou como princípio. Antes disso, é preciso refletir minimamente a respeito.

---

<sup>154</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. São Paulo: Malheiros, 2009, 2. ed., p. 134-135.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>156</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 2012, p. 171.

<sup>157</sup> Com efeito, no item 3.3.5.1, a igualdade será tratada como fundamento constitucional que autorizou a determinação judicial de atualização monetária de créditos fiscais cujo aproveitamento foi obstado pelo Fisco, indevidamente. Já no item 3.3.5.3, a igualdade será tratada como o critério adequado para a definição do termo inicial da correção monetária de créditos fiscais cujo aproveitamento foi obstado pelo Fisco, indevidamente.

<sup>158</sup> Idem. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 129.

Aqui já foi visto que o dispositivo constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a *razoável duração* do processo, apresenta conceitos indeterminados e abertos, pois está composto de elementos que denotam elevado grau de abstração e exigem o exercício específico de integração pelo intérprete, na atividade de aplicação do direito. Na parte inicial do presente trabalho, e com o objetivo de salientar as imprecisões, buscou-se uma aproximação do que compreenderiam as noções atinentes a *processo*, a *tempo*, à *duração razoável* e assim por diante. Nessa tarefa, foi possível verificar o esforço filosófico e teórico já empreendido no sentido de estabelecer os respectivos conceitos. Verificou-se, também, que a dicção da *duração razoável* do processo possui estreita relação com a duração do processo em função do tempo, elemento que, por sua vez, pode expressar conceitos distintos, de acordo com a perspectiva de seu observador: seja para concebê-la como a duração curta e sem dilações indevidas; seja para compreendê-la como a duração que preserva etapas processuais indispensáveis à segurança, à ampla defesa e ao contraditório e, portanto, impeditiva de reduções abruptas e injustificadas. Além de expressar conceitos distintos, o tempo também permite ser compreendido sob diferentes critérios de valoração, conforme a opção adotada pelo seu observador. Exemplificativamente, referiu-se à *idade* como critério auxiliar na demonstração das diferentes visões que se podem estabelecer para a valoração do tempo, a partir da ótica do jovem e da ótica do idoso. Com amparo na contribuição doutrinária de José Rogério Cruz e Tucci, verificou-se, ainda, que o fato jurídico apresenta, sob diferentes aspectos, uma estrutura tipicamente temporal, como elemento dos direitos civis, do direito das obrigações, da prescrição, da decadência e assim por diante<sup>159</sup>.

A tais concepções, acrescenta-se a importante distinção traçada pela doutrina, que envolve a questão de precisar o conteúdo do *razoável* e, portanto, que auxilia na compreensão da norma em tela. Conforme ensina e esclarece Marinoni sobre o tema, trata-se, em verdade, de um problema que diz respeito a “saber se o tempo que o processo ocupou para a prestação da tutela do direito é *proporcional* ou não”, pois<sup>160</sup>:

---

<sup>159</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

<sup>160</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798.

A relação que se estabelece é entre *meio* – duração do processo – e *fim* – tutela do direito. Rigorosamente, a questão está em saber se a *duração do processo é proporcional em relação à especificidade do direito material tutelado em juízo*. O qualificativo *razoável*, no entanto, está consagrado e incorporado ao repertório dogmático, de um modo que o seu emprego vai legitimado pela tradição processual.

A lição do professor de processo civil acaba traduzindo o *razoável* como o elemento que revela o próprio aspecto temporal da duração do processo, no sentido de ser proporcional, sob o ponto de vista do tempo de duração processual, com relação ao fim pretendido e tutelado em juízo. Dito de outra forma, o razoável vem a ser concebido como o elemento *temporal* que deve necessariamente ser adequado e proporcional para alcançar o direito material que subjaz à causa processual. Por isso, quando se fala em razoável, deve-se pensar na duração que é proporcional para o atingimento da tutela pretendida. Nesta visão, ressalva-se, não há que se falar em urgência, mas, sim, em proporção e adequação, admitindo-se, como já fizera James Marins, que o razoável tanto promove o aceleração do processo, como preserva o processo de supressões indevidas<sup>161</sup>.

Como elemento temporal do processo, o razoável (ou proporcional) deve ser examinado também sob o crivo do devido processo legal de que trata o artigo 5º, da Constituição<sup>162</sup>. Em estudo que teve por objeto o conteúdo normativo do dispositivo que prevê o *devido processo legal*, Humberto Ávila apresenta posição no sentido de que se trata de um princípio unicamente *procedimental*<sup>163</sup>, por meio do qual deve haver um processo, ele deve ser justo, e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais. Para chegar a tais constatações, Ávila fornece alguns indicadores que merecem o destaque, a seguir:

---

<sup>161</sup> MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 64.

<sup>162</sup> No que diz respeito ao devido processo legal, não são raros os autores que lhe atribuem dupla conotação: devido processo legal “substancial ou material”, que serve de fundamento aos deveres de proporcionalidade, razoabilidade e, caracteriza-se pela edição de lei obediente à Constituição, e o devido processo legal “procedimental” com sentido normativo autônomo e que se refere à própria atuação do Judiciário, com o seu autocontrole. Nesse sentido: OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal, *in* Revista de Processo, Ano 27, n. 106. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002, p. 297-306.

<sup>163</sup> Tecendo crítica à doutrina que atribui dupla conotação ao devido processo legal - substancial e procedimental -, Humberto Ávila entende que os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade não tem fundamento no chamado devido processo legal *substancial*, mas, sim, que possuem como fundamento os princípios da liberdade e da igualdade, dispensando, assim, outros dispositivos escritos. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, Ano 33, n. 163, set/2008 – Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59

Sendo o “devido processo legal procedimental” um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já prevêem elementos necessários à proteção do ideal de protetividade (função interpretativa) e *bloquear* a eficácia das regras que prevêem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).<sup>164</sup>

Entretanto, o devido processo legal não se restringe às funções integrativa, interpretativa e bloqueadora. Como vários elementos necessários à sua promoção já estão previstos pela Constituição, como é o caso de ideais mais restritos – princípio da ampla defesa e do contraditório -, ou da previsão de comportamentos ou de prerrogativas – regras do juiz natural imparcial, da motivação, da publicidade e da proibição de prova ilícita -, o devido processo legal procedimental, inicialmente tomado como um princípio, ascende à posição de sobreprincípio, exercendo, ainda, uma função rearticuladora de tais elementos, que tanto podem convergir como divergir em relação ao fim maior. Como princípio, e dada a sua natureza instrumental (processo como instrumento<sup>165</sup>), não pode ser simplesmente descartado ao processo de aplicação.

De outra banda, e tendo em conta as críticas que teceram a locução do *devido processo legal* que foi utilizada pela Constituição, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero preferem conferir tratamento de *processo justo*, ao direito fundamental do devido processo legal<sup>166</sup>. Para os professores de processo civil, o

<sup>164</sup> ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, Ano 33, n. 163, set/2008 – Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59.

<sup>165</sup> “O processo, nesse sentido, é instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva dos princípios, especialmente os de liberdade e de igualdade, ou da incidência de regras. O processo não é independente dos direitos fundamentais que se pretende, verdadeira ou supostamente realizar. O processo, em vez disso, é instrumento para a realização desses mesmos direitos. Daí se dizer que é da própria instituição dos princípios, por exemplo, que surge o direito a um processo justo ou adequado. *Ubi jus, ibi remedium*. Onde há um direito, há um remédio, costuma-se, há muito, dizer. A proteção, em outras palavras, é um elemento essencial do próprio direito fundamental. Isso porque os princípios formais e materiais de um ordenamento jurídico mantêm uma relação de reciprocidade, porque as normas materiais são o substrato material das normas formais, e as normas formais consubstanciam instrumentos formais de eficácia das normas materiais”. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, Ano 33, n. 163, set/2008 – Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59

<sup>166</sup> Na palavra dos autores: “Eis as razões pelas quais prefere a doutrina se referir a direito ao processo justo (*giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial*) – além de culturalmente

processo justo consiste num princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional e, sua observância é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas e, para tornar viável a unidade do direito<sup>167</sup>. Nesses termos, o direito ao processo justo é um direito de natureza processual, que impõe deveres ao Estado, nas suas funções legislativa, executiva e judiciária, enquadrando-se dentro da categoria de direitos organizacionais e ao procedimento. Todavia, trata-se de um termo indeterminado: processo justo é, assim, uma cláusula geral que conta com um perfil mínimo pautado pela colaboração do juiz e das partes e, também, capaz de prestar a tutela jurisdicional adequada e efetiva, no que diz respeito à igualdade entre as partes, ao contraditório e ampla defesa, ao direito à prova, ao juiz natural, à duração razoável, à formação da coisa julgada e assim por diante<sup>168</sup>.

Adotando-se linha de raciocínio que parte das conclusões acima, retoma-se, de forma específica, à investigação da natureza da norma que preceitua a *razoável duração processo*, para concebê-la, além de elemento temporal que informa a proporcionalidade da duração do processo, em relação ao seu fim, como norma necessária à promoção do ideal de protetividade de direitos, à luz do *devido processo legal*. Desta relação que se estabelece entre duração razoável do processo e devido processo legal, colhe-se uma medida de aplicação, com relação às suas respectivas funções: a duração razoável do processo, como norma que orienta para a adequação e a proporção do tempo do processo, com vistas à máxima protetividade do objeto de direito material, e o devido processo legal, como sobreprincípio que é pressuposto de sua aplicação.

É certo dizer, assim, que a *duração razoável* do processo, como elemento do *devido processo legal*, deve ser examinada também sob o enfoque deste princípio, porém, assumindo a função precípua de indicar um sentido normativo que leva em consideração o critério *temporal*. Não se quer, com isso, dizer que a norma da duração razoável assume caráter secundário com relação ao devido processo legal ou a outras normas constitucionais, mas, sim, que a duração razoável deve ser examinada no seu aspecto eminentemente temporal, à luz de outros elementos do

---

consentânea ao Estado Constitucional, essa desde logo revela o cariz puramente processual de seu conteúdo.” SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 738.

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 737.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 740.



devido processo legal - convergindo ou divergindo, em relação a um fim maior<sup>169</sup>. Além disso, tendo sido a duração razoável do processo imposta pela Constituição como norma instrumental da protetividade de direitos, em função do tempo, deve ser tomada como elemento obrigatório, quando se examina o devido processo legal<sup>170</sup>.

Com fulcro em tais constatações, admite-se como correto que o exercício de desenvolvimento do conceito da *duração razoável*, na tônica que lhe confere o cânone investigado, impõe que se lhe atribua primordialmente uma *acepção temporal*, na medida em que há uma correspondência direta entre o conteúdo da norma e o objetivo relacionado ao andamento dos processos, em função do tempo<sup>171</sup>.

Por seu turno, não é possível extrair, da norma em tela, a descrição de condutas ou comportamentos exatos. Os critérios decorrentes (i) da complexidade do assunto; (ii) do comportamento das partes e de seus procuradores; e (iii) da atuação do órgão jurisdicional, elaborados pela Convenção Européia, com vistas a orientar a investigação de dilações indevidas e de reduções abruptas no processo, e indicar as condutas necessárias e condizentes com a duração razoável, decorrem de exercício do intérprete, diante da imprecisão da norma<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> No sentido de que o princípio do devido processo legal consiste no gênero, do qual os demais princípios constitucionais do processo são espécie e, como tais, dispensáveis, orienta-se Nelson Nery Junior: “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies” (...) “Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o caput e os incisos do art. 5º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despidiosos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações”. NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8.ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21), p. 60 e 70.

<sup>170</sup> Referindo-se aos elementos que podem ser deduzidos do dispositivo do *devido* processo legal, leciona Ávila: “Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela Constituição”. ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, Ano 33, n. 163. São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59.

<sup>171</sup> Conforme mencionado alhures, tratando-se de uma relação que se estabelece entre *meio* – duração do processo – e *fim* – tutela do direito, a questão está em saber se a duração do processo é *proporcional* em relação à especificidade do direito material tutelado em juízo. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798.

<sup>172</sup> Com isso, não se está dizendo que a norma é ou não é aplicável em função da edição ou da não edição de lei infraconstitucional que a regulamente ou lhe imprima eficácia. O que se pretende deixar

Nesses termos, a previsão textual da primeira parte do inciso LXXVIII não consubstancia norma que se possa dizer imediatamente descritiva e decisiva, apta a fornecer uma solução provisória para uma tal divergência que já tenha sido verificada pelo legislativo<sup>173</sup>. Também não se verifica previsão precisa de condutas ou comportamentos para a concretização da duração razoável do processo, porque seu enunciado exprime um conteúdo que é pretendido e cuja realização deve ser buscada a partir da identificação de comportamentos necessários ao atingimento do fim. Em função disso, a duração razoável do processo consubstancia um estado de coisas a ser promovido, no âmbito do processo judicial e administrativo, atinente à duração e tramitação processual, em razão do tempo e, como garantia da proteção jurisdicional tempestiva.

No âmbito do processo administrativo tributário federal, a regulamentação de prazo razoável pode ser ilustrada pela regra do art. 24, da Lei 11.457/2007, que determina a obrigatoriedade na prolação de decisão administrativa no prazo máximo de trezentos e sessenta dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte e, nessa medida, consiste em corolário da duração razoável do processo. Em seu objeto, a regra do artigo 24 promove diretamente o direito à duração razoável do processo administrativo-tributário, por regular o interstício temporal em cujo curso se presume ser possível à autoridade julgadora decidir.

A razoável duração do processo indica, assim, o conteúdo de um objetivo que é pretendido e desejado. A razoável duração do processo indica, assim, um estado ideal de coisas a ser atingido, a partir do qual os destinatários da norma têm assegurado o respectivo direito fundamental em jogo. A norma da primeira parte do inciso LXXVIII indica, ao fim e ao cabo, o dever de adotar comportamentos

---

claro é que se deve interpretar a norma em enfoque com relação aos efeitos que podem ser extraídos das condutas ou comportamentos considerados como necessários à sua promoção, mediante a definição de um parâmetro criterioso que permita, ao fim e ao cabo, a determinação da *razoável duração do processo* como estado ideal de coisas a ser promovido. Apenas isso.

<sup>173</sup> “A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflito. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção da regra pela via judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi à base da mera intuição) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução do conflito concretizado, que não raro se apresenta com características que foram imaginadas pelo legislador”. ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela – São Paulo : Saraiva, 1997, p. 62.

necessários à concretização da razoável duração do processo, a partir da prática de condutas condizentes, adequadas e necessárias a tal fim. Portanto, a norma que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo corresponde a um princípio constitucional, e não a uma regra.

Com grande aproximação ao quanto foi acima deduzido, refere-se o elucidativo conceito que foi atribuído por Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao princípio constitucional da duração razoável do processo sob análise, a seguir:

O direito fundamental à razoável duração do processo constitui princípio redigido como *cláusula geral*. Ele impõe um *estado de coisas que deve ser promovido* pelo Estado – a duração razoável do processo. Ele prevê no seu suporte fático termo indeterminado – duração razoável -, e *não comina consequência jurídicas* ao seu não atendimento. Seu conteúdo mínimo está em determinar: (i) ao *legislador*, a adoção de *técnicas processuais* que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda no curso do processo), a edição de legislação que reprima o *comportamento inadequado das partes* em juízo (litigância de má-fé e *contempt of court*) e regulamente minimamente a *responsabilidade civil* do Estado por duração não razoável do processo; (ii) ao *administrador judiciário*, a adoção de *técnicas gerenciais* capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como *organizar* os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao *juiz*, a *condução do processo* de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável<sup>174</sup>.

Sob tais perspectivas, e tomando-se à análise o conteúdo minimamente determinado pela primeira norma do inciso LXXVIII, acima, assevera-se que o direito fundamental, como tal, consiste em um princípio dirigido ao legislador infraconstitucional, no sentido de vincular a sua atividade à adoção de técnicas processuais que promovam a prestação jurisdicional em tempo razoável, além da edição de leis que reprimam o comportamento inadequado das partes, no processo e, por fim, que regule em alguma medida a responsabilidade do Estado, face as

---

<sup>174</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798.

demoras injustificadas do processo. Também pode-se dizer que o direito fundamental se dirige ao administrador judiciário, no plano do gerenciamento e da organização judiciária, e, por fim, ao próprio juiz, na condução do processo e na prestação tempestiva da tutela jurisdicional.

### **2.3.5 Meios que garantam a celeridade processual: natureza jurídica**

O presente tópico reserva-se à investigação sobre a natureza da norma que assegura os meios que garantam a celeridade processual, como regra ou como princípio. Nos capítulos antecedentes, viu-se que o dispositivo constitucional que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, os meios que garantam a celeridade processual, não denota conceitos que se possam dizer indeterminados, vagos ou abertos. A norma conduz, isenta de indagações, às noções de urgência, rapidez, velocidade e agilidade, como qualidade do *célere* e, nesta condição, manifesta sentido distinto se examinada em função do *razoável*. Em razão das lições colhidas da doutrina, concebeu-se a celeridade como um aspecto da efetividade processual, notadamente por expressar o caráter do urgente e do rápido que serve aos interesses individuais.

Contudo, pensa-se que a celeridade como aspecto da efetividade processual e, como resultado das ilações formuladas mais cedo, não é suficiente para explicar ou indicar, por si só, a natureza da norma investigada, como regra ou como princípio. É preciso lançar luzes sobre outras quadras, no sentido de aferir a sua natureza, não sem antes, lembrar que, sob a ótica da divisão dos direitos fundamentais como direitos de *defesa* e direitos a *prestações*, diz-se, quanto aos segundos, que exercem função dirigida ao Estado, no sentido de uma prestação fática ou normativa. No que toca especificamente aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, diz-se que os direitos a prestações ativas representem instrumentos em garantia da celeridade processual e, por isso, é esperada do Estado a postura ativa<sup>175</sup>.

Pois bem, a partir de tais concepções, cabe inserir na presente investigação o contexto de um outro direito fundamental processual ainda não tratado, e que prevê a tutela jurisdicional - ou, como é também chamado, direito ao amplo acesso ao

---

<sup>175</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 171 e ss.

Judiciário -, o qual assim preceitua: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. A inserção do aludido preceito ao estudo decorre do paralelo entre os princípios fundamentais de direito processual<sup>176</sup> e as garantias a direitos, no sentido de que é por meio do órgão judicial que se torna possível restabelecer uma situação de não violação a direitos, bem como, de que é por meio da tutela jurisdicional que se pode proteger os direitos fundamentais. Sob tal prisma, o direito à tutela jurisdicional assume dupla feição: de direito fundamental propriamente dito e de pressuposto necessário para a existência de proteção judicial dos direitos fundamentais<sup>177</sup>.

O direito à tutela jurisdicional como pressuposto necessário à proteção de direitos fundamentais identifica-se com os “meios ordenados e dispostos pelo ordenamento jurídico para a obtenção de resultados”, face o dever de promoção de tais meios, pelo Estado. Além disso, como direito subjetivo, o direito à tutela jurisdicional classifica-se como “corolário do direito à tutela jurisdicional efetiva”<sup>178</sup>.

De tais considerações, extraem-se importantes sentidos que permeiam o conteúdo da norma que prevê o direito *aos meios* que garantam a celeridade processual. O primeiro, decorre da conjugação que se estabelece entre o direito aos meios e o direito à tutela jurisdicional, e assegura, autônoma e imediatamente, *meios* que garantam a celeridade processual, os quais devem ser inafastavelmente promovidos pelo Estado. É dizer: o Estado deve obrigatoriamente promover *meios* que assegurem a celeridade do processo. O segundo sentido decorre do primeiro, e permite que a celeridade processual seja compreendida como um importante aspecto da efetividade jurisdicional, atinente à urgência e à rapidez e, nessa medida, como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional. É dizer: a celeridade processual é elemento temporal constitutivo do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. O terceiro sentido, como decorrência dos

---

<sup>176</sup> Os direitos fundamentais processuais apontados pela doutrina são: direito fundamental ao processo justo; direito fundamental à colaboração no processo; direito fundamental à tutela adequada e efetiva; direito fundamental à igualdade e à paridade de armas; direito fundamental ao juiz natural e ao promotor natural; direito fundamental ao contraditório; direito fundamental à ampla defesa; direito fundamental à prova; direito fundamental à publicidade; direito fundamental à motivação das decisões; direito fundamental à segurança jurídica no processo; à assistência jurídica integral; e, direito fundamental à duração razoável do processo. SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 736-802.

<sup>177</sup>ZAMPIERI, Natália. A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública. *In* Revista de Processo, Ano 39, vol. 234. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, agosto/2014, p. 15.

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 16.

anteriores, permite deduzir que a celeridade processual, como elemento da tutela jurisdicional adequada e efetiva, deve ser considerada como um fim em si mesmo, como um valor a ser promovido *por meio de meios que a assegurem*. Deste sentido, extrai-se uma obrigação que está imposta de modo implícito, porém dedutível do texto constitucional: o *dever* de o Estado promover diretamente a celeridade processual como direito fundamental, na medida em que representa elemento constitutivo do direito à tutela adequada e efetiva.

Por seu turno, o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva não representa somente a dinâmica da formulação de uma pretensão e a correspondente prolação de uma decisão pelo órgão jurisdicional competente. A tutela jurisdicional adequada e efetiva deve propiciar que a parte vitoriosa desempenhe o respectivo direito obtido pela decisão<sup>179</sup>. Assim, a tutela efetiva representa, lado-a-lado à tutela adequada, o próprio substrato do direito fundamental à tutela jurisdicional previsto pelo inciso XXXV permitindo que se identifique posicionado juntamente a ela, o elemento da *celeridade processual*, disposto a conjugar-se com a efetividade processual, quando indispensável à promoção desta, para figurar como substrato do direito fundamental à tutela jurisdicional.

Lembre-se que renomados autores inferem do direito fundamental à tutela jurisdicional, os direitos à tutela adequada e efetiva, como denota-se em passagem de Daniel Mitidiero, para quem o direito fundamental à tutela jurisdicional exerce a importante função de orientar a realização da tutela de forma específica e em *tempo hábil*<sup>180</sup>. Nessa esteira, o direito à tutela jurisdicional que se observa no plano processual (e tem por objeto a tutela do direito no plano material) constitui direito à “proteção jurídica efetiva” e, como tal, é exercida por meio da ação<sup>181</sup>. Em sua amplitude, o direito à tutela jurisdicional deve ser analisado sob a perspectiva do acesso à justiça, da adequação da tutela e da efetividade da tutela. No que tange à adequação, a tutela jurisdicional tem de ser capaz de promover a realização do direito material, ou seja, o meio tem de ser adequado à promoção do fim e, no que tange à efetividade, a tutela tem de ser efetiva no sentido de alcançar o resultado do

---

<sup>179</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1931. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de Direito Processual : terceira série – São Paulo : Saraiva, 1984, p. 31.

<sup>180</sup> MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das Obrigações de Pagar Quantia. In Processo civil e estado constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 92, 94 e 95.

<sup>181</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 748-749.

processo – o qual reflete, por sua vez, o direito material. Sob tal prisma, a tutela jurisdicional implica a necessidade: “(i) de encarar o processo a partir do direito material – especialmente, a partir da teoria da tutela dos direitos; e (ii) de viabilizar não só a tutela repressiva, mas também e fundamentalmente a tutela preventiva aos direitos”<sup>182</sup>, vez que o direito constitucional de ação “deve propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela”<sup>183</sup>.

Da relação entre efetividade e celeridade ora apontada, conduz-se inexoravelmente à conclusão de que a celeridade processual pode residir tanto no âmbito da tutela repressiva, como no âmbito da tutela preventiva aos direitos (tutela inibitória), atuando, em ambos os casos, como aspecto que imprime urgência e rapidez, quando necessários à preservação do direito das partes, nas causas em que sua atuação for indispensável para a realização da efetividade.

Para alcançar a natureza da norma que assegura o *direito aos meios* que garantam a celeridade processual, cabe ainda averiguar sobre características nele presentes, que possam aproximá-lo da categoria dos princípios ou das regras, na medida em que princípios e regras manifestam distinções estruturais definidas pela doutrina, conforme antes exposto. Neste ponto, volta-se à formulação que foi acima recém extraída da conjugação entre direito fundamental à tutela jurisdicional (como pressuposto necessário à proteção de direitos fundamentais) e direito fundamental *aos meios* que garantam a celeridade processual: trata-se da verificação da existência de um *dever* implícito, mas dedutível do texto constitucional, dirigido ao Estado, no sentido de promover e disponibilizar meios à obtenção da celeridade processual. A resolução do problema que emana de tal formulação permitirá que se identifique a natureza da norma constitucional analisada e, portanto, parte-se dela, com tal objetivo.

Para esse propósito, relembrem-se brevemente algumas premissas que foram trabalhadas em itens anteriores, a título de parâmetros à interpretação normativa. Com efeito, tomando em conta que texto e norma não são idênticos e que a norma resulta do ato de interpretação, foi colacionada proposta conceitual de princípios e de regras, elaborada por Humberto Ávila, para quem princípios são normas imediatamente finalísticas, que indicam um estado ideal de coisas a ser

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 758.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 752.

promovido, com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas que deve ser promovido e os efeitos da conduta tida como necessária à sua promoção. De outro lado, regras são normas imediatamente descritivas da conduta que deve ser adotada, com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação é exigido o exame de correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos, à luz dos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes e das suas finalidades subjacentes<sup>184</sup>. Ademais, as regras podem ser divididas em comportamentais ou constitutivas, caracterizando-se, em todos os casos, como descritivas de objetos (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos) e, impositivas aos seus destinatários à adoção de comportamento mais ou menos determinado. Tais características não estão presentes nos princípios, porque estes não descrevem um objeto em sentido amplo, mas, sim, estabelecem um estado ideal de coisas<sup>185</sup>.

Sob tais enunciações, volta-se ao direito fundamental em foco para buscar extrair o seu objeto imediato. O direito fundamental aos meios que garantam a celeridade processual ocupa-se de promover um estado ideal de coisas ou de descrever comportamentos ou condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, que devam ser adotadas pelo seu destinatário?

