

PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE: FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E NECESSIDADE DE SUA OBSERVÂNCIA NOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS – LEGITIMIDADE/ILEGITIMIDADE DE EXCEÇÕES

Diogo Ferraz Lemos Tavares

Mestre em Direito Público pela UERJ; Pós-graduado em Direito Tributário pela FGV-RIO; coordenador tributário do Freitas Leite Advogados.

Resumo: O presente trabalho estuda o princípio da colegialidade, por meio da análise de seus fundamentos axiológicos e constitucionais. O estudo busca delimitar o conteúdo do princípio através do exame das normas constitucionais e legais que lhe dão suporte, tanto as aplicáveis aos processos judiciais quanto aos processos administrativos. Com base nas premissas então estabelecidas, o trabalho objetiva fixar parâmetros a partir dos quais se compreende que algumas das exceções ao princípio da colegialidade decorrem da (e são justificadas pela) sua conciliação com outros interesses constitucionalmente protegidos, por meio da ponderação, bem como em que ponto essas exceções podem tornar-se ilegítimas.

Résumen: El presente trabajo estudia el principio de la colegialidad, por medio del análisis de sus fundamentos axiológicos y constitucionales. El estudio busca delimitar el contenido del principio a través del examen de las normas constitucionales y legales que lo soportan, tanto aquellas aplicables a los juicios judiciales cuanto a los procedimientos administrativos. Con base en las premisas allí establecidas, el trabajo objetiva fijar parámetros a partir de los cuales se comprende que algunas de las excepciones al principio de la colegialidad provienen de (y son justificadas por) suya conciliación con otros intereses constitucionalmente protegidos, por medio de la ponderación; y en qué punto esas excepciones pueden tornarse ilegítimas.

Palavras-chave: Colegialidade – fundamentação – exceções – ponderação – limites.

1. Introdução

É notório que o processo judicial brasileiro passa por uma de suas mais profundas crises, uma vez que a máquina judiciária, cada vez mais, mostra-se ineficiente e incapaz de dar vazão à multiplicidade de prestações jurisdicionais que lhe são requeridas diuturnamente.

Pode-se dizer, muito sinteticamente, que essa crise é oriunda de dois acontecimentos intimamente relacionados:

(a) a partir da Constituição Federal de 1988 (CF/88), os cidadãos passaram a deter (e a ter consciência) de forma mais efetiva uma imensa gama de direitos, cuja constante violação é solucionada, no mais das vezes, pelo Poder Judiciário;

(b) essa maior demanda pela prestação jurisdicional acarretou o assoberbamento do Poder Judiciário, à beira do colapso em razão do imensurável volume de feitos colocados à sua apreciação.

Além disso, o processo – e agora se inclui não só o judicial, mas também o administrativo – se tornou mais complexo diante da necessidade de a ele se incorporarem as garantias constitucionalmente outorgadas ao cidadão, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Em tempos de crise, não raro, surge a tentação de se optar por medidas imediatistas, que prometem a solução do problema no curto prazo, mas que, a rigor, diferem e ocultam vícios que, quando emergirem, podem se mostrar ainda mais perniciosos do que aqueles que agora devem ser enfrentados.

Esse é o caso do princípio que será abordado no presente trabalho, a Colegialidade. A pretexto de se tentar solucionar problemas como a morosidade da Justiça, a imensa quantidade de processos e o grande número de recursos, opta-se pela medida paliativa de limitar, geral e também especificamente, o número de hipóteses em que se efetivará o Juízo Colegiado. É mais uma amostra do costume brasileiro de se combater os sintomas, em vez da doença.

É certo que os defensores da limitação à Colegialidade têm argumentos poderosos na ponta do lápis: o aumento da celeridade; a diminuição do custo da Justiça; ou mesmo o fato de que, nos moldes atuais, o que existe é uma Colegialidade meramente aparente, mas irreal.

A questão que se põe contra tais ataques é a seguinte: aquele aumento e aquela diminuição, embora prestigiem certos objetivos constitucionais, têm a força de suprimir, de modo absoluto, outros interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal? E, ainda que seja possível uma ponderação, quais são os seus limites, até que ponto a Colegialidade pode admitir exceções? Os defeitos aplicativos de determinado instituto jurídico, quando circunstanciais, devem levar à sua extinção ou à sua reformulação?

Para que o presente trabalho não seja de todo árido, procuraremos responder a tais indagações de uma forma mais próxima da realidade do aplicador do Direito.

O trabalho, embora percorra um caminho inicialmente abstrato sobre o conteúdo do Princípio da Colegialidade, valer-se-á, sempre, do Ordenamento Constitucional Brasileiro, para que não parem dúvidas acerca da sua consistência jurídica, ou seja, para não ficar apenas no terreno da utopia, do idealismo que cada intérprete naturalmente carrega em seus pensamentos.

Após, o estudo analisará brevemente o impacto que esse princípio, tal como extraível da CF/88, tem sobre o processo judicial em geral e o processo administrativo de um ramo específico do direito - o Direito Tributário.

2. A colegialidade

O Estado Democrático de Direito exige que as esferas de Poder - executiva, legislativa e judiciária - funcionem em conjunto como uma engrenagem azeitada, de modo que o Estado das quais fazem parte consiga atender satisfatoriamente os múltiplos interesses da sociedade que lhe é subjacente.

Para que esse funcionamento ótimo seja possível, há duas condições básicas e interdependentes: a separação e a independência entre os Poderes.

A primeira é materializada no conhecido Princípio da Separação (ou Divisão) de Poderes, assim resumido por JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou poder Executivo, órgão ou poder Judiciário).”¹

Essa separação (ou divisão) assume duas dimensões, uma negativa e outra positiva, como ensina J.J. GOMES CANOTILHO:

“(…) o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões complementares: (1) a separação como ‘divisão’, ‘controle’ e ‘limite’ do poder – dimensão negativa; (2) a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva).”²

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 112.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 250.

Embora o Princípio da Separação de Poderes estabeleça o objetivo de que cada uma das funções governamentais seja exercida pelo seu respectivo órgão, em se tratando de uma norma-princípio, está ele sujeito a ponderações, razão pela qual é possível o surgimento de situações excepcionais em que um órgão realizará função que, *prima facie*, pertenceria a outro órgão. Tal situação é justificada também por CANOTILHO:

“A justeza de uma decisão pode justificar uma ‘compartimentação de funções’ não coincidente com uma rígida separação orgânica. O exercício de poderes administrativos pelo parlamento (ex.: funções de polícia pelo seu presidente), o exercício de funções legislativas pelo Governo (cfr. CRP, art. 198º), o exercício de funções administrativas pelo juiz, são apenas exemplos de ordenação funcional não coincidente com arquétipos apriorísticos e que só nos contextos constitucionais concretos deve ser explicada.”³

Tanto a regra⁴ da separação quanto a exceção decorrente da ponderação têm o objetivo de conferir harmonia ao relacionamento entre os mencionados órgãos de Poder, harmonia essa que, para ser atingida, necessita da independência entre aqueles mesmos órgãos.

