



O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS ANALISAREM A CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS

Pedro Guilherme Accorsi Lunardelli¹

Vanessa Damasceno Rosa Spina²

I - Introdução

Com a edição do Novo Código de Processo Civil muitas questões anteriormente debatidas voltaram ao cenário jurídico e, algumas delas, com mais potência.

A técnica processual de aplicação de precedentes que se tornou mais abrangente, a internalização no diploma processual de princípios constitucionais, a potencialização do princípio do contraditório, a introdução de medidas de cooperação entre as partes, são exemplos de questões que foram, na sua grande maioria, profundamente modificadas, em evidente evolução processual.

1. Advogado. Mestre e Doutor pela PUC/SP

2. Advogada. Especialista em Direito Tributário – IBET - SP

Dentre todas as mudanças uma delas nos salta aos olhos diante do seu alcance; referimo-nos ao disposto no artigo 15 do Novo Código Processual:

“Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

A norma inserta no mencionado dispositivo trata, de forma expressa, sobre a aplicação dos comandos daquele Código aos processos trabalhistas, eleitorais e administrativos, quando as normas regentes destes temas forem omissas ou incompletas.

Interessa-nos, neste artigo, e é este ponto que abordaremos, a aplicação das normas processuais aos processos administrativos.

Dentro desta análise, passaremos pela natureza das normas que regem os processos administrativos (ou seriam procedimentos administrativos?), a função dos órgãos de julgamento, as competências, legais e constitucionais para julgamento de constitucionalidade para, então, apresentarmos nossas conclusões sobre como as novas regras processuais afetam este cenário.

II - A forma de aplicação do NCPC aos processos administrativos – omissão na norma ou incompletude da norma

Inicialmente é importante tratarmos da distinção feita pelo mencionado artigo 15 entre a aplicação da norma processual de forma supletiva e subsidiária.

Creemos que ambas as expressões não são sinônimas, sendo uma aplicada quando a norma é omissa sobre determinado assunto e outra quando a norma se revela incompleta.

Sobre esta distinção rico é o magistério do Professor Paulo Cesar Conrado e do Professor Rodrigo Dalla Pria³, para quem:

“Na primeira situação, a da supletividade, o que se supõe é a total ausência de especial norma reguladora do processo administrativo, caso em que o Código de Processo Civil acaba por assumir função “normativo-substitutiva”.

Na segunda hipótese, quando o assunto é a subsidiariedade, pressupõe-se alguma regulamentação, ostentando o Código de Processo Civil de 2015 função “normativo-complementar”.”

Feitas estas considerações iniciais, passemos à análise do efetivo reflexo desta previsão contida na norma processual aos processos administrativos.

III - A natureza jurídica das normas que regem os “processos” administrativos e a atividade jurisdicional

A primeira reflexão que se mostra relevante diz respeito à natureza das normas que regem os processos administrativos.

Isso é de relevância irrefutável na medida em que a análise da natureza jurídica destas normas pode nos levar ao entendimento de que são elas inconstitucionais, pois não seguem o regramento constitucional atinente à matéria.

Com efeito, dispõe o artigo 22 da Constituição Federal, que é competência da União Federal legislar sobre processo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

3. O novo CPC e seu Impacto no Direito Tributário”, Coordenadores Paulo Cesar Conrado e Juliana Furtado Costa Araújo, São Paulo, 1. Edição, Ed. Fiscosoft, 2015, pg 251.

E no artigo 24 do Diploma Constitucional há a previsão para a União, Estados e Distrito Federal legislarem, de forma concorrente, sobre procedimento:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

XI - procedimentos em matéria processual;

Temos como premissa que os processos administrativos são efetivamente processo e não procedimento, diante das características das normas que o regulam.

Como bem pontuado por Vicente Greco Filho, “do processo distingue-se o procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é algo mais profundo, uma verdadeira relação entre os sujeitos, e que foi explicado, em diversos momentos históricos, de forma diferente.”⁴

Prossegue este mesmo autor apresentando as características atinentes às normas que regulam processo⁵:

“No processo, aos sujeitos que dele participam são atribuídos poderes, faculdades, deveres, sujeição e ônus, numa forma dinâmica, isto é, num suceder de atos que tendem para o ato-fim, a sentença, na qual aplica o direito.