Como normas que veiculam direitos e garantias fundamentais, já foi dito que o direito aos meios que garantam a celeridade processual tem aplicação imediata e independe de lei para a produção de seus efeitos. Também já foi dito que, consoante a classificação que distingue direitos de defesa e direitos a prestações, o direito aos meios que garantam a celeridade processual consubstancia um direito a prestações, apto a amparar a exigência de prestações positivas por parte do Estado, no sentido da disponibilização de meios para sua realização. Nesses termos, o direito fundamental *aos meios*, ora em análise, está conjugado com um outro direito fundamental que assegura a tutela jurisdicional adequada e efetiva e, dado o entrelaçamento entre eles, impõe-se reconhecer que deduzem de sua norma um *dever* dirigido ao Estado, no sentido de promover e de disponibilizar meios à obtenção da celeridade do processo. Portanto, sob tal perspectiva, infere-se que o

---

<sup>184</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 85

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 89-90.



direito fundamental aos meios que garantam a celeridade processual ocupa-se de descrever uma conduta obrigatória ao Estado, determinada pela edição de meios que garantam a celeridade processual. Tal direito dirige-se, ainda, ao aplicador, no sentido de exigir conformidade ou correspondência das condutas adotadas pelo destinatário da norma, aos meios que são mais adequados ao fim a que se propõem, que é, no caso em exame, a celeridade processual que se identifica nos hipóteses de urgência. O direito fundamental aos meios que garantam a celeridade do processo tem pretensão de decidibilidade, no sentido que proporciona solução para o problema da ineficiência processual, permitindo que se confira urgência, quando indispensável à promoção da efetividade.

Do exposto, e com a pretensão de colaborar para a indicação da natureza normativa do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade processual, reconhece-se que a previsão textual da segunda parte do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição, consubstancia uma regra constitucional, pois dela extraem-se condutas comportamentais e constitutivas da finalidade que lhe é subjacente – celeridade do processo -, para cuja aplicação cumpre avaliar a correspondência entre o dever de proporcionar meios que promovam a celeridade processual nos casos em que se verificam demoras que atentem contra a urgência que é necessária às lides individuais. Como regra constitucional, e não princípio, o direito fundamental aos meios que garantam a celeridade processual manifesta maior resistência contra a superabilidade, cuja ocorrência restringe-se às situações de demonstração de incompatibilidade entre a sua hipótese e a finalidade que lhe é subjacente e, de demonstração de que o seu afastamento não provoca expressiva insegurança jurídica<sup>186</sup>.

### **2.3.6 Destinatários da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade processual**

Por fim, cabe destacar o posicionamento da doutrina a respeito de quem seriam os destinatários da norma que prevê a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação processual, ressaltando-se, como já ressaltado alhures, que o dispositivo constitucional em destaque contém duas normas distintas.

---

<sup>186</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 128.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o inciso LXXVIII, do artigo 5º, ao constituir um direito fundamental autônomo à duração razoável do processo (com relação ao devido processo legal) não deixou margem de dúvida quanto à projeção de tal direito sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, identificando, de consequência, o Estado como parte devedora do direito fundamental à razoável duração do processo<sup>187</sup>. De maneira mais específica, o legislador infraconstitucional tem o dever de construir procedimentos que amparem adequada e tempestivamente os direitos e, por sua vez, o juiz não pode deixar de interpretar as regras processuais de acordo com os direitos fundamentais, adotando técnicas que os promovam e impedindo a prática de atos que retardem indevidamente o processo. Aliás, o próprio juiz também está proibido de praticar atos comissos ou omissivos que retardem injustificadamente o processo, seja por meio de ato dilatatório expresso, seja por meio da escolha inadequada para a outorga da tutela tempestiva<sup>188</sup>.

O reconhecimento doutrinário quanto aos poderes públicos - Executivo, Legislativo e Judiciário – figurarem como destinatários da norma em estudo, de maneira ampla, leva a uma outra constatação que envolve o segundo enunciado da norma em estudo, qual seja, de que *os meios* que garantem a celeridade processual devem emanar, também, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. É dizer, os *meios* a que se refere a norma constitucional consubstanciam atos administrativos, atos legislativos e medidas judiciais.

---

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 21-22, 28 e 31.

### **3. ATIVIDADE DECISÓRIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO FEDERAL**

#### **3.1 Introdução**

O objetivo de examinar a atividade decisória no processo administrativo-tributário na esfera federal parte da premissa de que há uma convergência de diferentes normas do direito público sobre o seu objeto e, de que as normas constitucionais e a interpretação que lhes confere o Supremo Tribunal Federal assumem papel de grande relevância para o exame do tema, tendo em conta que a diversidade de disciplinas que envolvem o presente trabalho, e a sua posição no texto da Constituição, que implica, em grande medida, princípios e regras constitucionais<sup>189</sup>.

Na formulação de Odete Medauar, o processo administrativo configura um ponto de convergência entre vários princípios e regras comuns que presidem à atividade administrativa e, por isso, é campo propício para a concretização de parâmetros que, em grande medida, estão consagrados na própria Constituição<sup>190</sup>.

A relevância da Constituição e da jurisprudência constitucional no estudo das leis do processo administrativo também é verificada na obra de Carlos Ari Sunfeld, para quem as leis brasileiras remetem o conceito de processo administrativo ao conceito de atividade administrativa decisória sem, contudo, definir precisamente os elementos que caracterizam essa atividade. Por isso, aponta a crescente incidência dos direitos individuais e coletivos de natureza processual, na esfera do processo administrativo, em confluência com a jurisprudência constitucional, a partir da inclusão dos direitos ao contraditório e à ampla defesa ao texto da lei maior. Na avaliação de Sunfeld, a circunstância de o direito administrativo poder contar com algo como um “quase código” na Constituição, cujas regras vêm sendo mais construídas pela Corte Constitucional, do que pelo legislador, é modelo que tem sido bem-sucedido até agora: “saber quais são os limites desse modelo é uma boa questão para o futuro”<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Ressalta-se, porém, que as referências que serão tomadas pelo presente estudo têm por escopo apenas contextualizar o tema do controle da omissão administrativa no processo administrativo-fiscal perante a normatividade constitucional.

<sup>190</sup> MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 69.

<sup>191</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 316.

A Constituição se encarrega, ainda, de disciplinar implícita ou explicitamente direitos fundamentais atinentes ao processo civil. Como já mencionado alhures, a doutrina relaciona-os como: direito fundamental ao processo justo; direito fundamental à colaboração no processo; direito fundamental à tutela adequada e efetiva; direito fundamental à igualdade e à paridade de armas; direito fundamental ao juiz natural e ao promotor natural; direito fundamental ao contraditório; direito fundamental à ampla defesa; direito fundamental à prova; direito fundamental à publicidade; direito fundamental à motivação das decisões; direito fundamental à segurança jurídica no processo; à assistência jurídica integral; e, direito fundamental à duração razoável do processo<sup>192</sup>.

Também o sistema tributário nacional está insculpido pelo texto constitucional<sup>193</sup>. É no texto da Lei Maior que estão deferidas competências, às pessoas jurídicas de direito público, atinentes à instituição, majoração ou modificação de tributos, com base em lei complementar que defina normas gerais<sup>194</sup>. O sistema tributário nacional é, assim, do tipo rígido e exaustivo, no sentido de que as regras de competência e a repartição das receitas são reguladas pela própria Constituição e não podem ser modificadas por lei ordinária<sup>195</sup>.

No que toca especificamente ao processo administrativo-tributário, é amplo o entendimento doutrinário quanto aos seus alicerces terem sido estabelecidos pela Constituição, ainda que sob distintos aspectos. Para Dejalma de Campos, o procedimento administrativo tributário é uma espécie do gênero processo administrativo e, como tal, adota diversos princípios constitucionais que são pertencentes ao mundo administrativo em geral, tais como a ampla defesa e o contraditório<sup>196</sup>. Hugo de Brito Machado Segundo assevera:

Os processos administrativos contenciosos contam com previsão constitucional implícita e explícita. Decorrem, implicitamente, do fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito submetido à

---

<sup>192</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 736-802.

<sup>193</sup> Nesse sentido: “O estudo do direito tributário positivo brasileiro tem como principal balisa os princípios insculpidos na Constituição, uma vez que o sistema tributário brasileiro tem como característica o fato de estar meticulosamente desenhado na Constituição Federal de 1988, a ponto de ser concebido como autêntico sistema constitucional tributário”. MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 439.

<sup>194</sup> DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Manual de Direito Tributário. 4. ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2008, p.121-122.

<sup>195</sup> ÁVILA, Humberto. Sistema Constitucional Tributário. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012, p. 163-164.

<sup>196</sup> CAMPOS, Dejalma de. Direito processual tributário. – 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2007, p. 26.

legalidade e à moralidade, e que tem a cidadania como um de seus fundamentos. Tudo isso impõe à Administração que adote um devido processo legal administrativo no âmbito do qual possa exercer o controle interno da legalidade de seus atos (autocontrole dos atos administrativos), examinando e procurando resolver os seus conflitos com os cidadãos, dando a estes ainda o direito de provocar esse exame, conforme está previsto, explicitamente, no art. 5º, incisos XXXIV, a, LIV e LV, da CF/88.<sup>197</sup>

James Marins, em obra clássica sobre o direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial, conclui que o direito processual tributário possui contornos próprios que lhe conferem natureza de um *processo diferenciado*, na medida em que reflete a lide de natureza tributária e, portanto, distinta da lide civil ou penal, por exemplo. Em seu trabalho, parte das peculiaridades próprias da relação jurídico-tributária que possui disciplina, muitas vezes, no seio constitucional, apontando para os efeitos disso, quando se trata de interpretar e aplicar a norma jurídico-tributária:

A diferenciação do Processo Tributário conduz, portanto, a diversos desdobramentos que podem ser traduzidos em premissas ou princípios que devem presidir o raciocínio de edificação do Direito Processual Tributário enquanto disciplina jurídica, atribuindo-lhe coesão e sistematicidade e que denominamos de Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário: i) princípio da Diferenciação do Processo Tributário; ii) princípio da dualidade de cognição; iii) princípio da harmonia processual; iv) princípio da tutela judicial efetiva em matéria tributária; v) princípio da autotutela vinculada do ente tributante; vi) princípio da justiça tributária<sup>198</sup>.

É com sustentação na doutrina especializada que se diz, com acerto, que o ordenamento constitucional brasileiro se encarrega de subsidiar substancialmente a normatividade relativa ao processo administrativo-fiscal e, por decorrência, a normatividade relativa à atividade decisória no processo administrativo-fiscal, a partir de parâmetros constitucionais implícitos e explícitos. Em função disso, qualquer movimento investigativo a respeito do tema que envolve a atividade decisória, no processo administrativo-tributário, exigirá o cotejo de normas constitucionais

---

<sup>197</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. – 8. ed. – São Paulo : Atlas, 2015, p. 55.

<sup>198</sup> MARINS, James. *Direito processual civil tributário: administrativo e judicial* – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 73-74.

relativas às disciplinas que convergem para o estabelecimento dos parâmetros que se pretende estabelecer, merecendo que tais normas constitucionais sejam melhor examinadas. É o que se passa a fazer.

### **3.2 Convergência de normas constitucionais no processo administrativo-tributário federal**

No Brasil, tem-se estabelecida a jurisdição una de processos, que contempla o trâmite de processos administrativos perante a Administração Pública, com possível desdobramento na via judicial, e processos judiciais propriamente ditos, cujo trâmite dá-se perante a justiça comum, federal, trabalhista, e assim por diante. Por isso, as decisões proferidas no âmbito administrativo não se tornam, necessariamente, definitivas. A jurisdição una, na acepção aqui utilizada, quer dizer que o Brasil confere direito ao questionamento de uma decisão proferida de maneira definitiva por um tribunal administrativo<sup>199</sup>, junto ao Poder Judiciário. No exemplo da França, a jurisdição administrativa está absolutamente separada da jurisdição comum e, portanto, não se submete ao Poder Judiciário.

Após vinte e um anos de regime militar, o direito brasileiro passou a conviver com uma maior atividade dos órgãos de controle do Poder Executivo, que culminou com a inserção de diversos preceitos que regem o direito e o processo administrativos, no texto da Constituição Federal de 1988. Em que pese a constitucionalização, a partir de 1988, de inúmeros preceitos sobre o processo administrativo e, o estabelecimento de garantias fundamentais ao direito dos litigantes, quase dispensando a sua normatização, por meio de lei<sup>200</sup>, nosso ordenamento convive com diferentes leis de processo administrativo, seja no âmbito federal, seja no âmbito estadual e municipal.

A questão da processualidade administrativa que foi tratada por Odete Medauar, na década de 90, aponta para a superação da antiga ideia de processo ligado exclusivamente à atividade jurisdicional, a partir da evolução da ideia de

---

<sup>199</sup> “De qualquer forma, deve-se colocar em destaque a regra de que ‘não é necessário o esgotamento da via administrativa para a busca pela tutela jurisdicional’”. MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

<sup>200</sup> “Por isso, para nós, brasileiros, a mobilização em torno da ideia de editar uma lei de processo (ou procedimento) administrativo não teve o mesmo significado que em outros países. Era como se, no fundo, simplesmente não precisássemos de uma lei assim”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Op. cit.*, p. 301.

processo ligado também ao exercício dos três principais poderes estatais<sup>201</sup>. A preocupação pela processualidade, por parte dos administrativistas, decorreu da progressiva aproximação entre Estado e sociedade, que gerou a necessidade de se tornarem conhecidos os trâmites decisórios da atividade administrativa e, de outro lado, que desvelou o direito de os administrados serem ouvidos pela Administração, além da necessidade do estabelecimento de parâmetros para a atividade discricionária e da preocupação pela fixação de garantias prévias aos administrados, no que tange à edição de atos administrativos.

A própria opção pela terminologia adotada como mais adequada, procedimento ou processo administrativo, apesar de superadas maiores divergências sobre o ponto, permite deduzir que procedimento é (e deve ser) expressado como *processo*, caso seja prevista também a cooperação de sujeitos, sob a ótica do contraditório. É dizer, portanto, que a utilização da expressão *processo* administrativo reconhece, além da participação dos interessados no contraditório, a ocorrência do verdadeiro processo também no âmbito da Administração Pública<sup>202</sup>. A consagração da expressão veio na redação do inciso LV, do art. 5º, da Constituição, que previu o contraditório e a ampla defesa aos litigantes do *processo* judicial ou administrativo, como princípios orientadores.

Carlos Ari Sundfeld manifesta posicionamento que denota a “ideia de que a atividade decisória como um todo da Administração Pública é sujeita a condicionamentos jurídicos de tipo adjetivo, relativos ao modo como ela decide” e cujas características são moldadas por direitos e princípios de natureza processual. Portanto, no âmbito de um conceito amplo de processo administrativo, deve haver coincidência com o conceito de atividade administrativa decisória, afastando-se, assim, procedimentos administrativos que consubstanciem liberdade para a produção de atos<sup>203</sup>.

Por isso, atribui-se, ao conceito de processo administrativo, a noção do trâmite que envolve a participação tanto da Administração como do administrado, observadas as leis específicas que o regulam e, tendo em consideração direitos fundamentais processuais que garantem a produção de provas, o contraditório e a

---

<sup>201</sup> MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 13-15.

<sup>202</sup> MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 40-41.

<sup>203</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 309.

ampla defesa, com o objetivo de que a atividade administrativa decisória decorra da colaboração mútua para a solução dos pedidos, defesas e recursos do administrado e para a formação do ato administrativo definitivo que decorre da decisão.

A respeito da participação ativa do administrado, gize-se, deve ser compreendida como a atuação democrática e colaborativa, sem que isso implique necessariamente em litigiosidade. Conforme expressa Egon Bockmann Moreira, mesmo sob a ótica do contraditório, não se pode dizer que o processo administrativo exige conflito. Conceber o contraditório, como aspecto de litigiosidade, afasta-se do conceito hodierno do princípio<sup>204</sup>.

Com efeito, nos dias de hoje, o processo administrativo ocupa destacada posição no direito administrativo, sendo até mesmo concebido por alguns, como conceito central da disciplina, ocupando o espaço que por muito tempo foi ocupado pelo ato administrativo<sup>205</sup>, justamente por veicular premissas democráticas, mediante a participação do administrado<sup>206</sup>.

No que diz respeito às especificidades do processo administrativo que tenha por objeto as lides de natureza tributária, não é diferente. Parte-se da orientação constitucional estabelecida *lato sensu* para a Administração Pública, cujos princípios expressos constam no artigo 37 (legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, moralidade, responsabilidade e eficiência), para a projeção específica de princípios constitucionais que orientam o direito processual judicial e administrativo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, recursos, razoável duração, meios que garantam a celeridade processual e assim por diante)<sup>207</sup>.

Para James Marins, procedimento e processo administrativo-tributário possuem princípios distintos. São princípios do procedimento administrativo-tributário: inquisitorialidade, cientificação, formalismo moderado, fundamentação,

---

<sup>204</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2010, p. 231.

<sup>205</sup> MELLO, Rafael Munhoz. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46903/44548>> Acesso em: 22 jan. 2017.

<sup>206</sup> Sobre a contestação que é feita à ideia monista clássica de que a vinculação da Administração ao Parlamento ainda é a alma do direito administrativo e, sobre a defesa de uma função criadora da Administração, com fulcro na legislação e na Constituição, como corolário da redemocratização: SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, Capítulo 9, p. 231-280.

<sup>207</sup> MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 142.



acessibilidade, celeridade e gratuidade. Por sua vez, são princípios do processo administrativo-tributário: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, ampla instrução probatória, duplo grau de cognição, julgador competente, ampla competência decisória e razoável duração do processo<sup>208</sup>.

Como corolário das normas constitucionais do processo administrativo, com aplicação ao processo administrativo-tributário na esfera federal, o ordenamento infraconstitucional brasileiro conta com a Lei 9.784/99 que, na condição de diploma geral do processo administrativo federal, reproduz como princípios da Administração Pública, os seguintes: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

É por isso que, no vasto terreno normativo constitucional que converge à espécie, abarcando direitos e garantias fundamentais do direito administrativo, do direito processual e do direito tributário, como antes delineado, deve o intérprete zelar pela aplicação daquelas normas - regras ou princípios - que, embora traçando orientações gerais, manifestem relação com as especificidades do caso concreto; e, além disso, daquelas normas que melhor promovam aos fins traçados para o Estado Democrático de Direito, tanto quanto reduzam a intensidade de restrição dos direitos fundamentais<sup>209</sup>.

O objeto da presente investigação, tal qual inicialmente proposto, é estabelecer parâmetros para o controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário da esfera federal, à luz dos direitos fundamentais à duração

---

<sup>208</sup> Mesmo traçando minudente classificação dos princípios do procedimento e do processo administrativo-tributário, James Marins não se omite em registrar que a doutrina moderna distingue princípios e regras. Em o fazendo, Marins reporta-se à Teoria dos Princípios, de autoria de Humberto Ávila, para quem as normas principiológicas “devem ser examinadas a partir de sua estrutura e de sua incidência em cada caso concreto, de modo que possam ser definidas como princípios (*stricto sensu*), regras ou postulados”. MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 153.

<sup>209</sup> A respeito da razoabilidade e da proporcionalidade, como normas que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras, Humberto Ávila: “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob que perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. (...) Um meio é proporcional quando o valor da promoção do fim não for proporcional ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais”. ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 205.

razoável e aos meios que garantam a celeridade processual. A eleição de aludidas normas constitucionais, no espectro mais geral, cuja natureza de princípio e regra, respectivamente, foi objeto de exame mais detido na primeira parte do presente trabalho, decorre da estreita relação que elas mantêm com a questão temporal do processo e, portanto, denotam a principal orientação constitucional no que tange ao controle da demora na atividade decisória administrativa em proferir decisões e julgamentos a pedidos ou recursos dos contribuintes. Com tal propósito, caberá, nas próximas linhas, lançar luzes às especificidades da lei federal que prevê um prazo máximo para que sejam proferidas decisões de tal natureza.

### **3.3 Trezentos e sessenta dias como prazo máximo à prolação de decisão administrativa: artigo 24, da Lei 11.457/2007 como corolário da duração razoável no processo administrativo-tributário**

Quando se atribuiu natureza de princípio à norma constitucional que prevê a razoável duração do processo, apontou-se para um exemplo de sua consagração, no âmbito do direito tributário infraconstitucional, consubstanciado no artigo 24, da Lei 11.457/07, que previu a obrigatoriedade da prolação de decisão a pedidos, defesas e recursos dos contribuintes, no prazo máximo de trezentos e sessenta dias, contados do respectivo protocolo (item 2.3.4).

O referido dispositivo assume relevância particular no tocante à delimitação do objeto principal da presente pesquisa, que se ocupa dos parâmetros ao controle da atividade decisória no âmbito dos processos administrativo-tributários federais. Por isso, a inserção do dispositivo 24, no ordenamento jurídico brasileiro, merece análise mais detida.

Com efeito, a propósito de unificar as (então) distintas Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária e traçar outras diretrizes e regras para a atuação da Receita Federal do Brasil (como foi batizada a autoridade fazendária da União), editou-se a Lei 11.457/2007, que regula matérias atinentes ao funcionamento, competências, planos de carreira, quadros de pessoal, inscrição na dívida ativa, processo administrativo-fiscal, parcelamento e assim por diante. Nesse complexo, mediante proposta do Senado Federal, foi alocada a regra do artigo 24, em capítulo destinado a regular as competências da Procuradoria-Geral da Fazenda

Nacional, mas cujo teor destina-se às autoridades e aos órgãos competentes para o julgamento de processos administrativos no âmbito federal<sup>210</sup>.

O dispositivo 24 estabelece, assim, uma obrigação, destinada aos agentes da Administração Pública Federal, que visa a garantir um prazo máximo de duração de cada uma das etapas do processo administrativo, compreendido entre os protocolos de pedidos, defesas e recursos, e a respectiva decisão. Tendo em conta que sua razão de existir decorre da necessidade de previsão legal que dispusesse sobre o prazo máximo para a prolação de decisões pela Administração Pública, a regra representa o corolário do direito fundamental à duração razoável do processo no âmbito administrativo<sup>211</sup>. No curso do prazo de trezentos e sessenta dias, a lei presume, de um lado, que é possível à Administração julgar pedidos, defesas e recursos dos contribuintes, sem que haja perecimento ou violação a direitos dos particulares e, de outro lado, que o prazo é razoável para que a Administração Pública examine os requerimentos e peculiaridades da espécie, à luz da segurança jurídica.

O estabelecimento de um prazo máximo para decisão ganha especial relevância, na medida em que promove, simultaneamente, interesses públicos e particulares.

Do ponto de vista do Estado, o processo administrativo é o meio pelo qual se estabelecem e definem relações jurídicas entre o poder público e os particulares, nas mais diferentes esferas da Administração, notadamente na esfera da arrecadação tributária, que consiste em atividade essencial para a concretização dos

---

<sup>210</sup> A inserção da regra no Capítulo II, e não no Capítulo III, da Lei 11.457/2007, que foi designado à regulamentação do Processo Administrativo Fiscal, estabeleceu questionamentos iniciais a respeito de sua destinação exclusiva a processos administrativos no âmbito da Procuradoria da Fazenda Nacional e à impossibilidade de revogação do prazo geral de 30 dias, previsto para a administração pública federal proferir decisões, conforme o art. 48, na Lei 9.784/99. Contudo, a impropriedade topográfica não foi considerada óbice para a aplicação geral do prazo máximo editado pela lei de 2007.

<sup>211</sup> A respeito, confira-se a motivação parlamentar que levou a inclusão desse dispositivo ao Projeto da Lei n.º 20/06: “Parece-nos meritória a iniciativa. Depõe contra a segurança jurídica a demora em responder administrativamente aos pleitos do contribuinte. Ademais, os juros de mora sempre retroagem à data de vencimento do débito exigido, razão pela qual a demora em responder ao contribuinte beneficia a própria Fazenda Pública, que receberá seus créditos corrigidos segundo a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC). Por fim, cabe mencionar que o art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal, assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Opinamos pelo seu acolhimento”. XAVIER, Bianca Ramos. A duração razoável do processo administrativo fiscal. Set. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp115680.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017, p. 87-88.

objetivos sociais e políticos do País. É por isso que, na lição de James Marins, “o Estado não pode esperar”:

Esta circunstância demanda que ao ente público se ofereça o ferramental indispensável para que possa, com celeridade, dar conta de suas necessidades financeiras, vinculadas a um “inalienável interesse público”. Em contrapartida, a essa condição opõe-se a necessidade de se conferir ao contribuinte necessárias garantias em face de um ente avassalador, dotado de “tríplice função” (como dito, o Estado faz a lei tributária, é destinatário de seu comando, aplica-o, e julga a lide que venha a ser decorrente). Na impostergabilidade da necessidade arrecadatória (agravada pela inércia tributária), encontra-se a raiz da criação de órgãos administrativos, não apenas com amplos poderes e competência arrecadatória, como também dotados de funções destinadas à solução de lides tributárias.<sup>212</sup>

Dessarte, para que o Estado possa cumprir com suas finalidades haverá que necessariamente dispor de meios suficientes para solucionar seus dois problemas tributários capitais, a inércia e a lide; o que o faz através de um conjunto de normas geradoras de recíprocas obrigações ao Estado e ao cidadão, de forma a – em atribuindo visibilidade à obrigação tributária – combater a inércia, e especialmente a evasão tributária.

Na mesma linha de pensamento já se manifestara Hugo de Brito Machado, para quem o legítimo interesse da Fazenda Pública consiste em solucionar, o mais breve possível, as pendências submetidas ao processo administrativo e, com isso, se for o caso, receber o mais cedo o tributo que lhe é devido<sup>213</sup>. Portanto, diz-se que a razoável duração do processo administrativo-tributário veicula importante conteúdo que atende aos fins públicos, no combate às demoras e dilações injustificadas que prejudicam a realização de receitas públicas.

É bem verdade que a inércia e a litigiosidade em torno da constituição do crédito tributário, como problemas que assolam a arrecadação tributária, também possuem causas que ultrapassam as fronteiras da atividade administrativa propriamente dita, e situam-se no terreno das inconstitucionalidades de leis não raro

---

<sup>212</sup> MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

<sup>213</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Decadência de constituir o crédito tributário em face da incorrência de decisão tempestiva da autoridade administrativa. Revista Dialética de Direito Tributário n. 163. São Paulo : Dialética, abr-2009, p. 62.

editadas para atender a interesses emergenciais ou não legítimos. Contudo, o presente trabalho ocupa-se de examinar a inércia como problema exclusivo da Administração Pública e de seus agentes, no exercício da atividade administrativo-tributária decisória, em processos administrativo-tributários<sup>214</sup>.

Do ponto de vista dos contribuintes, o processo administrativo-tributário impede a prática de atos arbitrários ou excessivos da administração e, por isso, o estabelecimento de um prazo máximo para a prolação de decisão administrativa em defesas e recursos evita que os particulares fiquem à mercê de cronogramas processuais potencialmente capazes de gerar prejuízos ou violações a direitos individuais. A regra é fruto, como dito, do primado da duração razoável do processo.