Tal independência significa, ainda nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prove e extinguir cargos públicos da Administração Federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incumbe

³ CANOTILHO, op. cit., nota 2, pp. 251/252.

⁴ Não utilizamos o vocábulo regra como espécie normativa, mas sim no sentido da situação que normalmente (em regra) decorre daquele princípio.

a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.”⁵

Resumidamente, o Princípio da Independência dos Poderes aponta o objetivo de que não se permita que determinado órgão de Poder interfira no funcionamento de um outro, a fim de que cada um tenha autonomia e fique livre de pressões no momento de exercer as funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

No Brasil, tais princípios estão expressamente consagrados no art. 2º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “são Poderes da União, **independentes e harmônicos entre si**, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (grifou-se), sendo elevados à Cláusula Pétrea pelo seu art. 60, §4º, III.

Outro pilar do Estado Democrático de Direito é a garantia dos Direitos Fundamentais, dentre os quais se encontra o direito a um julgamento e, mais, a um julgamento justo.

Tomando a dignidade da pessoa humana como um sobreprincípio norteador das demais normas - regras e princípios - presentes no ordenamento jurídico⁶, não há como se conceber que princípios como a inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF/88) sejam vazios de conteúdo, ou seja, apenas representem uma garantia

⁵ Op. Cit., p. 114.

⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326-328: “O essencial é que a dignidade humana, apesar de não possuir eficácia direta sobre a matéria tributária, tem uma eficácia indireta sobre as relações obrigacionais tributárias: como as relações obrigacionais tributárias possuem efeitos patrimoniais decorrentes da apropriação de meios de pagamento e efeitos comportamentais juntos ou separados dos encargos tributários, elas atingem a esfera privada e mantêm relação necessária com a liberdade e a propriedade, cuja disponibilidade é afetada. O direito à vida não é violado pelas leis tributárias, desde que se mantenha disponível um mínimo em liberdade e em propriedade.

(...)

Na perspectiva da espécie normativa que a exterioriza, a dignidade humana possui dimensão normativa preponderante ou sentido normativo direto de sobreprincípio, na medida em que estabelece o dever de buscar um ideal de importância e de valorização para o homem cidadão em qualquer forma de atuação do Poder Público.

(...)

Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitação ao poder de tributar, a dignidade humana qualifica-se preponderantemente do seguinte modo: quanto ao nível em que se situa, na sua dimensão de princípio, caracteriza-se como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação, devendo enfatizar-se, porém, que ela atua sobre outras normas, podendo ser qualificada como sobreprincípio; quanto ao objeto, qualifica-se, na sua dimensão de princípio, como uma limitação positiva, porquanto impõe a adoção, pelo Poder Público, das condutas necessárias para a garantia ou manutenção dos ideais de dignidade do ser humano enquanto valor e não como objeto; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa e material, na medida em que, sobre ser previsto no art. 1º da Constituição Federal como princípio fundamental, impõe ao Poder Público a adoção de comportamentos necessários à preservação ou busca dos ideais de dignidade e de valorização do ser humano.”

formal de que o pleito ou a defesa do cidadão sejam necessariamente submetidos a um determinado órgão. Para nós, evidentemente há um conteúdo material segundo o qual o cidadão não apenas tem o direito de acesso àquele órgão, mas também possui o direito a que tal órgão aprecie a sua situação de maneira justa, com imprescindível observância à Constituição e à Lei.

Caso contrário, estar-se-ia voltando à era do formalismo, em que eram garantidos direitos formais, sem conteúdo material, que, ao fim e ao cabo, muitas vezes não concretizavam nenhuma garantia ao cidadão⁷.

Isso é algo absolutamente inadmissível no atual ponto de evolução do Direito e da sociedade, em que se busca por todos os meios possíveis a *pacificação social*. O Direito serve, muito sinteticamente, para regular, em amplo sentido, as condutas humanas. Essas condutas têm de ser disciplinadas, a fim de que todos os indivíduos possam exercer na melhor medida possível os direitos que lhe são inerentes⁸. E essa regulação é feita através de um sistema coerente de normas, para que a esfera de direitos de cada indivíduo não se sobreponha, arbitrariamente, às esferas de direitos dos demais⁹. Essa organização sistematicamente coerente é imprescindível justamente para que a imbricação de esferas de direitos seja harmonizada, evitando contradições que levariam a conflitos insolúveis dentro do ordenamento jurídico e forçariam o aplicador do Direito a buscar respostas fora do sistema, desde argumentos puramente metafísicos até o mais convincente deles: a força.

Com base nisso, a *pacificação social* deve ser entendida como um estado ideal de funcionamento da sociedade, em que todos os indivíduos possuam (e tenham capacidade de exercer) um rol de direitos que garanta a sua dignidade, o seu desenvolvimento pessoal, o alcance da felicidade máxima possível dentro dos planos que ele traçar (e tenha capacidade de traçar) para si próprio.

⁷ RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 2 e 8: “A jurisprudência dos conceitos do século XIX lançou as bases para a retomada do formalismo jurídicos que, mais tarde, no século XX, seria desenvolvido por Hans Kelsen, em reação ao positivismo sociológico da jurisprudência dos interesses de Philipp Heck, e ao movimento para o direito livre, preconizado por Herman Kantorowicz. O que há de comum entre a jurisprudência dos conceitos do século XIX e a obra de Kelsen, no século XX, é o positivismo formalista, que se caracteriza pelo corte entre o direito e a moral, redutor da realidade jurídica à norma. Segundo Kelsen, o que não está na norma não interessa ao direito. Assim, para o jurista austríaco, a questão da justiça só interessa ao direito quando introduzida por uma norma do ordenamento jurídico”.

⁸ Nomeadamente os Direitos Fundamentais voltados à proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

⁹ MELLO, Celso de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57: “... sustenta-se como princípio da ordem legal à estruturação do Estado Democrático de Direito o reconhecimento do maior grau de liberdades subjetivas aos cidadãos, desde que este seja compatível com a fruição deste mesmo grau possível de igual liberdade individual dos outros concidadãos”.

Ainda que possivelmente utópico, esse é um ideal que tem de ser incessantemente perseguido pela humanidade, sendo certo que um ambiente como esse pressupõe a busca por soluções (julgamentos) justas para os conflitos que envolvem os vários agentes sociais (estatais ou privados).

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, são inúmeras as indicações do direito a um julgamento justo, como ilustram os seguintes incisos do art. 5º da CF/88, exemplificativamente:

- (a) XXXIV, “a”, que já deixa clara a possibilidade de o cidadão defender seus direitos e combater ilegalidades ou abusos de poder, ao facultar ao particular o direito de petição aos órgãos públicos;
- (b) XXXV, que garante a mencionada inafastabilidade da prestação jurisdicional, que não pode ocorrer nem por meio de lei;
- (c) XXXVII, que proíbe a instituição de juízo ou tribunal de exceção.
- (d) LIV, que obriga a observância do devido processo legal para que uma pessoa seja privada da sua liberdade ou de seus bens;
- (e) LV, que garante aos litigantes judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, instrumentos imprescindíveis à obtenção de um julgamento justo.