O conjunto de normas e princípios que regula toda essa atividade é o direito processual. Este é autônomo em relação ao direito material que tem por fim realizar, mas é instrumental porque existe para essa finalidade.”

Devemos ter em mente, ainda que tais normas regulam processo, na medida em que ele é o instrumento por meio

4. FILHO, Vicente Greco, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 18ª edição, editora Saraiva, 2005, pág. 35

5. Ob. Citada, pag. 36

do qual se exerce a jurisdição. E veremos mais adiante que a atividade exercida pelos julgadores é efetivamente atividade jurisdicional.

Bem, adotando-se o raciocínio de que o processo administrativo é efetivamente modalidade de processo, temos que concluir que a norma que o disciplina deve ter seu regramento geral previsto em norma de âmbito nacional, pois assim disciplina o mencionado artigo 22 da Constituição Federal.

Mas sabemos que inexistente norma desta estirpe regulando o processo administrativo.

Tanto é verdade que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei Complementar nº 381/2014⁶ (originário do PLS 222/2013), que tem por finalidade criar normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal.

Tais ideias nos levam inevitavelmente ao pensamento de que as normas atualmente existentes são inconstitucionais.

Não adentraremos neste ponto, todavia, tendo em vista se tratar de aspecto a ser abordado de forma apartada e em momento mais oportuno com a devida profundidade que o assunto requer.

Tomaremos, então, como pressuposto que estas normas atualmente existentes e que regem os processos administrativos de forma geral são normas válidas.

6. Informações extraídas do site da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611441>>
“PLP 381/2014

Projeto de Lei Complementar

Situação: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC)

Origem: PLS 222/2013

Identificação da Proposição

Autor: Senado Federal - Vital do Rêgo - PMDB/PB

Apresentação: 04/04/2014

Ementa: Estabelece normas gerais sobre o processo administrativo fiscal no âmbito das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

Mas um ponto não abandonaremos – tais normas regem relações processuais. E contida neste pensamento está a certeza de que a atividade exercida pelos órgãos de julgamento administrativos é efetiva atividade jurisdicional.

Esta certeza advém da ideia de que jurisdição é uma função; função estatal que visa a justa composição de uma lide.

Das lições de Leonardo Greco podemos extrair a relação entre jurisdição, ação e processo; *a jurisdição é função, a ação é o direito de exigir do Estado o exercício da jurisdição; e o processo é o meio, o instrumento através do qual se exerce a jurisdição*⁷.

Bem, se de processos estamos a tratar e o processo é o meio de se instrumentalizar a jurisdição, não há dúvidas de que a função exercida pelos julgadores administrativos é atividade jurisdicional.

Também este ponto é compartilhado pelo pensamento do Professor Paulo Cesar Conrado⁸ para quem:

“Como o judicial, o processo administrativo pode e deve ser visto como instrumento de jurisdição, portanto.

É certo, por óbvio, que essa jurisdição – a processada no ambiente administrativo – não experimenta as mesmas características da “jurisdição judicial”; fossem sobrepostas em todos os seus aspectos, seria sem sentido a distinção. Não obstante isso, é de jurisdição, definitivamente, o que se tem num e noutra âmbito.”

Por certo que, por tratarmos de processo administrativo tributário, cuja sistemática exige que os órgãos de julgamento sejam compostos por membros da administração pública, haja dúvidas sobre a atividade jurisdicional exercida por estes membros.

7. GRECO, Leonardo; *“Instituições de Processo Civil”*, vol.1, 5. Ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 2015, pg. 69.