A necessidade de fixação de um prazo máximo para a atividade decisória da Administração Federal, de maneira bem particular, também decorre do significativo volume de litígios judiciais de iniciativa dos particulares que, amparados no primado da duração razoável, em período que antecedeu a inovação legislativa de 2007, buscaram afastar a omissão e a mora da atividade decisória, mediante o pedido de fixação judicial de prazo para a conclusão da atividade administrativa decisória. Em função de tais lides, não foram poucas as decisões judiciais que impuseram à Administração Tributária Federal o dever de decidir, no prazo de trinta dias, com fundamento nos artigos 48 e 49, da Lei 9.784/99, aplicável na ausência de lei específica<sup>215</sup>. A exiguidade do prazo de trinta dias para emissão de decisão em processos administrativo-tributários, na perspectiva da Administração Pública Federal, que atuou sob os comandos judiciais obtidos pelos particulares, pode ser tida, assim, como um fator que colaborou para a edição de novo e específico dispositivo legal que mitigasse os efeitos de tais decisões, a partir da presunção de que o interstício temporal de trezentos e sessenta dias é compatível com a atividade decisória em processos desta natureza.

Apesar da alteração normativa que estabeleceu marco temporal para a prolação de decisões estar fundada no princípio da duração razoável do processo e atender, simultaneamente, aos interesses públicos e dos contribuintes, não foram poucas as vozes que apontaram, ainda, para um outro possível efeito decorrente da

---

<sup>214</sup> Ainda que as premissas aqui estabelecidas possuam aplicação na esfera do direito administrativo *lato sensu*.

<sup>215</sup> Nesse sentido: AgRg no REsp 1090242/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 29/06/2010 e REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

referida disposição legal, relacionado à extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário: pela decadência ou pela preempção.

Trabalhos de fôlego ocuparam-se de examinar o artigo 24, deduzindo subsistentes conclusões quanto à possibilidade da aludida regra conter normatividade suficiente para determinar a ocorrência da decadência ou da preempção do direito de o Fisco constituir o crédito tributário, quando ultrapassado o prazo de cinco anos, contados da notificação do auto de lançamento; e, como decorrência da inobservância sucessiva do prazo máximo de trezentos e sessenta dias para a prolação de decisão, em cada uma das etapas do processo administrativo - impugnação administrativa, recurso voluntário, embargos de declaração do contribuinte e, assim por diante<sup>216</sup>.

Entre os renomados juristas que manifestaram entendimento no sentido de que o prazo fixado pelo artigo 24, da Lei 11.457/07, consubstancia prazo de natureza decadencial, Hugo de Brito Machado<sup>217</sup>:

Seja como for, é indiscutível que a norma do art. 24 da Lei nº 11.457/07 consubstancia prazo para o exercício do direito de fazer o lançamento definitivo, vale dizer, o direito de a Fazenda Pública fazer o acertamento de sua relação tributária com o contribuinte, para que possa deste exigir o crédito respectivo.

Cuida-se, portanto, de prazo de decadência.

(...)

4º) O prazo fixado no art. 24, da Lei nº 11.457/07, portanto, é típico prazo de decadência, cuja ultrapassagem acarreta a extinção do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

Mais recentemente, Frederico Menezes Breyner esboça, sob três diferentes perspectivas, propostas interpretativas para o artigo 24: (a) interseccionando a posição de Hugo de Brito Machado, defende que o artigo 24 caracterizaria prazo

<sup>216</sup> Nesse sentido, Bianca Ramos Xavier: "Diante das digressões e à luz dos entendimentos dos tribunais internacionais é imperioso o reconhecimento da efetividade da duração razoável do processo administrativo fiscal, que deverá seguir uma das duas soluções trazidas no cerne deste trabalho, ou seja, entende-se ser aplicável o instituto da decadência ou da preempção para os processos que perdurarem por mais de cinco anos do seu início ou, minimamente, o contribuinte deve ser ressarcido pela demora promovida pela omissão do Fisco". XAVIER, Bianca Ramos. A duração razoável do processo administrativo fiscal. Set. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp115680.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017, p. 123.

<sup>217</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Decadência do direito de constituir o crédito tributário em face da inocorrência de decisão tempestiva da autoridade administrativa. Revista Dialética de Direito Tributário nº 163. São Paulo : Dialética, abril de 2009, p. 60-61 e p. 63.

extintivo do crédito tributário (decadencial); (b) configurada a inércia da Administração Pública, pelo transcurso do prazo de trezentos e sessenta dias, sem que tenha sido proferida decisão administrativa, o artigo 24 representaria o marco inicial para a contagem do prazo prescricional previsto pelo art. 174, do CTN, ou; (c) configurada a inércia da Administração Pública, pelo transcurso do prazo de trezentos e sessenta dias, sem que tenha sido proferida decisão administrativa, o artigo 24 possibilitaria que fosse descaracterizada a mora do contribuinte, eventualmente objeto de cobrança administrativo-fiscal no respectivo processo (juros e multa em auto de lançamento)<sup>218</sup>.

Em que pese a relevância dos argumentos que sustentam o conteúdo normativo de natureza decadencial, contido pelo prazo do artigo 24, partem de uma premissa diferente, na medida em que buscam traçar os efeitos decorrentes da mora da Administração Pública na atividade de exigência de próprio crédito tributário, ao passo que o objeto ora investigado tem como pressuposto a mora da Administração Pública na atividade atinente à fiscalização e ao julgamento de pedidos de restituição, de ressarcimento e de compensação do direito creditório dos contribuintes, e de titularidade destes. Por tais motivos, não serão examinados os fundamentos das correntes teóricas que atribuem, ao dispositivo 24, conteúdo normativo de natureza decadencial, peremptória ou extintiva da pretensão punitiva contra o contribuinte inadimplente.

No presente espaço investigatório, o artigo 24, da Lei 11.457/07, ao especificar prazo presumidamente possível para a atuação decisória da Administração e, com isso, ao atender simultaneamente interesses públicos e particulares, representa o corolário do princípio constitucional da duração razoável do processo administrativo. Sob tal perspectiva, o aludido princípio ascende à importante posição de parâmetro de controle, de interpretação e aplicação da regra ora investigada e, como tal será tratado a seguir.

### **3.3.1 Atividade decisória no processo administrativo-tributário federal de iniciativa do contribuinte: abrangência do objeto**

---

<sup>218</sup> BREYNER, Frederico Menezes. O prazo de 360 dias para prolação de decisões no processo administrativo tributário federal: propostas interpretativas do art. 24 da Lei 11.457/2007. Revista Dialética de Direito Tributário nº 217. São Paulo : Dialética, out. 2013, p. 7-16.

Como sói reconhecer, o processo administrativo-tributário federal não tem origem exclusiva na constituição e cobrança do crédito tributário objeto de lançamentos de ofício, com iniciativa na atuação impositiva do Fisco. Coexistem com ele, os pedidos de restituição de tributos em casos de pagamento indevido, pagamento a maior que o devido, erro na apuração tributária, reforma, anulação ou rescisão de decisão condenatória, conforme previsão do artigo 165, do Código Tributário Nacional e, ainda, as situações dos lançamentos por homologação, de iniciativa exclusiva dos contribuintes, cujas peculiaridades variam em função das distintas atividades privadas desempenhadas e, das sistemáticas de apuração tributária previstas de acordo com critérios estabelecidos pela lei, notadamente, a não-cumulatividade.

Tanto nos casos de pedidos de restituição, de ressarcimento e de compensação, como nos casos de lançamento por homologação, residem importantes aspectos que podem levar à possibilidade de constituição de direito creditório do contribuinte, além, é claro, da eventual obrigação de constituir o crédito tributário em favor do Fisco. A característica comum entre as situações é que a lei permite que os particulares constituam direito creditório em seu próprio favor, o qual poderá vir a ser exigido frente ao Fisco.

Por isso, antes de prosseguir, deve-se apontar para algumas premissas a respeito do sistema de apuração tributário não-cumulativo<sup>219</sup>, isenção e não-incidência tributárias, pois, além de sua ampla utilização pelo Sistema Tributário Nacional, consistem em práticas tributárias que dão origem, em alta escala, aos pedidos do direito creditório formulados pelo contribuinte.

Pois bem. A não-cumulatividade é técnica que está constitucionalmente prevista para o imposto sobre produtos industrializados - IPI<sup>220</sup>; o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS<sup>221</sup>, e; as

---

<sup>219</sup> A não cumulatividade possui origens que remontam à primeira metade do século XX, na França, com a instituição da *Taxe sur la Valeur Ajoutée* (TVA) que correspondia a um tributo único de incidência fracionada sobre o valor acrescido, originando o conhecido imposto sobre o valor agregado. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2012, p. 66-71.

<sup>220</sup> CF/88, art. 153, IV e parágrafo 3º, inciso II - *será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores.*

<sup>221</sup> CF/88, art. 155, II, “§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) I - *será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; II - a isenção ou não-*



contribuições sociais – PIS e COFINS<sup>222</sup> e é concebida como uma técnica pertinente à tributação plurifásica que leva em consideração, para a apuração do tributo devido numa determinada etapa, o valor do tributo que já foi pago na etapa anterior, evitando-se, com isso, o acúmulo tributário sobre uma transação específica, em função da tributação das transações anteriores:

A tributação plurifásica não cumulativa pode apresentar diversas variações, conforme sua extensão, tratamento dado aos investimentos, momento e forma de apuração.

(...)

No que tange à extensão, pode a incidência plurifásica apresentar variações no âmbito horizontal e vertical: horizontalmente, o tributo pode atingir apenas parte do ciclo econômico (por exemplo, apenas o ciclo de produção, ou apenas o ciclo de distribuição); verticalmente, o tributo pode apresentar variações conforme atinja apenas bens móveis corpóreos ou atinja outras transações, como as que envolvem bens imóveis, bens imateriais ou prestação de serviços<sup>223</sup>.

Nesses termos, a não-cumulatividade, como categoria autônoma, é prática que visa evitar a tributação em cascata (cumulativa) que, por incidir reiteradamente sobre uma mesma operação, grava de forma excessiva o seu objeto. Tal característica justifica a correlação que é feita por parte da doutrina, entre não-cumulatividade e tributação indireta, cuja existência, para alguns autores, figura indissociável<sup>224</sup>.

Ainda que possua expressa previsão pelo texto da Constituição Federal, a não-cumulatividade não está uniformemente prevista aos tributos que exigem o uso dessa técnica. A não-cumulatividade do IPI, do ICMS e das contribuições sociais representa categoria que merece ser examinada individual e especificamente para cada um dos tributos e, à luz das normas preceituadas pela Carta Magna.

No que tange à não-cumulatividade do IPI traçada pelo texto da Lei Maior, possui como importante característica a ausência de vedação ao direito de crédito

---

*incidência, salvo determinação em contrário da legislação: a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes; b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores”.*

<sup>222</sup> CF/88, art. 195, I, b e IV - § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas.

<sup>223</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 375-378.

<sup>224</sup> André Mendes Moreira, a esse respeito, afirma que “sendo não-cumulativa, a exação será, obrigatoriamente, indireta”. MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2012, p. 4.

em relação à eventual isenção que esteja prevista no meio da cadeia produtiva, indicando que a lei ordinária deve estabelecer ao contribuinte o direito de compensar o saldo credor acumulado por força da industrialização de produtos que, no curso produtivo, foram adquiridos com isenção<sup>225</sup>.

No caso da não-cumulatividade do ICMS, por sua vez, verifica-se restrição constitucional ao amplo creditamento, em comparação com o IPI, na medida em que a isenção ou não-incidência do ICMS não implicarão crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes e, ainda; acarretarão a anulação do crédito relativo às operações anteriores, salvo determinação em contrário. Nesses termos, a isenção ou não incidência que eventualmente ocorra durante a cadeia de consumo leva à perda do imposto pago na etapa anterior, o qual não mais poderá ser usado em etapas seguintes, para abater o débito apurado<sup>226</sup>.

A não-cumulatividade do PIS e COFINS, prevista constitucionalmente para alguns setores econômicos, tem como característica a apuração de base sobre base, e é objeto de inúmeras divergências e críticas, na prática<sup>227</sup>. Ives Gandra da Silva Martins reconhece a dificuldade na identificação de um regime de operacionalização da não-cumulatividade constitucionalmente prevista para as contribuições sociais, como se extrai do excerto, *in verbis*:

Em síntese, o fato de referidos tributos incidirem sobre realidades tão distintas, uma nitidamente unifásica (receita), outra passível de denotar incidência, de certa maneira, plurifásica (faturamento), torna difícil encontrar um regime simplificado para operacionalizar a não-

---

<sup>225</sup> “Daí porque é salutar a medida do artigo 11 da Lei 9.779/1999, quando permite a compensação de saldo credor de IPI decorrente de matéria-prima, produto intermediário e material de embalagem aplicados na industrialização de produtos isentos. Esta medida evita o efeito cumulativo, já que se restitui, na forma de crédito, o imposto pago nas etapas anteriores à isenção; havendo nova incidência tributada, no futuro, recomeça a cobrança do imposto mas já sem a preocupação do valor que fora recolhido anteriormente, já que este se restituiu”. SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 383.

<sup>226</sup> SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 382.

<sup>227</sup> “Não é este o espaço adequado para criticar a referida legislação. Registra-se, entretanto, que o legislador foi além do que previra a Constituição (escolha de setores), possibilitando que uma mesma empresa tivesse parte de suas receitas no regime cumulativo e outras no não cumulativo. O resultado, que merece reprimenda severa, é que, hoje, não é possível qualquer sistematização com relação àquele tributo. Há casos de incidência monofásica, outros de incidência plurifásica cumulativa e, finalmente, a incidência plurifásica não cumulativa, além, claro, das isenções. Adotou-se uma não cumulatividade base sobre base, mas o legislador ainda se refere a créditos e débitos, embora desconsidere o montante efetivamente pago nas etapas anteriores. Enfim, o referido dispositivo constitucional foi tomado pelo legislador ordinário, quando da introdução da não cumulatividade do PIS (Lei 10.637/2002) e da COFINS (Lei 10.833/2003), como ‘cheque em branco’, gerando um caos incompatível com o Estado de Direito”. SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

cumulatividade autorizada pelo texto constitucional, não se mostrando prestante a sistemática utilizada em impostos como o ICMS e o IPI para as contribuições.<sup>228</sup>

De qualquer sorte, em linhas gerais, a não-cumulatividade do PIS e COFINS possui como aspecto particular a forma de apuração do tipo base sobre base, e não imposto sobre imposto (como o IPI e o ICMS), tendo a legislação previsto a *base de créditos* como hipótese de desconto da *base de débitos*. Além disso, a extensa legislação prevê hipóteses de isenção, apuração de crédito presumido e assim por diante.

Porém, não é aqui o lugar para que sejam esgotadas todas as questões que envolvem a não-cumulatividade. Como foi dito, o objetivo das considerações acima foi traçar premissas sobre o modelo de apuração não-cumulativa, tendo em vista que dele decorrem boa parte dos pedidos de restituição, ressarcimento e compensação que são manejados pelo sujeito passivo. Feito isso, volta-se o estudo para o exame de algumas situações que, na prática, dão ensejo à iniciativa particular e, por decorrência, à mora da Administração.

Nesse desiderato, ainda que não se pretenda esgotar a análise de todas as hipóteses de processos administrativo-tributários tendentes à realização do direito creditório de titularidade dos particulares, para que se possa melhor distingui-las das hipóteses que prevêem o processo administrativo de iniciativa do Fisco, com vistas à constituição e à cobrança do crédito tributário, cabe ilustrar alguns exemplos. É o caso de pedidos de ressarcimento do direito creditório do contribuinte que decorrem da apuração das contribuições sociais ao PIS e COFINS, na sistemática não-cumulativa regulada pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03. Tratam-se de leis que alteraram a sistemática de apuração cumulativa anterior, que previa a tributação das contribuições sociais devidas pelas pessoas jurídicas, com base no faturamento – Lei 9.718/98. Pela sistemática não-cumulativa atual, editada a partir do permissivo constitucional acima tratado, as contribuições sociais ao PIS e COFINS devem ser apuradas sobre o total das receitas mensais, mediante a delimitação de uma base de débitos, permitindo-se, contudo, o desconto de créditos apurados sobre valores geralmente destinados para o desenvolvimento da atividade dos contribuintes, conforme a previsão legal. De acordo com a premissa anterior, a hodierna

---

<sup>228</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Não-cumulatividade das Contribuições: PIS/PASEP e COFINS, *in* Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS / coordenação, Leandro Paulsen – São Paulo : IOB Thompson; Porto Alegre, Instituto de Estudos Tributários, 2004, p. 23.

sistemática não-cumulativa prevê a apuração de uma base de débitos e de uma base de créditos, cujo saldo *devedor* resultará no débito a ser pago ou compensado pelo contribuinte, em favor do Erário ou, no que interessa ao estudo do presente caso, cujo saldo *credor* resultará no direito creditório do contribuinte, que pode ser objeto de pedido de ressarcimento ou compensação à Administração Fazendária Federal.

Outro exemplo é o caso dos pedidos de restituição dos saldos negativos do IRPJ e da CSLL, na hipótese de pagamento por estimativa, e nos termos previstos pela Lei 9.430/96. Trata-se da opção de sistemática de apuração e pagamento do IRPJ e da CSLL em cada mês, facultada à pessoa jurídica sujeita a tributação com base no lucro real, sobre base de cálculo estimada e mediante a aplicação de percentuais sobre a receita bruta definidos em lei. Caso o saldo do imposto apurado em 31 de dezembro seja positivo, o pagamento deverá ocorrer em quota única, até o último dia útil do mês de março do ano subsequente. Contudo, no que importa ao presente estudo, se o saldo do imposto apurado em 31 de dezembro for *negativo*, poderá ser objeto de restituição ou de compensação.

Por fim, e menos complexo, é a situação de pagamento de tributo a maior que o devido, cuja verificação permite que o contribuinte encaminhe o respectivo pedido de restituição, forte nas disposições do Código Tributário Nacional.

Em todas as hipóteses, trata-se de inversão da tradicional posição entres os sujeitos da relação tributária (onde o credor é o Erário), para uma situação em que o credor é o próprio contribuinte, o qual assume posição ativa em busca da realização do seu direito<sup>229</sup>.

Os pedidos de restituição, ressarcimento e compensação são, por isso, elaborados e manejados diretamente pelos contribuintes, e decorrem de criteriosa apuração que é submetida ao Fisco que, por sua vez, procede à verificação de adequação formal e material e, ao final, emite uma decisão.

Sobre tais pedidos administrativos de restituição, de ressarcimento e de compensação do direito creditório constituído em favor dos contribuintes, é que será realizado o exame de adequação entre os princípios e as regras de que tratam a

---

<sup>229</sup> “Os preceitos do CTN concernentes à repetição do indébito revelam natureza financeira, porque têm como finalidade básica o retorno de valores ao patrimônio dos contribuintes. Esta relação jurídica estabelece-se de forma inversa à relação tributária, eis que no polo passivo situa-se o poder público”. MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial (atualizado pelo Código de Processo Civil de 2015) – 4ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 295.

presente investigação e, também, serão traçados os parâmetros para o controle da omissão e da mora da Administração Pública - portanto, eles representam o objeto central do presente estudo.

Nesses termos, o prazo máximo do artigo 24 ganha particular importância, como regra explícita que vincula, *a fortiori*, a Administração Fazendária Federal, em sua atividade decisória.

### **3.3.2 Vinculação e discricionariedade da Administração Pública à regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007**

No Brasil, a visão tradicional do princípio da legalidade administrativa corresponde à vinculação positiva da administração à lei; à aplicação (mecanicista) da lei de ofício; à prática (somente) de atos autorizados por lei<sup>230</sup>. Porém, a evolução dos conceitos de direito administrativo, para acompanhar as modificações do então Estado liberal, para Estado social, implicou deixar para trás a ideia tradicional de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis e, portanto, estaria engessada aos pormenores da legislação<sup>231</sup>. A atuação administrativa passou a pressupor a existência de uma base legal que lhe confira competência para agir nos limites estabelecidos, sem que isso represente vinculação absoluta: “*Em princípio*, a Administração não é autônoma, não pode agir sem base em lei alguma, não pode editar atos e normas totalmente autônomos”.<sup>232</sup>

Uma vez que os agentes públicos devem atuar somente com base em lei, mas que não é possível ao legislador prever todas as hipóteses e consequências cabíveis nas diferentes competências administrativas, reconhece-se, de plano, a existência de diversos graus de liberdade para a atuação administrativa, cuja possibilidade de escolha, pelo seu titular, consubstancia o conceito de ato discricionário. É dizer, a atividade administrativa, quando discricionária, admite uma certa margem de liberdade ao administrador, para eleger uma, entre pelo menos duas condutas cabíveis, consoante ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

---

<sup>230</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 34.

<sup>231</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 170.

<sup>232</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 256, grifou-se.

Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou
- b) no que concerne a não agir ou agir ou
- c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.<sup>233</sup>

Para Bandeira de Mello, a discricionariedade pode decorrer da *hipótese da norma*, dada a imprecisão ou omissão com que a lei descreve a situação fática; do *comando da norma*, que pode conter abertura de alternativas a respeito da expedição ou não expedição de ato, da oportunidade adequada para tanto, da liberdade quanto à forma do ato e, da competência para resolver sobre qual a medida satisfatória às circunstâncias; e, acrescenta o administrativista, da *finalidade da norma*, que aponta para valores, os quais se reportam a conceitos vagos, imprecisos, fluidos ou indeterminados<sup>234</sup>.

A razão para a lei permitir condutas discricionárias por parte do administrador decorre da inconveniência que eventualmente pode surgir na adoção da única conduta prevista para o ato administrativo, sob determinadas circunstâncias, pela lei, em relação aos interesses públicos e particulares. O modelo discricionário resguarda Administração e administrados de inadequações ou eventuais prejuízos decorrentes da atuação mecanicista da lei. Por isso, e visando à consecução de atos administrativos excelentes ou ótimos, é que se abrem algumas alternativas de atuação não vinculada a uma única prática legal, de modo que o administrador possa atuar no campo de sua liberdade, o qual pode ser compreendido como:

(...) o campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato, é muito maior do que o campo de liberdade existente perante a situação concreta, já que a norma se faz ampla

---

<sup>233</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2010, p. 17.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 18-19.

ou com certa liberdade, *precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade.*<sup>235</sup>

Da lição, extrai-se importante critério restritivo implícito aplicável à atuação administrativa, cujos contornos devem ser identificados pelo agente competente, durante a análise e delimitação do próprio caso concreto.

Com efeito, a abertura (liberdade) para a atuação do administrador que é delegada pelo texto abstrato da lei, não coincide com a abertura (liberdade) de atuação que deve ser adotada quando estiver configurado o caso concreto, porque as circunstâncias particulares do mundo dos fatos é que estabelecerão limites mais restritos à liberdade da Administração Pública. Por tais motivos é que a tarefa do administrador, na averiguação dos contornos do caso concreto, assume importância crucial no que tange à prática de atos discricionários e, em busca daquele que melhor traduza as finalidades públicas.

Consectário de que o caso concreto estabelecerá os limites da atuação discricionária, é a possibilidade de que o próprio administrador, ao eleger a conduta que melhor expresse os interesses públicos, possa provar que a postura por si eleita e adotada era a melhor, entre as demais, para o tratamento de determinada situação, consoante é a obra de Robert Alexy:

*Esto no ocorre, sin embargo, quando los diversos medios favorecen el fin en diferente medida o cuando no es seguro en qué medida lo hacen: o cuando los diversos medios se comportan negativamente en una medida distinta em relación con otros fines o principios, o cuando no es seguro en qué medida lo hacen. La decisión depende entonces de la práctica de distintas ponderaciones, y de la posibilidad de identificar en qué medida los diversos medios favorecen o perjudican realmente a los principios que entran en juego.*<sup>236</sup>

Sob tal prisma, merece ser examinada a regra do artigo 24, que prevê expressamente: “*É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte*”.

---

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 39-40.

<sup>236</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 522-523.

Em seu sentido literal<sup>237</sup>, o dispositivo estabelece um prazo máximo de trezentos e sessenta dias para que a autoridade administrativa profira decisões a petições, defesas ou recursos do contribuinte, a contar do respectivo protocolo. Em função da obrigação legal, quanto ao prazo máximo, não há espaço para a discricionariedade da Administração Pública e, portanto, há vinculação ao agente administrativo, no que toca à observância do termo previsto pela lei. Não há margem para a eleição, pelo agente público, de uma entre pelo menos duas condutas possíveis (observância ou inobservância do termo máximo regulado pelo legislador), na medida em que é expressamente obrigatória a prolação de decisões, à espécie, no prazo fixado pelo artigo 24. Portanto, referido dispositivo dispõe sobre a prática de um ato vinculado, no que tange ao critério temporal máximo por ele indicado.

De outro lado, não há dúvidas de que o prazo máximo que está explícito na regra não se confunde com o prazo de duração do processo administrativo-tributário, tampouco pode ser concebido como o prazo médio para a prolação de decisões. A lei é cristalina em dispor, repita-se, sobre um prazo máximo obrigatório, cujo termo, sem que tenham sido examinados os pedidos, defesas ou recursos do contribuinte, implica na omissão e mora da Administração, além do descumprimento do comando legal.

Contudo, é importante destacar que a regra em questão abarca conteúdo normativo não literal, mas, não por isso, menos explícito. Ao dispor sobre a obrigatoriedade de que seja proferida decisão administrativa, no prazo máximo em questão, compreende-se, a *contrario sensu*, que há margem de liberdade para o administrador decidir sobre pedidos do contribuinte, no interstício inferior a trezentos e sessenta dias, o que se coaduna, aliás, com as finalidades públicas que fundamentaram a edição da regra e com o princípio constitucional orientador, que rege a duração razoável do processo.

É dizer, em tendo sido previsto um prazo máximo para a prolação da decisão administrativa, estão os agentes administrativos a ele vinculado. Contudo, entre o primeiro e o trecentésimo sexagésimo dia, há discricionariedade dos agentes que atuam na atividade decisória da Administração Pública federal para agir ou não agir,

---

<sup>237</sup> Para Karl Larenz: “*Toda interpretación de um texto empezará com el sentido literal. Entendemos por éste, primeramente, el significado de una expresión – o de una frase – em el lenguaje general. Sabemos, sin embargo, que éste no nos proporciona casi nunca um sentido unívoco*”. LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona : Ediciones Ariel, 1966, p. 254.



elegendo qual o momento para tanto, já que, antes de expirado o trecentésimo sexagésimo dia, não está previsto critério expresso para a prolação de decisão em petições, defesas e recursos dos contribuintes. Como a lei dispôs sobre um prazo máximo, fica a critério do administrador aproximar-se ou distanciar-se do aludido marco, na atividade de decisão administrativa e, o campo de liberdade denota, assim, a discricionariedade que foi imputada pela lei, ao ato decisório.