Como se vê, o Estado Democrático de Direito materializado na Constituição Federal de 1988 impõe o direito a um julgamento justo, assim entendido, diante dos mandamentos constitucionais vigentes, como o julgamento *subserviente à Constituição e à Lei*, que seja obtido de maneira *independente* mediante o *devido processo legal* e no qual o cidadão-parte tenha um *amplo direito de defesa e de contraditar* os argumentos da outra parte (estatal ou particular). Tudo isso com o objetivo de que a jurisdição seja prestada da maneira que melhor contribua à pacificação social, pois este é o objetivo final, o interesse maior do Direito, como visto.

Pode-se chegar, por ora, a duas premissas sobre o modelo de Estado encampado pela CF/88, no que interessa ao presente trabalho:

- (a) há uma exigência de que os Poderes Públicos não interfiram uns nas funções dos outros (Princípios da Separação e da Independência dos Poderes), com o objetivo de que haja harmonia, autonomia e independência entre esses poderes; e

(b) o cidadão possui direito a um julgamento justo, que resolva as lides de modo independente e não sujeito a pressões eventuais, mas apenas com obediência ao ordenamento jurídico.

A beleza moral desse discurso há que ser materializada na prática. E é aqui que surge a Colegialidade, a fim de dar concretude às exigências decorrentes dos Princípios da Separação e da Independência dos Poderes e do direito a um julgamento justo.

A Colegialidade indica a necessidade de que, tanto quanto possível, os julgamentos sejam tomados por mais de uma pessoa¹⁰, obviamente em número ímpar para se evitar dissensos ou atribuições arbitrárias de maior peso a um dos julgadores.

Tal necessidade é justificada por motivos tão singelos quanto poderosos, que encerram o seguinte círculo *virtuoso*:

(a) um órgão colegiado está menos sujeito a pressões externas (provenientes de outro órgão de poder, por exemplo) do que uma única pessoa;

(b) essa blindagem frente às pressões torna o órgão julgante mais independente e autônomo, pois as suas decisões, ainda que contrárias a interesses poderosos - mas não agasalhados pelo ordenamento jurídico -, não lhe ensejarão represálias;

(c) tais independência e autonomia tornam possível que o órgão colegiado pautе suas decisões apenas e tão somente no ordenamento jurídico, ou seja, naquilo que aquele órgão considere como a solução verdadeiramente justa para o caso, e não em determinações impostas por terceiros ou mesmo por uma das partes;

(d) todos esses fatores, aliados ao fato de que é mais provável que a melhor solução surja no debate plural do que na imposição unipessoal, incutem nos cidadãos-partes a confiança no sistema e a ideia de que a solução emanada do órgão colegiado, ainda que lhe seja contrária, surgiu exclusivamente da análise do caso concreto à luz do ordenamento jurídico, e não em razão da vontade de um dos envolvidos, o que contribui para o reconhecimento e aceitação social daquelas decisões¹¹, imprescindíveis para o funcionamento da sociedade.

¹⁰ COHENDET, Marie-Anne. “La Collégialité des Juridictions: un principe en voie de disparition”. In: *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 68, outubro de 2006, ed. PUF, Paris, p. 713/736.

¹¹ GRECO, Leonardo. “A Falência do Sistema de Recursos”. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 287/216.

Como se vê, na medida em que se constata que as premissas elencadas anteriormente (Princípios da Separação e da Independência dos Poderes e o direito a um julgamento justo) encontram-se fortemente presentes no Ordenamento Constitucional brasileiro; e que aquelas premissas normativas têm como corolário a Colegialidade, fica patente que esta última também se faz presente naquele ordenamento, devendo ser observada na estruturação no sistema processual, judicial e administrativo, do nosso país.

Trata-se, a rigor, de uma norma-princípio¹², a indicar que os julgamentos administrativos e judiciais devem ser proferidos por órgãos colegiados, sempre que possível e enquanto conciliáveis, mediante ponderação, com outros objetivos constitucionais, tudo para que a solução deles advinda esteja conforme aos supracitados princípios e direitos. E essa norma deve orientar o intérprete na aplicação do Direito, com o intuito de que os ditames constitucionais sejam respeitados e atingidos em medida ótima.

3. A colegialidade e o processo judicial

É possível dizer que o sistema judicial previsto na CF/88 adotou a Colegialidade como princípio, tanto nos tribunais de segunda instância, quanto nos tribunais superiores.

Não obstante seja princípio implícito no sistema de divisão dos poderes, uma vez que é garantia evidente da independência do Poder Judiciário¹³, a Colegialidade aplicável aos processos judiciais pode ser extraída dos seguintes dispositivos constitucionais:

“Art. 93.
(...)”

¹² Adotamos como premissa, aqui, o entendimento de ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005: “As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (...) Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.”

¹³ Como visto anteriormente.

X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares **tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros**.

XI – **nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores**, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno.

Art. 94. **Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios** será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.” (grifou-se)

De início, pelo inciso X do art. 93 acima transcrito, pode-se extrair que, se os Tribunais possuem órgão colegiado para deliberação de questões administrativas, não há razão para que tal estrutura não seja estendida à atividade jurisdicional contenciosa. Entendimento contrário levaria à conclusão de que existe um órgão colegiado tão somente para análise de questões administrativas, que ficaria inoperante para as demais atividades jurisdicionais, o que não parece fazer sentido algum.

O art. 94 é ainda mais esclarecedor, pois, se há norma que regula o preenchimento de um quinto das vagas dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios, não há como supor que tais órgãos mantenham composição singular.

Vale ainda ressaltar que, a par de decorrer do Princípio da Separação dos Poderes e do direito a um julgamento justo, bem como de estar explicitamente indicado nos dispositivos acima, a adoção do Princípio da Colegialidade pela Constituição Federal é reforçado pela indicação expressa acerca do número de integrantes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais:

“Art. 101. **O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros**, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

(...)

Art. 104. **O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.**

(...)

Art. 107. **Os Tribunais Regionais Federais compõem-se de, no mínimo, sete juízes**, recrutados, quando possível, na respectiva região e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos (...).” (grifou-se)

No que tange aos Tribunais Estaduais, apesar de não haver indicação expressa do número de componentes, pode-se afirmar que a observância ao Princípio da Colegialidade decorre dos dispositivos acima comentados. Nesse ponto, a Constituição Federal pretendeu descentralizar a organização judiciária, conferindo com isso maior autonomia aos Estados, em claro respeito ao Princípio Federativo (art. 1º, *caput*, da CF/88). Confira-se:

“Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, **observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.**” (grifou-se)

No caso do Estado do Rio de Janeiro, o princípio da colegialidade é implementado pelo Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, que assim dispõe, em observância à Constituição Federal:

“Art. 17. **O Tribunal de Justiça compõe-se de 180 (cento e oitenta) desembargadores** e tem como Órgãos Julgadores as Câmaras Isoladas, a Seção Criminal, o Conselho da Magistratura, o Órgão Especial, a que alude o item XI do artigo 93, da Constituição da República e, como integrante de sua estrutura administrativa, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.” (grifou-se)

O Código de Processo Civil, por sua vez, reforça o Princípio da Colegialidade em inúmeros trechos. Basta observar o Capítulo VII, que dispõe sobre a Ordem dos Processos dos Tribunais, para se chegar à conclusão de que nos tribunais a jurisdição é exercida por órgãos colegiados. Por todos, vale citar o art. 555, que exige que a decisão do julgamento de apelação ou agravo seja tomada, “na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes”.

