ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

FUNDAMENTOS PRINCIPIOLÓGICOS DO DIREITO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO

PRINCIPLED FUNDAMENTALS OF LAW AND THE DUE PROCESS OF LAW IN TAX MATTERS

Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade*

RESUMO: Busca-se, nesta pesquisa, mostrar alguns pontos polêmicos do embate doutrinário acerca da distinção entre princípios e regras, o caráter normativo e a importância daqueles no mundo atual, onde não há mais espaço para a concepção que restringe o Direito a um sistema de leis vigentes, alheias a valores éticos e morais. Destaca-se o declínio do positivismo jurídico, superado pelo pensamento da era pós-positivista e principiológica do Direito. Ao final, são feitas algumas observações sobre o caráter geral do devido processo legal e sua aplicação no âmbito do Direito Tributário.
Palavras-chave: Sentido jurídico da palavra princípio. Dissociação entre princípios e regras. Normatividade dos princípios. Devido processo legal no Direito Tributário.

ABSTRACT: The aim is, in this research, to show some controversial points of doctrine about the distinction between principles and rules, the normative aspect and the importance of the principles in today's world, where there is more room for what restricts the right to a system of laws unrelated to ethical and moral values. Noteworthy is the decline of legal positivism, overcome by the thought of the post-positivist age and set of principles of law. In the end, some remarks are made about the general character of the due process of law and its application under the Tax Law's point of view.
Keywords: Legal sense of the word principle. Dissociation between principles and rules. Normative principles. Due process of law in Tax Law.

* Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Juíza de Direito em Minas Gerais.

1 INTRODUÇÃO

A questão principiológica passou a ser o centro das reflexões sobre o Direito nas últimas décadas do século XX.

Em nosso cenário jurídico, surgiu a Constituição Federal de 1988, de grande inspiração democrática e caráter nitidamente principiológico, sobressaindo, neste quadro, o princípio da dignidade humana.

O Direito passou a ser visto como uma ordem constituída de princípios - um sistema aberto de princípios - em lugar de um sistema de regras, de maneira que surgiu no âmbito acadêmico, na década de 90, uma profusão de estudos sobre a questão principiológica.

Num trabalho monográfico versando sobre o princípio do devido processo legal tributário, sempre vêm à baila, em um primeiro momento, algumas indagações do tipo: qual o significado da palavra princípio? O que se deve entender por princípios? Há diferenças entre princípios e regras, ou eles se equivalem? Os princípios têm caráter normativo? Quais as principais diferenças entre os princípios gerais do Direito e os princípios especiais? Qual é o sentido da *cláusula due process of law*? Quais as principais diferenças entre o devido processo no sentido material e processual? A legislação tributária brasileira está bem sintonizada com este cânone do processo, seja administrativo ou judicial? A estrutura Administrativa adotada em nosso País confere ao contribuinte as garantias decorrentes do princípio *sub examine*?

Para responder aos questionamentos apontados, começaremos esta pesquisa pela abordagem dos traços mais genéricos dos princípios, as variadas concepções sobre o vocábulo princípio, sublinhando o significado deste no contexto filosófico e jurídico, com alguns lampejos para clarificar-lhe o conceito.

As questões que parecem mais intrincadas cingem-se à juridicidade dos princípios e à distinção entre eles e as regras, causadoras de grande celeuma entre os que se debruçam na investigação do caráter daqueles e das diferenças entre estas duas espécies (princípios e regras) do gênero normas.

Em seguida, assinalaremos algumas das proposições mais difundidas na doutrina, para proceder à distinção entre princípios e regras, passando ao largo de uma análise mais profunda, pois o objetivo desta monografia é

apenas expor, em linhas gerais, a problemática em torno dos fundamentos principiológicos do Direito, destacando a *cláusula due process of law* .

Também, no primeiro capítulo, além das questões acima, trataremos da normatividade dos princípios e da evolução histórica do pensamento concernente à questão, a partir da fase jusnaturalista, perpassando pelo posicionamento positivista, até chegar à fase pós-positivista dos dias atuais. Concluindo a primeira parte desta pesquisa, abordaremos os princípios gerais do Direito, distinguindo-os dos princípios especiais.

O último capítulo foi reservado à análise do princípio do devido processo legal - como o postulado constitucional consistente na base em que repousam todos os outros cânones do processo -, cogitando, primeiramente, das noções deste princípio em sentido genérico, sua história e o sentido material e processual desse primoroso cânone. Encerrando este tema, abordaremos o princípio do devido processo legal no âmbito do Direito Tributário.

Enfim, ressaltamos que o estudo dos fundamentos principiológicos do Direito oferece dificuldades que nos forçaram a estender um pouco mais sobre os tópicos tratados no primeiro capítulo, mas, evidentemente, sem rigor no seu balizamento, o que demanda um estudo da Teoria do Direito voltado para este desiderato específico.

2 PRINCÍPIOS DE DIREITO

No último quartel do século XX, o pensamento jurídico brasileiro viu-se agitado pelo advento da Constituição Federal de 1988, fundamentalmente principiológica, prenunciando grandes mudanças em nosso ordenamento jurídico.

De outro lado, acirravam discussões sobre o Projeto do Novo Código Civil – em tramitação no Congresso Nacional -, permeado de cláusulas gerais ou normas de conteúdo indeterminado, que abriam suas portas para a vida social, trazendo a lume uma nova mentalidade, calcada em paradigmas mais consentâneos com a tábua de valores talhados na Lei Suprema, e acenando com novos caminhos a serem trilhados pelo Direito pátrio.

A dimensão axiológica constitucional, com todo este cenário de mudanças na ordem jurídica brasileira, impôs a ruptura com padrões jurídicos anteriores,

pelo que a questão principiológica encontrou ambiente propício para aflorar com mais vigor nas preocupações da doutrina, que passou a enfatizar a necessidade de intensificar as reflexões sobre os princípios, enfrentando a polêmica sobre a distinção entre estes e as regras, realçando a força normativa daqueles e outros aspectos controvertidos, na tentativa de obter maior clareza para o assunto.

2.1 LINEAMENTOS INICIAIS

Princípio é uma palavra polissêmica, que pode ser traduzida em vários sentidos, aclarando-se-lhe o significado conforme o contexto em que se insere.

Etimologicamente, princípio deriva do grego (arché), equivalente ao latim *principium* – aquele que ocupa o primeiro lugar.

A idéia de princípio sempre sinaliza com o começo de alguma coisa. Comumente, o termo é utilizado tanto em linguagem vulgar quanto técnica.

Aristóteles - um dos filósofos que mais influenciaram o pensamento da humanidade - apresentou vários significados para a palavra princípio, nomeados por José Cretella Neto, todos acenando com a idéia de 'ponto de partida', dentre os quais sobressaem:

> - Ponto de partida de um movimento, por exemplo, de uma linha ou de um caminho;
> - melhor ponto de partida, como, por exemplo, o que facilita aprender uma coisa;
> - ponto de partida efetivo de uma produção, como, por exemplo, a quilha de um navio ou os alicerces de uma casa;
> - causa externa de um processo ou de um movimento, como, por exemplo, um insulto que provoca uma briga;
> - aquilo que, com sua decisão, determina movimentos ou mudanças, como, por exemplo, o governo ou as magistraturas de uma cidade;
> - aquilo de que parte um processo de conhecimento, como, por exemplo, as premissas de uma demonstração[1].

No sentido filosófico, Leibniz, grande intelecto de todos os tempos, discorrendo sobre as proposições denominadas máximas ou axiomas, que

1 CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 2.

chamou de princípios evidentes das ciências, observou:

> Existe uma espécie de proposições que, sob o nome de máximas ou axiomas, passam como sendo os princípios das ciências; pelo fato de serem evidentes por si mesmas, costuma-se denominá-las inata, sem que ninguém tenha jamais procurado – quanto saiba eu – mostrar a razão e o fundamento da sua extrema clareza, a qual por assim dizer nos força a dar-lhes o nosso consentimento. Entretanto, não é inútil entrar neste exame e ver se esta grande evidência se estende apenas a estas proposições, como também examinar até que ponto elas contribuem para outros conhecimentos nossos[2].

Interessante, também, nesta linha de pensamento, é a noção de princípio apresentada por Miguel Reale em *Filosofia do Direito*:

Princípios são verdades ou juízos fundamentais que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade.[3]

Em sentido estrito, observa Márcio Monteiro Reis, "princípio é um enunciado a ser observado por uma razão de justiça ou de moral".[4]

Muito usado pelos estudiosos e operadores do direito, o termo princípio, genericamente quer dizer, por um lado, começo, início, origem, ponto de partida; de outro, mandamento, fundamento da ordem jurídica, norma a seguir, vetor exegético, guia do pensamento jurídico.

O constitucionalista Paulo Bonavides, discorrendo sobre o conceito de princípio, cita uma definição de F. de Clemente, apresentada na segunda década do século XX, período em que a concepção dos cânones ainda estava impregnada de concepções civilistas:

> Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares do Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo[5].

2 LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios Sobre o Entendimento Humano.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 405.
3 CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 4.
4 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.139.
5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 229.

"No tocante à noção de princípio jurídico, ainda, o publicista Bandeira de Mello formulou conceito que se tornou clássico, citado por José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo":

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico[6].

Enfim, os princípios são proposições básicas, fundamentais, de conteúdo axiológico acentuado, que têm por escopo estruturar o sistema jurídico, sendo fonte de sua criação e interpretação.

2.2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

O objetivo principal deste tópico é apontar alguns dos pontos mais polêmicos do tormentoso problema pertinente à distinção entre princípios e regras que aguçam os juristas preocupados em separá-los qualitativamente, assinalando, desde já, que não se cogita da arcaica dissociação entre princípios e normas, há muito superada.