Contudo, o campo de liberdade do administrador deve observar o(s) critério(s) restritivo(s) que decorre(m) das especificidades do caso concreto. Por isso, caberá aos agentes e órgãos administrativos com competência para decidir petições, defesas e recursos do contribuinte, eleger o momento adequado para a respectiva atuação, de acordo com os limites que são impostos pelas peculiaridades de cada pedido, defesa ou recurso. É dizer, a inexistência de outros critérios específicos pertinentes à duração do processo administrativo autoriza que a Administração Pública, no uso da discricionariedade, adote as práticas que reputar condizentes ao estabelecimento da cronologia à apreciação e à resolução de demandas de sua competência, observando o caso concreto. De qualquer sorte, a cronologia eleita deve promover interesses públicos e particulares e, de modo específico, devem ser envidados esforços no sentido de seja, no mínimo, atendido ao termo vinculante da lei, por mais paradoxal que possa parecer.

### **3.3.3 Descumprimento do prazo previsto pela regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007**

A vinculação expressa dos agentes e dos órgãos decisórios da Administração Pública federal, ao prazo máximo de trezentos e sessenta dias para a prolação de decisões, não impede, contudo, que, na prática, petições, defesas e recursos do contribuinte fiquem paralisados por período mais longo, sem que sobre eles seja emitido juízo de valor. Não raros são os casos de pedidos de restituição, ressarcimento e compensação que se acumulam nos sistemas das autoridades fiscais, no aguardo de uma definição. Entre os fatores inerentes ao processo administrativo-tributário que contribuem para as dilações injustificadas, notadamente a demora da atividade decisória, denotam-se algumas ocorrências imputáveis tanto à Administração, quanto aos administrados.

No que toca às dilações na análise e julgamento do processo administrativo-tributário imputáveis ao contribuinte, no mais das vezes, decorrem da insubsistência

da instrução processual que subsidia o direito creditório por si constituído. Com efeito, característica comum às hipóteses legais que revolvem os pedidos de restituição, ressarcimento e compensação, é a iniciativa exclusiva do particular, a quem a lei atribui o dever de apurar e declarar débitos e créditos, com base em dispositivos que são objeto da legislação esparsa e, em grande parte, sujeitos à regulamentação infra legal e a constantes modificações. Não é preciso esforço para constatar que as falhas e as faltas, na instrução de pedidos administrativos, no que pertine à juntada de informações e documentos, podem levar à realização de diligências que poderiam ser evitadas, mas que, uma vez tidas como necessárias, acabam por postergar o trâmite regular dos processos administrativos e, conseqüentemente, sua decisão.

De outro lado, examinando-se as causas de dilações imputáveis à própria Administração, no curso de processos administrativos, verificam-se que são ocasionadas por fatores distintos. Algumas das situações que ilustram a mora processual no âmbito administrativo decorrem (a) dos critérios que são utilizados para o estabelecimento de cronologia e de preferências ao julgamento de determinados processos administrativos, em detrimento de outros; (b) das modificações de competências entre os agentes e órgãos julgadores, em função de diretrizes internas à Administração Pública, com vistas à economia processual (não à celeridade), como é exemplo a instauração de mutirões de julgamento que levam à remessa de processos para sedes da jurisdição administrativo-tributária distintas da originalmente previstas para tanto; ou, (c) do elevado volume de petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, que representam importante parcela da atividade que é desenvolvida por auditores e técnicos públicos, exigindo disponibilidade no quadro de pessoal, especialização, distribuição adequada de processos entre os julgadores conforme a matéria que lhes é submetida, e assim por diante<sup>238</sup>.

No que diz respeito aos critérios cronológicos e às preferências previstas para os julgamentos de processos administrativo-tributários, ressalta-se uma tendência

---

<sup>238</sup> Importante destacar que a jurisprudência já se pronunciou no sentido de que, por mais que a Administração esteja assoberbada, “*não é razoável permitir que o prazo legal fixado para exame da postulação do contribuinte de ressarcimento de tributo não seja observado*” (TRF4, APELREEX 2007.71.00.039748-8, PRIMEIRA TURMA, Relator MARCELO DE NARDI, D.E. 25/11/2008). Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2599301&hash=482dedc1a8b752a4d831b56e2e759201](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2599301&hash=482dedc1a8b752a4d831b56e2e759201)> Acesso em: 09 fev. 2017.

explícita - e prevista pela legislação específica -, em conferir prioridade para o julgamento de demandas que envolvam os interesses da Administração Pública. É que, tendo em consideração as situações que causam a demora do processo administrativo-tributário, no âmbito federal, imputáveis à própria autoridade e aos órgãos competentes para decidir e julgar os processos administrativo-tributários, verifica-se que ainda pairam, nos dias de hoje, resquícios da desigualdade entre as partes que figuram na relação jurídica de natureza tributária, e cuja força pende para o Estado, em face dos cidadãos. Conforme bem elucida James Marins, a relação tributária tem como pano de fundo a “prevalência da assimétrica força factual do Estado em face do cidadão-contribuinte”<sup>239</sup>. O rol legal de critérios cronológicos e de preferências para julgamentos administrativos previsto pela lei denota a referida tendência.

De acordo com a legislação federal que rege os processos administrativos no âmbito federal, aplicável aos pedidos, demandas e recursos do contribuinte, há indicação, em primeiro plano, para a prioridade que deve ser dada ao julgamento de processos em que se verifiquem circunstâncias de crime contra a ordem tributária e, de processos que envolvam elevado valor<sup>240</sup>. A prioridade para o encerramento de

---

<sup>239</sup> “Considerando-se então que a tributação é fenômeno político e socioeconômico anterior à consagração de ideários republicanos é possível afirmar que o Direito Tributário não nasce do poder nem tampouco para o poder, mas sim em face do poder, constituindo-se intolerável inversão de paradigma a manipulação do Direito Tributário – e do procedimento e do processo que lhe servem – para que opere tão-somente como arsenal de força exatária, como irrefreável longa manus do poder estatal.

Percebe-se facilmente que o problema a ser enfrentado na tributação, ainda que sob o desenho formal de ‘relação jurídica’, tem como pano de fundo a prevalência da assimétrica força factual do Estado em face do cidadão-contribuinte. Esta assimetria de forças é decorrente dos diversos fatores históricos e contemporâneos causadores da vulnerabilidade da posição do contribuinte e que o direito não foi inteiramente capaz de eliminar. Embora já não exista entre nós a vulnerabilidade física do contribuinte decorrente do pavor atávico da irracionalidade da agressão estatal, esta remanesce na memória remota ou recente dos povos, diante da prática histórica do terror fiscal, prática associada ao imperialismo, ao absolutismo, ao estado de guerra ou de polícia”. MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 21-22.

<sup>240</sup> O art. 27, do Decreto nº 70.235/72 estabelece que os processos serão julgados na ordem e nos prazos estabelecidos em ato do Secretário da Receita Federal e, ainda, prevê prioridade no julgamento de processos em que estiverem presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária ou de elevado valor, este definido em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

De maneira mais abrangente, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais estabelece a prioridade da tramitação de processos que: I - contenham circunstâncias indicativas de crime, objeto de representação fiscal para fins penais; II - tratem de exigência de crédito tributário de valor igual ou superior ao determinado pelo Ministro de Estado da Fazenda, inclusive na hipótese de recurso de ofício; III - atendam a outros requisitos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda; IV - a preferência tenha sido requerida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional; V - a preferência tenha sido requerida pelo Secretário da Receita Federal do Brasil; e VI - figure como parte ou interessado, nos termos do art. 69-A da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental e pessoa portadora de moléstia grave, mediante requerimento do interessado e prova da condição. Está

processos administrativos que manifestem implicações na esfera penal, como resultado do ilícito tributário, é uma garantia assegurada ao cidadão de que não poderá ser considerado autor de crime material, antes do lançamento definitivo do tributo – o que somente ocorre após a decisão definitiva à impugnação ou recurso administrativo, quando for o caso<sup>241</sup>. Sob tal prisma, a prioridade no seu julgamento visa a reduzir o período de incerteza que o processo administrativo-tributário causa ao contribuinte acusado. Porém, de outro lado, identifica-se que o próprio regramento do processo fiscal indica a prioridade de tratamento na cobrança administrativa, no encaminhamento para inscrição em dívida ativa e na efetivação da inscrição e no ajuizamento das respectivas execuções fiscais, conforme estabelecido em ato do Ministro da Fazenda de Estado<sup>242</sup>, nas hipóteses em que estiverem presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária ou, de elevado valor<sup>243</sup>, apontando nitidamente para a descrição de situações indicativas do interesse fazendário na tramitação privilegiada. No âmbito infralegal, encontram-se regulamentações administrativas que orientam à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional adotar providências para a identificação dos créditos cujos prazos de pagamento hajam vencido ou que tenham sido inscritos em Dívida Ativa da União, e cuja cobrança deva receber tratamento prioritário, mediante a possibilidade de instituição de unidades com o objetivo de acompanhar a cobrança de créditos indicados, examinar os respectivos processos, solicitar ou determinar providências saneadoras nos mesmos, recomendar ou executar os procedimentos necessários à efetiva liquidação de tais créditos, mediante a elaboração de relatórios periódicos quanto às providências adotadas e aos resultados obtidos<sup>244</sup>.

---

prevista, ainda, a possibilidade de definição complementar, pelo Presidente do CARF, de outras situações em que os processos terão tramitação prioritária.

Por sua vez, o parágrafo 14, do art. 74, da Lei 9.430/96, delega à Secretaria da Receita Federal a disciplina sobre a compensação do direito creditório do contribuinte, e por iniciativa deste, inclusive quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação

<sup>241</sup> Súmula vinculante 24/STF: Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.

<sup>242</sup> Art. 68, da Lei 9.532/97.

<sup>243</sup> Atualmente, o art. 4º, da Portaria MF nº 29, de 17 de fevereiro de 1998, que institui o Projeto Grandes Devedores-PROGRAM, estabelece que a prioridade de tratamento sujeita processos que envolvam valor superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=21570>> Acesso em: 11 fev. 2017.

<sup>244</sup> Art. 2º e 3º, da Portaria MF nº 29, de 17 de fevereiro de 1998, que institui o Projeto Grandes Devedores-PROGRAM.

Além disso, a lei delega ao Secretário da Receita Federal do Brasil o direito de estabelecer ordem e prazos para os julgamentos mediante eleição discricionária de critérios de prioridade<sup>245</sup>. Ao Ministro de Estado da Fazenda, também está previsto o direito de estabelecer outros critérios para a ordem dos julgamentos administrativos, além dos expressamente previsto, bem como a possibilidade de fixação de valores que representem prioridade no julgamento de processos administrativo-tributários. Por sua vez, ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional e ao Secretário da Receita Federal do Brasil, é conferido formular pedidos de preferência de julgamentos, não justificadamente. O cenário legal aponta, assim, para interesses predominantemente fazendários, no que tange à preferência e à prioridade da tramitação do processo administrativo-fiscal.

No que pertine ao interesse do contribuinte, as hipóteses legais que lhe conferem direito de preferência restringem-se aos casos de pessoas que possuam idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, sejam portadoras de deficiência física ou mental, ou acometidas por moléstias graves e que, além disso, tenham formulado requerimento expresso, mediante a prova da condição autorizadora<sup>246</sup>.

Das circunstâncias descritas acima, deduz-se que a demora no julgamento de processo no âmbito da Administração Tributária federal pode ser imputada tanto a práticas e omissões dos particulares, como dos agentes administrativos, no que tange à instrução e ao impulso processual. Além disso, as situações traduzem uma tendência à conclusão prioritária de processos que consubstanciem interesses fazendários, em detrimento dos interesses particulares. Tratam-se de circunstâncias que, por assim ser, podem levar ao descumprimento da regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, notadamente no que diz respeito aos processos cujo objeto constitua direito creditório do contribuinte, em pedidos de restituição, ressarcimento e compensação.

### **3.3.4 Ausência de sanção legal para o descumprimento da regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007 e a configuração de ato ilícito**

<sup>245</sup> O parágrafo 14, do artigo 74, da Lei 9.430/96 prevê que a Secretaria da Receita Federal pode disciplinar quanto à fixação de critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação.

<sup>246</sup> Como já referido, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais estabelece a prioridade da tramitação de processos em que: (...) VI - figure como parte ou interessado, nos termos do art. 69-A da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental e pessoa portadora de moléstia grave, mediante requerimento do interessado e prova da condição.

Com o intuito de prosseguir na identificação dos principais fatores que conduzem ao desatendimento do prazo previsto pelo artigo 24 – senão o principal -, merece análise a circunstância de inexistir previsão legal de sanção específica, para as situações de demora na decisão administrativa. O silêncio do artigo 24, quanto ao estabelecimento e à imposição de uma sanção aos agentes e aos órgãos competentes pela atividade decisória que descumprirem a regra da Lei 11.457/07, possui efeitos que merecem ser considerados.

Inicialmente, deve ser feita breve referência às teorias que permitem distinguir os atos ilícitos dos atos lícitos, a partir das quais dessume-se que os atos ilícitos representam uma violação expressa ao ordenamento jurídico, mediante a prática de conduta prevista pela norma jurídica como proibida ou, por meio da omissão frente a um ato previsto pela norma jurídica como obrigatório: “*Como ensina Norberto Bobbio, o ilícito representa uma ação quando a norma primária prescrevia uma omissão e representa uma omissão quando a norma primária prescrevia uma ação*”<sup>247</sup>.

Para os teóricos do direito sancionatório, somente o ato ilícito pode levar a uma sanção, a qual corresponde (ou deve corresponder) a um mal; a uma pena; ou, a um sofrimento, e que é imputada a quem o praticou. Portanto, a sanção não se confunde com o dever de indenizar, que é aquele dever imposto com vistas à reparação do dano, por quem praticou o ilícito, em favor da vítima. Nesses termos, reconhece-se a sanção como aquela pena que é prevista pela prática de um ato ilícito - omissivo ou comissivo -, tendente à punição e ao desestímulo da prática de um novo ato ilícito.

No caso da norma que decorre do artigo 24, da Lei 11.457/07, já foi dito que expressa, em seu sentido literal e *a priori*, um dever atribuído diretamente aos agentes e aos órgãos competentes para a análise e decisão de pedidos, defesas e recursos no processo administrativo-tributário, qual seja: a obrigatoriedade de que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de trezentos e sessenta dias, contados do respectivo protocolo. Da leitura, verifica-se nítido conteúdo impositivo e obrigatório ao qual os agentes da Administração devem conformação: a prolação de decisão no prazo máximo de trezentos e sessenta dias.

---

<sup>247</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. 4ª ed. Bauru: Edipro, 2008, p. 152, *apud* MASINA, 2016, p. 36.

De outro lado, e nos termos deduzidos em tópico antecedente, a norma em questão prevê uma segunda orientação, cujo sentido decorre da interpretação a *contrario sensu* da premissa que vincula a Administração, a um prazo máximo, qual seja: a discricionariedade decorrente da lei, no que tange à possibilidade de ser proferida decisão, durante o curso do interstício compreendido entre o primeiro e o trecentésimo sexagésimo dias contados do respectivo protocolo, pela Administração Pública federal.

Em sendo possível extrair os sentidos acima indicados, reconhece-se que a lei previu, *a priori*, uma conduta obrigatória e vinculante aos agentes administrativos e, portanto, sua inobservância configura contrariedade a direito. Dito com ênfase, a inobservância do prazo de trezentos e sessenta dias para a prolação de decisão em petições, defesas e recursos do contribuinte, contados de seu protocolo, configura ato ilícito. Porém, a lei foi silente no que toca à previsão de uma sanção pelo descumprimento de tal norma primária<sup>248</sup>.

O silêncio na estipulação de uma sanção, em caso de descumprimento da norma primária contida pelo dispositivo em análise, exigiria que a imperatividade que

---

<sup>248</sup> Vale o registro de que o Projeto de Lei da Câmara nº 20/06, convertido na Lei nº 11.457/07, inicialmente previa uma presunção, no sentido de que o resultado dos pedidos seria favorável aos contribuintes, em caso de inobservância do prazo de interrupção de 120 dias, do parágrafo 2º, do art. 24, posteriormente vetado, nos termos que seguem. “Art. 24 (...) § 1º O prazo do caput deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja, pormenorizadamente, analisada a situação específica do contribuinte e, motivadamente, § 2º Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

#### **Razões do veto**

“Como se sabe, vigora no Brasil o princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não obstante, a esfera administrativa tem se constituído em via de solução de conflitos de interesse, desafogando o Poder Judiciário, e nela também são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a análise do processo requer tempo razoável de duração em virtude do alto grau de complexidade das matérias analisadas, especialmente as de natureza tributária.

Ademais, observa-se que o dispositivo não dispõe somente sobre os processos que se encontram no âmbito do contencioso administrativo, e sim sobre todos os procedimentos administrativos, o que, sem dúvida, comprometerá sua solução por parte da administração, obrigada a justificativas, fundamentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação. Por seu lado, deve-se lembrar que, no julgamento de processo administrativo, a diligência pode ser solicitada tanto pelo contribuinte como pelo julgador para firmar sua convicção. Assim, a determinação de que os resultados de diligência serão presumidos favoráveis ao contribuinte em não sendo essa realizada no prazo de cento e vinte dias é passível de induzir comportamento não desejável por parte do contribuinte, o que poderá fazer com que o órgão julgador deixe de deferir ou até de solicitar diligência, em razão das conseqüências de sua não realização. Ao final, o prejudicado poderá ser o próprio contribuinte, pois o julgamento poderá ser levado a efeito sem os esclarecimentos necessários à adequada apreciação da matéria”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-140-07.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-140-07.htm)> Acesso em: 02 fev. 2017.

vincula as práticas administrativas, e que é decorrente do próprio dispositivo, fosse suficiente para pautar a conduta dos agentes e dos órgãos administrativos decisórios, como resultado, também, de um rol constitucional normativo e principiológico que orienta a Administração Pública, antes já apontado neste trabalho (itens 3.1 e 3.2). É dizer, a norma do artigo 24 deveria valer por si só, a partir do seu conteúdo primário e vinculante.

Assim, no plano teórico que envolve a normatividade extraível do dispositivo em análise, o desatendimento ao termo final prescrito por lei para a prolação de decisão administrativa, por consubstanciar violação à regra expressa, somente poderia ser justificado (a) em situações nas quais, demonstradamente, houvesse incompatibilidade entre o atendimento do prazo máximo previsto na lei e a finalidade que lhe é subjacente - razoável duração do processo administrativo; e, (b) em situações nas quais a inobservância do prazo de trezentos e sessenta dias não atentasse contra a segurança jurídica dos interessados. É que, como já foi objeto de exame em tópico antecedente, a maior resistência das regras contra a superabilidade impõe ao aplicador administrativo da lei, no mínimo, justificar e comprovar a necessidade de sua superação<sup>249</sup>.

Partindo da premissa anterior para a situação ora examinada, então, é certo dizer que (a) a incompatibilidade eventual entre (a.1) a prolação de decisão no processo administrativo-tributário, no prazo expresso da lei, e (a.2) a sua finalidade subjacente - que consiste em buscar atender à razoável duração do processo -, justificar-se-ia, tão-somente, nas estreitas situações em que, demonstradamente, a autoridade julgadora não possua elementos suficientes para concluir o exame da demanda administrativa que lhe é submetida, em decorrência da insuficiência na instrução probatória do contribuinte. Melhor dizendo, para que o prazo do artigo 24 possa ser excepcionado, deve haver justificativa no princípio da razoável duração do processo. E, dita justificativa somente pode ser aceita na hipótese em que não é razoável exigir uma decisão, antes dos trezentos e sessenta dias, quando o contribuinte deixar de instruir adequadamente o seu pedido, impedindo que sobre o respectivo objeto seja emitido pronunciamento administrativo.

Do mesmo modo, (b) para as situações de inobservância do prazo de trezentos e sessenta dias, que não impliquem expressiva insegurança jurídica aos

---

<sup>249</sup> A respeito, vide hipóteses de superação das regras, no item 2.3.3.



interessados no processo, a demora no julgamento justificar-se-ia tão-somente nas situações em que a Administração Pública não possua elementos suficientes para o exame de mérito, em função de ato (omissão ou falha) do contribuinte. É que, nos casos da mora decorrente de atos imputáveis ao Fisco - em processos em que, gize-se, vige uma tendência de favorecimento aos interesses do Erário no tocante às prioridades de julgamento -, a demora na prolação de decisão, para além dos trezentos e sessenta dias, atenta contra a segurança jurídica dos particulares que, já hipossuficientes nesta relação, não possuem mecanismos legais que lhes possibilite constranger a Administração Federal, ao fiel cumprimento do prazo disposto no artigo 24<sup>250</sup>.

Diante do acima exposto, e caso venha a ser extrapolado o termo final máximo em tela, deduz-se a concretização *ipso facto* do ato administrativo ilícito - ainda que a lei tenha isentado tal violação da imposição de sanção legal pelo seu descumprimento.

Mantendo linha de coerência com o objeto delimitado pelo presente trabalho - o qual busca traçar parâmetros ao controle da mora ou omissão administrativas na atividade decisória -, é de lembrar que estão sendo investigados, *in casu*, os pedidos de iniciativa individual, no processo administrativo-tributário, nas situações em que o particular é o próprio credor (em posição ativa) na busca pela realização do seu direito creditório.

Sob tais circunstâncias, a insuficiência ou ausência de elementos na instrução processual do contribuinte, a respeito da situação submetida à análise pelo particular, justifica-se, com maior consistência, como sendo a única e exclusiva hipótese que poderia ser oposta pelo Fisco, para a eventual mora ou omissão na atividade administrativa decisória. Como dito, somente diante da ausência ou da incompletude instrutória de elementos - cuja reunião cabe os contribuintes, em relação ao direito creditório que subjaz seus pedidos, defesas ou recursos -, é que podem os agentes decisórios fundamentar dilações processuais condizentes com a duração razoável do processo administrativo (ou, melhor dizendo, dilações processuais condizentes com a *postergação razoável* do processo) e, bem ainda,

---

<sup>250</sup> Salvo quando o contribuinte que figure como parte ou interessado, seja pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental e pessoa portadora de moléstia grave e faça prova desta condição mediante requerimento expreso.

adequadas à preservação da segurança jurídica dos interessados na tutela, sem que tal prática configure ato ilícito.

Ademais, a matéria de fundo propriamente dita, submetida à decisão administrativa, possui embasamento no ordenamento legal e jurídico que dispõe sobre a constituição do direito creditório do contribuinte e, portanto, não é suficiente para justificar o atraso na análise e decisão de petições, defesas ou recursos dos administrados, já que os pedidos desta natureza estão amparados em rígido sistema que disciplina a própria atividade de lançamento tributário, compensação tributária, extinção do crédito tributário e, por isso, objeto de elevado grau de especialização pelos seus julgadores. Sob tal perspectiva, além de não ser conferida liberdade decisória para o indeferimento de pedidos, pelos agentes e órgãos julgadores, quando verificado o preenchimento dos estreitos requisitos de lei, deve-se reconhecer que a análise de requerimentos dos particulares, pelos agentes especializados, quando estiverem adequadamente instruídos, não sustenta, por si só, que sobre eles ocorram dilações injustificadas, mora ou omissões. Porém, em assim ocorrendo, configura-se a contrariedade a direito.

Nesse contexto, a ausência de previsão legal para a imposição de sanção, em casos de descumprimento da norma do artigo 24, não justifica a demora ou a omissão da atividade decisória, tendo em vista que a regra nele contida é cogente, no que toca ao prazo máximo e, está orientada por princípios constitucionais processuais, especialmente pela razoável duração do processo.

Por tudo isso, à guisa de delimitação dos efeitos decorrentes da ausência de previsão de sanção para os casos de descumprimento do termo máximo disposto pela regra do artigo 24, da Lei 11.457/07, e tendo em consideração que a regra primária por ele estabelecida vincula a Administração Pública, dada a impositividade de sua previsão, deduz-se que a mora e a omissão na atividade decisória configura ato ilícito, somente justificável nos casos em que for identificada a insuficiência probatória dos elementos que constituem o direito creditório do contribuinte, e por parte deste. Nos demais casos, imputados exclusivamente aos agentes e aos órgãos decisórios administrativos, a mora e a omissão na prolação de decisão caracterizam violação a direito, de natureza patológica, mesmo que ausente a expressa previsão de sanção.

### **3.3.5 Solução jurisprudencial nas situações de demora injustificada na atividade decisória da Administração Pública**

#### **3.3.5.1 Igualdade e correção monetária como remédio ao enriquecimento sem causa do Erário nos casos de impedimento ao abatimento do crédito *não escritural* do contribuinte**

Para iniciar o exame do contexto normativo que desencadeou os primeiros questionamentos judiciais que culminaram para o panorama jurisprudencial atual, a respeito do tema investigado no presente trabalho, deve-se lançar luzes à antiga problemática decorrente da vedação legal à correção monetária de créditos escriturais de IPI. Com efeito, os créditos escriturais, grosso modo, são aqueles créditos apurados pela sistemática não-cumulativa - cujas premissas já foram tratadas anteriormente<sup>251</sup> - que, por força do Código Tributário Nacional<sup>252</sup> e da legislação federal, podem ser abatidos do débito do próprio imposto apurado como devido nas saídas para o mercado interno, durante o período de apuração tributária. O abatimento ocorre na própria escrita fiscal do contribuinte.

Ao longo do tempo, inúmeras foram as previsões legais e infra legais que, sob distintos fundamentos, obstaculizaram o direito do crédito escritural de IPI apurado pelo contribuinte. Exemplo de tais impedimentos, foram as glosas efetuadas aos créditos apurados pelo contribuinte, nas aquisições de insumos isentos, não-tributados ou alíquota zero<sup>253</sup>. Por força da negativa do crédito, na via administrativa, contribuintes ingressaram com medidas judiciais que ulteriormente reverteram a

<sup>251</sup> Vide parte inicial do tópico 3.3.1.

<sup>252</sup> O artigo 49 do CTN rege que o imposto sobre produtos industrializados é não-cumulativo, apurado conforme a lei, de modo que o montante devido resulte da diferença a maior, em determinado período, entre o imposto referente aos produtos saídos do estabelecimento e o pago relativamente aos produtos nele entrados. O parágrafo único permite, ainda, que o saldo do imposto favorável ao contribuinte, em determinado período, poderá ser transferido para o período ou períodos seguintes.