8. Ob.cit., pg. 250

Não há que se confundir, contudo, a atividade jurisdicional exercida pelos membros da administração pública com a atividade administrativa dos cargos que exercem. Suas funções são administrativas até o momento em que investidos da função jurisdicional, com a aquisição de atribuições distintas e roupagem distinta. Neste momento, a figura do funcionário de carreira dá lugar a figura do julgador, acometido de imparcialidade.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, notável conhecedor de Direito Administrativo aborda, com muita clareza, como um dos critérios das funções exercidas pelo Estado exatamente as atividades desempenhadas:

“Os critérios até hoje apresentados para caracterizar as sobreditas funções do Estado, em última instância, podem ser reduzidos, fundamentalmente, a apenas dois:

A) um critério “orgânico” ou “subjetivo”, que se propõe a identificar a função através de quem a produz e B) um critério “objetivo” que toma em conta a atividade, que vale dizer, um dado objeto (não um sujeito). Este segundo critério, de seu turno, subdivide-se em dois:

a) um critério (objetivo) material ou substancial, que busca reconhecer a função a partir de elementos intrínsecos a ela, isto é, que se radiquem em sua própria natural tipologia. Os que defendem tal critério (objetivo) material usualmente afirmam que a atividade característica da função legislativa se tipifica pela expedição de atos gerais e abstratos; a função administrativa por ser “prática”, ou a realização da utilidade pública, e a atividade jurisdicional por consistir na solução de controvérsias jurídicas

b) um critério (objetivo) formal, que se apega essencialmente em características de direito, portanto, em atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda independentemente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si. Por este critério, o próprio da função legislativa seria não apenas generalidade e abstração, pois sua especificidade adviria de possuir o predicado de inovar inicialmente na ordem jurídica, como fundamento tão só na Constituição; o próprio da função administrativa seria, conforme nos parece, a de se desenvolver mediante comandos “infralegais” e excepcionalmente “infraconstitucionais”, expedidos na intimidade de uma estrutura

hierárquica; o próprio da função jurisdicional seria resolver controvérsias com a força jurídica da definitividade.”⁹”

Analisando exatamente este aspecto, assim também se manifestou Leonardo Greco¹⁰:

“Logo, desde que os agentes públicos que resolvam litígios ou tutelem interesses particulares no âmbito desses órgãos especializados estejam dotados das mesmas garantias de imparcialidade e independência conferidas aos juizes, e desde que exerçam essas atividades no intuito de reconhecer as posições de vantagem a quem a lei as atribua e não de sobrepor sistematicamente o interesse do Estado aos dos administrados, eles estarão exercendo função tipicamente jurisdicional.”

Estas afirmações partem do pressuposto de que a atividade jurisdicional pode ser exercida por pessoas não investidas do cargo de juiz de direito¹¹:

“A jurisdição é exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juizes. A Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um “tribunal imparcial”(art. 8.).

Não é demais ressaltar que os Tribunais administrativos atualmente existentes, tais como CARF, TIT, dentre outros, são todos formados por órgãos paritários, isto é, com metade dos seus representantes originários da administração pública e a outra metade por representantes dos contribuintes (indicados, por órgãos de classe), o que os torna imparciais.

E é exatamente esta imparcialidade que permite a todos eles o exercício da função jurisdicional.

9. MELLO, Celso Antonio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, São Paulo, 2005, 19ª edição, pag. 28 e 29

10. Ob. Cit. Pg. 72/73

11. Ob. cit. pg. 70

Não se pode pensar que cada um deles, imbuídos da sua função de julgador, procurará solucionar a lide no interesse daquele que representa, pois, teríamos aí, desvio funcional. Além de estes Tribunais representarem meros Tribunais de passagem, que de nada serviriam para solução de litígios.

Dúvidas, portanto, não há, de que a função desempenhada pelos componentes dos tribunais administrativos no âmbito tributário é função jurisdicional.

Todos estes fatos nos direcionam no sentido de compreender que os processos administrativos fiscais não regem meros procedimentos, em que pese parte das normas que os regulam disciplinem matérias procedimentais (mas também o Código de Processo Civil regula matéria procedimental). Temos como pressuposto, portanto, que os processos administrativos são efetivos processos.

Firmada esta premissa, vejamos como o novo Código de Processo Civil, norma regulamentadora de processo, pode reavivar a questão da possibilidade de os Tribunais Administrativos analisarem constitucionalidade de normas.

IV - A efetiva aplicabilidade do NCPC aos processos administrativos

Desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973 alguns de seus dispositivos eram aplicados aos processos administrativos, em especial naquilo que as normas de processos administrativo não previram.