3.1. Exceções ou Violações à Colegialidade?

Poder-se-ia, contudo, objetar a aplicação do princípio em tela no direito processual brasileiro diante do exercício da jurisdição singular na primeira instância ou, ainda, levando-se em consideração o art. 557 do Código de Processo Civil.

Assim, poderia surgir o argumento de que, se a primeira instância é exercida por juízos singulares, o Princípio da Colegialidade encontra apenas aplicação parcial no ordenamento jurídico brasileiro, já que é observado apenas nas instâncias superiores, ao contrário do que ocorre em outros países, como a França.

Da mesma forma, a análise superficial do art. 557 do Código de Processo Civil poderia levar à conclusão errônea de que em nosso país nem na segunda instância o princípio em comento encontra plena eficácia, uma vez que o julgador pode decidir monocraticamente nos casos descritos em lei.

Contudo, tais argumentos não são suficientes para descaracterizar a necessária observância ao Princípio da Colegialidade ou diminuir sua importância no sistema processual judicial brasileiro.

Em primeiro lugar, para se chegar a uma conclusão correta sobre a aplicação do Princípio da Colegialidade, há que se atentar que existem outras normas também consagradas constitucionalmente, que possuem campos de incidência que se sobrepõem. São elas, por exemplo:

(a) o “princípio fundamental a um processo sem dilações indevidas”¹⁴; e

(b) o postulado da eficiência administrativa (na sua vertente da busca pelo menor custo), levando-se em consideração que os tribunais também exercem atividade administrativa.

Inúmeros são os autores¹⁵ que ressaltam a ineficiência e inoperância do Direito Processual Brasileiro, diante do atual quadro de problemas que se fazem presentes, principalmente pela excessiva quantidade de recursos que podem ser utilizados somente para fins protelatórios, bem como pelo notório descompasso entre o número de pessoal e o volume de feitos a serem julgados.

¹⁴ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e do Conhecimento. 9 ed., v.1, JusPodivm, Bahia: 2008, p. 41. O princípio fundamental em tela encontra-se positivado no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

¹⁵ Sobre o princípio da celeridade, cf: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 81; SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, 17 ed., V. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p.127; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 153.

Tais problemas têm como resultado imediato a dilação do prazo médio de duração do processo, que pode se arrastar não raramente por décadas, prejudicando a efetividade dos direitos fundamentais¹⁶. A extrema demora no curso processual encontra-se de tal maneira psicologicamente difundida na sociedade brasileira que, infelizmente, se tornou popular o jargão segundo o qual o jurisdicionado “ganha, mas não leva”, ou seja, sai vencedor da lide judicial, porém não consegue ver cumprida a decisão que lhe foi favorável.

É por isso que, observando o Postulado da Proporcionalidade¹⁷, o legislador procedeu à ponderação entre o Princípio da Colegialidade e o da Celeridade Processual, para determinar que na primeira instância a jurisdição será exercida pelo juízo monocrático.

Como se trata de instância onde é realizada toda a instrução probatória, demandando, conseqüentemente, mais tempo, o juízo é singular. E nos parece razoável que assim seja, pois, caso contrário, é bastante provável que o processo tivesse seu curso demasiadamente longo até que fossem deliberadas todas as decisões e apreciações realizadas na primeira instância. Basta imaginar a demora e o transtorno causados pela necessidade de reunião do órgão colegiado toda vez que fosse preciso deliberar sobre alguma prova, sobre a gratuidade de justiça ou sobre todas as diligências determinadas em juízo.

O resultado dessa ponderação não acarreta a supressão do Princípio da Colegialidade do nosso ordenamento jurídico, porque, insatisfeito com o resultado do julgamento, o jurisdicionado pode se valer da segunda instância, onde o colegiado é a regra. Assim, nos parece que o Princípio da Colegialidade não é violado, uma vez que o tribunal possui competência para conhecer de toda a matéria discutida na primeira instância (art. 515 e 516 do Código de Processo Civil), mas apenas cede vez, pontualmente, a outros princípios também presentes no texto constitucional.

Note-se que a razoabilidade dessa opção também reside no fato de que, com a estrutura do juízo único em primeira instância, há significativa economia de custos, o

¹⁶ MARINONI, Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2 ed., v. 1, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2007, p. 192.

¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-114: “O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito)”

que atende em maior proporção o postulado da eficiência (art. 37 da CF/88), em sua vertente de dever de escolha dos meios menos custosos *ceter paribus*¹⁸.

Como efeito, não se trata de um dever de buscar inadvertidamente o menor custo possível, porém de estabelecer qual é o melhor custo-benefício. A Administração deve procurar, dentre os meios que podem ser utilizados, aquele que, apresentando baixo custo, melhor se adequa ao fim a ser promovido, que deve ser satisfatório, bem como restrinja em menor medida os direitos do administrado. Como se nota, é preciso que haja um equilíbrio entre o fim almejado, o preço e o impacto para o administrado, como também impõe o Postulado da Proporcionalidade¹⁹, em seu exame de adequação:

“A adequação exige uma relação empírica entre o meio e o fim: o meio deve levar à realização do fim. Isso exige que o legislador utilize um meio cuja eficácia (e não o meio, ele próprio) possa contribuir para a promoção gradual do fim.

(...)

A administração e o legislador têm o dever de escolher um meio que simplesmente promova o fim.

(...)

Nesse sentido, pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para uma generalidade de casos - por exemplo, quando edita atos normativos - a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim.”²⁰

Para nós, no Brasil, a solução que mais atinge tal propósito, em termos de organização judiciária, é o juízo único em primeira instância, pelos seguintes motivos:

(a) o fim (prestação jurisdicional) é satisfatório, pois o juízo singular tem o potencial de estar mais perto da parte e, com isso, desenvolver de maneira mais eficaz todos os incontáveis procedimentos necessários à instrução do processo;

(b) os custos do juízo singular são menores se comparados com a manutenção de um órgão colegiado, por motivos óbvios;

¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Saraiva 2006, p. 433: “(...) não há o dever absoluto de escolher o meio que cause menos custo administrativo (*Vewaltungsaufwand*). A medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente. Só porque a medida é econômica não quer dizer que, em face da consideração de todas as circunstâncias, deva ser adotada. Em segundo lugar, essas ponderações apontam para o dever de a administração escolher o meio menos dispendioso somente no caso de ficarem inalteradas (*ceter paribus*) a restrição dos direitos dos administrados e o grau de realização dos fins administrativos”.