Segundo a dogmática moderna, o ordenamento positivo é composto por normas jurídicas que constituem o gênero do qual fazem parte as regras (ou disposições) e os princípios, que não se confundem, inexistindo, pois, hierarquia entre ambos, que têm papéis diversos dentro do sistema.

A discussão acerca do tema vem de longa data, fortalecendo-se com o surgimento das obras de Ronald Dworkin - *Levando os Direitos a Sério* -, nos Estados Unidos, e Robert Alexy - *Teoria dos Direitos Fundamentais* -, na Alemanha, ambas distinguindo princípios e regras cuja diferenciação, na essência, é coincidente, segundo o publicista Paulo Bonavides.

Princípios são normas que instituem fins a serem atingidos, juridicamente relevantes, dotados de alta carga axiológica, ostentando com clarivi-

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 84.

dência os valores jurídicos e políticos que consagram, e visam a estruturar o sistema, disseminando-lhes os efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

As regras jurídicas são descrições que estipulam imposições, permissões e proibições, que serão ou não cumpridas. Elas prescrevem condutas que se prestam à realização de determinados fins.

Muito citado, pela doutrina, para a diferenciação das duas espécies normativas é o critério da generalidade. Segundo este, os princípios possuem um elevado grau de abstração, bem superior ao das regras - que possuem um grau de generalidade relativamente baixo -, o que diminui a previsibilidade do âmbito de aplicação daqueles, e impede a subsunção (técnica de aplicação do Direito, consistente no enquadramento de uma espécie fática em disposições do ordenamento jurídico), por não delimitar, com a necessária nitidez, as hipóteses de incidência e suas conseqüências jurídicas. De acordo com esse critério, é possível, portanto, apartar os cânones das regras.

Apesar de os princípios e regras terem caráter geral, a generalidade de ambos é de natureza diversa. Embora a regra seja instituída, tendo em vista um número indeterminado de hipóteses ou fatos-tipo, ela é sempre especial, pois se limita a reger apenas os atos e fatos que delineia.

O princípio não tem supedâneo fático (terminologia usada por Pontes de Miranda) ou *fattispecie* - expressão do direito italiano que não encontra correspondente no Direito brasileiro, devendo portantoser entendida como situação fática abstrata prevista numa regra como típica -, comportando uma série indefinida de aplicações, por isso é geral, pelo que não deve ser aplicado de forma mecânica.

Nessa mesma linha de raciocínio, assevera Gustavo Zagrebelsky, citado por Daniel Sarmento: "Se o direito não contivesse princípios, mas apenas regras jurídicas, seria possível a substituição dos juízes por máquinas."

Ao que parece, a principal diferença entre regras e princípios reside na forma de aplicá-los, aflorando aquela com mais clareza quando ocorre o choque entre as primeiras, e colisões entre os segundos, distinguindo-se a forma de solução dos dois tipos de conflitos, que são inconfundíveis.

É importante assinalar que, no caso concreto, quando duas ou mais regras se contradizem ou aparentam incidir sobre o mesmo fato, a questão

se resolve pelos critérios clássicos de solução de antinomias, que são de três modalidades: cronológico, hierárquico e da especialidade.

Consoante o critério cronológico, entre duas regras incompatíveis, a lei posterior derroga a anterior, prevalecendo, portanto, a mais recente – *lex posterior derogat priori*. Segundo o critério hierárquico, quando duas regras jurídicas se mostram inconciliáveis, deve ser aplicada a mais graduada. A lei superior derroga a hierarquicamente inferior - *lex superior derogat inferior*. Pelo critério da especialidade, no conflito entre duas regras, deve prevalecer a mais específica, que derroga a mais geral – *lex especialis derogat generali*. Enfim, haverá sempre uma regra que deverá prevalecer sobre outra, escolhendo-se a norma prevalecente em consonância com os critérios apontados.

Valiosa é a contribuição de Ronald Dworkin - expoente da era pós-positivista -, que faz severa crítica ao positivismo jurídico, principalmente o ponto de vista do professor inglês Herbert Hart, autor da teoria das *rules of recognition*, na qual classifica as normas jurídicas em duas categorias: primárias e secundárias. Para eles, os ordenamentos jurídicos são formados tão somente por essa dualidade de normas, sendo as primárias, fontes de direitos subjetivos e obrigações, enquanto as secundárias têm caráter meramente procedimental.

Hart conclui sua teoria asseverando que, principalmente nos *hard cases* (casos difíceis cuja solução exige o exame de valores conflitantes e de normas não muito claras ou pouco adequadas ao fato-tipo), em face da estrutura aberta do ordenamento jurídico e da imprecisão de determinadas regras, muitas vezes o juiz é obrigado a agir discricionariamente, limitado, porém, ao espaço deixado pela norma e às possibilidades semânticas e gramaticais de seu texto, não podendo, pois, mudar o sentido possível das palavras contidas neste.

Para Ronald Dworkin, o positivismo, ao visualizar o Direito como um sistema formado tão-somente de regras, não consegue fundamentar as decisões nos casos inéditos (*hard cases*), de acentuada complexidade, para os quais o juiz não identifica nenhuma regra jurídica aplicável, nem mesmo pelos recursos de interpretação ou pela analogia, pelo que precisa criar uma nova lei para solucionar o problema. Ele recorre a 'padrões' que não funcio-

nam como regras, mas operam, diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Nesses casos, o juiz vai legislar. Portanto, deve agir como um parlamentar, tendo que levar em conta o que imagina ser a vontade deste. Contudo, essa atuação é vinculada, pois obriga o juiz a agir da forma como agiria o legislador.

Convém abrir um espaço no desenvolvimento dessas noções sobre a teoria de Dworkin, para transcrevermos as colocações de Cleyson de Moraes Mello e Cleverson Linhares de Jesus, i*n "Teoria dos Casos Difíceis no Direito – Uma visão à luz dos ensinamentos de Herbert Hart e Ronald Dworkin"*, sobre o que se deve entender como '*hard cases',* reportando-se ao autor colombiano César Rodriguez:

'Um caso é difícil quando os fatos e normas relevantes permitem mais de uma solução (antinomia); dois ou mais princípios colidem; não existe nenhuma norma aplicável (antinomia - lacuna), ou mesmo que exista a norma, e seja clara, seja injusta; e, finalmente, um caso é difícil quando mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modificar'[7].

Prosseguindo com seu posicionamento, Dworkin esclarece que, no ordenamento jurídico, existem tanto princípios como regras. Aqueles, diferentemente dessas, possuem, além da dimensão de validade, uma outra dimensão, que rotulou de peso (importância), e se exterioriza na hipótese de colisão. Isto significa que as regras ou valem, sendo aplicáveis em sua inteireza, ou não valem e, neste caso, não são aplicáveis.

Tratando-se de princípios, quando ocorrer uma colisão entre estes, não se questiona a validade, mas somente o peso (valor), prevalecendo o cânone que tiver maior importância no caso concreto. O princípio de menor peso não deixa de existir dentro do ordenamento jurídico, apenas não será aplicável ao caso, por ser menos significativo diante das circunstâncias que o envolvem. Porém, em outros fatos-tipo, a situação poderá se inverter.

Eis a lição de Ronald Dworkin, Mestre de Harvard, citado por José Cretela Neto:

7 RODRIGUEZ, César. La Decision Judicial / H.L. HART *Y* RONALD DWORKIN; Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Colombia, 1997. In: MELLO Moraes de Cleyson; JESUS, Linhares de Cleverson. POIESE, Juris. **Revista Jurídica dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá**, p. 221-222.

> As normas jurídicas (regras) são aplicadas segundo o critério 'tudo-ou-nada' (all-or-nothing), no sentido de que, no caso concreto, ou a norma é válida ou a norma é inválida; em caso de colisão de regras jurídicas, uma delas prevalece. Já os princípios possuem uma ponderação específica (dimension of weight), dentro de cada sistema jurídico; em caso de choque entre dois princípios, aquele que detiver maior peso relativo, em comparação com o outro ou com outro, prevalece. Aquele que tem peso relativo menor não perde a validade, apenas é suplantado pelo que tem peso maior[8].

Pelo Dworkiniano, portanto, as situações de tensão principiológicas não são sanadas no campo da validade, pelos meios tradicionais de solução de antinomias (critérios cronológico, hierárquico e da especialidade). Na hipótese de colisão entre princípios, a atividade do intérprete deve se pautar na ponderação dos interesses (valores) neles protegidos, desprezando-se o de menor importância no caso concreto, em homenagem a outro a que se repute um valor maior.

Em outras palavras, no tocante às regras, quando incidirem sobre um caso concreto, entrando em choque, uma terá que ser aplicada, as demais devem ser eliminadas do sistema, de forma imperativa, por ser inconcebível a validade simultânea de regras incompatíveis. A decisão sobre qual das regras contraditórias será preservada, deverá ser obtida mediante o emprego dos três critérios clássicos acima descritos, enquanto os princípios podem ser afastados em face da ponderação dos valores que abrigam, optando o intérprete por um deles, sem que seja eliminado do sistema, de modo que são sempre concorrentes e não incompatíveis entre si.

Luís Roberto Barroso, em substanciosa lição sobre o tema, consignou:

> A denominada ponderação de valores ou ponderação de interesses é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer

8 CRETELLA NETO, José. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. London: Duckworth, 1987. p. 28.

> concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição [...].