<sup>253</sup> *NORMAS PROCESSUAIS. NULIDADE. O Decreto nº 2.396, de 10 de outubro de 1997, obriga a autoridade administrativa apenas em relação à decisões do STF que tratem do mesmo tema e após transitadas em julgado, no caso de ação direta de inconstitucionalidade, ou após Resolução do Senado Federal, nas ações incidentais. Preliminar rejeitada. IPI. CRÉDITOS RELATIVOS ÀS AQUISIÇÕES DE INSUMOS TRIBUTADOS À ALÍQUOTA ZERO E A PRODUTOS ADQUIRIDOS COM SUSPENSÃO DE IMPOSTO. O Princípio da não-cumulatividade do IPI é implementado pelo sistema de compensação do débito ocorrido na saída de produtos do estabelecimento do contribuinte com o crédito relativo ao imposto que fora cobrado na operação anterior referente à aquisição de mercadorias (aguardente a granel) ou à entrada de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem. Não havendo exação de IPI na compra da aguardente a granel ou na aquisição dos insumos, por serem eles adquiridos com suspensão do imposto ou tributados à alíquota zero, não há valor algum a ser creditado. Recurso negado. (Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Acórdão nº 203-09988, Rel. Leonardo de Andrade Couto, sessão de 22/02/2005).*

Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>  
Acesso em: 11 de fev. 2017.

glosa inicial ao direito creditório que era efetuada pelas autoridades fiscais. Contudo, por terem sido obstaculizados do respectivo aproveitamento dos créditos, à época dos pedidos, e por não existir previsão legal que impusesse ao Fisco atualizar tais créditos na ocasião do respectivo aproveitamento, é que foram manejados novos pedidos frente ao Poder Judiciário, que continham como objeto principal o reconhecimento do direito à atualização monetária do crédito indevidamente obstado, mediante tutela dirigida aos entes federais, que assim o determinasse e, com fulcro na *isonomia*. É que a vedação ao aproveitamento do crédito do contribuinte não impedia que os débitos, cujo abatimento tinha sido obstado, fossem cobrados de forma atualizada, pelos entes tributantes.

Neste cenário formou-se o entendimento que hoje é pacífico e culminou na elaboração do enunciado da Súmula 411, do Superior Tribunal de Justiça, que prevê *ser devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco*.

A matéria ensejou também o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial representativo da controvérsia<sup>254</sup>, oportunidade em que a Primeira Seção firmou orientação no sentido de que, mesmo em face da ausência de previsão legal que preveja a possibilidade de correção monetária dos créditos escriturais de IPI, as hipóteses de oposição constante de ato administrativo, estatal ou normativo que impeçam a sua utilização, impelem o contribuinte a obter o reconhecimento do direito ao creditamento anteriormente negado, frente ao Poder Judiciário. Nessa circunstância de obtenção de tutela judicial pelo particular - contra os obstáculos opostos ao seu direito de crédito que acabam postergando o respectivo reconhecimento -, o Superior Tribunal de Justiça autorizou excepcionar a inexistência de previsão legal que regule a atualização de créditos, de modo a tornar legítima a incidência da atualização monetária dos referidos créditos, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco e, com fundamento na igualdade. Nessa esteira, diversos são os precedentes da Corte de Justiça<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> STJ, Primeira Seção, REsp 1.035.847-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe: 03/08/2009.

<sup>255</sup> STJ. Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008, ERESP 605.921-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 24/11/2008.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o óbice ao direito de abatimento de créditos escriturais oposto pelo Fisco ensejou debate que remonta o ano de 2002, quando foi submetido julgamento de recurso extraordinário perante a Segunda Turma<sup>256</sup>, e em cujo resultado foi reconhecido o direito à atualização monetária de créditos escriturais cujo aproveitamento fora obstado indevidamente pela Administração Pública. No referido caso, o contribuinte do Estado do Paraná fora impedido de se creditar do saldo de ICMS, mesmo que o creditamento estivesse autorizado pelo artigo 3º, da Lei Complementar 65/91, por força de decisão liminar proferida na ADI 600<sup>257</sup>, a qual foi posteriormente reformada, por julgamento de mérito superveniente que reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, com efeitos *ex-tunc*. Desta forma, por não terem se realizado os créditos escriturais no momento adequado, por óbice do Fisco, em observância à suspensão cautelar da norma autorizadora, e face ao retorno da situação ao *status quo* anterior, como garantia de eficácia da lei desde sua edição, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser devida a correção monetária pretendida pelo contribuinte, sob pena de enriquecimento sem causa da Fazenda Pública.

Em sua fundamentação, no que implica ao objeto investigado, vale a referência parcial das razões de decidir que foram expostas pelo Ministro Relator, *in verbis*:

Para que a lei produza os efeitos que deveria ter gerado na época própria e pretérita, é essencial que se lancem os créditos não pelo valor histórico e sim pelo atual, corrigido monetariamente.

Caso contrário, haverá enriquecimento ilícito da Fazenda do Estado. Isso pela circunstância de que a compensação não se realizou na época própria, permitindo uma arrecadação superior a que seria devida se os efeitos da lei, posteriormente declarada constitucional pelo Tribunal, não estivessem suspensos. Para que esse excesso seja restituído a quem, sem qualquer culpa, foi impedido de creditar-se do imposto pago, é necessário que a compensação se faça de forma atualizada. Ressalto que não existirá prejuízo ao Fisco, que, amparado por decisão liminar, arrecadou indevidamente mais no

---

<sup>256</sup> STF, Segunda Turma, RE 282.120, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 06.12.2002.

<sup>257</sup> STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, ADI 600, DJ 19-06-1992 PP-09519, EMENT VOL-01666-01 PP-00012.

passado, e restituirá o que é devido pelo valor real, restabelecendo-se, desse modo, a situação original.<sup>258</sup>

Aludido entendimento prevalece no âmbito da Corte Suprema, tendo sido, porém, recentemente revisitado, em função de divergência suscitada por contribuinte em caso que envolveu pedido de atualização monetária de créditos “ressarcidos pela União, mediante depósito em conta da agravante, com demasiado atraso” – e, por isso, diferentemente dos pedidos até então examinados no Pretório, que consubstanciavam a pretensão de atualização monetária de “simples escrituração”<sup>259</sup>. A divergência instaurou-se a partir da irresignação de particular contra tese (atualmente superada), que era prevalecente à época perante o Supremo Tribunal Federal, pela impossibilidade de atualização monetária de créditos escriturais, sem exceção. O destaque vai para a natureza dos créditos cuja atualização monetária era buscada pelo contribuinte: créditos fiscais decorrentes de ressarcimento ocorrido, no caso, com treze meses de atraso.

Em função da divergência, e porque a matéria relativa à correção monetária de créditos dos contribuintes ainda é objeto de questionamentos judiciais, é que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento mais recente, posicionou-se no sentido de reconhecer a configuração de resistência ilegítima ao ressarcimento do crédito-prêmio de IPI do contribuinte, quando há mora na decisão administrativa, e consoante noticiado pela Corte Suprema, em abril de 2016<sup>260</sup> e, cujo resultado deu origem à tese em destaque (Tese fixada - Outros Processos):

A mora injustificada ou irrazoável do Fisco em restituir o valor devido ao contribuinte caracteriza a resistência ilegítima autorizadora da incidência da correção monetária.

Como dito, a dissonância foi submetida em embargos de divergência nos embargos declaratórios no agravo regimental em recurso extraordinário, tendo levado o Plenário do Pretório Excelso a “determinar a aplicação de correção monetária a valores a serem ressarcidos em decorrência de crédito prêmio de IPI solicitado na esfera administrativa, tendo em vista a indevida oposição do Fisco na

---

<sup>258</sup> STF, Segunda Turma, RE 282.120, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 06.12.2002. STF, Segunda Turma, RE 282.120, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 06.12.2002

<sup>259</sup> STF, Segunda Turma, AgR no RE 299.605/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-05 PP-01033. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=521757>> Acesso em 18 fev. 2017.

<sup>260</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo820.htm#Correção monetária e mora administrativa](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo820.htm#Correção%20monetária%20e%20mora%20administrativa)>. Acesso em: 10 de out. 2016.

restituição”<sup>261</sup>. Em debates, consignou-se esclarecedora passagem, cuja transcrição segue em parte:

Embora, talvez, não seja ilegítima a resistência do Estado, neste caso, o Ministro Barroso, na proposta de sua tese, e agora o Ministro Marco Aurélio muito bem levantaram que o prazo em que a Fazenda se recusou a pagar ou a reconhecer os créditos, se não é injustificado, na dicção do Ministro Barroso, pelo menos é irrazoável. Então, não apenas nos casos em que é ilegítima a resistência, mas também quando a resistência é injustificada ou irrazoável, cabe a correção monetária.<sup>262</sup>

Importante destacar que a referida decisão prevalecente junto ao Plenário do Supremo Tribunal Federal foi explícita em definir, ainda, que os “índices e termo a quo referentes à correção monetária, nos moldes definidos pelo Tribunal de origem na remessa de ofício”, conforme o seguinte:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, preliminarmente, conheceu dos embargos de divergência e, no mérito, deu-lhes provimento para restabelecer o decidido no acórdão do juízo *a quo*, determinando a correção monetária dos valores a serem ressarcidos, em decorrência de crédito prêmio de IPI solicitado em esfera administrativa, tendo em vista que fora assentada a indevida oposição do Fisco pelas instâncias ordinárias. Índices e termo a quo referentes à correção monetária ficam nos moldes definidos pelo Tribunal de origem na remessa de ofício. Invertidos os ônus sucumbenciais, conforme a legislação processual e o definido na sentença.<sup>263</sup>

Assim, o entendimento coaduna-se com a jurisprudência proclamada em julgados anteriores, pela mesma Casa, também no que tange ao reconhecimento a

---

<sup>261</sup> No caso concreto que conduziu ao entendimento fixado como tese pelo Supremo Tribunal Federal, buscava o contribuinte ver reconhecido o direito à correção monetária sobre o direito creditório originado na apuração de saldo credor do crédito-prêmio de IPI, o qual consistia em um estímulo fiscal concedido pelo Governo Federal, à indústria exportadora, tal qual previsto pelo Decreto-lei 491/1969: “Art. 1º. As *empresas fabricantes e exportadoras de produtos manufaturados gozarão, a título estímulo fiscal, créditos tributários sobre suas vendas para o exterior, como ressarcimento de tributos pagos internamente*”.

<sup>262</sup> STF. Tribunal Pleno. RE 299.605/PR AgR-ED-EDv/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06.04.2016.

<sup>263</sup> Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11196899>> p. 26. Acesso em: 11 fev. 2017.

respeito da índole *infraconstitucional* do debate sobre o termo inicial da correção monetária de créditos escriturais<sup>264</sup>.

Contudo, deve-se salientar para uma peculiaridade que se verifica tanto no recurso representativo da controvérsia, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto na divergência que levou à fixação de tese, pelo Supremo Tribunal Federal. É que, ainda que o objeto inicial submetido por cada uma das lides aponte para uma possível distinção quanto à natureza dos créditos que seriam passíveis de atualização monetária de créditos - *escriturais*, no precedente examinado pelo Superior Tribunal de Justiça, e *não escriturais*, na situação em concreto ensejadora da fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal – o que estava em jogo era, no fundo, o direito à atualização monetária de créditos objeto de pedidos de restituição, ressarcimento e compensação de créditos situados *fora da escrita fiscal* do contribuinte, para eventual abatimento de débitos de outros tributos, portanto, tratavam-se, em ambos os casos examinados, de créditos de natureza *não escritural*.

Para aclarar a aparente distinção, confira-se o elucidativo trecho do voto proferido no âmbito de Embargos de Divergência julgados perante o Superior Tribunal de Justiça, que retrata as diferenças entre créditos *escriturais* e créditos *não escriturais*, *in verbis*:

Para espancar de vez as dúvidas a respeito, é preciso separar duas situações distintas: a situação do *crédito escritural* (crédito de um determinado tributo recebido em dado período de apuração e utilizado para abatimento desse mesmo tributo em outro período de apuração dentro da escrita fiscal) e a situação do *crédito objeto de pedido de ressarcimento* (crédito de um determinado tributo recebido em dado período de apuração utilizado fora da escrita fiscal mediante pedido de ressarcimento em dinheiro ou compensação com outros tributos).

Decerto, deve-se negar ordinariamente o direito à correção monetária quando estamos a falar de *créditos escriturais* recebidos em um período de apuração e utilizados em outro (sistemática

---

<sup>264</sup> No sentido de que a matéria relativa ao termo inicial para a incidência da correção monetária possui índole *infraconstitucional*, vide RE 724.001/DF, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 28/03/2014, DJe 04/04/2014, para quem: “Por fim, quanto ao restante, a questão relativa ao termo inicial da correção monetária de créditos escriturais de IPI restringe-se à análise de normas *infraconstitucionais*, de modo que eventual ofensa à Constituição seria meramente indireta ou reflexa. Nesse sentido, precedentes de ambas as Turmas em casos análogos (...)”.



ordinária de aproveitamento), ou seja, de créditos inseridos na escrita fiscal da empresa em um período de apuração para efeito de dedução dos débitos de IPI decorrentes das saídas de produtos tributados em períodos de apuração subseqüentes (se forem utilizados em um mesmo período de apuração não há diferença de correção monetária, veja-se o voto-vista vencido do Min. José Delgado no REsp. n. 212.899 - RS, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 5.10.1999). Na exceção à regra, se o Fisco impede a utilização desses créditos escriturais, seja por entendê-los inexistentes ou por qualquer outro motivo, a hipótese é de incidência de correção monetária quando de sua utilização, se ficar caracterizada a injustiça desse impedimento. Por outro lado, se o próprio contribuinte acumula tais créditos para utilizá-los posteriormente em sua escrita fiscal por opção sua ou imposição legal, não há que se falar em correção monetária, pois a postergação do uso foi legítima, salvo, neste último caso, declaração de inconstitucionalidade da lei que impôs o comportamento.

Contudo, no presente caso estamos a falar de *ressarcimento de créditos*, sistemática diversa (sistemática extraordinária de aproveitamento) onde os créditos outrora escriturais passam a ser objeto de ressarcimento em dinheiro ou compensação com outros tributos em virtude da impossibilidade de dedução com débitos de IPI decorrentes das saídas de produtos (normalmente porque isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero), ou até mesmo por opção do contribuinte, nas hipóteses permitidas por lei. *Tais créditos deixam de ser escriturais, pois não estão mais acumulados na escrita fiscal para uso exclusivo no abatimento do IPI devido na saída. São utilizáveis fora da escrita fiscal.*

Nestes casos, o ressarcimento em dinheiro ou compensação com outros tributos se dá mediante requerimento feito pelo contribuinte que, muitas vezes, diante das vicissitudes burocráticas do Fisco, demora a ser atendido, gerando uma defasagem no valor do crédito que não existiria caso fosse reconhecido anteriormente ou caso pudesse ter sido utilizado na escrita fiscal (sistemática ordinária de aproveitamento). Essa é a situação em apreço e que configura a

mesma situação do paradigma em Recurso Representativo da Controvérsia REsp. nº 1.035.847 - RS, como veremos.<sup>265</sup>

Nesses termos, dessume-se quadro jurisprudencial formado com base em recurso especial representativo da controvérsia e, em tese fixada pelo Supremo, caracterizado pelo reconhecimento do direito à atualização monetária de créditos – *escriturais* e também *não escriturais* – quando há impedimento injustificado, ilegítimo ou irrazoável do Erário federal, o qual se configura não só nas situações de *glosa* decorrente de ato legal ou impeditivo do creditamento como, também, nos casos de *mora* injustificada, irrazoável ou ilegítima, em restituir, ressarcir ou compensar créditos do contribuinte.

### **3.3.5.2 Fixação de prazo para a prolação de decisão administrativa como elemento repressivo da ilicitude decorrente da demora na atividade decisória**

As situações que foram especificadas pelo item antecedente ilustram a origem em comum de questionamentos que, ao longo dos anos, manifestaram nuances diferentes. Tratam-se de questões que denotam a gênese de uma gama de controvérsias que visam a resguardar, em última instância, o direito do particular, contribuinte ou administrado, ao aproveitamento de créditos indevidamente obstado pela autoridade administrativa competente, seja pela vedação ilegal, seja pela demora na análise tempestiva de pedidos de restituição, ressarcimento ou compensação. Além de representarem vetores de uma mesma causa, as situações examinadas apontam para a solução que foi encontrada no Poder Judiciário - com base na igualdade e no repúdio ao enriquecimento sem causa -, representada pela possibilidade de atualização monetária de créditos do contribuinte que foram obstados indevidamente, ainda que sem previsão legal.

O aspecto de tais circunstâncias que interessa de modo central ao presente trabalho diz respeito a um desdobramento do cenário inicial, e que levou particulares a assumirem uma posição ativa em questionamentos que, agora, têm por objeto não só afastar o óbice ao respectivo direito creditório (mediante a imposição judicial de atualização monetária dos valores envolvidos), mas, também, e como importante vetor deste conjunto de medidas, impor aos agentes competentes pela decisão e julgamento de processos administrativo-tributários a fixação de um *prazo* para que

---

<sup>265</sup> STJ, Primeira Seção, EAg 1.220.942/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/04/2013.

assim o façam. Referido desdobramento decorre da demora que caracteriza a atividade decisória e que acomete as instâncias administrativas que exercem funções de julgamento de processos administrativo-tributários. Tais demoras processuais chegam a perdurar por anos, trazendo, com isso, prejuízos de diferentes naturezas aos seus interessados imediatos: os contribuintes.

A fixação de um prazo para que a Administração Pública no âmbito federal profira decisões em processos administrativo-tributários, juntamente com a possibilidade de atualização monetária de créditos escriturais e não escriturais do contribuinte, circunscreve o cenário decorrente da *mora* administrativa na conclusão e decisão de processos administrativo-tributários de iniciativa dos contribuintes, oriundos de pedidos de restituição, ressarcimento ou de compensação de créditos *fiscais* e, por isso, consiste no objeto principal da presente investigação, tal qual delimitado no item 3.3.1.

É que se, no primeiro momento, o impedimento fiscal ao abatimento de créditos dava-se por meio da *glosa* aos créditos<sup>266</sup>; agora, no que interesse ao ponto principal do presente estudo, o impedimento ao aproveitamento dos créditos do contribuinte está caracterizado pela *mora* ou pela *omissão* administrativa em proferir uma decisão a respeito dos pedidos dos particulares. Por isso, verifica-se uma peculiaridade do cenário em questão, que é o interesse de que a *mora* administrativa seja sanada, não só pela incidência de acréscimo monetário não previsto em lei, mas, especialmente, pela fixação judicial de um prazo para que a Administração Pública profira uma decisão a petições, defesas e recursos do contribuinte. Nesse contexto e, com o passar do tempo, as questões que inicialmente vinham sendo tratadas por vias distintas, entremearam-se.

O debate inicial a respeito das hipóteses de *mora* administrativa que ensejou a consolidação da jurisprudência dos tribunais, à luz da ordem anterior à 2007, tinha por fundamento a violação a dispositivos de lei federal que estabelecia o prazo de trinta dias para que a Administração Pública federal decidisse pedidos administrativos de sua competência<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> E como resultado da violação ao direito à não-cumulatividade, constitucionalmente previsto, e cuja tutela respectiva consistia no reconhecimento judicial ao direito à correção monetária dos créditos glosados.

<sup>267</sup> A esse respeito, vide item 3.3, onde se aponta como um dos fatores que ensejou a previsão de prazo mais largo para a prolação de decisão em processos administrativo-tributários - de trezentos e sessenta dias, pelo art. 24, da Lei 11.457/2007 -, a existência de um prazo mais reduzido (trinta dias), prevista nos arts. 48 e 49, da Lei 9.784/99, que acabava sendo imputado judicialmente aos agentes

Com efeito, antes de ter sido instituído o prazo de trezentos e sessenta dias para decisão em pedidos administrativos formulados pelo contribuinte, o dever geral para a emissão de decisão administrativa impunha à Administração um prazo de trinta dias para decidir. Em muitos casos, a vinculação ao prazo de trinta dias acabava sendo determinada judicialmente nas situações de pedidos administrativos, tributários ou não, cuja decisão excedesse ao prazo de trinta dias, contados do respectivo protocolo. Inúmeras foram as situações desta espécie que levaram a Administração Pública a cumprir com o dever de decidir pedidos de sua competência. Especificamente na seara tributária, a decisão aos pedidos de restituição, ressarcimento e compensação, em trinta dias, evitou que se concretizassem efeitos prejudiciais aos particulares, especialmente a corrosão da moeda pela inflação.

A partir de 2004, quando a duração razoável do processo foi inserida ao Texto Constitucional, entre os direitos e garantias fundamentais, a violação ao prazo para decidir foi considerada contrária ao dispositivo do inciso LXXVIII, do artigo 5º, em julgamento perante o Plenário do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa foi assim grafada:

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. INÉRCIA DA AUTORIDADE COATORA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. OMISSÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

A inércia da autoridade coatora em apreciar recurso administrativo regularmente apresentado, sem justificativa razoável, configura omissão impugnável pela via do mandado de segurança.

Ordem parcialmente concedida, para que seja fixado o prazo de 30 dias para a apreciação do recurso administrativo.

(MS nº 24.167-5/RJ, Tribunal Pleno, STF, Relator Min. Joaquim Barbosa, DJ 02/02/2007).

O caso examinado pela Corte Suprema envolvia mandado de segurança impetrado pelo Estado de Minas Gerais contra ato omissivo do secretário de Estado da Fazenda e Controle Geral do Rio de Janeiro, em apreciar recurso administrativo

---

administrativos, a pedido dos contribuintes, nos casos de mora na atividade decisória de pedidos de restituição, ressarcimento e compensação e, face a ausência de regra mais específica. Nesse sentido: AgRg no REsp 1090242/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 29/06/2010 e REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

que tinha por objeto reverter a dedução de crédito de ICMS relativo a operações de combustíveis realizadas a pedido e por determinação do Estado do Rio de Janeiro e, a negativa de repetição dos valores correspondentes ao crédito do imposto. A impetração do mandado de segurança deu-se após quatro meses da interposição do recurso administrativo em questão e a segurança foi concedida, nos termos acima, com fundamentos no dever de decidir previsto pela Lei 9.784/99 e, no primado da duração razoável do processo.

Porém, o advento da Lei 11.457/2007 alterou substancialmente o prazo para decisão administrativa. Em lugar de trinta, foi conferido prazo máximo de trezentos e sessenta dias para a atividade decisória. Em função disso, instaurou-se novo contexto à divergência que envolve a mora da atividade decisória, o qual alcança os dias de hoje.

Com base nesse novo quadro de dissonâncias, a matéria foi submetida ao Poder Judiciário, para pronunciamento quanto ao entendimento que seria adotado acerca da caracterização da mora fazendária frente à nova ordem. A solução inicial encontrada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em primeira e transitória análise sobre a modificação legislativa e a respectiva aplicação aos processos administrativos iniciados antes da sua vigência, foi dada em recurso especial - REsp 1.091.042/SC<sup>268</sup> - que orientou-se no sentido de (1) não aplicar à espécie, o Decreto 70.235/72, porque este se limitaria a regular o processo administrativo de determinação e cobrança do crédito tributário da União e, o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, não abrangendo, portanto, o processo oriundo de pedido de ressarcimento de créditos fiscais do contribuinte; (2) não aplicar à espécie, o artigo 24, da Lei 11.457/2007, porque tal regra abrangeria apenas pedidos administrativos protocolados a partir da sua entrada em vigor e, portanto, a partir de 19-03-2007; (3) a irrazoabilidade da demora injustificada na conclusão do processo administrativo de ressarcimento e de compensação, na medida em que o administrado não pode ficar aguardando indefinidamente por uma solução administrativa, configurando, a morosidade no processamento e conclusão de pedidos administrativos, contrária aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais, além de perniciosos aos interesses dos cidadãos, equiparando-se a seu próprio indeferimento; e, (4) a possibilidade de aplicação analógica da Lei

---

<sup>268</sup> STJ, Segunda Turma, REsp 1.091.042/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 06/08/2009, DJe: 21/08/2009.

9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da administração federal e expressamente prevê a sua aplicação subsidiária aos processos administrativos em geral.

Amparada em tais fundamentos e com base na sua própria jurisprudência, a Corte de Justiça enfrentou de modo explícito e direto a possibilidade de o Poder Judiciário estabelecer um prazo razoável para a Administração resolver um litígio tributário na esfera administrativa, mormente no que toca ao período anterior à Lei 11.457/2007, tendo se orientando no sentido de é “descabido falar-se em violação ao princípio da separação de poderes porque o Poder Judiciário não está adentrado no mérito administrativo ou fixando prazo à míngua da lei, mas interpretando as regras e princípios jurídicos pertinentes de modo a restabelecer a paz social e a crença nas instituições”<sup>269</sup>. Para alcançar tal compreensão o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a conclusão de processo administrativo fiscal em prazo razoável decorre do princípio da eficiência, da moralidade e da razoabilidade da Administração pública.

Além disso, como aspecto da decisão que merece nota, foi a manifestação explícita pela Corte de Justiça pela aplicabilidade, ao caso examinado, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fixa prazo ao dever de decidir e, portanto, é considerada como uma lei geral do processo administrativo federal<sup>270</sup>. A orientação do Superior Tribunal de Justiça foi fruto, pois, de toda uma tendência jurisprudencial que estava desenhada no âmbito dos tribunais inferiores, e que tinha como fundamento o prazo de trinta dias do referido diploma legal.

Porém, o cenário jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça veio a se modificar a partir do julgamento de recurso especial representativo da controvérsia<sup>271</sup> que apreciou a demora de processos administrativos iniciados já sob a vigência do então novel artigo 24, da Lei 11.457/2007.

---

<sup>269</sup> STJ, Segunda Turma, REsp 1.091.042/SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 06/08/2009, DJe: 21/08/2009.

<sup>270</sup> A respeito das leis gerais em processo administrativo, confira-se Sundfeld: “Parece-me claro que, ao editar as leis gerais de processo administrativo, a opção do legislador brasileiro foi a de fugir de um esforço conceitual como base de sua regulação. Isso certamente para que os direitos de natureza processual que estava procurando garantir não ficassem circunscritos, mas pudessem se estender amplamente”. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 311.

<sup>271</sup> STJ, Primeira Seção, REsp 1.138.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010, DJe 01/90/2010.

O precedente representativo da controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça teve por provocação a irresignação da União Federal, contra a aplicação do prazo de trinta dias, fixado pela Lei 9.784/99, face a quebra da ordem cronológica de análise de requerimentos administrativos, prevista por lei federal<sup>272</sup>, com pedido de afastamento do precedente aqui antes analisado – o REsp 1.091.042/SC.