¹⁹ Já sucintamente descrito acima - nota 17.

²⁰ ÁVILA, Op. Cit., nota 23, p. 116-119.

(c) o impacto causado ao administrado não é desproporcional, tendo em vista que, não obstante tenha sido privado de um órgão deliberativo em primeiro grau, em caso de insatisfação sua demanda terá plena cognição no tribunal, em regra em um órgão colegiado.

Com relação ao art. 557 do Código de Processo Civil, tal dispositivo prevê que o relator poderá negar seguimento (*caput*) ou dar provimento (§ 1º - A) ao recurso, nas hipóteses ali previstas:

“Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º - A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.”

Com tal dispositivo, pretendeu o legislador mais uma vez privilegiar o Princípio da Celeridade Processual. Assim, levando-se em consideração o atual prestígio que a jurisprudência encontra no Direito Brasileiro - que cada vez mais se aproxima (ou tenta se aproximar) de práticas inerentes ao sistema do *common law* -, bem como a existência de uma grande quantidade de recursos potencialmente protelatórios, deixa-se de aplicar o Princípio da Colegialidade em casos bastante restritos.

Essa decisão monocrática, frise-se, não é definitiva nem indene de impugnação, uma vez que pode ser atacada por Agravo (Regimental ou Interno), nos termos do § 1º do art. 557, como se nota abaixo:

“§ 1º Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”

Nesse sentido, veja-se a lição de CÁSSIO SCARPINELLA BUENO²¹:

“O ‘princípio da colegialidade’, entendido nos termos e com a ressalva dos parágrafos anteriores, como todo princípio, não pode

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. V. 1, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

ser compreendido como dogma. É correto o entendimento, amplamente vencedor na doutrina e na jurisprudência, de que não agride nenhum princípio constitucional do processo civil a circunstância de a lei, rente à concretização de outros valores constitucionais do processo – celeridade e racionalidade nos julgamentos, por exemplo (v. n. 15, *infra*) -, dispor que no âmbito dos Tribunais, decida-se de forma isolada (monocraticamente), *desde que* a lei preveja uma forma suficiente de contraste desta decisão o órgão colegiado, isto é, pela ‘Turma’ ou pela ‘Câmara’.”

A nossa crítica, neste ponto, não se atém ao Princípio da Colegialidade. Afinal, não obstante a possibilidade de julgamento monocrático, o jurisdicionado ainda pode ter seu recurso apreciado pelo órgão colegiado, bastando a interposição do recurso cabível.

O problema - e o questionamento constitucional - surge, a nosso ver, a partir do momento em que a parte, após aquela decisão monocrática, tem seu *direito de defesa significativamente limitado*, uma vez que a pauta de julgamento do respectivo recurso (Agravo Regimental, por exemplo) *normalmente não é publicada e não há o direito de sustentação oral* (que haveria se o recurso julgado singularmente fosse uma apelação).

Tais limitações não nos parecem justificáveis, pois não preenchem os requisitos do já citado Postulado da Proporcionalidade:

(a) são inadequadas, pois o fim almejado (celeridade processual) não é alcançado mediante a economia da publicação de pauta e dos 15 (quinze) minutos facultados às partes para a sustentação oral;

(b) são desproporcionais em sentido estrito, pois, além de o fim almejado não ser atingido, há uma supressão irreversível de direitos do particular que prejudica indubitavelmente a sua ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), pois não há transparência eficaz no que tange ao momento do julgamento (ausência de publicação de pauta) e é suprimido o seu único instrumento de defesa oral em sede recursal (impossibilidade de sustentação oral)..

Por essas razões, acreditamos que a CF/88, nomeadamente pelos Princípios da Ampla Defesa, do Contraditório, do Devido Processo Legal e da Colegialidade, impõe que os recursos interpostos contra decisões monocráticas que substituem apreciações colegiadas em sede recursal possuam as mesmas prerrogativas dos recursos originais que foram julgados monocraticamente.

De toda sorte, o exame desses exemplos demonstra que é possível uma ponderação entre o Princípio da Colegialidade e outros princípios aplicáveis ao âmbito processual, sendo viável que aquele primeiro ceda lugar, *pontualmente*, a estes últimos.

No entanto, tal ponderação deve se dar de maneira cuidadosa, fundamentada e obedecer aos critérios constitucionais, como o Postulado da Proporcionalidade, sob pena de se afrontar não apenas o Princípio da Colegialidade, como também os direitos e garantias por ele escoltados.

4. A colegialidade no processo administrativo

Como visto anteriormente, a harmonia do Estado Democrático de Direito está pautada na tri-partição de poderes. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes (Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). Contudo, a divisão de poderes não é rígida, podendo os órgãos exercer funções uns dos outros, de forma suplementar, para que haja maior eficiência interna.

Por exemplo, há hipóteses em que o Poder Executivo exerce a função jurisdicional para dirimir conflitos entre a Administração e os administrados. Daí nasce o processo administrativo, que tem como nascedouro o direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, “a”, da CF/88.

Uma das esferas em que o processo administrativo talvez tenha maior destaque é a tributária, pois trata-se do ambiente em que o Poder Executivo procede à extração compulsória de parte das riquezas dos cidadãos para o custeio das múltiplas atividades estatais, o que gera, obviamente, diversos conflitos.

Conforme noticia RICARDO LOBO TORRES²², a concepção original dos idealizadores do Código Tributário Nacional a respeito do processo administrativo fiscal era “orgânica e unitária”, de modo que “o processo fiscal teria início sempre por um ato do contribuinte, que reagia à decisão autoritária do Fisco”.

Para demonstrar essa ideia inicial, TORRES se vale do magistério de RUBENS GOMES DE SOUZA:

“Chegamos assim a uma concepção orgânica e unitária do processo fiscal, que reúne em um mesmo sistema o procedimento administrativo do lançamento e o procedimento jurisdicional do contencioso. Esta

²² TORRES, Ricardo Lobo. “O Direito à Ampla Defesa e a Processualidade Tributária”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 557.

conceituação se justifica pela constatação, de certo modo imediatista, de que as fases oficiosa e contenciosa do processo formativo da obrigação tributária visam ambos a uma mesma finalidade única, a saber, a constituição do crédito tributário a favor do Estado, e reciprocamente a constituição da obrigação tributária contra o contribuinte.”²³

Essa ideia simplista do processo administrativo fiscal é ultrapassada por todas as modificações pelas quais passa o Direito Público ao longo do tempo e pelo surgimento do Estado Democrático de Direito, que, nas palavras de RICARDO LOBO TORRES, “exige a participação e o consenso”. ODETE MEDAUAR reforça este entendimento:

“A afirmação da processualidade tributária como processo não se apresenta gratuita, aletatória ou desprovida de conseqüências práticas. Sendo processo, expressa, além do vínculo entre atos, vínculo jurídico entre os sujeitos, em termos de direitos e deveres. Entre outras conseqüências está o enquadramento da situação nas garantias previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, ou seja, nas garantias do contraditório e ampla defesa, com seus desdobramentos.”²⁴

Isso também é verificado nos dizeres de LÍDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS:

“O processo administrativo tributário responde a esta questão, potencializando sua atuação como ferramenta a serviço da cidadania democrática, mas que encerra temas a serem enfrentados para sua melhor efetivação.