A ponderação, como mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos, conquistou amplamente a doutrina e já repercute nas decisões dos tribunais. A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias É preciso demarcar "o que" pode ser ponderado e "como" deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que possa satisfazer adequadamente à demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico deverá ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.[9]

Cumpre colacionar, também, nesse passo, a lição do doutrinador germânico Karl Larenz, a propósito da "ponderação de bens" como método para o equacionamento de antagonismos entre princípios:

A 'ponderação de bens' no caso concreto é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei -, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral de personalidade, ficou em aberto. Do mesmo modo que na concretização paulatina pela jurisprudência de pautas de valoração que carecem de ser preenchidas de conteúdo, também aqui é de esperar que, com o acréscimo de sentenças dos tribunais superiores, se hão de criar possibilidades de comparação, mediante as quais serão tornadas mais estreitas as margens residuais de livre apreciação. Mas, posto que de cada vez se requererá a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, que nunca são iguais em tudo, não se deve esperar que, com o tempo, se venham a formar regras fixas que possibilitem uma subsunção simples do caso concreto. A comparação de casos possibilita analogias e porventura uma certa tipificação dos casos; a 'ponderação' de bens

9 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 330-331.

será desse modo aliviada, mas não se tornará supérflua[10].

Observação relevante, também, é feita pelo Ministro Eros Grau, citando Luís Pietro Sanchís, da qual não poderíamos nos descurar neste estudo:

> [...] o que faz com que uma norma seja um princípio não é o seu enunciado lingüístico, mas o modo de resolver seus eventuais conflitos: se, em colisão com uma determinada norma, cede sempre ou triunfa sempre, estaremos diante de uma regra; se, em colisão com outra norma, cede ou triunfa conforme os casos, estaremos diante de um princípio[11].

Quer isto dizer que, no momento da interpretação, o intérprete observará se a situação é de conflito entre regras ou de colisão entre princípios, emergindo a distinção entre essas duas categorias de normas naquele instante.

Em que pese a todas essas colocações - jungidas pela profusão de artigos no sentido acima explicitado, tentadores e amplamente difundidos -, não poderíamos deixar de fazer uma breve referência às idéias do Professor Humberto Ávila, que, em substancioso opúsculo sobre a Teoria dos Princípios, lança severas críticas aos recentes estudos dedicados à matéria, pela falta de clareza conceitual no tocante ao tratamento das categorias normativas diferenciadas (princípios e regras); pelas tentativas de separá-los, com exaltação à importância daqueles, diminuindo a relevância destas; por reverenciarem os princípios como sendo os pilares mestres do sistema, sem apresentarem recursos para facilitar a compreensão e aplicação dos mesmos, etc.

Averba, o Professor Humberto, que grassam afirmações categóricas do tipo: as normas ou são regras ou princípios, podendo ser estes objeto de ponderação, o que não se permite àquelas; quando duas regras se defrontam, uma delas será inválida, enquanto, na colisão de princípios, os dois continuam válidos, decidindo o intérprete qual deles será afastado por insuficiência de peso.

Todavia, aquele observa que o exame mais acurado da dissociação entre

10 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p 587.

11 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação**: aplicação do Direito. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 177.

cânones e regras não leva a constatações tão sólidas, ensejando algumas dúvidas, e cita como exemplo: será que todas as categorias normativas cingem-se aos princípios e regras? Estariam corretas as afirmações de que as regras não podem ser objeto de ponderação, e que o choque entre estas, diante do caso concreto, se resolve no campo da validade, mediante a consideração de critérios previamente estabelecidos, exteriores a elas? Seria, portanto, a ponderação ou balanceamento, enquanto sopesamento de razões ou contra-razões, método privativo de aplicação dos princípios? A esta última indagação, inclusive, o autor responde negativamente, de forma expressa, no tópico rotulado de "critério do conflito negativo".[12]

Embora se tenha consciência da grande importância dessas observações, não nos deteremos sobre as idéias do Professor Humberto Hávila, que denotam originalidade – tão enaltecidas por Eros Grau - por exigirem um estudo mais aprofundado da matéria, não sendo esse o objetivo central deste trabalho monográfico.

A esta altura do desenvolvimento deste tópico, já caminhando para o seu ocaso, cumpre assinalar que, nas últimas décadas, os estudiosos da Teoria do Direito vêm se aprofundando na análise das distinções entre princípios e regras, o que nem sempre é simples.

Finalmente, convém dizer que, para se lidar com o Direito, é necessário saber interpretá-lo, harmonizando as regras escritas - que constituem a parte visível do ordenamento jurídico - com sua parte não positivada, lembrando que não há conflitos entre princípios e regras jurídicas. O que ocorre são antinomias entre regras, de um lado e, de outro, separadamente, colisões entre princípios, não se confundindo essa díade de contradições. Este parece ser o ponto de partida que conduzirá à clarificação do quadro de perplexidades que assoma da relação entre as normas, no sentido genérico, essencial, para a adequada compreensão do funcionamento do sistema jurídico, cada vez mais aberto para abrigar as inovações de seu tempo.

2.3 O CARÁTER NORMATIVO DOS PRINCÍPIOS

O ponto fulcral da grande reviravolta doutrinária envolvendo a problemática dos princípios se assenta no reconhecimento da positividade ou qualida-

12 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43-45.

de normativa destes, que, na era pós-positivista, aportaram nas Constituições, de forma explícita ou implícita, adquirindo o status de cânones constitucionais.

Com esta subida, os princípios se tornaram as normas mais proeminentes do ordenamento jurídico, que dão unidade ao sistema, servem de fundamento para todas as outras e conduzem a atividade do intérprete, deixando para trás a fase da história (positivismo) em que estavam enclausurados em Códigos, com função meramente secundária, supletiva ou subsidiária.

A doutrina destaca três fases distintas na trajetória histórica do pensamento concernente à juridicidade dos princípios, citadas por Paulo Bonavides como sendo: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira, jusnaturalista - mais antiga -, não reconhece normatividade nos princípios, considerados como proposições consistentes em axiomas ou máximas universais.

A propósito, Luís Roberto Barroso esclarece em lapidar lição:

> O termo 'jusnaturalismo' identifica uma das principais correntes filosóficas que têm acompanhado o Direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo [...][13].

A segunda fase, que trata do positivismo jurídico, também chamada formalista ou legalista, teve sua ascensão após o último quartel do século XIX, atingindo seu apogeu com o normativismo de Hans Kelsen, e sendo marcada pelo apego excessivo às leis ('*fetiche da lei*').

Para o positivismo jurídico, Direito é norma que provém do Estado, tendo como características a imperatividade e a força normativa, opondo, portanto, à corrente jusnaturalista.

Neste período, também, não se admitem contornos normativos nos princípios, que ingressam nos Códigos como simples fonte subsidiária do Direito, isto é, com função apenas supletiva, servindo para completar as lacunas detectadas no ordenamento jurídico.

13 BARROSO, 2004, p. 318.

Na segunda metade do século XX, a concepção que restringe o Direito a um sistema composto de leis vigentes, alheias a valores éticos e morais, já não encontra mais espaço, e o positivismo submerge no mar de idéias do constitucionalismo moderno.

Surge, neste cenário, a terceira fase, cunhada de pós-positivismo, que atinge o apogeu nas últimas décadas do século XX. O Direito, apartado da ética e da moral pelo positivismo jurídico, se reconcilia com os valores e passa a ser visto como um conjunto de regras e princípios normativos.

As críticas contundentes formuladas no período pós-positivista, centradas nas idéias reacionárias de intelectuais como Ronald Dworkin - que destacou a necessidade de tratar os princípios como Direito, porque tanto estes como as regras positivadas podiam criar direitos e impor obrigações -, destronaram definitivamente o jusnaturalismo, que concebia os princípios como valores sem eficácia jurídica, e ao positivismo, que, por sua vez, chegou a negar a existência daqueles, por serem incompatíveis com a segurança jurídica, pela impossibilidade real de determinação ou pela falta de força jurídica.

De modo semelhante, contribuiu sobremaneira, também, para o declínio inexorável do jugo legalista, a teoria do jurista alemão Robert Alexy, apoiada em premissas substancialmente idênticas às formuladas por Dworkin, que aflora em momento propício ao fortalecimento do movimento defletido, assentando a qualidade normativa dos princípios, alçados à categoria de norma jurídica.

Como um dos precursores da defesa da normatividade dos cânones, desponta o jurista Vezio Crisafulli, na doutrina italiana, que afirma essa qualidade de forma expressa no conceito "in verbis", apresentado ao mundo jurídico em 1952:

> Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém[14].

14 BONAVIDES, 2004, p. 231.

Reforçando suas considerações, que tanto contribuíram para o fortalecimento da tese da normatividade dos princípios, o jurista italiano declarou:

> Se os princípios fossem apenas diretrizes ou diretivas teóricas, nestas hipóteses, para ser coerente, ter-se-ia que admitir então, que a norma seria instituída pelo juiz e não o contrário, ou seja, unicamente aplicada por esse ao caso concreto[15].

Paulo Bonavides, após colacionar várias definições sobre princípios, segundo ele impregnadas da concepção civilista, afirmou que o passo mais corajoso, dado pela doutrina atual para a caracterização daqueles, repousa no reconhecimento de seu caráter normativo, enfatizando ser de grande utilidade à pesquisa feita por Ricardo Guastini, que recolheu, da jurisprudência e de juristas, seis conceitos diversos de 'princípios', todos ressaltando a função normativa destes, sendo oportuno trazer à baila algumas de suas formulações:

> Em primeiro lugar, o vocábulo 'princípio', diz textualmente aquele jurista, se refere a normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade.
> [...] Em quarto lugar, continua aquele pensador, o uso que os juristas às vezes fazem do termo 'princípio' é para referir-se a normas (ou a dispositivos que exprimem normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.
> [...] Em sexto lugar, finalmente, elucida Guastini, os juristas se valem da expressão 'princípio' para designar normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos[16].