A controvérsia delimitada pelo voto do Ministro Relator restringiu-se “à possibilidade de fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para a conclusão de procedimento administrativo fiscal, tendo sido alegada a inexistência de norma impositiva de prazo à Administração Pública para análise de pedido de restituição tributária”<sup>273</sup>, por parte da União Federal. Após ter reconhecido a razoabilidade na fixação de prazos para as autoridades administrativas resolverem as pendências de sua competência, como corolário do princípio da eficiência, da moralidade e da razoabilidade da Administração Pública<sup>274</sup>, com o destaque para a natureza de direito fundamental da duração razoável do processo, o aludido julgado modificou o entendimento anterior para aplicar, à espécie, o Decreto 70.235/72, em lugar da Lei 9.784/99. Contudo, em tendo sido editada a Lei 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa, foi prevista a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de trezentos e sessenta dias a contar do protocolo dos pedidos. Nesses termos, definiu-se que “tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)”, tendo sido parcialmente provido o recurso da União Federal, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento em questão. Destaque especial vai para a ausência de qualquer indicação, pelo aresto, do termo *a quo* para a caracterização da mora.

Por meio de tal entendimento, houve uma modificação com relação ao entendimento que anteriormente era majoritário nos tribunais, no que toca à

---

<sup>272</sup> Conforme nota de rodapé 240, do item 3.3.3, o parágrafo 14, do artigo 74, da Lei 9.430/96, autoriza a Secretaria da Receita Federal fixar critérios de prioridade para apreciação de processos de restituição, de ressarcimento e de compensação.

<sup>273</sup> STJ, Primeira Seção, REsp 1.138.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010, DJe 01/90/2010, p. 3.

<sup>274</sup> Precedentes citados: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; REsp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005.

aplicação da Lei 9.784/99. É que o recurso especial representativo da controvérsia entendeu pelo afastamento da lei geral do processo administrativo federal e, sob tal compreensão, vedou a aplicação do dever de decidir no prazo de trinta dias, por ela previsto. Além disso, o precedente adotou a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, como supressora da lacuna legislativa existente com relação ao prazo para a Administração decidir e, assim, consagrou a possibilidade de fixação de prazo para análise e conclusão de processos administrativo-tributários, a partir do protocolo dos pedidos. E, como destacado, foi silente com relação ao estabelecimento do termo inicial configurador da mora administrativa.

### **3.3.5.3 Igualdade e repúdio ao enriquecimento sem causa como orientadores na fixação do termo inicial da correção monetária de créditos do contribuinte**

Em que pese ter firmado orientação em sede de representação da controvérsia, o precedente acima analisado ateve-se exclusivamente ao exame da divergência concernente à possibilidade de fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para a conclusão de processo administrativo-tributário, sem adentrar no debate quanto ao direito à atualização monetária de créditos obstados pelo Fisco e, em função disso, sem pronunciar-se a respeito de quando incidiria tal correção monetária. A restrição é explícita no voto condutor do aresto<sup>275</sup>.

Também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como já destacado (tópico 3.3.5), não foi enfrentada a questão acerca do direito à atualização monetária de créditos obstados pelo Fisco e, portanto, não houve pronunciamento a respeito do momento a partir do qual deve incidir a correção monetária – termo *a quo*. A matéria foi considerada de índole infraconstitucional: “índices e termo *a quo* referentes à correção monetária” nos “moldes definidos pelo Tribunal de origem”<sup>276</sup>.

Em função disso, e com vistas à identificação do termo inicial da atualização monetária, deve-se lançar luzes ao contexto que foi inicialmente submetido à apreciação do Poder Judiciário, em que os contribuintes buscavam tão somente ver reconhecido o seu direito à atualização monetária de créditos cujo aproveitamento

---

<sup>275</sup> Consta no voto: “A presente controvérsia cinge-se à possibilidade de fixação, pelo Poder Judiciário, de prazo razoável para a conclusão de procedimento administrativo fiscal, tendo sido alegada a inexistência de norma impositiva de prazo à Administração Pública para análise de pedido de restituição tributária”. STJ, Primeira Seção, REsp 1.138.206/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/08/2010, DJe 01/90/2010, p. 8.

<sup>276</sup> STF. Tribunal Pleno. RE 299.605/PR AgR-ED-EDv/PR, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 06.04.2016.



fora obstado pelo Fisco e, para cuja solução, viu-se que Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal ampararam suas razões de decidir, favoravelmente à possibilidade de correção monetária, no postulado da igualdade e no repúdio ao enriquecimento sem causa.

Com efeito, à luz da isonomia, reconhece-se que a ausência de previsão legal para a incidência de atualização monetária sobre créditos *escriturais* do contribuinte possui justificativa, frente ao fato de que, na sistemática não-cumulativa que se opera dentro da escrita fiscal do contribuinte, antes do vencimento do tributo, créditos e débitos se equivalem monetariamente. A partir desta premissa, as Cortes Superiores, *a contrario sensu*, excepcionaram a hipótese legal, para autorizar e impor a atualização monetária, nos casos em que houve óbice ao creditamento, por ato estatal, administrativo ou legal (óbice posteriormente afastado), sob o fundamento de que tais créditos não equivalem monetariamente aos débitos cobrados.

Partindo da premissa adotada pelas Cortes Superiores, verifica-se que a ausência de previsão legal que autorize a incidência de atualização monetária sobre créditos *não escriturais* do contribuinte pode violar a igualdade constitucional sob, pelo menos, dois diferentes aspectos.

O primeiro, diz respeito aos pedidos de restituição, de ressarcimento e de compensação, manejados frente ao Fisco federal, em que são apurados saldos credores a restituir ou a ressarcir. Como grande parte dos pedidos de restituição e de ressarcimento não enseja incidência de atualização monetária do respectivo crédito, a demora na sua análise e no deferimento do direito creditório implicará em saldo credor devolvido em moeda já defasada e corroída pela inflação, em relação à data do seu respectivo protocolo perante o ente fiscal, malferindo, assim, a isonomia, notadamente se tais créditos do contribuinte forem opostos ao crédito do Fisco, que vem atualizado.

O segundo aspecto diz respeito aos pedidos de restituição, de ressarcimento e de compensação, manejados frente ao Fisco federal, em que são apurados saldos credores a restituir ou a ressarcir, cotejados em relação a pedidos de restituição e de ressarcimento de outros contribuintes, protocolizados na mesma data. É que, tendo em mente que é possível o protocolo de pedidos por diferentes contribuintes, numa mesma data, o deferimento de um, em momento diferente do de outro, implicará disparidade. Basta considerar o caso de contribuintes que, mesmo tendo submetido

pedidos de restituição e ressarcimento, ao Fisco, num mesmo dia, poderão tê-los deferidos em momentos diferentes, sujeitando-se, assim, a uma maior ou menor corrosão inflacionária da moeda, de acordo com a data da respectiva decisão pelas autoridades decisórias, malferindo, assim, a isonomia.

Tanto o primeiro como o segundo aspecto acima descritos indicam para um critério de diferenciação quanto à atualização monetária de créditos de titularidade de sujeitos da relação tributária - contribuinte-Fisco ou contribuinte-contribuinte -, caracterizado pela ausência de previsão legal que autorize a atualização monetária de créditos dos contribuintes e, de consequência, que indique o termo inicial de tal correção. Contudo, tendo em conta que a recomposição da moeda frente a inflação configura a finalidade que subjaz à imposição de atualização monetária de créditos fiscais e tributários, deve-se reconhecer que qualquer diferenciação no que tange à sua incidência viola sujeitos em situações equivalentes e, portanto, atinge a igualdade constitucional. É que, em sendo prevista atualização monetária do crédito do Fisco sem a correspondente previsão ao crédito do contribuinte, há desigualdade. Do mesmo modo, em sendo fixado judicialmente termo inicial para a atualização de créditos de um contribuinte, em momento anterior ou posterior ao termo inicial fixado para outro contribuinte, há desigualdade. Como o postulado da igualdade exige que o Direito seja aplicado de forma estruturada, sob pena de discrepâncias inconstitucionais, eventual diferenciação não justificada que prive algum dos sujeitos da relação tributária, em detrimento de outro, no que diz respeito à atualização monetária de seus respectivos créditos e ao termo inicial de tal atualização, ferirá a finalidade que a ele subjaz – a recomposição monetária. Por isso é que, como decorrência da violação à igualdade, diante da ausência de previsão que autorizasse corrigir monetariamente créditos fiscais, as Cortes Superiores identificaram hipótese de enriquecimento sem causa do Estado e, como remédio, reconheceram o direito, de maneira excepcional.

Tendo em consideração os fundamentos basilares que conduziram e ampararam o posicionamento adotado pelas Cortes Superiores – isonomia e repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado –, pela possibilidade de correção monetária, mesmo sem previsão de lei, deve-se inafastavelmente tomá-los para justificar o termo inicial da incidência da correção monetária dos créditos não escriturais do contribuinte, como critério que neutraliza os efeitos negativos da violação a tais preceitos. Negar que a justificativa de fundo à atualização do direito

creditório reside na igualdade e no repúdio ao enriquecimento sem causa é afrontar fundamento principal da jurisprudência das Cortes Superiores. A respeito do tema merece destaque a oportuna doutrina de Sundfeld:

Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos, positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Em suma, é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. Do contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.

É preciso insistir nisso: citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a eles, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar: é soltar fumaça.<sup>277</sup>

É dizer, a análise a respeito do momento exato a partir do qual deve incidir a correção monetária, aos casos em questão, deve fundar-se, por coerência e adequação à jurisprudência firmada, no postulado da igualdade e no repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado. Dito isso, uma constatação exsurge lógica: a resistência ilegítima que autoriza a incidência da atualização monetária não poderia ser tida como a mora injustificada ou irrazoável do fisco em restituir o valor devido ao contribuinte, a despeito da tese que foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal. A resistência ilegítima que autoriza a incidência da atualização monetária, por coerência lógica e por decorrência dos julgados, deve ser considerada a quebra da isonomia e a caracterização de enriquecimento sem causa do Estado, que decorre da discrepância legal.

---

<sup>277</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 228-229.

Com isso quer-se dizer ao fim e ao cabo que a mora injustificada ou irrazoável do fisco em restituir o valor devido ao contribuinte é indiferente para fins do estabelecimento do termo inicial da correção monetária do crédito objeto de pedido de restituição, ressarcimento e compensação não amparado pela atualização monetária. Ela importa, tão-somente, para fins de verificação da ilicitude do ato administrativo por omissão.

Os fatores que influem para o estabelecimento da data inicial de incidência da correção monetária de créditos *não escriturais* do contribuinte são, nesses termos, o postulado da igualdade e o repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado e, portanto, eles é que justificam a fixação do respectivo termo *a quo*. Tendo em conta que, a partir do protocolo dos pedidos administrativos de restituição e de ressarcimento, os respectivos créditos já podem ser aproveitados pelo contribuinte e, que o transcurso de prazo, por mínimo que seja, representa corrosão da moeda frente à inflação, é certo dizer que o termo inicial da atualização monetária deve, necessariamente, coincidir com a data dos protocolos administrativos, sob pena de violação dos preceitos antes indicados: igualdade e repúdio ao enriquecimento sem causa.

Feitas tais considerações com relação à jurisprudência dos Tribunais, nos casos que importam para a análise da mora da atividade decisória da Administração Pública, deve-se partir para o exame da possibilidade de seu controle e respectivos parâmetros.

### **3.4 Parâmetros ao controle da mora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal**

#### **3.4.1 Meios que asseguram a celeridade processual e o artigo 24 da Lei 11.457/2007 como normas ao controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal**

A regra constitucional que assegura meios à celeridade processual consubstancia uma norma autônoma com relação ao enunciado do mesmo dispositivo que prevê a duração razoável do processo. A tal conclusão chegou-se a partir da ponderação dos elementos (e seus respectivos sentidos) que estão contidos em cada uma dessas normas e que apontam peculiaridades que as tornam inconfundíveis, ainda que possam manifestar uma correlação relativa entre si ou mesmo, que possam atuar de modo complementar uma com a outra.

A duração razoável do processo como princípio aponta para a necessidade de proporcionalidade entre o tempo do processo e o direito material a ser tutelado, à luz do devido processo legal e da segurança jurídica, por meio da promoção de práticas processuais adequadas que respeitem a complexidade da causa, a maturação das provas e, especialmente, que evitem dilações injustificadas ou reduções abruptas de prazo<sup>278</sup>. Quando a solução do objeto litigioso preservar o equilíbrio entre segurança jurídica frente à urgência da tutela, verifica-se que a razoabilidade da duração do processo foi alcançada no caso concreto e, sob tal circunstância, a atuação da celeridade é indiferente. Em sendo o tempo ordinário conferido ao processo com vistas a evitar dilações injustificadas ou reduções abruptas de prazo, a busca por meios que garantam a celeridade não se mostra recurso necessário e indispensável a todas as demandas, porque o princípio da razoabilidade da duração do processo supre delongas prejudiciais, prescindindo a celeridade processual. Por outro lado, quando a urgência é mais relevante à preservação da tutela do direito, sob pena de risco ao resultado útil do processo, deve-se buscar a celeridade da tramitação processual. Ainda que duração razoável e celeridade processual não se confundam, nada impede que atuem conjuntamente numa mesma causa. Por isso diz-se que a celeridade é um *plus* e mostra-se independente com relação ao princípio da duração razoável.

O direito aos meios que garantam a celeridade do processo judicial e administrativo assumem, de outro lado, a feição de uma regra constitucional veiculadora de claras noções de urgência e de rapidez que se podem extrair da qualidade daquilo que é *célere*. De seu enunciado vislumbra-se a descrição exata e decisiva a respeito da conduta que deve ser observada pelos destinatários, face a presença de um dever dedutível imposto ao Estado tendente à promoção e à disponibilização de meios que garantam a celeridade do processo (não mera *ordinariedade*). A assertiva decorre da premissa teórica estabelecida por ALEXY, que trata das liberdades não protegidas que decorrem dos direitos fundamentais, como normas permissivas explícitas ou implícitas. É que o conceito de normas permissivas, apesar de sempre ter apresentado problemas (deixa margem, por exemplo, ao pensamento formulado por Kant, de que uma ação que não está nem ordenada nem proibida, estaria simplesmente permitida, porque em não havendo

---

<sup>278</sup> MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 64.

quanto a ela nenhuma lei que restrinja a liberdade, tampouco existe dever), *não* implica afirmar que há ausência de qualquer proteção sobre a respectiva liberdade. Toda liberdade decorrente de direito fundamental existe em relação ao Estado e está protegida pelo menos por um direito de igual conteúdo. No caso da proteção positiva de liberdade frente ao Estado, a liberdade combina-se com o direito à uma prestação positiva, como antes já tratado e, portanto, autoriza o exercício de um direito fático, pelo seu titular<sup>279</sup>.

A regra que prevê o direito aos meios que garantam a celeridade processual também denota um importante aspecto da garantia constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva, por atuar como o *elemento urgência* indispensável à efetividade e, assim, traduzir-se como um direito fundamental em si mesmo, nas hipóteses em que o objeto principal do processo impõe a tutela célere. Como aspecto da tutela jurisdicional adequada e efetiva, a celeridade processual é promovida ao estado de um valor e está posicionada também como fator que contribui à promoção do direito fundamental à efetividade. Nessa condição, a celeridade processual consubstancia a categoria temporal que exprime a urgência indispensável à efetividade da tutela e sua atuação pode ocorrer tanto de modo repressivo como preventivo.

O importante de tudo isso é que a celeridade processual pode atuar tanto como um meio protetivo de outro direito, quanto como o próprio direito a ser preservado pelo processo, nas situações em que se mostra imbricada à efetividade da tutela jurisdicional. Como meio, a celeridade processual é um instrumento; decorre do inciso LXXVIII, e; entremeia-se com a medida processual de urgência. Como valor a ser protegido, figura como elemento do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva e, portanto, é o próprio fim buscado pelo processo, e não um seu instrumento.

O direito à tutela específica que reduza a espera indevida e confira celeridade ao andamento do processo administrativo-tributário quando é exercido pelo contribuinte titular de direito creditório frente ao Fisco representa, em última análise, a celeridade processual como *valor* a ser preservado pelo processo.

---

<sup>279</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 197.

Com o objetivo de alcançar o sentido da regra constitucional que assegura *meios* à celeridade processual e, de verificar a funcionalidade de sua atuação na defesa da celeridade como um *valor* em si mesmo, é que será examinada a relação que se estabelece entre aludida regra e a demora administrativa no processo administrativo-fiscal federal.

Inicialmente, deve-se destacar que a existência de um dispositivo de lei que vincule o agente administrativo à prolação de decisão no prazo máximo de trezentos e sessenta dias não implica, na prática, garantia ao direito fundamental da duração razoável do processo ou da celeridade processual, porque é frequente sua inobservância pelos agentes decisórios. A previsão legal do artigo 24 representa tão-somente uma presunção legislativa de que o prazo nele contido é razoável à análise de petições, defesas e recursos do contribuinte. Somente isso. É dizer, para que o princípio da razoável duração do processo no âmbito administrativo-tributário seja promovido, presume-se que a prolação de uma decisão, em trezentos e sessenta dias é suficiente. Caso assim ocorra, não há que se falar em desproporcionalidade ou irrazoabilidade da duração do processo tributário, na esfera da Administração Pública federal e, portanto, alcança-se o estado ideal de coisas que se buscava promover para, no final das contas, preservar-se o respectivo direito fundamental da duração razoável. A presunção legal de que é razoável a duração do processo administrativo-tributário por no máximo trezentos e sessenta dias não alcança, contudo, a celeridade processual, eis que os conceitos não se confundem. É dizer, a lei não presume que o prazo por ela definido implica na promoção do direito fundamental à celeridade processual.

Aqui já foi visto, de outro lado, que a inobservância do prazo máximo de trezentos e sessenta dias pela Administração federal configura ato *ilícito* que viola regra explícita e direito fundamental. Com isso, é possível formular uma distinção em função do marco legal representado pelo trecentésimo sexagésimo dia contado do protocolo de pedido, conforme o seguinte: a prolação de uma decisão em processo administrativo-tributário antes de esgotado o prazo de lei atende à duração razoável, e, portanto, está de acordo com o direito; a prolação de decisão em processo administrativo-tributário após ter escoado o prazo de lei, ou mesmo o transcurso *in albis* do prazo legal, dá-se com violação ao direito fundamental da duração razoável

e ao prazo legal, configurando, assim, a mora administrativa e o ilícito por omissão<sup>280</sup>.

Diante de tal formulação, poder-se-ia concluir que o exercício do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade processual estaria adstrito aos casos de contribuintes que observem pendência de julgamento administrativo em prazo igual ou superior a trezentos e sessenta dias, contados do respectivo protocolo, pois somente após o escoamento do termo final (tido como razoável) inaugurar-se-ia a contagem de um segundo lapso temporal que caracteriza a *mora* decisória. Antes de transcorridos os trezentos e sessenta dias, sob tal formulação, não corresponderia direito algum ao contribuinte titular de pedido administrativo pendente de decisão pois, frente ao prazo legal, não se configuraria a mora<sup>281</sup>. Seria dizer, sob tal raciocínio, que a *mora* administrativa poderia ser adotada como fundamento principal que distingue a existência ou inexistência do direito fundamental aos meios que assegurem a celeridade da tramitação do processo administrativo, no caso de que se ocupa o presente estudo. Portanto, sob tal formulação, o sentido da regra constitucional que assegura *meios* à celeridade processual, nos casos de processos administrativo-tributários federais sobre os quais pende uma decisão, estaria sujeito à configuração da mora e com ela manteria uma relação de dependência absoluta. Antes da configuração da mora, sob tal linha de pensamento, não haveria direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

Em linhas gerais, a formulação das assertivas anteriores justificar-se-ia caso a mora decorrente de ato ilícito representasse fundamento exclusivo para o exercício do direito aos meios que garantam a celeridade ao processo administrativo-tributário. Todavia, deve-se perquirir se a mora ilícita<sup>282</sup> consubstancia mesmo um fundamento *exclusivo* à adoção de medidas que visem a amparar a celeridade da

---

<sup>280</sup> Não é demais destacar que a atuação, pública e privada, permite práticas omissivas, de inércia e de mora. Na doutrina encontram-se exemplo de atos omissivos ilícitos, como é o caso de omissão submetida ao Judiciário, por titular de direito que buscou a emissão de pronunciamento mandamental a agente administrativo, no sentido de que agisse no sentido de uma conduta que lhe foi designada. BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 234-235.

<sup>281</sup> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há casos julgados que apontam que o Fisco deve ser considerado em mora (resistência ilegítima) somente a partir do término do prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias contado da data do protocolo dos pedidos de ressarcimento, nos casos em que é aplicável a Lei 11.457/07 (STJ, Primeira Seção, REsp 1.314.086/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02/10/2012, DJe: 08/10/2012).

<sup>282</sup> No caso em análise, a mora ilícita é a que se configura após passados trezentos e sessenta dias sem que tenha sido proferida decisão, nos termos do art. 24, da Lei 11.457/07.



tramitação processual. O que se quer destacar é a relevância na averiguação de uma outra formulação, qual seja, de que as dilações do processo administrativo-tributário federal, mesmo que por tempo *inferior* a trezentos e sessenta dias, autorizam o contribuinte ao exercício do direito fundamental assegurado a todos no âmbito judicial e administrativo aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

Nesse desiderato, estabelece-se uma primeira premissa, com vistas a evitar a inversão na ordem de elementos que merecem ser considerados, e, portanto, examina-se a questão tomando como ponto de partida o direito fundamental que assegura os meios à celeridade da tramitação processual - e não a partir da mora da Administração fazendária federal, tal qual antes formulado, hipótese na qual o direito em tela sujeitar-se-ia, inevitavelmente, à configuração ou não configuração da mora.

Feito isso, é possível traçar a segunda premissa, que diz respeito à natureza da regra constitucional que assegura os meios que garantam a celeridade da tramitação processual como direito fundamental. A partir dela, volta-se para o texto constitucional com vistas à identificação da eficácia que é atribuída a tal categoria normativa, no qual vislumbra-se expresso que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Apesar da clareza de tal preceito constitucional, verificou-se neste trabalho que a classificação tradicional das normas constitucionais quanto à eficácia não é unívoca com relação à possibilidade de aplicação imediata – direta e integral – de todas as normas constitucionais que definem direitos fundamentais, defendendo-se a existência, no mínimo, de uma graduação diferenciadora entre elas.

No presente estudo, afastou-se a possibilidade de classificação das normas que regem a duração razoável e a celeridade processual como meramente programáticas, na medida em que a abstração e a indeterminação de alguns de seus conceitos não implicam na produção dos respectivos efeitos, mas sujeitam-se à atividade de interpretação. Além disso, viu-se que as normas em questão consubstanciam o direito a prestações positivas por parte do Estado, bem como o dever implícito de disponibilização de meios que garantam os direitos fundamentais por ela veiculados<sup>283</sup>. Portanto, reconheceu-se a aplicação imediata e independente de lei, do direito à duração razoável do processo e, no que importa ao tópico, a

---

<sup>283</sup> Vide tópico 2.2.4.

aplicação imediata e independente de lei do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

No âmbito da interpretação das normas que asseguram a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade processual, tendo em consideração que o enunciado constitucional contempla duas normas distintas, a razoável duração do processo assume a posição de princípio, por descrever um estado ideal de coisas a ser perseguido, ao passo que o direito aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, por conter descrição da conduta que deve ser adotada pelos seus destinatários, consubstancia natureza de regra constitucional, manifestando, assim, maior resistência contra a superabilidade (cuja ocorrência restringe-se às situações de demonstração de incompatibilidade entre a sua hipótese e a finalidade que lhe é subjacente - celeridade processual - e, às situações em que comprovadamente o seu afastamento não provoque expressiva insegurança jurídica)<sup>284</sup>.

Neste ponto, o direito fundamental que assegura os meios que garantam a celeridade no processo judicial e administrativo, como regra que orienta a adoção de condutas pelo Estado, no sentido de promover a urgência processual como um fim em si mesmo, exsurge com potencial suficiente para atuar isoladamente sobre as situações em que é verificada a demora decisória da Administração Pública – seja por prazo aquém, seja por prazo além da marca legal. É que a pretensão de uma tutela específica que imprima urgência à tramitação de processo administrativo-tributário de iniciativa do contribuinte, e que envolva direito creditório seu, representa, em última análise, a celeridade processual como o *valor* que deve ser tutelado pelo direito e, portanto, confunde-se com o próprio objeto pretendido. Recusar urgência, quando ela consiste fim único ou principal, comprovado no processo, configura violação direta à efetividade constitucionalmente prevista.

O destaque que se faz importante, com relação à assertiva acima, diz respeito à possibilidade de caracterização da mora da atividade decisória antes de ser alcançado o trecentésimo sexagésimo dia contado do protocolo do respectivo pedido, defesa ou recurso do contribuinte.

Com efeito, em sendo o período de trezentos e sessenta dias considerado por lei como razoável à duração do processo administrativo-tributário, a prolação de

---

<sup>284</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 128.

decisão administrativo durante o seu interregno não promove *ipso facto* a celeridade processual, já que se tratam de categorias distintas. Na prática, muito antes do decurso do prazo legal do artigo 24, configuram-se hipóteses cuja indefinição dos processos administrativo-tributários viola direitos e, portanto, impõe ao contribuinte buscar meios que propiciem imprimir celeridade à prolação de decisão em pedidos de restituição, ressarcimento e compensação. Exemplo nítido e bastante recorrente são as situações de contribuintes que mantém relevantes parcelas a pagar em parcelamentos de tributos federais e que, por motivos de crise financeira, política ou de entressafra na atividade produtiva ou comercial, deparam-se com insuficiência de caixa para pagamento das despesas ordinárias e do parcelamento de débitos de tributos federais assumido. O agravante de tal problema é que a ausência do recolhimento das parcelas, ao Fisco federal, invariavelmente consubstancia causa de rescisão dos programas de parcelamentos, circunstância em que os débitos parcelados tornam-se exigíveis imediata e integralmente e, por isso, o contribuinte depara-se com o prosseguimento da cobrança dos débitos anteriormente parcelados<sup>285</sup>.

Nesse contexto, ao lado dos contribuintes que, por força de suas atividades, não apuram saldo credor a ser oposto frente ao Fisco, encontram-se contribuintes que, dada a natureza de suas operações, mantêm pedidos de restituição, ressarcimento e compensação oponíveis ao Fisco, em montantes suficientes à reversão do quadro regressivo. A questão é que, muitas vezes, para estes contribuintes, ainda pende uma decisão sobre o direito creditório subjacente. Em tais circunstâncias, a obrigatoriedade na prolação de uma decisão administrativa, sem sombra de dúvidas, assume caráter emergencial, sob o ponto de vista do contribuinte, mesmo quando não tenha escoado o lapso de trezentos e sessenta dias<sup>286</sup>.