(...)

Os paradigmas tradicionais devem ser superados diante das novas exigências de transformações sociais, buscando-se a concretização de justiça social, assente em parâmetros constitucionais, a partir de políticas eficazes que incorporem a participação dos cidadãos nos centros de poder.

(...)

A administração pública democrática exige o estímulo à participação do cidadão na gestão pública, com transparência dos atos administrativos praticados, com publicidade das decisões das opções consideradas, dos efeitos previstos e das justificativas necessárias.

²³ SOUZA, Rubens Gomes de. *apud* TORRES. Op. cit., nota 24, p. 557.

²⁴ MEDAUAR, Odete. “Processualização e Publicidade dos Atos do Processo Administrativo Fiscal”. In: SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga (org.). *Processo Administrativo Fiscal*. São Paulo : Dialética, 1995, p. 122.

Enquanto o contribuinte de antes mantinha para com o Estado uma situação de sujeição total, em relação ao seu poder impositivo, hoje, o Estado está a serviço da comunidade, passando-se à necessária cooperação do cidadão com a comunidade administrativa.”²⁵

Ganha força, assim, o pensamento segundo o qual o processo administrativo fiscal, mais do que voltado à constituição do crédito tributário (arrecadação), tem como objetivo dirimir, à luz do ordenamento jurídico vigente e da verdade material, situações pontualmente litigiosas que envolvam Fisco e contribuinte, notadamente divergências acerca da ocorrência de fatos geradores, da quantificação da obrigação tributária etc.

Em outras palavras, o processo fiscal torna-se mais um instrumento voltado à concretização de uma tributação justa, adequada aos ditames constitucionais, que auxilie dentro do seu campo de atuação na persecução dos valores e ideais mais caros à sociedade, como a justiça, a igualdade e a segurança.

Essa alteração conceitual é sentida em inúmeros países²⁶ e não poderia passar despercebida no Brasil.

Tanto é assim que a legislação básica do processo administrativo fiscal (Decreto n° 70.235, de 06.03.1972) sofreu inúmeras alterações²⁷, assim como surgiram legislações esparsas²⁸ que buscam tornar real essa maior participação e cooperação entre Fisco e contribuinte na seara administrativa.

É exatamente nesse sentido que a Constituição Federal concede ao cidadão a garantia de que terá acesso, *ainda em âmbito administrativo*, ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, para dirimir qualquer contenda (art. 5º, LV, CF/88). Ampla defesa essa que sofre uma releitura na esfera administrativa e é estendida com o objetivo de adquirir uma maior efetividade. Alguns corolários dessa extensão são fornecidos por RICARDO LOBO TORRES:

²⁵ RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues, “Processo Administrativo Tributário em Perspectiva de Cidadania Democrática”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 384-387.

²⁶ TORRES. Op. cit., nota 24, traz alguns exemplos: “Alguns países publicaram os seus Estatutos do Contribuinte, como os Estados Unidos (Taxpayer Bill of Rights II, de 1996, complementado pelo Taxpayer Bill of Rights III, de 2003), a Espanha (Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes – LDGC – n° 1/1998) e a Itália (Estatuto dos Direitos do Contribuinte Italiano (EDC), de 31.07.2000), prevendo novo relacionamento entre as repartições fazendárias e os contribuintes.”

²⁷ Cite-se, como exemplo, a alteração que a Lei n° 11.196, de 21.11.2005, realizou no art. 113 do Decreto n° 70.235/72, ao prever a súmula vinculante do Conselho de Contribuintes, a fim de conferir transparência e segurança ao contencioso administrativo.

²⁸ Um exemplo é a previsão do art. 74 da Lei n° 9.430, de 27.12.1996, que regula um novo procedimento da compensação tributária e admite que o contribuinte maneje recurso contra a decisão administrativa que não homologue a compensação ao Conselho de Contribuintes.

- “a) contém o direito à audiência prévia;
- b) caracteriza-se também como direito irrestrito de petição e recurso (art. 5º, inciso XXXIV, a, da CF);
- c) exige o duplo grau de jurisdição;
- d) baseia-se na motivação das decisões;
- e) implica o desfazimento dos atos complexos na mesma seqüência da sua construção;
- f) reaproxima a forma processual do conteúdo tributário na busca da verdade material.”²⁹

Todas essas modificações consubstanciam um claro passo em direção da já mencionada participação e cooperação do contribuinte no processo administrativo fiscal, pois que lhe facultam uma atuação ativa e determinante na investigação das questões tributárias. Nas palavras de RICARDO LOBO TORRES:

“Na democracia deliberativa e no Estado Cooperativo, a processualidade fiscal, eminentemente dialógica, baseia-se na possibilidade de audiência prévia do contribuinte. Não basta que o cidadão tenha o direito de pleitear a anulação dos atos administrativos abusivos, senão que se torna necessário que seja ouvido previamente à decisão administrativa que lhe é prejudicial. Os interesses envolvidos, a significação econômica dos investimentos e a complexidade dos laudos e das perícias técnicas, além das repercussões sobre o mercado, como acontece no caso que se examina, tudo leva à necessidade da prévia audiência do contribuinte.”³⁰

Por outro lado, a necessidade de publicidade e de transparência, como instrumentos viabilizadores de um efetivo contraditório, também é ressaltada por ODETE MEDAUAR. A autora discorre sobre a imposição de “informação geral” ao contribuinte sobre os fatos do processo, da motivação das decisões administrativas, da liberdade de acesso aos documentos e elementos do processo e da vedação do uso de elementos que não constam dos autos, para ao final concluir:

“A publicidade no âmbito do processo administrativo fiscal pode ser vista, não só como decorrência da garantia do contraditório assegurada aos contribuintes. A atuação administrativa ‘visível’ associa-se à prática do Estado Democrático e, vista do ângulo da Administração, propicia clima de maior confiança nas atuações desta e, por conseguinte, leva à maior facilidade na adesão às medidas que edita. Esta ‘credibilidade

²⁹ TORRES. Op. cit., nota 24, p. 561.

³⁰ Ibid.

administrativa' por certo traz inúmeros benefícios à vida na coletividade, em especial nas relações Fisco-contribuinte.”³¹

Como se vê, a nova abordagem do processo administrativo, que passa por uma revitalização decorrente da inserção das ideias de participação e de cooperação da Administração e dos contribuintes, traz à luz a concepção de julgamento justo³² já abordada anteriormente: o processo administrativo tributário não trata apenas de definir pela arrecadação ou pelo não pagamento, mas sim por uma tributação que permita a angariação de recursos em conformidade com o ordenamento jurídico e em observância aos direitos fundamentais.