Exemplo disso era a distribuição do ônus da prova, para cujo assunto, que em muitas oportunidades, era invocada a aplicação do CPC¹²:

12. Assim continua sendo, com os Tribunais Administrativos invocando dispositivos do novo CPC :

“Ementa: Assunto: “Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002 CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. PROVA. EFETIVA EXPORTAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO. RAZOABILIDADE Imprescindível a efetiva

“Ementa: Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário Ano-calendário: 2006, 2007 DIREITO TRIBUTÁRIO. RELAÇÃO FISCO-CONTRIBUINTE. ÔNUS DA PROVA. PECULIARIDADES. A comprovação do fato constitutivo, extintivo ou modificativo do direito é ônus de quem alega, tal como dispõe a Lei n.º. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código do Processo Civil. No entanto, a omissão do contribuinte na prestação das informações requeridas pelo Fiscalização Federal que permitam atestar a existência do direito alegado, faz sobre ele recair o ônus pela não comprovação do fato controvertido.

A interpretação do texto normativo impõe o reconhecimento de que o conceito legal de insumo, terminologia empregada nas Leis 10.833/03 e 10637/02, não alcança a totalidade dos gastos necessários à realização do negócio da empresa.”

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao Recurso Voluntário. (assinatura digital) Ricardo Paulo Rosa – Presidente e Relator EDITADO EM: 07/03/2016 Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Ricardo Paulo Rosa, José Fernandes do Nascimento, Domingos de Sá Filho, Paulo Guilherme Déroutêde, Lenisa Rodrigues Prado, Maria do Socorro Ferreira Aguiar, Sarah Maria Linhares de Araújo e Walker Araújo.

(Processo Administrativo n.º 16327.721770/2011-16, publicação 23/03/2016, RICARDO PAULO ROSA)

comprovação, por meio de documentação hábil, das exportações que ensejariam direito ao crédito-prêmio de IPI. Tendo sido essa prova apresentada pelo contribuinte por meio de guias de exportação carimbadas pelo CACEX, contrato de câmbio das operações, faturas das operações comerciais, bills of landing, seus Livros Diários do período e, por fim, planilha analítica vinculando todos esses dados referentes a cada uma das exportações, ocorridas nos anos de 1980 a 1981, com base no artigo 373 §§1º e 2º do Novo Código de Processo Civil (distribuição dinâmica do ônus da prova) e do artigo 2º da Lei n. 9.784/99, há de se entender comprovada a exportação para fins de aproveitamento do crédito-prêmio de IPI.”

Recurso voluntário provido.”

Decisão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Jorge Olmiro Lock Freire, Waldir Navarro Bezerra e Maria Aparecida Martins de Paula, que negaram provimento. Sustentou pela recorrente o Dr. Renato Renck, OAB/RS n.º 10.206 (Assinado com certificado digital) Antonio Carlos Atulim – Presidente (Processo Administrativo n.º 11080.000687/2007-31, publicação 11/07/2016, Relatora THAIS DE LAURENTIIS GALKOWICZ)

Também na vigência do antigo Código Processual tínhamos a aplicação de precedentes decididos em Recursos com Repercussão Geral e na sistemática dos Repetitivos, além das Súmulas Vinculantes.

Os primeiros passos neste sentido se deram pela intenção (embora isso se mostre como uma necessidade) de uniformização de entendimentos, quer pelo judiciário, quer pela administração pública.

E, com base em previsão constitucional, passou a ser obrigatória a observância, também pela administração, destes precedentes. Referimo-nos à Emenda Constitucional nº 45/2004 que acrescentou o artigo 103-A na Constituição Federal tratando das súmulas vinculantes e da sua observância pelos órgãos da administração.

Estava iniciado, ali, o caminho irreversível de aplicação de normas processuais do âmbito judicial, às normas processuais, de âmbito administrativo.

Com a entrada em vigor do novo Código, este caminho restou ainda mais certo, com a previsão expressa de que as normas processuais devem ser aplicadas também aos processos administrativos, consoante o já citado art. 15

Surge então uma questão: se cabe ao judiciário, no exercício da função jurisdicional, declarar a inconstitucionalidade de uma norma, caberia aos Tribunais Administrativos esta mesma função?

Bem, se as normas que regem os processos administrativos regem processo e o processo é o instrumento por meio do qual se busca a solução de um litígio, não tem lugar a ideia de que determinadas situações fiquem fora do alcance da atividade jurisdicional.