---

<sup>285</sup> Como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o parcelamento do contribuinte deve se manter regular, até que sejam extintos os débitos parcelados, sob pena de prosseguimento da cobrança.

<sup>286</sup> Não se pode esquecer que a obrigação de pagar tributos é muito representativa se comparada às demais obrigações a que o contribuinte está sujeito, de modo que administrar créditos e débitos tributários implica diretamente na saúde da empresa. De modo semelhante, é a lição de James Marins: “O contribuinte que não atender ao mercado, viciado no risco da inadimplência fiscal, sofre a pena do perecimento da atividade empresária. Naturalmente, tal quadro favorece ou torna imprescindível a adequada gestão fiscal, pois o ambiente tributário hostil eleva a importância desta medida a tal ponto que o planejamento torna-se, não raras vezes, o diferencial entre a extinção de uma empresa e a sua manutenção”. MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009, p. 35.

É que, ao dispor sobre um prazo máximo obrigatório à prolação de decisão administrativa, a lei deu margem à discricionariedade das autoridades do processo administrativo-fiscal para laborar na respectiva decisão em prazo mais curto. A regra, deve-se grifar, é de que os pedidos não devem ultrapassar trezentos e sessenta dias sem que sobre eles tenha sido proferida uma decisão. A discricionariedade para decidir antes do termo final não exime (e sim vincula) que os agentes decisórios busquem a melhor decisão administrativa – cuja atividade inclui inevitavelmente eleger qual o momento mais apropriado para a conclusão dos pedidos do contribuinte - entre o primeiro e o trecentésimo sexagésimo dia.

A atividade discricionária dos agentes administrativos com competência para decidir sobre o direito creditório do contribuinte está vinculada ao ordenamento normativo como um todo, aos seus princípios e regras constitucionais, tais como a eficiência, moralidade, razoabilidade, direito à duração razoável e, especialmente, aos meios que garantam a celeridade processual e, portanto, durante o interregno legal, a Administração pode e deve pronunciar-se, sem que as preferências e prioridades internas representem óbice oponível frente ao melhor exercício de discricionariedade da lei.

Outro aspecto que merece ser lembrado é a destinação da regra constitucional que assegura os meios à celeridade da tramitação processual, tal qual foi explicitado por Marinoni, quando examinou os preceitos do inciso LXXVIII<sup>287</sup>. Com efeito, os direitos fundamentais ora em questão projetam seus efeitos sobre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de modo que as autoridades competentes para a análise de pedidos do contribuinte não podem se furtar de tal vinculação direta à norma constitucional, sob o véu da discricionariedade que antecede o marco dos trezentos e sessenta dias ou escudados em prioridades internas, notadamente nas situações em que a demora na apreciação possa prejudicar tanto o interesse público como o particular, como é a hipótese dos contribuintes que mantêm vultuosos créditos pendentes de análise sem poder fazer frente ao crédito tributário exigível e de mesma natureza. Não é demais lembrar, ainda, que os créditos fiscais do contribuinte, em sua grande maioria, não possuem previsão legal que implique na sua atualização monetária. O mesmo não se pode dizer com relação ao crédito tributário.

---

<sup>287</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 27-28.

Assim, tomado por base as formulações anteriores, lançadas em auxílio do objetivo proposto, verifica-se que (1) a regra constitucional assecuratória dos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo - *in casu*, do processo administrativo-tributário decorrente de pedidos de iniciativa do contribuinte -, consiste em suporte legítimo para a promoção da celeridade processual como um fim em si mesmo a ser tutelado pelo direito e, portanto, pode e deve atuar diretamente nos casos em que comprovadamente há urgência ou risco ao resultado útil nos pedidos de restituição, ressarcimento ou compensação do contribuinte pendentes de apreciação por um dia ou por trezentos e sessenta dias, a partir do protocolo, lado a lado com (2) a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, que prevê a obrigatoriedade de decisão no prazo máximo (gize-se, *máximo*) de trezentos e sessenta dias, compreendido como o período em que a Administração Pública da esfera federal possui discricionariedade para eleger a melhor entre as possíveis decisões e, para cuja atividade, deverá eleger o momento oportuno para decidir no processo, entre o primeiro e o trecentésimo sexagésimo dia, sob pena de violação à direito fundamental e à lei federal. Nesses termos, o escoamento, ou não, dos trezentos e sessenta dias previstos por lei é indiferente para fins da atuação do direito fundamental que assegura meios em garantia da celeridade processual nas hipóteses em que a decisão a respeito do direito creditório do contribuinte alcançar relevância e urgência tal, que a mera razoabilidade da duração do processo não as proteja.

Dito isso, deve-se analisar a respeito dos meios propriamente ditos pelos quais o contribuinte pode buscar a tutela específica. É o que se passa a fazer.

### **3.4.2 Controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal por meio de medida judicial**

Tomando como ponto de partida o sentido que pode ser extraído do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo administrativo-tributário de iniciativa do contribuinte, reconheceu-se a possibilidade de resguardar o interesse do particular nas situações em que a celeridade processual confunde-se com o próprio direito tutelado pelo processo - cuja decisão a respeito do direito creditório assume caráter prioritário e emergencial, em função do conjunto de circunstâncias que envolve a relação do contribuinte com o Fisco, como

é exemplo o caso do particular que mantém simultaneamente crédito e débito fiscal perante o ente tributante da esfera federal.

Em função disso, verificou-se que o direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo administrativo-tributário de iniciativa do contribuinte pode atuar de modo direto para a solução de pendência administrativa, enquanto ainda não transcorridos trezentos e sessenta dias do protocolo de petições, defesas ou recursos do contribuinte, haja vista que, em tal período, comporta a atividade discricionária do agente da Administração para eleger, entre outros, o momento mais oportuno para a conclusão de processos a si submetidos, tomando em consideração, quando for o caso, as questões comprovadamente demonstradas pelos particulares que impliquem atenção prioritária. A medida para a atuação do direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo administrativo-tributário de iniciativa do contribuinte deve ser buscada na própria relação que se estabelece entre o contribuinte e o tempo, sob a perspectiva da natureza biológica transitória do primeiro (em contrapartida da perenidade biológica do Estado) e à luz dos conceitos de tempo que foram inicialmente tratados, mediante o exercício de ponderação do *peso* do tempo para o atingimento do objetivo proposto pelo processo.

Dito isso, questão que surge concomitante, e que se pretende enfrentar neste tópico, diz respeito à possibilidade ou impossibilidade de controlabilidade do ato discricionário por meio da atividade jurisdicional.

Antes de brevemente examiná-la, contudo, não se pode esquecer que a concepção da ideia de controle dos atos administrativos, sob a ótica da divisão de poderes e da conformidade funcional, traz em seu bojo o problema da subtração da liberdade legislativa pelo Judiciário, para cuja solução vislumbra-se relevante esforço teórico, face a complexidade na atividade de estabelecer limites à cada uma das esferas constitucionais<sup>288</sup>. No que importa ao objeto ora desenvolvido, tem-se como nítidas a separação entre Executivo e Legislativo e entre Executivo e Judiciário, sendo, a última, fundamento para o dogma de não serem controláveis os atos administrativos pelo Judiciário e, também, fundamento para as não poucas alusões

---

<sup>288</sup> A respeito do princípio de interpretação constitucional da divisão de poderes e da conformidade funcional, vide item 2.3.2.

à feição de *imunidade*<sup>289</sup> do ato administrativo ou “imunização decisória dos órgãos do Poder Executivo”<sup>290</sup>. A respeito, sabe-se que por muito tempo vingou no Brasil a ideia de que não cabia ao Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade), pois:

(...) os limites do controle judicial começavam onde se iniciava o mérito ou o merecimento do ato administrativo – expressões tomadas de empréstimo ao direito italiano, mas que deitaram raízes sólidas no nosso direito – não se permitindo que o exame se estendesse aos aspectos da conveniência ou oportunidade.<sup>291</sup>

A doutrina remonta os primórdios da República brasileira - quando o ordenamento abarcava norma<sup>292</sup> impeditiva da revisão judicial quanto ao *merecimento* do ato administrativo, tido pela sua conveniência ou oportunidade, bem como restringia o pronunciamento de ilegalidade do ato administrativo discricionário aos casos de incompetência da autoridade administrativa ou, excesso de poder<sup>293</sup>. Pode-se dizer que resíduos deste conceito ainda remanescem na doutrina contemporânea em alguma medida tendo sido, porém, enfrentada a questão sob outros e novos aspectos:

Há tempos que não mais se discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, repousando a discussão dos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle. De fato, sendo a margem de discricionariedade um poder jurídico, passou-se a entender que o controle jurisdicional é sempre possível, ainda quanto a atos ditos

<sup>289</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública (O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa). São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 41-42 e; MAFFINI, Rafael. Direito Administrativo. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

<sup>290</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 14.

<sup>291</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 181.

<sup>292</sup> Lei 221, de 1894, art. 13, § 9º. *Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor. a) Consideram-se illegaes os actos ou decisões administrativas em razão da não applicação ou indevida applicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-ha em razões juridicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade; b) A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/1851-1900/L0221.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/1851-1900/L0221.htm)> Acesso em: 11 fev. 2016.

<sup>293</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Op. cit., p. 181.

discricionários, sendo a questão antes de intensidade e critérios da sindicância.<sup>294</sup>

O entendimento manifestado desde cedo pelo Supremo Tribunal Federal (antes dos anos 60) proclamava como limites ao controle judicial dos atos administrativos, aqueles que traçavam contorno ao mérito do ato, restando saber o que consubstanciava, afinal, o mérito do ato administrativo<sup>295</sup>. Contudo, sabe-se que a tarefa de definir os limites do mérito do ato administrativo ou, mais recentemente, os limites do poder discricionário, pressupõe o exame dos elementos que devem ser ponderados pelo intérprete<sup>296</sup>.

Acompanhando a evolução internacional de origem francesa, o Brasil reconhece a teoria do desvio da finalidade por meio da qual a discricionariedade dos atos administrativos passa a consubstanciar um dever de atender à finalidade da lei e, portanto, sob tal critério, torna-se possível o seu controle jurisdicional, chegando-se a referir que o “exame da finalidade ‘quase chega ao mérito’”<sup>297</sup>. A evolução não para por aí. O estudo da controlabilidade dos atos administrativos pelo Judiciário avança no sentido mais recentemente adotado da “teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo”<sup>298</sup>. Sob a referida teoria, os motivos eleitos pelos agentes públicos<sup>299</sup> consubstanciam elemento

---

<sup>294</sup> BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 201.

<sup>295</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Op. cit., p. 182.

<sup>296</sup> Entre os elementos que devem ser considerados: “o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou, etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discricionário dos agentes administrativos”. SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 183.

<sup>297</sup> Seabra Fagundes, apud BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 203.

<sup>298</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 206.

<sup>299</sup> No que tange aos motivos eleitos para a atuação administrativa, não é demais referir que a doutrina reserva, ainda, significativa contribuição quanto ao tema da *moralidade administrativa*, traçando distinção entre suas feições que, a par de terem sido concebidas no direito francês, a partir do conceito de desvio de finalidade, apresentam categorias normativas distintas, as quais, no Brasil, estão constitucionalmente previstas no inciso LXXIII, do art. 5º e no art. 37, *caput*, e que, respectivamente, podem ser compreendidas como: a ideia de moralidade originalmente desenvolvida na França, que não vincula um princípio jurídico e confunde-se com a legalidade substancial ou interna do ato administrativo; e, a ideia de moralidade que veicula um princípio e fonte normativa da consagração da boa-fé, confiança, dever de probidade e honestidade. Tais categorias, contudo, não foram abordadas sob o ângulo da discricionariedade administrativa. A esse respeito, GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública (O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa). São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 35 e 40 (nota 2).



objetivo para o exame de validade do ato, em face a lei e ao Direito, e conforme a noção de juridicidade – a qual, contudo, não compõe o escopo do presente estudo.

A doutrina contemporânea auxilia no seguinte sentido:

Em suma, seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle *do* mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas; poderá, contudo, fazer o controle *no* mérito administrativo, no sentido de que está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que para isso tenha de analisar a escolha que foi realizada pela Administração Pública.<sup>300</sup>

No que diz respeito ao controle judicial dos atos administrativos que decorram da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, verifica-se tendência a respeito de admiti-lo, na medida em que este controle envolve, no final das contas, uma “questão de interpretação jurídica (não de escolha administrativa)”<sup>301</sup>.

Sob outro enfoque, a questão que envolve a controlabilidade do ato discricionário pelo Poder Judiciário ganha contornos relevantes quando são ponderados os direitos fundamentais à luz da sua dimensão processual. Sob tal linha de pensamento, e a partir de sete exemplos que representam casos da vida jurídico-constitucional portuguesa, José Joaquim Gomes Canotilho<sup>302</sup> busca demonstrar que, apesar da riqueza de direitos fundamentais previstos pela Constituição portuguesa de 1976, não se pode dizer que “corresponde uma estrutura procedimental/processual adequada e eficaz para conferir plena realização prática a esses direitos”. Para o autor português, em que pesem os impulsos teóricos que sustentam a imbricação material do procedimento/processo com os direitos fundamentais, há necessidade de a dogmática dos direitos fundamentais assumir-se como “política de direitos fundamentais processualmente concretizada ou a concretizar pelo Estado de prestações”. Em função disso, a “participação *no* e

---

<sup>300</sup> MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66.

<sup>301</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>302</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit Procedimental, *in* Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 69-84.

*através* do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”<sup>303</sup>.

Tomam-se dois dos exemplos citados pelo mestre português: no primeiro, um dirigente partidário pretende realizar um comício na praça pública de um determinado município, como exercício dos direitos fundamentais de propaganda eleitoral e de liberdade de expressão. Porém, o governador civil, sem outros motivos senão que a inimizade, dá ordem à polícia tendente a impedir a atividade político-partidária. No segundo exemplo, uma associação sindical enviou seus estatutos para registro junto ao Ministério do Trabalho e, demais publicações, nos termos de lei, de modo a iniciar suas atividades sindicais. Porém, como forma de recusa disfarçada, o Ministério mantém-se inerte nas suas funções, inconstitucionalmente.

Tais exemplos sugerem a necessidade de intervenções processuais ou procedimentais “indispensáveis a uma proteção jurídica temporalmente adequada”, por meio da qual o cidadão pretende uma abstenção dos poderes políticos, em relações que se estabelecem no plano vertical entre os poderes públicos e os cidadãos<sup>304</sup>. A partir de tais considerações, Canotilho procura definir, conformar e ordenar a dimensão processual dos direitos fundamentais, mediante a proposição de soluções para seus próprios exemplos. No primeiro, sugere a necessidade de criação de uma ação constitucional de garantia perante os tribunais ordinários, comuns ou administrativos, caracterizada pela prioridade e celeridade do processo e, em termos de direito comparado, recomenda que se examine com atenção o instituto do mandado de segurança consagrado pelo direito constitucional brasileiro<sup>305</sup>. No que tange ao segundo exemplo, ao qual se refere como *aplicabilidade direta dos direitos, liberdades e garantias e recurso contencioso administrativo*, pela qual o sindicato se depara com a “mão invisível da inércia da administração”, a proteção jurídica material processual satisfatória ensejaria mais de uma alternativa: a publicação direta do estatuto do sindicato, perante órgão oficial, por impulso do próprio sindicato prejudicado; a ação para reconhecimento do direito ou interesse legítimo previsto no art. 69 e seguintes, da lei de processo nos tribunais administrativos, ou; finalmente, recorrer contra o ato ilegal do Ministério do Trabalho,

---

<sup>303</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit Procedimental, in Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 73-74.

<sup>304</sup> *Ibidem*, p. 76-77.

<sup>305</sup> *Ibidem*, p. 79.

quanto à recusa da publicação, e em função da inconstitucionalidade decorrente da intervenção administrativa como condição ao início da atividade sindical<sup>306</sup>.

Tendo em vista as amplas perspectivas a respeito da ideia de uma conexão entre os direitos fundamentais e o procedimento, e as cautelas a ela relativas, indicadas por F. Ossenbühl e H. Bethge, à luz da dimensão procedimental da aplicação dos direitos fundamentais, leciona ALEXY:

*No obstante, ninguno de los dos autores rechaza una interpretación de las disposiciones de los derechos fundamentales (también) a la luz de la idea del procedimiento. Lo que se exige son diferenciaciones, exigencia con la que debe estarse de acuerdo. Tanto con la idea del procedimiento, que tiene una importancia para la filosofía práctica y para la teoría del derecho, como con los derechos fundamentales, se trata de cosas tan variadas y complejas, que una simple aplicación de la idea del procedimiento a los derechos fundamentales conduce, en mejor de los casos, sólo a resultados triviales<sup>307</sup>.*

Sob outro vértice, José Casalta Nabais desenvolve importante linha de raciocínio que parte da superação da ideia de que o *imposto* não deve ser considerado como uma simples relação de poder entre Estado e cidadãos<sup>308</sup>, na qual o Estado está legitimado a impor exigências e, os cidadãos devem suportá-las, para então desenvolver a ideia de que esta relação deve ser considerada como um contributo indispensável à convivência comum e próspera entre os membros da sociedade. Sob tal perspectiva, no que interessa ao ponto, o mestre português aponta para o estado fiscal contemporâneo como sendo aquele que é compreendido como um estado financeiro, cujas necessidades materiais são supridas por meio de pagamentos realizados em seu favor, ou seja, dinheiro, mas, também, reconhecendo que em nossos dias ainda se identificam estados que configuram “verdadeiros estados proprietários, produtores ou empresariais”<sup>309</sup>. A análise é desenvolvida à luz do dever fundamental de pagar impostos, com vistas a provocar

---

<sup>306</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit Procedimental, in Estudos sobre Direitos Fundamentais. Coimbra : Coimbra Editora, 2004, p. 81-82.

<sup>307</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007, p. 1417-418.

<sup>308</sup> Também a respeito desta relação entre Estado e cidadãos, no sentido de que o direito tributário nasce *em face do poder*, referiu-se a doutrina de James Marins, em nota de rodapé 239.

<sup>309</sup> NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos : contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra : Almedina, 2015, p. 185, 191-192.

a reflexão sobre a possibilidade de eleição de uma via adequada que possibilite a “autorresponsabilidade” dos cidadãos ao seu sustento e subsistência, contudo, apresenta importante colaboração no sentido da compreensão da figura do estado fiscal, e da sua função de atuar conjuntamente com os cidadãos. Toma-se a colaboração de Nabais, no presente trabalho, como fundamento para um direito que é inerente aos cidadãos, correspondente à exigência de prestações por parte do estado, numa relação que, por assim dizer, deve ser considerada via de mão dupla, especialmente no que diz respeito à prestação de direitos fundamentais.

Nesses termos, seja sob o enfoque da chamada dimensão intrínseco-processual dos direitos fundamentais, seja sob a ótica de que o Estado é também devedor de prestações aos particulares, a doutrina colabora para a compreensão da questão da controlabilidade judicial do ato administrativo, notadamente no que toca à concretização dos direitos e garantias fundamentais que lhes suportam, e, portanto, deve mais promover a sua concretização do que opor resistência, sob o manto da ilegitimidade do Judiciário.

Sob a tônica de que é melhor prevenir do que remediar, José Carlos Barbosa Moreira ingressa no ponto específico das medidas de que dispõem os particulares em defesa de lesão ou, de risco de lesão decorrente de ato administrativo: “o processo brasileiro dispõe de prestimoso instrumento desse tipo, em se tratando de relações de direito público: o mandado de segurança, constitucionalmente garantido, é utilizável (e utilizado com freqüência) em caráter *preventivo*, por quem tenha ‘justo receio’ de sofrer violação, resultante de ilegalidade ou abuso de poder, ‘por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerce”<sup>310</sup>.

Tratando do controle dos atos administrativos, Paulo Henrique dos Santos Lucon defende a possibilidade de limitação de ato administrativo que violar as bases do Estado liberal democrático, consoante passagem colacionada a seguir:

Mas esse controle não se restringe apenas a normas infraconstitucionais: o princípio amplo e vago do *due process of law*, pelo seu aspecto substancial, estará violado quando decisão administrativa violar as bases do Estado liberal democrático. Como decorrência natural, haverá violação da norma constitucional que tutela tal princípio.

---

<sup>310</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1931. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de Direito Processual : terceira série – São Paulo : Saraiva, 1984, p. 41.

É importante destacar, nesse contexto, a ampliação da garantia do controle jurisdicional no que concerne aos limites de censurabilidade dos atos administrativos por parte dos órgãos jurisdicionais. Embora a cláusula do devido processo legal e a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional estejam há tempos no direito constitucional brasileiro, os juízes vêm colocando um *ponto final* nessa divisão até então intocável entre os *aspectos legais do ato administrativo* – que podem ser examinados pelo Poder Judiciário (Súmula 473 STF) – e o *mérito do ato* – exame que a previsão constitucional da separação dos Poderes do Estado não autoriza. A tendência de fazer com que os órgãos jurisdicionais cheguem bem próximos ao mérito do ato administrativo é clara (p. ex., nova análise de toda a prova produzida no processo administrativo), ampliando sensivelmente a sua órbita de controle. Isso significa, em síntese, reduzir os conflitos até então não submetidos à análise dos órgãos jurisdicionais, ampliando sua atuação.”<sup>311</sup>

Na seara do direito administrativo, em trabalho que versa sobre os efeitos jurídicos do silêncio, André Saddy observa que “diante de casos de discricionariedade administrativa, ocorrendo silêncio sem haver qualquer estipulação dos efeitos deste, estará o administrado obrigado a socorrer-se do Judiciário tão somente para obter a pronúncia administrativa e, a partir do resultado obtido, encetar-se nova lide judicial”<sup>312</sup>.

No campo específico do direito processual administrativo-tributário, James Marins aponta para o fortalecimento dos poderes judiciais no controle dos atos administrativos em matéria tributária. Sob tal aspecto, os procedimentos céleres, tais como mandado de segurança, medidas cautelares ou antecipatórias de tutela, serviriam de proteção contra os desvios na atividade administrativa, seja de fiscalização, lançamento ou solução de conflitos tributários em processo administrativo. Para o professor de direito processual tributário, o direito à tutela jurisdicional, muito mais do que caracterizar uma ampliação nas atribuições do

---

<sup>311</sup> LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial e Efetividade do Processo, *in* MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008, p. 282.

<sup>312</sup> SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 20, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-20-outubro-2009-andre-saddy.pdf>> Acesso em 07 mar. 2017.

Judiciário, deve garantir efetividade da tutela judicial, quando se trata do controle de atos administrativos (comissivos ou omissivos) praticados no âmbito do processo administrativo-fiscal:

O princípio da “garantia jurisdicional”, posicionado com gala por Valdés Costa, ao lado do princípio da legalidade e da isonomia em matéria tributária, deve ser compreendido não como a ampliação da competência do Poder Judiciário na apreciação das lides tributárias (especialmente no que concerne à aplicação de penalidades) com correspectiva exclusão da competência dos órgãos tributários administrativos, mas deve ser compreendido como um princípio que assegure a efetiva tutela judicial do contribuinte, notadamente no controle dos atos da Administração tributária inclusive – e especialmente – dos seus atos destinados à solução do conflito fiscal deduzido administrativamente pelo cidadão-contribuinte, daí deduzindo-se o princípio fundamental da tutela jurisdicional efetiva em matéria tributária.<sup>313</sup>

Tendo em consideração tais premissas teóricas que, sob distintas perspectivas, apontam para um forte consenso a respeito do tema, no sentido de reconhecer a legitimidade da atividade de controle do ato discricionário pelo Poder Judiciário, às quais se acresce o repúdio à resistência ilegítima eventualmente oposta pelos agentes decisórios, na sua atividade de decidir pedidos de restituição, ressarcimento e compensação formulados pelo contribuinte, quanto forem demonstradas justificativas suficientes à priorização de uma situação urgente, em lugar das preferências cronológicas impostas pela própria Administração Pública, que levam em consideração critérios que atendem muito mais aos interesses arrecadatários, do que às questões críticas e urgentes, sob o ponto de vista do cidadão, como é o exemplo de contribuintes que acumulam vultuosas parcelas em aberto de uma dívida tributária para a qual, há créditos fiscais a abater, é que se impõe reconhecer a via do controle judicial.

Neste contexto normativo, cujo vértice reside na Constituição Federal, dessume-se legítima a atuação preventiva do contribuinte que mantém pedido administrativo perante autoridades julgadoras da Administração Pública federal, no sentido de obter segurança contra o ato coator a direito líquido, certo e fundamental

---

<sup>313</sup> MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 76.

à celeridade processual no âmbito do processo fiscal, caracterizado pela demora ou pelo risco de demora à prolação de decisão dentro do prazo legal previsto pelo artigo 24, da Lei 11.457/2007, quando demonstrado que a demora na atividade decisória afeta prejudicialmente as condições regulares ao andamento das atividades sociais, industriais e comerciais, consubstanciando *conformidade com o direito* a concessão de tutela preventiva - mesmo antes de transcorridos trezentos e sessenta dias do protocolo -, com vistas a impedir a configuração de ato ilícito e, ao fim e ao cabo, promover a efetividade da tutela jurisdicional e a isonomia.

### **3.4.3 Controle da demora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal por meio de medida legislativa**

Na obra de Zavascki, as fontes legislativas e as judiciais são identificadas como soluções para as situações de conflito entre direitos, sendo atribuída à via legislativa a incumbência de solucionar divergências e tensões previsíveis, “sempre que for possível intuí-los à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos”. De tal ilação, extrai-se a eventual impotência de a via legislativa solucionar o conflito intuído, na medida em que o mundo dos fatos apresenta situações não imaginadas pelo legislador – hipótese na qual entra em ação a via judicial<sup>314</sup>.

No que diz respeito à mora na atividade decisória em processo administrativo-tributário federal, deve-se perquirir sobre a adequação e a eficácia do ordenamento legal positivado, como parâmetro de controle. Ao longo das linhas anteriores, viu-se que a ordem atual contempla a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, que prevê um prazo para a prolação de decisões em processo administrativo-tributários federais, sem, contudo, estabelecer uma sanção para o caso de descumprimento. Além disso, viu-se que o ordenamento legal, em linhas gerais, não prevê a correção monetária de créditos do contribuinte para boa parte dos pedidos de restituição, ressarcimento e compensação. Nesse contexto, identificam-se inúmeras situações de demora na atividade decisória sobre o direito creditório do contribuinte, para além do prazo de trezentos e sessenta dias, o que representa ato ilícito e, também, é prejudicial à manutenção das atividades sociais regulares, seja em função da defasagem monetária, seja em função da urgência justificada sob a ótica do contribuinte. Por

---

<sup>314</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela – São Paulo : Saraiva, 1997, p. 62.

tais motivos, não raros são os casos de polarização judicial, em função da irresignação manifestada pelos particulares.