Essa nova concepção causa o afastamento da ideia de que o processo administrativo configuraria somente um expediente de auto-controle da Administração Pública, que permitiria, inclusive, que as decisões adotadas pelos órgãos colegiados fossem reformadas ou condicionadas ao crivo daquele que ocupa o mais alto posto da respectiva organização estatal (Ministro da Fazenda, Secretário da Fazenda etc.)³³.

Tal ideia é superada pela noção de que o processo administrativo não apenas é o instrumento do referido auto-controle - e nele tem um de seus fundamentos -, mas também configura uma legítima função jurisdicional atípica, que tem o objetivo de solucionar contendas entre a Administração e os administrados dentro da estrutura da primeira, porém com a participação ativa e a cooperação de ambos, conforme ensina JOSÉ ANTONIO MINATEL:

“Verificar a legitimidade da atuação do agente público nos procedimentos adotados para a formalização da pretensão da Fazenda Pública, assim como zelar pela adequada aplicação da regra de incidência tributária ao caso concreto, mediante ‘atuação conforme a lei e o Direito’, eis os limites e a nobre missão reservada ao processo administrativo tributário.

³¹ MEDAUAR. Op. cit., nota 26, p.126.

³² RIBAS, Op. cit., nota 24, p. 390, confirma: “Ao elevar para a Constituição Federal o processo administrativo, equiparando-o ao judicial para obediência aos princípios processuais maiores da ampla defesa e do contraditório, a razoabilidade e os meios que garantam celeridade na tramitação, o Constituinte deu ao processo administrativo tributário status de função judicante, cuja valorização inegavelmente o coloca como meio de acesso à ordem jurídica justa.”

³³ Na esfera Federal, o art. 26 do Decreto nº 70.235/72 assim prevê:

“Art.26. Compete ao Ministro da Fazenda, em instância especial:

I - julgar recursos de decisões dos Conselhos de Contribuintes, interpostos pelos Procuradores Representantes da Fazenda junto aos mesmos Conselhos;

II - decidir sobre as propostas de aplicação de equidade apresentadas pelos Conselhos de Contribuintes.”

A jurisprudência brasileira limita a ingerência daquele superior hierárquico aos casos de nulidades nos julgamentos colegiados, sem a possibilidade de se adentrar ao mérito já apreciado pelo órgão plural técnico (STJ, 1ª Seção, MS nº 8.810, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 06.10.2003, e 2ª Turma, RMS nº 24.947, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 06.12.2007).

(...) enxergar uma estrutura organizada dentro do Poder Executivo, com a função de solucionar conflitos de cunho tributário, implica reconhecer a natureza das diferentes funções exercidas pelos agentes responsáveis pela administração tributária (...).

(...) Assim, enquanto uns praticam atos administrativos com nítida natureza procedimental, na medida em que têm a missão de examinar a efetividade da aplicação da lei tributária (...), outros terão a missão de resolver os eventuais conflitos gerados pela resistência do sujeito passivo à pretensão formalizada pela Fazenda Pública (atividade atípica) (...).³⁴

A distinção de funções é corroborada por LÍDIA MARIA LOPES RODRIGUES RIBAS, que entende que “o processo administrativo tributário é um mecanismo de revisão” e exprime a “função judicante administrativa fiscal”, a qual “permite sejam cessados determinados litígios que afetam a relação Fisco/contribuinte”³⁵.

Precisamente no intuito de prover o cidadão de um órgão ao qual ele pudesse recorrer de maneira eficaz quando se sentisse lesado por uma tributação ilegítima do Estado, criou-se a figura do Conselho de Contribuintes. A ideia é de que somente um órgão colegiado, composto por representantes do Estado e dos contribuintes, poderia gozar de eficiência, independência, autonomia, imparcialidade e respeitabilidade perante a sociedade, uma vez que é formalmente vinculado ao ente governamental. E é aqui que se faz presente o Princípio da Colegialidade no processo administrativo tributário.

A estruturação do processo administrativo tributário federal merece ser estudada breve e especificamente, por ser adotada como paradigma no restante dos Entes Federativos.

4.1. O Processo Administrativo Tributário Federal

A Lei nº 9.784/99 assegura aos administrados o acesso ao contencioso administrativo (art. 3º) e, em que pese não regular a formação dos órgãos julgadores, regulamenta certos atos dos colegiados:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam

³⁴ MINATEL, José Antonio. “Procedimento e Processo Administrativo Tributário: dupla função administrativa, com diferentes regimes jurídicos”. In: ROCHA, Sérgio André (coord.). *Processo Administrativo Tributário – Estudos em Homenagem ao Professor Aurélio Pitanga Seixas Filho*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 330/331.

³⁵ RIBAS, op. cit., pp. 390/391.

hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.” (grifou-se)

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

(...)

§ 3º A motivação das decisões de **órgãos colegiados** e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.” (grifou-se)

Prestigiando o princípio em análise na seara tributária, o Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal federal, determina que o contencioso administrativo será formado por instâncias colegiadas, nos termos de seu art. 25, o que demonstra a forte presença do Princípio da Colegialidade no processo administrativo federal.

Há que se ressaltar que a formação do colegiado é de suma importância nas Delegacias de Julgamento (1ª instância administrativa), vez que estas são formadas exclusivamente por funcionários ligados à Administração Pública. Já se disse que o juízo único é mais vulnerável a pressões e o processo administrativo é particularmente mais sensível a isso, como afirmaram os seus próprios membros, conforme ilustra a transcrição feita por MARIE-ANNE COHENDET:

“A colegialidade é a melhor garantia de um processo mais imparcial. A colegialidade é a única que pode evitar os riscos da subjetividade inerente ao contencioso de estrangeiros. **Um juízo único está exposto a pressões advindas dos prefeitos (ela é exercida às vezes nominativamente)** (...) (Montchrestien, Direito do Contencioso Administrativo)” (grifou-se).³⁶

Assim, o debate colegiado das questões nas Delegacias de Julgamento permite que não prevaleça o entendimento daqueles que fecham os olhos para certas irregularidades em virtude de sua submissão hierárquica ao Ente Estatal, pois podem ser balanceados por julgadores que por qualquer motivo sejam menos sujeitos a eventuais pressões.

³⁶ COHENDET, op. cit., tradução livre.

No que concerne à 2ª Instância Administrativa, desde os primórdios do Conselho de Contribuintes Federal, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estão presentes a Colegialidade e a característica de ser um colegiado paritário.

O Decreto nº 16.580, de 04.09.1924, já instituía um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, com competência para julgamento de recursos referentes ao Imposto sobre a Renda, cujos cinco membros seriam escolhidos entre contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos, todos de reconhecida idoneidade e nomeados pelo Ministro da Fazenda.