Um órgão jurisdicional tem o dever de saneamento do processo, quer no âmbito judicial, quer no âmbito administrativo; assim como tem o dever de determinar a produção de provas de forma a viabilizar o direito à ampla defesa.

Estes deveres são inerentes à atividade jurisdicional.

Assim como inerente é o dever de julgar o processo dentro dos limites em que ele se estabelece. Esta é a garantia assegurada pelo devido processo legal, cujo princípio constitucional deve ser observado em qualquer processo em qualquer esfera.

Não por outra razão que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é claro em determinar a observância do “*due process of law*” por todos os órgãos de julgamento:

“Cabe advertir, por necessário, considerada a essencialidade da garantia constitucional da plenitude de defesa e do contraditório, que a Constituição da República estabelece, em seu art. 5o, incisos LIV e LV, que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal, notadamente naqueles casos em que se viabilize a possibilidade de imposição, a determinada pessoa ou entidade, de medidas consubstanciadoras de limitação de direitos.

Impende assinalar, bem por isso, na linha de decisões que já proferi nesta Corte (RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO – AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa (inclusive das pessoas estatais), não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público de que resultem, como no caso, consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5o, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/65-66, 1997, 2a ed., Saraiva; PINTO FERREIRA, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 2/280-285, 2004, 3a ed., Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 686/688, 25a ed., 2012, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 443/456, 9a ed., 2008, Malheiros; HELY

LOPES MEIRELLES, DÉLCIO BALESTERO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 108/109 e 767/768, 39ª ed., 2013, Malheiros, v.g.).”

(Trecho do voto proferido pelo Min. Celso de Mello na ACO 2506 AgRg/DF)

Não é demasiado fazermos um paralelo desta questão com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento envolvendo o depósito prévio para os recursos administrativos em que o Ministro Joaquim Barbosa¹³, tratando do direito de petição, reconheceu que a exigência representava uma violação ao direito de petição:

“É comum, nos dias de hoje, a afirmação, de constitucionalistas americanos, de que o direito de petição contra órgãos do próprio executivo deve ser visualizado de acordo com as funções exercidas por este poder.

Com efeito, várias atividades do executivo se assemelham às atividades exercidas pelo Judiciário. Historicamente isso se explica. Antes da consagração, em diversos sistemas constitucionais, do sistema de separação de poderes, funções executivas e judiciais se confundiam. Ou seja, embora a Administração possua uma série de atividades em que o direito de petição não pode impedir sua margem de manobra, em outras, como nos procedimentos administrativos, o direito de petição se impõe como direito fundamental e inafastável.”

Este mesmo direito de petição é assegurado nos processos administrativos tributários e o impedimento de análise de constitucionalidade da norma impugnada o fere de morte.

Desta forma, se a discussão posta num determinado processo administrativo disser respeito à constitucionalidade de determinada norma, não pode o órgão de julgamento se furtar à sua análise.

A negativa perpetrada pelos órgãos de julgamento administrativos representa uma negativa de prestação de tutela

13. Recurso Extraordinário nº 389.383/SP, DJ 29/06/2007, voto do Ministro Joaquim Barbosa

jurisdicional, em evidente desvio de finalidade e em evidente afronta ao devido processo legal.

Certo é, porém, que nem todas as competências das quais são imbuídas os juízes podem ser estendidas a qualquer outro órgão jurisdicional.

Isto porque, algumas determinadas funções são constitucionalmente atribuídas a determinados Tribunais, como por exemplo a declaração de inconstitucionalidade de normas com efeito *erga omnes*.

Esta competência está disciplinada pela Constituição Federal, em seu artigo 102, que assim dispõe:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

(...)”

Mas ponhamos atenção no fato de que, este corte no exercício da jurisdição não é apenas para os órgãos de julgamento administrativos mas também para os órgão de julgamento judiciais.

Quer-se dizer com isso que todos os órgãos que exerçam atividade jurisdicional podem sofrer limitações e a declaração de inconstitucionalidade com efeito *erga omnes* é uma delas.

