

## Idéias em debate

## O processo administrativo e tributário na nova Constituição

OSWALDO MORAES

A nova Constituição veio, em grande parte, solucionar falhas que permaneciam como focos de arbitrariedade no terreno do processo administrativo em geral, e especificamente, quanto ao processo tributário.

Certo é que este último já tinha progredido razoavelmente ao contrário daquele e que permite comodamente a órgãos administrativos a violação de direito subjetivo público. O dispositivo inovador é o "Art. 5º ... LV — aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes";

Mas comecemos do começo. Lavrada a peça básica do processo administrativo (auto de infração, representação, notificação ou outra equivalente) começava desde logo o calvário do futuro litigante. Ficava sabendo que tinha obrigações várias (inclusive a de pagar), mas ignorava desde logo o montante da obrigação. Neste caso, o auto não indica especificamente o montante com seus acréscimos. Porém o mais importante é que não ficava sabendo se tinha o direito de apresentar defesa, nem o prazo desta, nem o seu início.

E não ficava aí. Nem sabia a que repartição se dirigir para se informar e tomar a atitude conveniente. Pois é notório que a maioria esmagadora das normas legais e regulamentares do processo administrativo omite misteriosamente

esse requisito da menção da repartição processante. E também o seu endereço!

E em outras vezes, quando ocorre apreensão de coisas do futuro litigante, é omitido o lugar em que são depositadas, o nome do depositário. E isso na melhor das hipóteses, porquanto por vezes a apreensão se faz "por fora", entregando o administrado ao órgão administrativo as coisas sem qualquer comprovante.

Mas aprofundemos um pouco mais. O futuro litigante ao receber a peça inicial do processo administrativo muitas vezes ficava perplexo — como já disse finamente Pontes de Miranda. Pois o fato no auto de infração é descrito de modo obscuro, quando não contraditório. Como se defender de acusação em situações como essa? Impossível.

Ao lado desse requisito essencial — descrição do fato — no auto de infração (ou equivalente) é a capitulação legal e da penalidade. Que adiantaria descrever fatos se não se sabe qual a sanção aplicável e mais: a norma legal em que se funda o autuante?

Passemos à decisão proferida pela autoridade administrativa (inclusive no processo tributário). Como o litigante apresentou defesa, acreditava que com a impugnação da exigência administrativa, a decisão iria historiar (mesmo de modo resumido) os fatos, apreciar as questões propostas e apontar os fundamentos de fato e de direito. Nada disso constantemente acontecia. Frequentemente, a decisão limitava-se a julgar procedente o auto de infração, impor sanção ao litigante, porém omitindo os

elementos fundamentais em que se sustentava. E havia casos mais curiosos: a decisão tem "considerados" já impressos e se limita a preencher alguns claros! E diante disso seria já demais pretender que requisito essencial da decisão é que ela indique o recurso cabível e o seu prazo de interposição.

Abramos aqui um parêntese quanto ao processo tributário, indicado acima. Se este avançou bastante em relação aos demais, retém, entretanto, alguns resíduos de arbitrariedade. Pois não é isso senão a existência em algumas leis tributárias permitindo a imposição de multa ao contribuinte no próprio auto de infração, pelo próprio agente fiscal autuante. Contraria tal norma frontalmente o direito subjetivo público outorgado pela nova Constituição.

Mas fechemos o parêntese e volte-mos ao processo administrativo em geral. Haveria ainda outros requisitos essenciais por assinalar — e que constantemente são violados. Porém, da simples resenha já se verifica que o contraditório e a ampla defesa outorgada estão sendo escancaradamente violadas — direito subjetivo de que são titulares os litigantes no processo administrativo (que inclui o processo tributário).

Para se ter uma idéia da situação anterior, agora solucionada pela nova Constituição (não esqueçamos entretanto que a grande maioria da doutrina recorria à Constituição e igualmente à proteção do direito de defesa e contraditório), recordemos a legislação anterior.

Quanto à defesa a legislação distinguia a "defesa" da "ampla defesa".