Ocupando-se também da inquietante questão envolvendo o caráter normativo dos princípios, Norberto Bobbio consignou em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*:

> Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra

15 BONAVIDES, 2004, p. 245 *apud* CRISAFULLI. **La Constituzione,** Op. cit., p 16.
16 BONAVIDES, 2004, p. 231-232.

> princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são ou não normas. Para mim, não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli[17].

Para respaldar essa concepção, ele apresenta dois sólidos argumentos. Primeiro, se os princípios são extraídos das normas, através de um procedimento de generalização sucessiva, aqueles devem ter a mesma natureza destas. Segundo, assim como as normas, os princípios visam a regular um caso não regulamentado, não se lhes podendo negar, portanto, a mesma natureza das normas.

Na doutrina brasileira, Daniel Sarmento, em notável obra, em que aborda a técnica da ponderação de interesses na Constituição Federal como meio para equacionar conflitos normativos, ressalta com propriedade:

> O estudo dos princípios constitucionais assume importância central para a teoria constitucional contemporânea, que atravessa nas palavras do Professor Paulo Bonavides, um período pós-positivista, caracterizado pelo reconhecimento da plena eficácia jurídica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais [...][18]

Resta dizer, a esta altura, que a Constituição brasileira abriga uma grande variedade de princípios que são autênticas normas jurídicas, como v. g., os arts. 1°, 5°, 37, 170, 206, etc., estatuindo valores e objetivos primordiais que permitem a atualização de seus preceitos para enfrentar os desafios das freqüentes mudanças sociais que se espraiam vertiginosamente, e às quais não está imune a Lei Maior.

De tudo que se expendeu, ficou a lição de que os princípios alçaram, na fase pós-positivista, o vôo mais alto dentro do ordenamento jurídico, suplantando os limites fechados dos Códigos do período privatista, impregnados da concepção legalista do Direito, e tiveram ingresso nas Consti-

17 BOBBIO, 1999, p. 158.

18 SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41-42.

tuições, passando com altivez para o âmbito do Direito Público. Com esse grande salto, eles atingiram o mais elevado plano no ordenamento, o vértice da pirâmide normativa, transformando-se nos alicerces que inculcam as fontes legitimadoras de todo o sistema jurídico.

Enfim, cabe salientar, apenas, que a tese dos positivistas clássicos, negando força normativa aos princípios, soçobrou definitivamente. Nos dias atuais, sobreleva a corrente filosófica pós-positivista, perfilhando o entendimento segundo o qual os princípios, enquanto valores mais relevantes da ordem jurídica, adquiriram novo caráter, pois deixaram de ser meras proposições não vinculantes, sendo reconhecidos pela doutrina como normas jurídicas efetivas. Como afirmou Paulo Bonavides, hodiernamente, já se pode falar numa *concepção principial do Direito*.[19]

2.4 PRINCÍPIOS GERAIS

Os princípios podem abranger todo o universo do Direito, ou podem ser pertinentes a apenas um ou alguns de seus ramos. Os primeiros são os princípios gerais, e os segundos os especiais, não se confundindo essas duas categorias principiológicas.

Para Norberto Bobbio, os princípios gerais são normas fundamentais, ou as mais gerais do sistema, que podem ser expressas ou não.[20]

No século XIX e primeiras décadas do século XX, aqueles eram concebidos sob a ótica privatista, sendo considerados princípios gerais do Direito os cânones do Direito Civil, não se admitindo, para eles, o caráter normativo, visão que sofreu profunda alteração com o constitucionalismo contemporâneo, como já se frisou no tópico anterior.

A partir da segunda metade do século XX, os princípios gerais do Direito ingressam fortemente no texto constitucional, deixando ao largo parte considerável da clássica indeterminação que lhes atribuía a antiga hermenêutica, evocada por esta para extirpar-lhes o sentido normativo.

Com este salto, que levou os princípios gerais do Direito ao ápice da pirâmide normativa, eles passaram, recentemente, a ser vistos como princí-

19 BONAVIDES, 2004, p. 259.
20 BOBBIO, 1999, p. 156.

pios do Direito Constitucional.

Discorrendo sobre a grande mudança na trajetória da doutrina quanto à problemática dos princípios, Paulo Bonavides elucida:

> O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente, proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fonte de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais[21].

Em outra lição em que também aborda os princípios gerais, princípios constitucionais e disposições de princípio, o citado constitucionalista brasileiro enfatiza:

> Os princípios gerais a que nos reportamos ao longo dessa exposição correspondem em sentido e substância, aos 'princípios constitucionais' e às 'disposições de princípio', da terminologia mais em voga entre os Mestres do Direito Público contemporâneo[22].

Os princípios gerais que podem ser expressos ou implícitos, comumente, não são positivados, isto é, não estão explicitados em textos normativos, sendo necessário descobri-los, extraí-los do exame de um ou mais preceitos existentes no ordenamento jurídico.

O Professor Eros Grau esclarece que os 'princípios gerais de direito' inexistem fora do ordenamento, e que não são criados pela jurisprudência, pois, estão expressos no texto legal, ou são consagrados no seu bojo, em estado de latência. A seguir, alguns excertos de suas lições a propósito da questão:

> Os princípios gerais de direito são, efetivamente descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são – repito-o – justamente porque neste mesmo ordenamento (isto é, no interior

21 BONAVIDES, 2004, p. 260.
22 Idem, p. 245.

> dele) já se encontravam, em estado de latência.
> Não se trata, portanto, de princípios que o aplicador do direito ou o intérprete possa resgatar fora do ordenamento, em uma ordem suprapositiva ou no direito natural. Insista-se: eles não são descobertos em um ideal de 'direito justo' ou em uma idéia de direito[23].

Os princípios integram o Direito, nele exercendo distintas funções. A mais tradicional é a função interpretativa, hipótese em que atuam como guias, apontando o caminho para a adequada compreensão das normas jurídicas.

Eles atuam, também, como fontes subsidiárias ou supletivas do Direito, quando são utilizados para suprir lacunas detectadas no ordenamento. Quer isto dizer que, à falta de uma regra específica para reger uma situação fática, o intérprete buscará luzes, para solucionar o caso concreto, nos cânones, que incidirão regulando a espécie, completando-se, destarte, o ordenamento jurídico.

Esta função subsidiária ou supletiva dos princípios é citada expressamente em textos legais do Direito pátrio, como por exemplo, o art. 4° da Lei de Introdução ao Código Civil, a seguir transcrito:

> Art.4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Para justificar a citação da Lei de Introdução ao Código Civil, no âmbito deste trabalho, voltado para o direito público, convém trazer à colação importante lição da professora Maria Helena Diniz sobre a natureza da Lei de Introdução:

> A Lei de Introdução não é parte integrante do Código Civil. [...] Estende-se muito além do Código Civil, por abranger princípios determinativos da aplicabilidade das normas, questões de hermenêutica jurídica relativa ao direito privado e ao direito público e por conter normas de direito internacional privado.
> [...] Em nosso país, portanto, a Lei de Introdução ao Código

23 GRAU, Roberto Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145.

> Civil é, como já dissemos, muito mais do que sua nomenclatura possa indicar. Trata-se de uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico nacional. Realmente, nenhum motivo existe para considerá-la uma Lei de Introdução ao Código Civil, pois é verdadeiramente o diploma da aplicação, no tempo e no espaço, de todas as normas brasileiras, sejam elas de direito público ou privado. Suas normas constituem coordenadas essenciais às demais normas jurídicas (civis, comerciais, processuais, administrativas, tributárias etc.), que não produziriam efeitos sem os seus preceitos. As normas da Lei de Introdução não são peculiares ao Código Civil, por serem aplicáveis a este e a quaisquer leis. [...][24]

Urge ressaltar que, após a segunda metade do século XX, com a reviravolta na doutrina acerca dos princípios, impulsionada pelo pensamento constitucionalista contemporâneo, os cânones deixaram de ter apenas aquelas duas funções secundárias (interpretativa e supletiva). Eles preservaram esses dois papéis, mas agregaram um novo status com o ingresso nas Constituições, e chegaram ao cume do ordenamento, passando a exercer, também, a relevante função de fundamentadores do sistema, constituindo, pois, os postulados edificadores do ordenamento jurídico.

Enfim, restou assentada a idéia de que os princípios gerais do Direito são enunciados de grande abrangência, que têm múltiplas funções no universo jurídico, dentre as quais avulta o papel de fundamentar o ordenamento, traçando-lhe os alicerces, estrutura e diretrizes que irradiam efeitos por todo o sistema jurídico ao qual concernem.

2.5 PRINCÍPIOS ESPECIAIS

Os princípios especiais são peculiares a determinados ramos do Direito, aos quais serão aplicáveis, não tendo, evidentemente, a mesma dimensão dos princípios gerais que se aplicam ao sistema jurídico, na sua integralidade. Aqueles compreendem um conjunto de normas que se interpenetram, formando uma unidade capaz de ensejar o reconhecimento de

24 DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 3-4.

sua identidade ou o regime que norteiam.

Para adquirir autonomia dentro do Direito, qualquer ramo deste universo pressupõe a construção de institutos próprios e princípios peculiares indispensáveis, que lhe traçam os contornos e o distingue dos demais setores que integram essa genealogia.

Encerrando estas breves considerações acerca dos princípios especiais, impende dizer que eles se propagam de forma limitada, restringindo seus efeitos ao ramo do Direito ao qual pertencem, sujeitando-se a enunciados ou proposições diretivas peculiares que os estruturaram, e em cujo âmbito ditos princípios possuem supremacia reconhecida.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO

3.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No momento em que o Direito é visto como um sistema aberto de princípios e regras, não se limitando ao papel de mero solucionador de conflitos sociais ou legitimador de poder, impende conferir a lição de Carlos Ari Sundfeld sobre a necessidade de conhecer os vetores do Ordenamento Jurídico:

> Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. [...]
> Por isso, conhecer os princípios do direito é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito – justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade. [...][25].