Isso não significa dizer que os órgãos de julgamento administrativos não podem analisar e proferir decisão com base em inconstitucionalidade de normas; muito pelo contrário, quer-se demonstrar que todos os órgãos de julgamento podem sofrer limitações sem que isso lhe retire a característica de um órgão jurisdicional.

Avançando ainda sobre esta questão, podemos verificar que os órgãos de julgamento administrativos, em determinadas oportunidades, acabam por analisar a constitucionalidade de normas, sem fazê-lo de forma aparente.

Referimo-nos às situações em que os Tribunais Administrativos Estaduais convalidam autos de infração lavrados com a finalidade de glosar créditos tributários decorrentes de benefícios fiscais concedidos por outros Estados da Federação, cuja norma não esteja amparada por autorização do Confaz.

Tal conclusão é alcançada na medida em que, para que a lei concessiva do benefício fiscal fosse declarada inconstitucional, deveria o estado que se sentir lesado, ingressar com ADIN, para vê-la afastada e, com isso, não mais produzir efeitos¹⁴. No entanto, o que os Estados fazem é, verificando que a norma concessiva do benefício fiscal está em desacordo com a Constituição Federal e à LC 24/75, lavram autos de infração para glosar os créditos que o contribuinte se apropriou com base naquela norma. E estes autos de infração são todos convalidados por decisões de órgãos de julgamento administrativos.

14. “I. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL QUE INSTITUI BENEFÍCIOS FISCAIS RELATIVOS AO ICMS. AUSÊNCIA DE CONVÊNIO INTERESTADUAL PRÉVIO. OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, g, DA CF/88. II. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS. 1. A instituição de benefícios fiscais relativos ao ICMS só pode ser realizada com base em convênio interestadual, na forma do art. 155, §2º, XII, g, da CF/88 e da Lei Complementar nº 24/75. 2. De acordo com a jurisprudência do STF, o mero diferimento do pagamento de débitos relativos ao ICMS, sem a concessão de qualquer redução do valor devido, não configura benefício fiscal, de modo que pode ser estabelecido sem convênio prévio. 3. A modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e os princípios da boa-fé e da segurança jurídica, uma vez que a norma vigorou por oito anos sem que fosse suspensa pelo STF. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. 4. Procedência parcial do pedido. Modulação para que a decisão produza efeitos a contar da data da sessão de julgamento.”

(ADI 4481, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 18-05-2015 PUBLIC 19-05-2015)

Pergunta-se então: estes órgãos não estão mantendo os autos de infração tomando como base a inconstitucionalidade de uma norma? Por certo que sim; mas não o fazem declarando a inconstitucionalidade de forma expressa.

Admitimos, com isso, que os órgãos de julgamento administrativos (no caso acima citado, os estaduais), no exercício da sua jurisdição, já analisam a constitucionalidade de normas.

V - Conclusões

As disposições acima nos permitem concluir que as normas que regem os processos administrativos regulam efetivamente processo e não procedimento, cujos institutos são distinguidos pelas características que os cercam.

Em se tratando de processo, somos levados à inevitável ideia de que a atividade de julgamento exercida pelos órgãos de julgamento administrativos é atividade jurisdicional (o processo é o instrumento para o exercício da jurisdição).

Assim sendo, se de processo e de jurisdição estamos falando somos obrigados a concluir que os processos administrativos se subordinam ao princípio do devido processo legal e do direito de petição.

Inafastável, portanto, se mostra a possibilidade de os Tribunais Administrativos analisarem a constitucionalidade de normas, quando os órgãos de julgamento forem provocados para tanto.

Se a função que os cabe é a de julgador, inafastável é o exercício da jurisdição dentro dos limites em que posta à apreciação.

E como se viu, a análise de constitucionalidade já é exercida pelos Tribunais Administrativos, sem que se faça de modo expresso.

Mas se havia qualquer dúvida a respeito desta competência dos órgãos de julgamento administrativos, estas dúvidas

foram extintas, ou no mínimo minimizadas, com a edição do novo Código de Processo Civil, quando previu a aplicação das regras processuais judiciais também para os processos administrativos.

E se normas regulamentadoras do processo administrativo preveem limitação aos Tribunais Administrativos de analisarem constitucionalidade de atos normativos, resta-nos concluir que estas normas não mais são compatíveis com o ordenamento jurídico.