Ora admitia uma, ora outra, ora se omitia. Assim, outorgava o "direito de defesa" na disciplina de profissões e atividades, a saber: Médico Veterinário, Músico, Tradutor Público, Médico, Advogado, Farmacêutico, Corretor de Mercadorias, Corretor de Navios, Despachante Aduaneiro, Leiloeiro, Estatuto de Estrangeiro, Telefonista, Esporte, Infrações Sanitárias Federais, Seguradoras, Sunab, Distribuição de prêmios mediante sorteio, Código do Ar, Código de Pesca, Código de Mineração, Código de Telecomunicações. Mas distinguia outras profissões e atividades com o direito de "ampla defesa", a saber: Nutricionista, Publicitário, Relações Públicas, Representante Comercial, Técnico de Administração, Economista, Estatístico. E finalmente, a legislação era omissa quanto ao direito de defesa relativa à disciplina de profissões e atividades, a saber: Engenheiro, Informações Estatísticas, Sistema Metrológico, Código Nacional de Saúde, Código Nacional de Trânsito.

Passemos a outro requisito essencial do processo administrativo, a descrição do fato. Toda a legislação administrativa relativa à matéria é omissa. Apenas são exceções. Código de Mineração, Estatuto do Estrangeiro, Informações Estatísticas, Legislação sanitária federal. Quanto à capitulação legal e da penalidade, a maioria da legislação era omissa, quanto ao processo administrativo em geral, apenas a legislação sanitária federal e o Estatuto do Estrangeiro exigem. E quanto ao processo tributário também há regra expressa. Quanto ao ônus da prova, isto é, que a prova no auto de infração incumbe ao órgão admi-

nistrativo, não há regra expressa tanto no processo administrativo como no tributário. Contudo, a regra da nova Constituição não deixa mais dúvidas a respeito.

Quanto à vista do processo fora da repartição. Toda a legislação administrativa era omissa e uma chegou até a proibir: foi o regulamento relativo à disciplina da profissão do Médico. Quanto à decisão administrativa. Entre seus requisitos essenciais figuram o relatório, fundamentos de fato e de direito, apreciação das questões propostas, recurso cabível, prazo. Quanto aos dois primeiros, a legislação era omissa; tais requisitos são exigidos somente pelo processo tributário. Quanto ao recurso cabível, somente a legislação sanitária federal é expressa. E quanto aos demais, a omissão é total.

E, para concluir, já no recurso, também requisito é a sustentação oral. A legislação na sua totalidade era omissa, inclusive o Código Nacional de Trânsito, mas seu regulamento, curiosamente, proíbe a sustentação oral.

## ALCANCE DA REGRA DA NOVA CONSTITUIÇÃO

Enorme a amplitude da regra da nova Constituição assegurando ao litigante em processo administrativo o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Todo e qualquer processo administrativo, inclusive o processo tributário, está alcançado pela nova regra. Como em ambos existe a consulta, está esta última quando se instaurar a fase litigiosa, também estará inclusa.

Todas as contribuições sociais, inclusive a contribuição de previdência, ao se instaurar processo administrativo deverão obedecer ao novo preceito constitucional. Ademais, a nova Constituição considera tais contribuições sociais (inclusive a contribuição de previdência) tributos.

## CONCLUSÕES

1— Vários são os requisitos essenciais do processo administrativo, decorrentes do contraditório e ampla defesa assegurados ao litigante; estão no auto de infração (ou equivalente), na decisão, no recurso.

a) Quanto ao auto: descrição do fato, capitulação legal e da penalidade, intimação para defesa, prazo, início, repartição processante e seu endereço; se for caso, na apreensão de coisas; lugar em que são depositadas, nome do depositário.

b) Quanto à decisão: relatório, fundamentos de fato e de direito, apreciação das questões propostas, recurso cabível, prazo de interposição.

2— A legislação anterior era bastante defeituosa quanto à indicação expressa dos requisitos essenciais, dos quais parte foi indicada acima. Apenas o processo tributário é mais explícito do que o processo administrativo em geral.

3— A nova regra constitucional alcança todo e qualquer processo administrativo, inclusive o de consulta. Alcança as contribuições sociais, entre as quais figura a contribuição de previdência.