No Decreto nº 5.157, de 12.01.1927, fora estabelecido que os recursos dos contribuintes em matéria fiscal, sobretudo no tocante aos impostos de consumo, seriam julgados e resolvidos por um Conselho constituído, em partes iguais, por funcionários da Administração Pública e por contribuintes nomeados pelo Governo, estes por proposta das principais associações de classe, representativas do comércio e da indústria, funcionando sob a presidência do Ministro da Fazenda ou da autoridade fiscal por ele designada³⁷.

A estrutura colegiada e o prestígio às decisões assim tomadas são verificados até os dias de hoje, mesmo após as recentes mudanças na composição e no funcionamento do órgão máximo em termos de processo administrativo tributário.

Vê-se, assim, que a Colegialidade está arraigada na estrutura do processo administrativo fiscal federal, que deve servir de exemplo para todos os outros contenciosos administrativos, porque as mesmas imposições que o Princípio da Colegialidade e seus correlatos exercem sobre o processo judicial são, a nosso ver, aplicáveis ao âmbito administrativo, diante da sua releitura já dissecada anteriormente.

4.2. Importância dos Órgãos Colegiados Paritários

“O Estado de Direito exige que os atos da Administração Pública sejam exercidos em restrita obediência às normas legais e com uma disciplina indispensável à estabilidade desses atos, bem como ao respeito dos interesses jurídicos da Administração. O processo administrativo fiscal tem que garantir a segurança jurídica e a justiça. Ruy Cirne Lima cita palavras de Ruy Barbosa, para quem ‘a justiça não é senão a igualdade perante o direito comum e as suas garantias processuais’”³⁸.

³⁷ Dados obtidos em <<http://www.conselhos.fazenda.gov.br/domino/Conselhos/SinconWeb.nsf/webHistoricoContribuintes?OpenForm>>, acesso em 12.07.2008.

³⁸ RIBAS, op. cit., nota 24, p. 390.

Partindo dessa premissa, a característica do CARF de ser formado por um colegiado paritário visa garantir a segurança jurídica e a justiça nas decisões administrativas, uma vez que a presença de representantes dos contribuintes tem o condão de fazer com que as decisões objetivem o real interesse público³⁹, e não o interesse meramente patrimonial do Estado.

Um colegiado composto exclusivamente por representantes do Fisco está sujeito às pressões da Administração, pois aqueles são diretamente subordinados e dependentes desta. A presença de representantes dos contribuintes funciona como um contrapeso, que se insurge em face de atos manifestamente ilegítimos.

Nesse sentido, por exemplo, diversos representantes dos contribuintes nos Tribunais Administrativos se manifestaram contrários à aplicação do art. 45 da Lei n° 8.212/91 mesmo antes de esse dispositivo ser declarado inconstitucional pelo STF⁴⁰:

“Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/01/1998 a 31/01/1998 Ementa: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO DE FÉRIAS. DECADÊNCIA. A Previdência Social possui o prazo de dez anos para, constatado o atraso do pagamento total ou parcial das contribuições, constituir seus créditos, de acordo com o art. 45, da Lei 8.212/91. (...) Recurso Voluntário Negado.

Resultado: NPU - NEGADO PROVIMENTO POR UNANIMIDADE

Texto da Decisão : I) **Por maioria de votos rejeitou-se a preliminar de decadência suscitada. Vencidos os Conselheiros Rogério de Lellis Pinto, Daniel Ayres Kalume Reis (Relator) e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. (...)**” (Cons. Contribuintes, 6ª Câmara, Recurso n° 141619, Processo: 35464.002588/2005-86, data da sessão :12.03.2008, grifou-se)

A atividade dos representantes dos contribuintes representa a própria manifestação da opinião dos contribuintes dentro do Estado, o que se traduz na maior autonomia e independência no julgamento, concedendo-lhe maior utilidade como instrumento de aplicação da justiça tributária, em observância à nova noção de participação e cooperação já mencionada acima.

O resultado disso é uma maior aceitação dessas decisões administrativas por parte dos contribuintes, que têm a ideia de um julgamento equânime ainda que realizado dentro da estrutura do órgão que iniciou a cobrança de determinado crédito tributário⁴¹, com todos os benefícios daí decorrentes em termos de cidadania fiscal.

³⁹ Já identificado anteriormente como a observância das normas presentes no ordenamento jurídico, as quais devem nortear, caso-a-caso, as soluções dadas a cada hipótese concreta.

⁴⁰ Ver Súmula Vinculante n° 8 do Supremo Tribunal Federal.

⁴¹ Esse é o depoimento de HAMILTON DE SÁ DANTAS (*Contencioso administrativo tributário*. O Estado de São Paulo, ed. de 02.10.1995, caderno B, p. 17.), que afirma que é vastíssimo o numero de

6. Conclusão

Diante do que foi acima exposto, conclui-se que:

(a) a Colegialidade é uma norma-princípio extraível da Constituição Federal de 1988 e surge como instrumento materializador dos Princípios da Separação e da Independência dos Poderes, dotando a jurisdição administrativa e judicial de autonomia, independência e, conseqüentemente, imparcialidade, tornando os Poderes mais harmoniosos e livres de pressões externas;

(b) o Princípio da Colegialidade é adotado expressamente pelo sistema processual civil brasileiro e decorre diretamente dos arts. 101, 104 e 107 da CF/88 e indiretamente dos arts. 93 e 94, também da CF/88;

(c) a Colegialidade, enquanto princípio, é passível de ponderação com outras normas consagradas constitucionalmente, mas essa ponderação deve observar o Postulado da Proporcionalidade, a fim de que se defina qual desses princípios deve merecer maior peso relativo em cada caso concreto, tudo com o objetivo de que nem o Princípio da Colegialidade nem qualquer outro direito ou garantia seja suprimido de maneira inexorável e desproporcional;

(d) a existência dos juízos únicos em primeira instância e a previsão de julgamento monocrático, nos casos previstos no art. 557 do CPC consubstanciam momentos em que a ponderação acima fez com que a Colegialidade cedesse vez a outros princípios constitucionais (celeridade, eficiência); porém há que se atentar que essa prevalência momentânea destes últimos não pode ensejar a violação de outros direitos da parte, como a ampla defesa, sob pena de se tornar desproporcional;

(e) assim como no processo judicial, o Princípio da Colegialidade tem forte influência no processo administrativo tributário, que vem se tornando um exemplo cada vez mais pungente da necessidade de maior participação e cooperação entre cidadãos e Administração Pública, com vistas ao melhor atendimento do interesse público - assim entendido como o único interesse fundamental do Direito, o de que cada conduta seja pautada e guarde observância ao ordenamento jurídico, seus valores e normas;

recursos fiscais julgados anualmente pelos colegiados administrativos em que, decidindo total ou parcialmente a seu favor, muitos contribuintes aceitam a decisão administrativa na parte que lhes foi desfavorável, o que representa importantíssimo papel na triagem de potenciais ações judiciais.

(f) essa influência é responsável pelo fato de que o processo administrativo tributário, em regra, tenha sua estrutura julgadora organizada na forma de conselhos, formados por representantes do governo e dos contribuintes, garantindo-lhes imparcialidade e eficiência, em que pese serem vinculados ao Poder Executivo.