Diante deste quadro, seria possível reconhecer que o ordenamento legal está ajustado às divergências que advêm da problemática que encerra o objeto do presente trabalho? Estaria o ordenamento em vigor produzindo os seus devidos efeitos no que toca à solução de conflitos de direitos?

Parece que a previsão legal que indica prazo máximo à prolação de decisões em processos administrativo-tributários federais representa certo avanço no sentido da redução de atritos. Contudo, não soluciona satisfatoriamente as situações de divergência que, por conta disso, acabam sendo submetidas à via judicial. É dizer, em sendo identificado o problema da demora na prolação de decisões no âmbito administrativo-tributário federal, que repercute diretamente na defasagem monetária dos créditos do contribuinte, caberia às casas legislativas suprimirem as lacunas e estabelecerem solução aos casos da espécie, em nome do postulado da igualdade e do repúdio ao enriquecimento sem causa do Fisco.

Como alternativa legal ao problema da ausência de previsão legal que autorize a atualização monetária do crédito do contribuinte, deveria haver regulamentação que permitisse igualar contribuintes e o Fisco, no que toca à permissão de atualização monetária, pelos mesmos índices, e a partir da data da sua constituição como crédito restituível, ressarcível ou compensável. A ausência de tal previsão configura omissão legislativa que vem contra os interesses dos particulares e da sociedade como um todo, mormente porque não reduz o volume de litígios acerca de tal objeto e representa o desinteresse na promoção de importante postulado constitucional<sup>315</sup>.

De qualquer sorte, acredita-se que é possível às medidas legislativas exercerem controle sobre a mora na atividade decisória da Administração Pública federal, mediante a equiparação de condição entre os sujeitos da relação tributária, no que pertine à reposição da moeda, cuja supressão terá o efeito de reduzir os impactos negativos da demora, de promover a igualdade e o repúdio ao

---

<sup>315</sup> “Às vezes, a própria Justiça Pública estimula indiretamente o número de litígios, rejeitando mecanismos legais que dissuadem o ingresso em juízo”. ASSIS, Araken. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil, *in* FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204



enriquecimento sem causa do Erário e, quiçá, de reduzir o tempo de espera na análise de pedidos de restituição, ressarcimento e compensação.

#### **3.4.4 Responsabilidade pelos prejuízos causados nos casos de demora na atividade decisória em pedidos administrativo-tributários do contribuinte**

A responsabilidade do Estado foi objeto da legislação brasileira, pela primeira vez, no Código Civil de 1916 e, posteriormente foi introduzida no texto constitucional de 1934. Atualmente está prevista entre as disposições gerais da Administração Pública, que rege a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado, por danos causados a terceiros, decorrentes de atos praticados por seus agentes. Trata-se da consagração da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, que consiste, na lição de Couto e Silva, em:

(...) qualquer ação ou omissão de agente do Estado ou de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos que gere danos a terceiros, desde que proceda o agente nessa qualidade, ou seja, como órgão da entidade a que serve.<sup>316</sup>

Para a configuração da responsabilidade do Estado, deve-se estabelecer um nexo de causalidade entre o ato ou a omissão administrativa e o dano, dispensando-se investigar a existência de culpa do agente administrativo. Neste caso, o dano deve ser indenizável, ou seja, aquele “que não é, por exemplo, incerto ou eventual”<sup>317</sup>.

Tratando de modo específico sobre a responsabilidade objetiva em face do processo administrativo, Egon Bockmann Moreira considera que ela pode decorrer de três situações: “instalação, condução e decisão”. É dizer, “atividades processuais específicas, cujo desempenho irregular pode dar margem a prejuízos aos particulares” e, neste caso, “a responsabilidade é objetiva, deriva puramente do nexo entre o *facere* (ou *non facere quod debeat*) e o dano dele resultante”<sup>318</sup>.

Em sendo a instalação do processo administrativo de iniciativa do contribuinte, na espécie em exame, não há que se perquirir quanto à conduta da administrativa, pois ela é indiferente. O mesmo não se pode dizer com relação à condução e à decisão no processo administrativo, que decorrem do impulso da

---

<sup>316</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015, p. 315.

<sup>317</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>318</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 119.

Administração. Para Moreira, a atividade administrativa de condução processual não pode ficar atrelada a manifestações formais do particular, mas sim, deve-se voltar para a sequência correta e prática de atos, evitando procedimentos protelatórios, pois “o sobrestamento indevido do processo implica abuso de poder por omissão”<sup>319</sup>. No que diz respeito à decisão propriamente dita, revela-se a dificuldade para a apuração da responsabilidade objetiva do Estado, notadamente quando se trata de decisão discricionária pelo agente decisório:

Já a responsabilidade objetiva em face de atos discricionários exige investigação mais profunda. Em primeiro momento, nítida é a responsabilidade *vinculada ao tempo para a prática do ato*. Havendo previsão legal dos termos inicial e final da conduta administrativa, pouco importa a natureza jurídica do ato. Discricionário ou vinculado, *deve ser praticado no prazo de lei*.<sup>320</sup>

Nesse contexto, exsurge a possibilidade de caracterização de dano indenizável ao contribuinte, como decorrência da demora na prolação de decisão administrativa em pedidos de restituição e de ressarcimento. É que, em sendo a demora na decisão administrativa causa inevitável do tardio reconhecimento do direito creditório do contribuinte e, conseqüentemente, do atraso na restituição ou ressarcimento do crédito nas hipóteses em que há saldo credor deferido sem previsão de aplicação da correção monetária no creditamento, verificou-se a caracterização de prejuízo monetário, caso o contribuinte ficar inerte em relação à omissão fazendária. Já se viu que a ausência de lei que imponha a restituição ou o ressarcimento de créditos fiscais de forma corrigida pode ser suprida por meio de medida judicial que a reconheça devida e, em tais situações, o Poder Judiciário leva em consideração a configuração de resistência ilegítima, injustificada ou irrazoável, as quais decorrem, na espécie, do escoamento do prazo do artigo 24. Contudo, atualização monetária e indenização não se confundem. Portanto, deve-se indagar se, diante do estado da arte que foi examinado nas linhas anteriores, seria fundada eventual formulação do contribuinte, com vistas a obter a reparação de danos causados pela demora na prolação de decisões no processo administrativo-tributário.

---

<sup>319</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>320</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2000, p. 121, grifou-se.

Tendo em vista a orientação doutrinária antes analisada, parece que sim: em sendo verificado dano indenizável que decorra da demora na prolação de decisão administrativa, impõe-se a responsabilização do Estado.

Em linha de coesão, pelo reconhecimento da possibilidade de reparação de danos aos particulares lesados pela violação ao julgamento célere, confira-se:

A transgressão do direito ao julgamento célere possibilita ao cidadão exigir do Estado uma proporcional reparação pelos danos causados pela morosidade, isto é, pelo mau funcionamento da máquina estatal, que deixa de respeitar os direitos individuais, os bens e a *propriedade* protegida constitucionalmente. Acima de tudo é direito do cidadão obter um processo sem dilações indevidas, como bem estabelece a Constituição Brasileira, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.<sup>321</sup>

Contudo, deve-se ter presente que o dever de indenizar do Estado decorrente da demora na prolação de uma decisão, na esfera administrativa, recebe tratamento diferenciado da doutrina com relação ao dever de indenizar decorrente da demora na prestação da tutela na esfera judicial. Para muitos autores, a demora na prestação jurisdicional não decorre da responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, prevista constitucionalmente para as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, por danos causados a terceiros, decorrentes de atos praticados por seus agentes, mas pode decorrer de distintos preceitos constitucionais. Ainda que não esteja no escopo da presente investigação traçar o paralelo que justifica as linhas de entendimento com relação à responsabilização do Estado, na esfera administrativa e na esfera judicial, deve ser feita a ressalva, para reconhecer que, no campo do processo administrativo, aplicam-se as disposições gerais da Administração Pública que consagraram a responsabilidade extracontratual que ora se examina<sup>322</sup>. De qualquer sorte, não é demais lembrar também a lição de Marinoni, antes já referida, para quem o direito fundamental à razoável duração do processo constituiu princípio cujo conteúdo mínimo determina

---

<sup>321</sup> OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O juiz na aplicação do justo processo. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. – Vol. 20, n. 1 (jan-2008), p. 38-46, grifou-se.

<sup>322</sup> Para aprofundamento a respeito das divergências na doutrina quanto à justificativa constitucional para o dever de indenizar do Estado, decorrente da demora da prestação jurisdicional, JOBIM, Marco Félix. O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 198-204.

ao legislador, entre outros, regulamentar minimamente a *responsabilidade civil* do Estado por duração não razoável do processo<sup>323</sup>.

André Saddy manifesta entendimento direto sobre a responsabilização civil do Estado, em casos de resposta tardia ou ausência de resposta administrativa, ajustando-se ao escopo central do presente trabalho, nos termos que seguem:

O silêncio administrativo é configurado como uma ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito. Assim, ficando comprovado o silêncio e se ficar demonstrado o dano e o nexo causal, inegável hoje sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.

Ressalte-se, que as hipóteses de responsabilização também são aplicáveis às situações em que a resposta surja quando já superado o tempo legal previsto para a situação ou, em não existindo, o tempo razoável para aquela manifestação.

Além disso, não se pode esquecer a necessidade de responsabilização pessoal do agente administrativo que, mantendo-se inerte, furtou-se do dever de responder aos pleitos do administrado.<sup>324</sup>

No âmbito jurisdicional comparado, e por reunir elementos da razoável duração no processo administrativo-tributário, cabe a indicação ao caso julgado pela Corte Européia de Direitos do Homem, entre *Janosevic versus Suécia*<sup>325</sup>, cuja demora no encerramento do processo administrativo tributário acarretou na condenação do Estado da Suécia ao pagamento de quinze mil euros a título de danos não patrimoniais e trinta e cinco mil euros para fins de reparação dos danos materiais e custas processuais.

Na espécie, a Corte Européia de Direitos do Homem examinou o caso de prosseguimento de cobrança fiscal decorrente de irregularidades em informações fiscais declaradas pelo contribuinte, no âmbito de processo administrativo. As

---

<sup>323</sup> SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 798.

<sup>324</sup> SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 20, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-20-outubro-2009-andre-saddy.pdf>> Acesso em: 07 mar. 2017, p. 35.

<sup>325</sup> Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:YI0AHMBAHL4J:hudoc.echr.coe.int/webse rvices/content/pdf/001-60628%3Ftid%3Dzoeomdamwv+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em: 07 mar. 2017.

peculiaridades do caso remontam a situação de contribuinte que teve imposta a cobrança de taxas e sobretaxas para cuja defesa não foi conferido efeito suspensivo, por ausência de garantia do crédito tributário exigido, mesmo tendo sido dirigida petição ao tribunal competente. Tendo sido iniciado no outono do ano de 1995, em conformidade com a seção 3, do Estatuto das Limitações às Cobranças Fiscais (*Lagen om preskription av skattefordringar mm*, 1982:188), a maior parte da dívida tornou-se prescrita, em 31 de dezembro de 2001. Contudo, no curso do processo, o contribuinte teve a falência declarada. Em função da quebra e dos prejuízos sofridos, o contribuinte formulou pedido de responsabilização do estado da Suécia, perante a Corte Européia de Direitos do Homem, decorrente da demora na análise do pedido de mérito, sem que tivesse sido suspensa a cobrança fiscal.

O caso ilustra uma situação extrema que, conquanto tenha levado o contribuinte à falência, propicia que se aprimore a investigação a respeito da responsabilização do Estado pelos prejuízos decorrentes da demora em proferir decisões em pedidos de restituição, ressarcimento e compensação do direito creditório do contribuinte. Em linha de raciocínio que assevera tais considerações, Seabra Fagundes:

Nem mesmo o ser discricionária a competência do administrador lhe exclui o dever de decidir, pontualmente, sobre as pretensões a ele submetidas. Porque a discricção conferida ao agente executivo não o converte, se diante de uma postulação, em senhor do calar ou do falar.<sup>326</sup>

Sob tais premissas, sugere-se o aprimoramento dos estudos com vistas à delimitação da responsabilidade civil do Estado, nas situações que foram objeto de análise, ao longo do presente trabalho, dada a existência de relevantes fatores que podem contribuir para o controle da demora da atividade decisória, juntamente com os demais parâmetros apontados.

---

<sup>326</sup>SEABRA FAGUNDES. Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa. RDP 57-58/14, *apud* MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2010, p. 120.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi proposto na parte inicial, a questão principal que propiciou estudar o direito fundamental que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, no contexto do processo administrativo-tributário que manifesta patologias decorrentes da demora da atividade decisória envolve, antes de mais nada, a compreensão acerca do sentido mínimo e da normatividade a ele atinente.

Em função do desenvolvimento do presente trabalho, reconheceu-se que o processo administrativo-tributário representa importante instrumento para a constituição do direito creditório do contribuinte. Contudo, para que o direito do particular possa ser preservado, a duração do processo tributário no tempo deve tomar como premissa a transitoriedade que caracteriza biologicamente a vida do contribuinte, pessoa física ou pessoa jurídica, em contrapartida à perenidade que representa a permanência biológica do Estado, sob pena de delongas que impliquem prejuízos na regularidade fiscal e na patrimonialidade dos particulares envolvidos. O estabelecimento de prioridades para o julgamento dos processos administrativo-tributários com base em critérios que preservem mais os interesses arrecadatários e fiscais - de um Estado que é permanente -, do que as preferências manifestadas pela situação do caso concreto e, a eventual fragilidade na condição do contribuinte, como sujeito biologicamente transitório no tempo, viola aludida premissa e propicia que sejam traçadas considerações no sentido da determinação de sua correção.

Sob a perspectiva de que o preceito constitucional examinado contém, em seu enunciado, duas normas distintas, a primeira, que versa sobre a razoável duração do processo e, a segunda, que dispõe sobre os meios que garantam a celeridade da tramitação processual, atribuiu-se ao direito fundamental da segunda norma, a qualidade de direito autônomo e individual com relação à norma do primeiro enunciado, verificando-se a possibilidade de sua atuação, ora como um reforço à duração razoável do processo, nas hipóteses em que se enfrenta a dilação injustificada do processo, ora como substrato de instrumentos que exigem urgência e celeridade.

Na ótica da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, afastou-se a indeterminação do conceito imputável à *razoável* duração do processo como

aspecto restritivo à aplicação imediata do direito fundamental, na medida em que a indeterminação conceitual de elementos que compõem a norma é atividade que deve ser sanada pelo intérprete, não exercendo influência no que toca à vinculação de sua eficácia aos termos da legislação ordinária.

A investigação permitiu atribuir natureza jurídica de *princípio* constitucional, ao enunciado que prevê a razoável duração do processo e, natureza jurídica de *regra* constitucional, ao enunciado que prevê os meios que garantam a celeridade da tramitação processual.

A razoável duração do processo como *princípio* constitucional orienta para a adequação e a proporção do tempo do processo com vistas à protetividade e à realizabilidade do direito material em litígio, à luz do devido processo legal como subprincípio aplicável, e pode ser traduzida como a acepção temporal deste. A razoável duração do processo indica, assim, o conteúdo de um estado ideal de coisas que é pretendido e desejado, dirigido ao legislador, no sentido de veicular a adoção de técnicas que a promova e, ao aplicador do direito, no sentido de evitar dilações processuais injustificadas ou reduções abruptas de etapas processuais.

O direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, como *regra* constitucional, ampara a exigência de pretensões positivas ou ativas obrigatórias por parte do Estado, no sentido da viabilização de meios adequados para o andamento célere do processo. Dado o imbricamento de tal regra constitucional, com o princípio da tutela jurisdicional ampla e efetiva, é possível deles deduzir tanto o referido dever de prestações dirigido ao Estado, quanto um dever dirigido ao aplicador da lei, de avaliar a correspondência das condutas que foram adotadas pelo Estado, em relação aos meios mais adequados (ótimos) ao fim que se propõe e, assim, corrigir eventuais distorções. Por fim, a regra manifesta pretensão de decidibilidade, proporcionando solução direta ao problema da ineficiência da tramitação processual do processo judicial e administrativo.

Na segunda parte desta investigação, tendo em vista a previsão legal do artigo 24, da Lei 11.457/2007, que estabelece o prazo máximo de trezentos e sessenta dias para a prolação de decisões administrativas em petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, contado do respectivo protocolo, traçou-se a seguinte diferenciação da atividade administrativa, com base no termo legalmente fixado: atuação discricionária, correspondente ao período anterior à data do trecentésimo sexagésimo dia; atuação vinculada, correspondente ao período

posterior à data do seu escoamento. Sob tal formulação, e no contexto da vinculação dos atos administrativos à lei, a discricionariedade administrativa pertinente ao período que antecede ao marco da lei caracteriza-se pela faculdade da eleição daquele que, entre os momentos possíveis, representa o melhor e mais adequado momento para a prolação de uma decisão. A possibilidade de configuração de prejuízos decorrentes da demora - ou do risco de demora - da atividade decisória, por não ter sido observado o momento mais adequado à resolução de pedidos, defesas e recursos administrativos do contribuinte, torna o ato administrativo ilegítimo e justifica a tutela de direitos, à luz da celeridade processual constitucionalmente prevista. Com isso, afasta-se a afirmação genérica de que a regra do artigo 24, da Lei 11.457/2007, não vincula a atividade administrativa decisória antes de transcorrido o prazo máximo por ela contido, quando demonstradamente há necessidade de uma decisão urgente, e autoriza-se que o contribuinte exercite o direito fundamental aos meios que garantam a celeridade da tramitação processual, mesmo antes do escoamento dos trezentos e sessenta dias.

O descumprimento do prazo máximo da Lei 11.457/2007 configura ato administrativo ilícito, mesmo na ausência de uma sanção específica. A solução para o problema da recusa injustificada ao aproveitamento de créditos do contribuinte e, da demora na prolação de decisões em processos administrativo-tributários encontrada pela jurisprudência brasileira ancorou suas bases na igualdade e no repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado, corrigindo as distorções dele decorrentes mediante a imposição de correção monetária aos casos de créditos cuja restituição, ressarcimento ou compensação não comportam atualização legal, com incidência a partir da data do protocolo do respectivo pedido administrativo. Com efeito, em sendo a data do protocolo dos pedidos, defesas e recursos administrativos do contribuinte o momento que melhor se ajusta ao primado da igualdade e do repúdio ao enriquecimento sem causa do Estado, no que tange à incidência da correção monetária de créditos fiscais e saldo credor acumulado, verificou-se que a constituição da mora, somente após os trezentos e sessenta dias previstos pela Lei 11.457/2007, é indiferente para fins do termo *a quo* da atualização e pode levar à desigualdade de direitos dos sujeitos envolvidos.

No que diz respeito à normatividade da norma constitucional que assegura os meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, como parâmetro ao controle da demora na atividade decisória dos agentes administrativos, no âmbito do



processo tributário, coube apontar para a distinção que se verifica entre a celeridade processual-*meio* e a celeridade processual-*fim*, na medida em que a primeira está orientada pelo direito fundamental *aos meios* e, a segunda, está orientada pelo direito à tutela jurisdicional ampla e efetiva. Sob tal prisma, a celeridade processual-*meio* e a celeridade processual-*fim* entrelaçam-se para constituir a norma que será aplicada diretamente no controle da demora da atividade administrativa decisória, permitindo a instauração de medidas que viabilizem imprimir a celeridade processual-*fim*, como aspecto de urgência e corolário da tutela jurisdicional ampla e efetiva, aos pedidos pendentes de apreciação.

Em função de tais considerações, os parâmetros ao controle da atividade decisória no processo administrativo-tributário de iniciativa do contribuinte consistem em medidas judiciais, medidas legislativas e, quem sabe, a possibilidade de responsabilização do Estado pelos prejuízos decorrentes da inércia e da omissão na prolação de decisões a petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

De acordo com a análise desenvolvida, conclui-se que as lacunas a serem preenchidas e determinadas pela atividade do intérprete devem tomar em consideração aspectos importantes que envolvem a posição exercida por cada um dos sujeitos da relação processual de iniciativa do contribuinte - tendente à constituição do respectivo direito creditório na esfera administrativa -, e as diferentes (quando não opostas) perspectivas pelas quais o critério temporal atinente à efetividade do processo é valorado, no que tange à tutela dos direitos em jogo. Com isso, quer-se dizer que a previsão legal sobre prazos mínimos e máximos no processo pode representar corolário (e importante parâmetro) à valoração da razoável duração do processo, contudo, na ótica do direito fundamental que assegura meios que garantam a celeridade da tramitação processual, cabe ao intérprete ater-se às peculiaridades concretas e subjetivas que fundamentam a sua aplicação, como regra constitucional dirigida ao Estado, de cujo teor extraem-se objetos determináveis e pretensão de decidibilidade e, portanto, permite que seja buscada a tutela específica, pelo contribuinte, mesmo antes do escoamento do prazo do artigo 24, da Lei 11.457/2007, quando houver motivo justificado, oportunidade em que as distorções devem ser corrigidas judicialmente.

## 5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo : Malheiros Editores, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. – Madrid : Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Título original: *Theorie Der Grundrechte*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, segunda edición em español, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Contribuições sobre o faturamento. Vedação do direito ao crédito na aquisição de insumos recicláveis. Exame da violação aos princípios da igualdade, da liberdade de profissão, da defesa do meio ambiente, da livre concorrência e da não-cumulatividade*. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, nº 170, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 5, agosto, 2001. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>> Download em 09/06/2015.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, Ano 33, n. 163, set/2008 – Ed. Revista dos Tribunais.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributaria*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2008.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes; [tradução, Desidério Murcho...et al.]. – Rio de Janeiro: Zahar, 1997. Tradução autorizada da primeira edição inglesa, publicada em 1994 por Oxford University Press, de Oxford, Inglaterra.

- BREYNER, Frederico Menezes. O prazo de 360 dias para prolação de decisões no processo administrativo tributário federal: propostas interpretativas do art. 24 da Lei 11.457/2007. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 217. São Paulo : Dialética, outubro de 2013, p. 7-16.
- CAMPOS, Dejalma de. *Direito processual tributário*. – 9. ed. – São Paulo : Atlas, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra : Coimbra Editora, 2004.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Manual de Direito Tributário*. 4. ed. atual. – São Paulo : Saraiva, 2008.
- FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites de Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FUX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira / coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier* – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GADAMER, Hans-Georg, 1900-2002. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 15. ed. – Petrópolis, RJ : Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015. Título original: *Wahrheit und Methode – Vol. I*.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública (O Conteúdo Dogmático da Moralidade Administrativa)*. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale. Interpretare e argomentare*. Dott. A. Giufrfrè Editore, S.p.A. Milano : 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpressão 2002. Do original *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretation*.
- JOBIM, Marco Félix. *O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. – 2. ed., ver. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. Gustavo Just ; tradução do autor. – São Paulo : Saraiva, 2014.

LARENZ, Karl. Metodologia de la ciência del derecho. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona : Ariel, 1966.

MACHADO, Hugo de Brito. Decadência de constituir o crédito tributário em face da inoportunidade de decisão tempestiva da autoridade administrativa. Revista Dialética de Direito Tributário n. 163. São Paulo : Dialética, abr-2009, p. 57-63.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. – 8. ed. – São Paulo : Atlas, 2015.

MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. – 2. ed. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARINS, James. Defesa e vulnerabilidade do contribuinte. São Paulo : Dialética, 2009.

MARINS, James. Direito processual civil tributário: administrativo e judicial – 9ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coord.) – O Processo na Constituição – São Paulo : Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Não-cumulatividade das Contribuições: PIS/PASEP e COFINS, *in* Não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS / coordenação, Leandro Paulsen – São Paulo : IOB Thompson; Porto Alegre, Instituto de Estudos Tributários, 2004.

MASINA, Gustavo. Sanções tributárias: definição e limites. São Paulo : Malheiros, 2016.

MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2010.

MELLO, Rafael Munhoz. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46903/44548>> Acesso em 22/01/2017.

MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial (atualizado pelo Código de Processo Civil de 2015) – 4ª edição – São Paulo: Quartier Latin, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à Tutela Jurisdicional Adequada e Efetiva, Tutelas Jurisdicionais Diferenciadas e Multa Processual para o Cumprimento das

Obrigações de Pagar Quantia. In Processo civil e estado constitucional – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89-108.

MOREIRA, André Mendes. A não-cumulatividade dos tributos. 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo administrativo, princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, 1931. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. Temas de Direito Processual : terceira série – São Paulo : Saraiva, 1984, p. 27-42.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela de urgência e efetividade do direito. Temas de direito processual : oitava série – São Paulo : Saraiva, 2004, p. 89-105.

NABAIS, José Casalta. O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra : Almedina, 2015.

NALINI, José Renato. Por que filosofia? 3. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8.ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2004. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21).

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do devido processo legal, *in* Revista de Processo, Ano 27, n. 106. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-junho de 2002, p. 297-306.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. O juiz na aplicação do justo processo. Revista do Tribunal Regional da 1ª Região. – Vol. 20 , n. 1 (jan-2008).

SADDY, André. Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, n. 20, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-20-outubro-2009-andre-saddy.pdf>> Acesso em 07 mar. 2017.

SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional/ Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SÉGUIER, Jaime de. Dicionário Prático Ilustrado - Novo Dicionário Enciclopédico Luso-Brasileiro. Edição atualizada e aumentada por José Lello e Edgar Lello. Porto : Lello e Irmão Editores, 1973.

SCHOUERI, Luis Eduardo. Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Almiro do Couto e. Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, 1929. Curso de processo civil (processo de conhecimento). 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 1991.

SILVA, Ovídio da Silva. Celeridade versus Economia Processual. Genesis Revista de Direito Processual Civil. Curitiba, n. 15, jan-mar/2000, p. 49-55.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2. ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal) – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1997.

VELLOSO, Andrei Pitten. Conceitos e competências tributárias. São Paulo: Dialética, 2005.

WEBER, Max. Ciência e Política: duas vocações. São Paulo: Editora Cultrix. Do original *Wissenschaft Als Beruf e Politik Als Beruf*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. Copyright 1967 e 1968.

XAVIER, Bianca Ramos. A duração razoável do processo administrativo fiscal. Set. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp115680.pdf>>

ZAMPIERI, Natália. A efetividade da razoável duração do processo e a gestão pública. *In* Revista de Processo, Ano 39, vol. 234. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, agosto/2014.