No que concerne ao princípio do devido processo legal, especificamente no constitucionalismo pátrio, ele foi explicitado somente na Constituição Federal de 1988, que, seguindo as tendências modernas, chega a ser pródiga ao explicitar princípios que garantam um processo justo e a gama de remédios processuais para preservar a liberdade e os valores da cidadania.

25 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 143-146.

Releva anotar que a vigente Constituição brasileira não seguiu o modelo das Cartas Políticas anteriores, que formalmente apresentavam apenas a garantia do direito de ação - hoje consagrado no item XXXV, do art. 5º -, transferindo para a doutrina o árduo trabalho interpretativo, visando a demonstrar que, no contexto daquela, aflorava a garantia consistente no devido processo legal.

O Professor Alberto Nogueira, em seu livro *O Devido Processo Legal Tributário*, ao ressaltar que a Constituição Federal acolheu expressa e implicitamente, em seu art. 5°, LIV, o princípio do devido processo legal, fez várias e importantes chamadas em nota de rodapé, sendo oportuno destacar a lição de João Gilberto Lucas Coelho, que pontua a preocupação daquela com os instrumentos para o exercício das liberdades e da cidadania - em cujo rol se inserem os princípios:

> A nova Constituição apresenta mecanismos, instrumentos e ferramentas para o exercício da cidadania e a construção democrática. Saber utilizá-los, com eles ir abrindo os caminhos do futuro, é a tarefa que resta para todos[26].

Em outra oportunidade, em que também colaciona importantes considerações sobre o processo como instrumento da cidadania - intrinsecamente ligado à idéia maior do devido processo legal, fundamental no Estado Democrático de Direito, para se concretizar o valor Justiça -, enfatiza o Professor Alberto Nogueira:

> Nessa perspectiva, o processo surge como instrumento de cidadania, elevando-se sobre o Estado e as instituições sociais, políticas e econômicas como meio de realização dos direitos da pessoa humana.
> Há, portanto, visível paralelismo entre o processo e a concepção das 'liberdades públicas', nestas se incluindo os modernos 'direitos e liberdades fundamentais', sem dúvida o tema mais importante da atualidade política e jurídica[27].

26 NOGUEIRA, Alberto. **O Devido Processo Legal Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 1.
27 NOGUEIRA, Alberto. **Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito:** Fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa**.** 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 58**.**

Continuando suas reflexões sobre as liberdades fundamentais, em obra mais atualizada, ao discorrer sobre as estruturas judiciais, legislativas e administrativas do novo Ordenamento Constitucional Brasileiro alusivo às liberdades, assinala o mestre, com pertinência:

> A base fundamental dessas três estruturas reside na Constituição Federal, que prevê, às vezes com minúcias, o modo de interferência no vasto campo da proteção das Liberdades Públicas. Os instrumentos são bastante diversificados. Alguns têm natureza de garantia processual, os chamados remédios ou ações de nível constitucional. No âmbito legislativo as Comissões de Direitos Humanos e outras correlatas podem desempenhar relevante papel na fiscalização do respeito a esses direitos. O Ministério Público, nos níveis federal, estadual e distrital, é peça de grande relevo nesse campo, com o desempenho de suas funções institucionais, como o são também a advocacia e a Defensoria Pública.
> Mas é através do Judiciário que em qualquer caso se fazem garantir, no plano jurisdicional, as Liberdades Públicas ('A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' – CF/88, art. 5°, XXXV)[28].

Neste contexto, cumpre conferir também, pela sua importância metodológica, a lição do processualista Cândido Dinamarco, para o qual as relações entre a Constituição e o processo, se desenvolvem em dois sentidos distintos:

> (a) *a **tutela constitucional do processo***, que é o conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição (garantias de tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório, do juiz natural, exigência de motivação dos atos judiciais, etc.) e (b) a chamada ***jurisdição constitucional das liberdades***, composta pelo arsenal de meios predispostos pela Constituição para maior efetividade do processo e dos direitos individuais grupais, como o mandado de segurança individual e o coletivo, a ação civil púbica, a ação direta de inconstitucionalidade, a exigência dos juizados especiais etc[29]. (Grifos nossos).

28 NOGUEIRA, Alberto. **Jurisdição das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 472-474.
29 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 53.

Como se percebe nas lições acima, não é apenas o processo que dispõe de mecanismos para dar efetividade aos princípios constitucionais. A própria Lei Maior fornece alguns dos instrumentos para a consecução deste objetivo, como o recurso extraordinário, a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, a ação civil pública, o "habeas corpus", a ação popular e outros remédios integrantes da jurisdição constitucional das liberdades.

Feitas essas observações preliminares, passaremos no tópico subseqüente, ao exame, em linhas gerais, da *cláusula due process of law*.

3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A reflexão inicial que se afigura necessária, neste subtítulo, prende-se à questão terminológica. É comum, na doutrina, encontrar-se menção ao art. 39, da Carta Magna, outorgada em 1215, pelo rei inglês John Lacklan (João Sem-Terra), como sendo a norma que deu origem ao princípio em apreço, sendo, portanto, um instrumento protetor dos nobres contra excessos da coroa, que apresentava institutos interessantes do ponto de vista jurídico, restringindo sua incidência ao âmbito do processo penal. Mas, a expressão *due process of law,* traduzida pela doutrina brasileira como devido processo legal, foi cunhada pela primeira vez, na lei inglesa de 1354, baixada no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*.[30]

Este princípio transpôs as fronteiras da Inglaterra, chegando aos EUA no processo de colonização, sendo recepcionado, inicialmente, pelas colônias. Empós, com a promulgação da Constituição dos EUA e das Emendas que se seguiram, em especial V e XIV, em 1789 e 1868, respectivamente, atribuiu-se caráter universal ao *due process of law,* instituído para a proteção da sociedade em relação às Constituições Estaduais e às leis ordinárias em geral, preconizando-se o princípio como instrumento viabilizador das liberdades civis.

A judicatura dos Estados Unidos da América passou a interpretar e exercitar largamente o *due process of law,* especialmente em questões de grande repercussão social.

30 NERY JÚNIOR, Op. cit., p. 33.

Um dos mais notáveis casos da Suprema Corte americana, citados pela doutrina, alusivos à aplicação da cláusula*, de grande repercussão nacional e internacional*, é o famoso caso *Gideon vs. Wainwright,* referido, em geral, como *Gideon case*. No processo que chegou ao exame da Suprema Corte, o cidadão Gideon havia sido condenado, em 25.09.61, a cinco anos de prisão, iniciando o cumprimento de sua pena no Estado da Flórida. Inconformado com a condenação, ele apelou, em 11.10.61, para o Tribunal do referido Estado, alegando que, por ser pobre, não poderia contratar advogado, sendo injusta a sua condenação sem defesa técnica. Mas, o recurso foi denegado. Gideon, não se conformando, também, com a decisão do aludido Tribunal, peticionou diretamente à Suprema Corte, invocando, novamente, a sua condição de réu pobre, e foi nomeado um dos mais renomados advogados de Washington, que pediu a nulidade do primeiro julgamento. A Corte Suprema, após mais de um ano de processamento do recurso, em 18.03.63, decidiu, por unanimidade, que a falta de assistência de um defensor, garantida pela Emenda XIV, violava a Constituição, por inobservância do *due process of law*.[31]

Também os casos *Marbury vs. Madison e Slaughter-House*, de grande repercussão internacional, que marcaram o início da doutrina do *judicial review,* constituíram um marco significativo da Justiça norte-americana, admitindo pela primeira vez o conceito de razoabilidade das leis, que, impõe, ao legislativo, o dever de produzir leis que satisfaçam no interesse público.

A noção sobre o devido processo e seu raio de abrangência foi se ampliando e ingressou, em 1948, na Declaração dos Direitos do Homem (art. 10), e em 1966, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 9º).

No Brasil, o cânone foi inserido na Constituição Federal de 1988, no inc. LIV, do art. 5º, que dispõe: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Neste quadro, ressalta o Professor Alberto Nogueira que, segundo Sérgio de Andréa Ferreira, Lúcia Valle Figueiredo e Ada Pellegrini Grinover: "Nas garantias do devido processo legal cuidou-se de transpor para o texto constitucional os princípios que a doutrina e a jurisprudência construíram

31 CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 43.

à luz das Constituições anteriores".[32]

No que tange à jurisprudência brasileira, especialmente quanto ao Supremo Tribunal Federal - cuja criação se inspirou na Suprema Corte Americana – "permissa venia", a tarefa de tão importante Corte de Justiça, destinada a exercer o controle da interpretação da Constituição Federal no país, não tem correspondido ao seu verdadeiro papel constitucional, pois sua atuação cinge-se unicamente ao julgamento submetido ao seu crivo, não se preocupando com uma interpretação normativa que pudesse servir de parâmetros para futuras demandas, como decorrência natural da análise em tese, do alcance do *due process of law.*

Fazendo uma contundente crítica a esta atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja ilegitimidade ressalta, pelo fato de seus membros serem nomeados pelo Presidente da República, sem a efetiva participação dos demais Poderes, como deveria ser, o conceituado processualista Nelson Nery, citado pela Profª. Odete Novais Carneiro Queiroz, em artigo sobre o Devido Processo Legal, pontificou:

> O STF não seguiu a tradição da Suprema Corte americana, dizíamos, porque tem agido, desde a sua criação, como órgão de terceiro ou quarto grau de jurisdição, olvidando de seu mister maior, que é o de dar eficácia e sentido à Constituição Federal, tal como ocorre nos Estados Unidos pela ação da Suprema Corte." 'E continua o professor conclamando o STF a exercer a sua função de intérprete da CF, ao criticar:' "No sistema constitucional revogado existia a ação direta para que o STF pudesse interpretar, em tese, a lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 119, n. III, CF de 1967). Embora a idéia fosse a de aproximar o STF da Corte Suprema americana, no sentido de o Tribunal destacar-se como intérprete maior da Constituição, o sistema não foi apreendido no Brasil, nem pelo Procurador Geral da República, que não ajuizou senão pouquíssimas ações diretas interpretativas, como também pelo STF que não se dispôs a desempenhar seu papel fundamental nessa área[33].

32 NOGUEIRA, Alberto. **O Devido Processo Legal Tributário.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 3.

33 QUEIROZ**,** Odete Novais Carneiro**. Revista dos Tribunais,** São Paulo, v. 748, n. 748, p. 47-55, 1998. p. 51, 1998.

Por outro lado, é curial ponderar que, embora tenha surgido como sendo de índole exclusivamente processual, a noção do devido processo foi se ampliando e passou a exprimir, também, um aspecto de direito material, tendo, portanto, sentido genérico, o que levou a doutrina a apontar a existência de um *substantive due process of law*, que gravita ao redor do trinômio vida, liberdade, propriedade, sendo, neste sentido, abrangente que a Constituição brasileira recepcionou o instituto. A Carta Constitucional pátria não faz referência à proteção da vida, o que não é necessário, pois esta já se encontra assegurada fundamentalmente no "caput" do art. 5º.

Sobre este ponto, esclarece com percuciência, Nelson Nery Junior:

> A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo[34].

Assim, coexistem no devido processo legal, em sentido material (*substantive due process of law*), e em sentido processual (procedural due process of law).

Em sentido material, como já se frisou, o princípio deve ser entendido como garantia, ao trinômio vida, liberdade, propriedade, manifestando-se, neste aspecto, em todos os campos do direito. O Professor Nelson Nery assinala que, no direito administrativo, por exemplo, o princípio da legalidade é verdadeira expressão da cláusula *substantive due process of law*, como também a garantia do cidadão contra os abusos cometidos pelo Estado no exercício do poder de polícia. Já no tocante ao direito privado, tem-se o princípio da autonomia da vontade com a liberdade de contratar e de praticar atos jurídicos.[35]

Ainda sobre o sentido substantivo do devido processo legal, assinala José Cretella Neto:

> Esse caráter substantivo do *devido processo legal* implica que,

34 NERY JÚNIOR, Op. cit., p. 37.
35 NERY JÚNIOR, Op. cit., p. 38.

> no Estado de Direito, a elaboração da lei deve obedecer a critérios que atendam ao senso de Justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação da norma pelo Poder Judiciário, possibilitada pela via do processo. De um lado, o Estado enuncia o Direito por meio de ato normativo geral e vinculativo; de outro, cabe-lhe solucionar as controvérsias geradas pelas normas que promulga, ou pela diversidade de interpretação delas. É precisamente a conjugação desses fatores – a lei elaborada de forma regular, correta e razoável, e sua aplicação por um Poder Judiciário independente, utilizando mecanismo em que as partes são colocadas em pé de igualdade quanto às oportunidades que lhes são oferecidas (ampla defesa, contraditório, juiz natural) – que remete ao conceito de *processo justo*[36].

No âmbito processual (*procedural due process*), a cláusula tem significado mais restrito, consistindo na aplicação judicial da lei por intermédio do processo, único instrumento legítimo para a sua efetivação neste campo. O cidadão privado de sua liberdade ou de seus bens tem direito a exigir que essa privação se faça nos estritos termos do processo previsto em lei.

A propósito, a Professora Odete Novais Carneiro Queiroz assinalou:

> [...] O direito à jurisdição instrumentalizado pelo processo supõe como corolário do *due process of law*, além da (A) regularidade do mesmo, (B) um prazo razoável tão-somente para a prolação da sentença sem maiores procrastinações.
> Entretanto, é importante salientar a despeito dessa conclusão, a inconveniência da nulidade de um processo que, por morosidade desarrazoada deixar à evidência o desrespeito ao princípio do devido processo legal, pois isso faria penalizar, ainda mais as partes envolvidas, obrigadas então a recomeçar sua luta na busca da tutela de seus direitos. A solução poderia ser a da responsabilidade do Estado face ao desrespeito ao princípio estudado, na forma de lentidão injustificada da prestação jurisdicional[37].

O enfoque por este prisma remete o assunto a uma questão crucial,

36 CRETELLA NETO, José**. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 42.
37 QUEIROZ**,** Op. cit., p. 52.

qual seja, a decantada morosidade da Justiça, que tem sido alvo de acirradas críticas, inquietando não apenas a sociedade, mas também, e de modo especial, os juízes, que integram a base da pirâmide judiciária, os quais não recebem, na estrutura organizacional indispensável ao exercício de suas funções, o tratamento dispensado aos integrantes dos Tribunais, cuja estrutura, em termos de recursos materiais e humanos, é muito superior.

Por outro lado, é preciso enfatizar que a verba orçamentária do Poder Judiciário, de pequena monta, em relação aos outros Poderes da República, não lhe permite alçar vôos mais ousados visando à reestruturação material e, ainda, a dotá-lo de elemento humano, suficiente para o bom desempenho de suas funções, não se vislumbrando, no cenário atual, vontade política de melhorar esse quadro desolador.

O *due process of law* constitui a fonte primária dos princípios do direito processual civil, alcançando uma série de outros postulados que dele decorrem, sendo nas palavras do Professor Nelson Neri: "o princípio fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam" (...) [38]

Deste ângulo, trata-se de um postulado que abrange as garantias previstas no art. 5º, da CF, como o acesso à justiça (inc. XXXV), o juiz natural (inc. XXXVII) e o juiz competente (inc. LIII), a ampla defesa, contraditório (inc. LV) e, também, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, prevista no item IX, do art. 93, da CF, dentre outras garantias processuais.

Para arrematar estas considerações alusivas à cláusula em apreço, na visão instrumental (*procedural due process* of law), pode-se dizer que esta, em suma, deve ser entendido como a garantia de pleno acesso à justiça, com todos os seus consectários.

Convém, neste contexto, aduzir ainda o significado da cláusula *due process of law*, que o Professor Canotilho, consagrado constitucionalista luso, destacou em memorável lição:

> Qual, na verdade, o significado a atribuir a uma tal formulação de *due process*? Dois dos mais célebres comentadores ingleses – Coke e Blackstone – insinuam uma interpretação

38 NERY JÚNIOR, Op. cit., p. 32.

> tendencialmente restritiva. Coke definiu o **processo devido** como sendo aquele que consagra 'processo e acusação por homens de bem e justos e, conseqüentemente, requer um juízo e prova de culpabilidade do acusado.' Por sua vez, Blackstone, nos seus *Commentaries on the Laws of England*, parece reiterar esta interpretação, pois para ele processo devido consiste em fazer uso do 'mandamento apropriado para levar a tribunal uma pessoa acusada, mas não presente'. Em rigor, o processo devido seria o complexo de actos situados entre o momento inicial de comparência e juízo de acusação e a sentença condenatória de prisão. Como hoje se escreve na literatura norte-americana, o processo devido era um process *with small scope* porque se tratava de um processo judicial. Os tempos não estavam ainda maduros para se avançar para um process *with large scope* compreendido como um processo político valorativamente orientado para a defesa de valores e direitos fundamentais. Esta é uma história que começa a divisar-se em torno dos *Amendments* V e XIV da Constituição dos Estados Unidos da América.[39] (Grifado no original).

A concepção moderna do devido processo legal remete ao valor Justiça, a um conceito de processo justo ou eqüitativo, definido por lei que observa os trâmites procedimentais previstos no ordenamento jurídico, estabelecido antes de privar-se a pessoa de sua liberdade e de seus bens.

Enfim, o processo devido ou adequado, seja judicial ou administrativo, pressupõe que justo seja, também, o procedimento de elaboração das leis, as quais devem observar o devido processo legislativo e respeitar os direitos naturais e as garantias já consolidadas, para não se transformarem em janelas para a prática de arbítrio e injustiças.

3.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL TRIBUTÁRIO

Lançadas as observações de caráter geral sobre o princípio do devido processo legal, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal, art. 5º, inciso LIV, em que se pontua que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o processo justo e

39 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [20-?]. p. 481.

adequado (*due process of law)*, como já se frisou alhures, passaremos ao exame daquele sob a ótica do processo tributário.

Em importante obra sobre o tema, o Professor Alberto Nogueira ressaltou com pertinência:

> O poder de tributar, rigidamente delimitado na Constituição, também há de se afeiçoar ao devido processo legal, na medida em que o contribuinte fique a salvo de excessos (*substantive due process*) ou de abusos na cobrança (*procedural due process*), fazendo prevalecer os princípios constitucionais informadores da tributação.
> Em suma, o reinado da eqüitativa exação, aferida pelo melhor modelo do devido processo legal tributário possível[40].

Continuando suas preleções sobre o cânone *sub examine*, o referido Professor esclarece que o devido processo legal, no âmbito do Direito Tributário, se expressa sob tríplice aspecto: a) organização administrativa e judicial; b) processo adequado e c) julgador (administrativo e judicial) moderno. Sem a conjunção desses elementos, o princípio em foco definha, esmaecendo-se-lhe os efeitos positivos.[41]

Na visão do tributarista Paulo Carvalho de Barros, o "*devido processo legal* é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do Poder Público, em problemas de cunho administrativo".[42]

Outrossim, averba o Professor Alberto Nogueira que a instância administrativa é um valioso instrumento para a composição de conflitos tributários, por ser mais prática, célere e mais em conta para o bolso do contribuinte.

Ele assinala, ainda, que, no tocante à via judicial, o magistrado tem um papel preponderante, pois dele se exige tanto o controle da atuação Administrativa como também das leis, em ordem a adequá-las às normas constitucionais garantidoras dos direitos dos contribuintes e à supremacia da Constituição no Estado Democrático de Direito.[43]

40 NOGUEIRA, Alberto. **O Devido Processo Legal Tributário**. 3. ed., p. 13.
41 NOGUEIRA, Alberto. Idem, p. 8-9.
42 CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**, p. 75.
43 NOGUEIRA, Alberto. **O Devido Processo Legal Tributário**. .3. ed. p. 9-10.

Por outro lado, impende tecer algumas considerações sobre o princípio do contraditório, corolário e expressão maior do devido processo legal -, que constitui verdadeira garantia de democratização do processo tanto administrativo quanto judicial.

A Constituição cogitou do princípio do contraditório e da ampla defesa em um único preceito, o art. 5°, LV, não se limitando esta proteção apenas aos processos judiciais, mas estendendo-a, também, aos processos administrativos. Eles estão intimamente ligados, sendo o contraditório pressuposto da ampla defesa. Para a plena realização do contraditório, o direito de defesa precisa ser observado e efetivado. Antes da Carta Política vigente, fazia-se referência à garantia do contraditório no processo civil, baseando-se no item I, do art. 125 do CPC.

A novel Carta Política brasileira, que elevou os princípios ao ápice do Ordenamento Jurídico, sendo detentora de uma grande carga axiológica, exige uma mudança de postura tanto do legislador como também do Poder Executivo e do Judiciário, para se amoldarem a essa nova ambiência constitucional.

Enfatizando este entendimento, pontua o Professor Alberto Nogueira em relevante lição:

> O que antes servia basicamente como uma espécie de 'recomendação' dirigida ao legislador, com o advento do Estado Democrático de Direito há de ter uma função adicional – a de submeter aquele às regras do novo regime, preenchendo os princípios – tanto quanto possível – com os valores nele consagrados.
> Mas essa mudança de postura não se restringe à figura do legislador. Também o Poder Executivo há de se amoldar ao novo ambiente, formado pelo Estado Democrático de Direito, em cada ato que pratique.
> Apenas para exemplificar como isso há de ser atendido, mencionamos o processo administrativo fiscal, agora submetido ao princípio do devido processo legal (CF, art. 5°, LIV e LV) com todas as suas garantias, inclusive do contraditório.
> Não é mais admissível que o julgador administrativo ignore a mudança que o constituinte conferiu ao processo que se desenvolve em sua esfera de atuação, cerceando os direitos do contribuinte sob qualquer forma ou pretexto: falta de motiva-

> ção, denegação injustificada de prova, recusa de diligências legitimamente requeridas ou de documentos apresentados pelo contribuinte, como se fazia no passado não muito longínquo, ou, como ainda se insiste, em alguns casos, na exigência da odiosa garantia de instância administrativa.
> Também está o Poder Judiciário sujeito aos novos e saudáveis ventos insuflados pelo Estado Democrático de Direito, seja no resguardo do direito das partes, nos processos que se formem no seu âmbito, seja no repúdio a práticas incompatíveis com aquele regime[44].

No processo judicial, o contraditório assume feição mais ampla do que o direito de defesa, porque se destina também ao juiz, sujeito imparcial do processo que tem o dever de conduzi-lo, garantindo a observância daquele, atuando de forma a efetivá-lo durante o caminhar dos atos processuais. Ele não se resume a um simples direito de manifestação no processo, garantindo, na verdade, a pretensão à tutela jurisdicional, abrigando o direito de informação, que impõe ao juiz o dever de comunicar às partes os atos praticados no curso do processo, assegurando-lhes, assim, a possibilidade de participar na formação do convencimento do julgador, da forma mais ampla permitida pelo ordenamento constitucional.

A moderna concepção acerca do processo põe em relevo a idéia de exercício do poder através de um procedimento realizado em contraditório, afirmando que este se exercita mediante reação aos atos desfavoráveis, que podem vir da parte contrária ou da parte do juiz. Reage-se à demanda, contestando-a, e à sentença adversa, recorrendo. Somente a efetiva participação das partes no processo legitima o provimento jurisdicional nele proferindo, pois retrata a possibilidade de as pessoas envolvidas na relação processual influírem no seu resultado.

Essencial também, para a efetivação do contraditório, é a participação ativa do juiz, idéia que vem se consolidando nos tempos atuais, em que não mais se admite a postura do julgador inerte ou mero espectador do embate travado entre as partes. Já se foi o tempo em que a imparcialidade do juiz era aferida através de sua passividade no processo, o que não se coaduna

44 NOGUEIRA, Op. cit., p. 91-92.

com a noção contemporânea de efetivo acesso à ordem jurídica justa, em que o tratamento igualitário das partes não se restringe ao sentido formal e abstrato, mas fundamentalmente substancial.

Contraditório e atuação efetiva e equilibrada do juiz, garantindo às partes o direito de defesa, a paridade de instrumentos - conferindo-lhes idênticas oportunidades para lançarem os seus argumentos e demonstrarem os fatos necessários ao reconhecimento de seus direitos -, não são idéias inconciliáveis, traduzindo-se como instrumentos para a efetivação do devido processo legal.

O princípio do contraditório não se restringe à atuação das partes, compreendendo, também, a participação ativa do juiz no desenvolvimento do processo e formação das provas, estando todos em busca do resultado do valor justiça, no qual repousa a finalidade do processo. Imparcialidade não significa apatia.

Roberto Bedaque, em escólios sobre os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório, pontificou com acuidade:

> [...] não pode o juiz manter-se preso às noções superadas de processo dispositivo e de passividade judicial. Deve ele desenvolver sua atividade de condutor do processo de forma ativa, buscando remover todos os obstáculos que se apresentarem à efetividade do contraditório. Exige-se a imparcialidade do julgador, mas rejeita-se sua indiferença[45].

O significado do princípio em foco, encontrado na doutrina, exprime com clareza a idéia de bilateralidade obrigatória no modelo processual constitucional brasileiro, sendo importante trazer a lume, também, a lição do Professor Nelson Nery

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo,

45 TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (coord.): **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil**: Questões Polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

em todos os seus termos[46].

Quer isto dizer que a observância desse princípio implica que as leis processuais propiciem, a quem demandar ou for demandado no processo, oportunidade de serem ouvidos e de produzir provas, sendo vedado, aos juízes, decidir qualquer ponto do litígio sem que tenham sido ouvidos todos os que serão alcançados pela respectiva decisão.

Sobre a forma como se manifesta o contraditório no curso do processo, leciona Cândido Dinamarco:

> [...] A efetividade das oportunidades para participar depende sempre do conhecimento que a parte tenha do ato a ser atacado. O sistema inclui, portanto, uma atividade, posta em ação pelo juiz e seus auxiliares, consistente na *comunicação process*ual destinada a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo. O primeiro e mais importante deles é a *citação,* indicada como a *alma do processo*, que é o ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos (CPC, art. 213), tornando-se parte no processo a partir de então [...]. Para o conhecimento dos atos que realizam ao longo do procedimento, com o eventual chamamento a ter alguma conduta ou abster-se dela, existem as *intimações* (art. 234): o autor é intimado da defesa processual deduzida pelo réu, este é intimado quando o autor pede a antecipação da tutela, a parte que requereu uma perícia é intimada a adiantar os honorários do perito, ambos, são intimados das decisões e sentenças proferidas etc. Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio *informação-reação,* com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da *liberdade* no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo sua escolha. No processo de conhecimento, o réu que não oferece contestação considera-se *revel* e a lei, legitimamente, endereça-lhe a pesada sanção consistente em mandar que em princípio o juiz tome por verdadeiras to-

46 NERY JÚNIOR, Op. cit., p. 137.

> das as alegações verossímeis feitas pelo autor em matéria de fato (CPC, art. 319). Nem por isso, contudo, peca esse processo por falta de contraditório – dado que, com a citação regularmente feita, o demandado ficara ciente e isso significa que decorrem de sua própria omissão as conseqüências que ele suportará[47].

Todavia, há casos em que a defesa torna-se indispensável, como por exemplo, quando se tratar de citação ficta, isto é, por edital e com hora certa, ocorrendo à revelia. Nestas hipóteses, a lei determina a nomeação de curador especial a esses réus. A exigência prevista no item II, do art. 9º do CPC, visa a garantir o exercício do direito de defesa, como corolário do contraditório. O curador exercerá o *munus* de oferecer obrigatoriamente a defesa, sob pena de nulidade de todos os atos subsequentes. Esta é obrigatória, porque não se sabe se o réu não contestou porque não quis, ou porque não tomou efetivo conhecimento da propositura da ação.

Concernente ao processo tributário, especificamente, impõe-se aduzir que não há, no sistema pátrio, leis processuais próprias para a solução dos conflitos entre a Fazenda Pública e o contribuinte, aplicando-se a estes o Código de Processo Civil, exceto no que tange à cautelar e à execução fiscal.

Para o processo executivo fiscal, existe a Lei nº 8.630 de 22.09.80 - que dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências -, impregnada de uma concepção autoritária, que precisa ser modificada para se compatibilizar com a nova mentalidade imposta pela Lei Maior, atrelada aos princípios, em que se destaca o devido processo legal, que rechaça o autoritarismo, arauto dos privilégios concedidos ao Fisco.

No que tange à legislação tributária substancial, esclarece o Professor Alberto Nogueira:

> Tampouco devemos perder de vista o ambiente político em que o Código Tributário Nacional nasceu, 1966, epicentro do regime militar instaurado em 1964, e fortemente impregnado de componentes tecnocráticos e autoritários.
> Sem negar o valor de nosso primeiro Código Tributário e sua comprovada utilidade social, jurídica e econômica, não

47 DINAMARCO, Op. cit., p. 216-217.

> se pode deixar de chamar a atenção para seu lado negativo, notadamente no campo da interpretação e aplicação da lei, onde se orientou, no particular, por doutrina daninha, rejeitada pela moderna concepção da dogmática jurídica.
> [...] Em suma, podemos concluir: as leis básicas dos principais impostos brasileiros estão desatualizadas e, sobretudo, defasadas em relação à realidade normativa, econômica, política e social. Os regulamentos Fiscais relativos a esses tributos decaíram, pela obsolescência, de seu tradicional e utilíssimo papel de facilitar a compreensão e aplicação das leis tributárias. O próprio Código Tributário Nacional, cuja utilidade não se nega, mas antes se enfatiza e se enaltece, a essa altura também está fora de sintonia com a realidade e mesmo com sua principal fonte de inspiração[48].

Este panorama legislativo permeado de leis vetustas – que não estão sintonizadas com a novel dimensão axiológica Constitucional - exige do aplicador (administrador, juiz, etc.) um domínio maior dos princípios que lhe permitem ordenar a interpretação das regras existentes e extrair soluções mais coerentes com a Constituição Federal de 1988, em que se destaca o princípio do devido processo legal, em seu duplo aspecto.

A propósito, averba o Professor que acabamos de citar:

> O devido processo legal tributário, como cláusula vetora do regime instituído pela Carta de 1988, no particular resulta incompatível com o contexto legislativo acima descrito, e sua aplicação, inafastável, exige a reconstrução do tecido normativo esgarçado e deteriorado com vistas a leis básicas atualizadas e eficientes e regulamentos de execução revitalizados e, por fim, um novo código tributário, adequado para as atuais condições do país[49].

No campo administrativo, também, não assoma a existência de uma estrutura com as garantias sinalizadoras do respeito ao devido processo legal, com o relevo constitucional que este efetivamente ganhou, tornando-se um importante princípio reitor do processo, em qualquer via.

48 NOGUEIRA, Op. cit., p. 58-59.
49 NOGUEIRA, Idem, ibidem.

Continuando seus escólios, assinala o Professor acima nomeado:

> O que falta, a nosso ver, é uma estrutura administrativa confiável, principalmente no primeiro nível de decisão (Delegados da Receita Federal), que assegure ao contribuinte o devido processo legal, com maiores garantias de defesa, à semelhança do novo Código de Processo Tributário de Portugal.
> O sistema atual não atende aos requisitos do 'contraditório', ampla defesa e 'meios e recursos a ela inerentes' (CF, art. 5°, LV), desservindo aos contribuintes e ao próprio fisco, levando o conflito, freqüentemente, de logo, ao Judiciário, sem qualquer vantagem para ninguém.
> O aperfeiçoamento dos órgãos administrativos encarregados de apreciar questões tributárias é a solução mais lógica, racional e econômica para prevenir dispendiosas ações judiciais.
> Não se trata, em definitivo, de restringir o acesso do contribuinte ao Judiciário, mas de pôr à sua disposição um verdadeiro e útil instrumento de defesa [...]
> Como se vê, não seria difícil dar ao princípio do devido processo legal tributário, também no campo administrativo, o necessário (e merecido) realce, tudo para tornar mais efetiva, acessível e barata (custo zero para o contribuinte) a garantia do direito de não se submeter a exigências fiscais sem fundamento jurídico[50].

Encerrando estas considerações pertinentes ao devido processo legal, sob o aspecto fiscal e o contraditório, seu maior consectário, cabe aduzir que eles constituem a verdadeira garantia de democratização do processo. Somente quando os instrumentos à disposição das partes são distribuídos com igualdade de oportunidades, entre elas, com estrita observância do contraditório e da ampla defesa, é que se poderá falar em processo justo, adequado e democrático, sincronizado, portanto, com os valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

4 CONCLUSÃO

A título de considerações finais, deve-se aduzir que este trabalho, fun-

50 NOGUEIRA, Op. cit., p. 84-87.

damentalmente teórico, pretende mostrar a relevância dos princípios nos dias atuais, em que o Direito é visto como um sistema aberto de princípios e regras.

Destacou-se que a crítica acirrada à concepção do Direito, distante da ética e profundamente entrelaçado às normas, provocou a crise e o declínio inexorável do positivismo jurídico, definitivamente superado pelo pensamento da era pós-positivista e principiológica do Direito, centrado em valores, princípios e regras.

Mostrou-se que não é simples formular um conceito de princípio, vocábulo polissêmico, cujo sentido somente se aclara, mais nitidamente, dentro do contexto em que estiver inserido.

Enfatizaram-se os pontos polêmicos do embate doutrinário em torno da distinção entre princípios e regras, exteriorizando-se algumas diferenças entre essas duas categorias do gênero normas.

Abordou-se a questão de capital importância, consistente no caráter normativo dos princípios, externando-se a turbulência travada nos meandros doutrinários para se chegar ao reconhecimento da positividade daqueles, que se tornaram as normas de maior proeminência dentro do ordenamento jurídico, ingressando nas Constituições mais recentes.

Restou assentado que os princípios edificam, fundamentam e legitimam o sistema jurídico ao qual concernem, espraiando seus efeitos por todo o ordenamento normativo no qual se inserem.

Foi reservado espaço para se tratar dos princípios gerais do Direito, que passaram a ser vistos como cânones do Direito Constitucional, podendo ser explícitos ou não, quando se torna necessário extraí-los do âmago do ordenamento, distinguindo-os dos princípios especiais que são peculiares a determinados ramos do Direito.

Efetuou-se uma análise do princípio do devido processo legal, apontando seus dois sentidos: material e processual, na qual se mostrou o relevo que ele adquiriu na Constituição Federal de 1988, ao ser expressamente consagrado no art. 5°, inciso LIV.

Foram apontadas as dificuldades na efetivação do cânone em apreço no processo administrativo, em decorrência da legislação tributária infraconstitucional arcaica, que aflorou sob a influência de um regime impreg-

nado pelo autoritarismo.

Pontuou-se que estão ínsitos, na idéia nuclear da *cláusula due process of law,* o contraditório, seu corolário e expressão maior, que se resume na garantia de reação a todos os atos do processo, contribuindo, assim, para a formação do convencimento do julgador, da forma mais ampla permitida pelo ordenamento constitucional.

Restou assinalada a inexistência, no ordenamento pátrio, de uma legislação processual específica, em matéria fiscal, ressalvada a Lei 6.830/80, que, entretanto, entra em rota de tensão com o primoroso cânone objeto deste estudo, instando-lhe a modificação para que se compatibilize com ele, em torno do qual gravita o processo após o advento da novel Constituição.

Assinalamos que a legislação infraconstitucional substantiva tributária, já ultrapassada, não está em simetria com o princípio do devido processo que aflora no Estado Democrático de Direito - fundamento da República Federativa Brasileira, consoante o art. 1° da Carta Política -, uma vez que não assegura, devidamente, o contraditório, a ampla defesa e a igualdade de oportunidades para todos os personagens do processo.

Ficou assentado que o processo, para ser justo e adequado, seja na via administrativa ou na judicial, impõe tanto ao juiz como também ao administrador a imparcialidade - o que não significa ser apático -, proporcionando, a todos, um procedimento balizado pelo contraditório e pela ampla defesa, em que as garantias Constitucionais, expressões do postulado maior consubstanciado na cláusula due process of law, se sobrepujam, fechando a porta para o arbítrio.

Enfim, no panorama legislativo que se delineou neste trabalho, a conclusão a que se chega é, lamentavelmente, a de que, no Brasil, não se pode falar em um processo tributário justo, adequado e democrático, sincronizado com a tábua de valores consagrada na Constituição Federal de 1988, que coloca a *cláusula due process of law* como princípio reitor do processo no Direito pátrio, seja ele administrativo ou judicial.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 1.

BARCELONAS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. v.2.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, José Alfredo. Anotações Acerca do Direito Processual Tributário Brasileiro. Belo Horizonte: **Revista Internacional de Direito Tributário**, jan./jun., 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. v. 1.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001. v. 3.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, [19-?].

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro Coelho. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Benedicto Giaccobini. Campinas: Red Livros, 1999.

CRETELLA NETO, José**. Fundamentos Principiológicos do Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Bodeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, ago. 1999.

GRAU, Roberto Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamego Cordeiro 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos Ensaios Sobre o Entendimento Humano**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O Princípio do Devido Processo Legal Revisitado. **Revista de Processo**, n. 120, p. 263-288, 2005.

_____. **Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Cleyson de Moraes; LINHARES DE JESUS, Cleverson. Juris Poieses. **Revista Jurídica da Universidade Estácio de Sá**. Rio de Janeiro, Universidade Estácio de Sá, ano 2, n. 3, jan/jul. 2000.

NEDER, Marcos Vinicius; LÓPEZ, Maria Teresa Martínez. **Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado**. São Paulo: Dialética, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**.** 7. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2002

NOGUEIRA, Alberto. **O Devido Processo Legal Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito***:* fisco X contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **Viagem ao Direito do Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **A Reconstrução dos Direitos Humanos da Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Jurisdição das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Direito Constitucional das Liberdades Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Expressões do Devido Processo Legal. **Revista de Processo**, n. 106, p. 297-306, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **O devido Processo Legal**. São Paulo, v. 748, p. 47-55, 1998.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos de Procedimento Administrativo Fiscal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. Rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 85.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v.1.

_____. A Garantia Fundamental do Devido Processo Legal e o Exercício do Poder de Cautela no Direito Processual Civil. **Revista dos Tribunais**, v. 665, p. 11-22, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coords.). **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil:** Questões Polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). **Curso Avançado de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.