

# **Processo Administrativo Fiscal**

mostra

## Processo Administrativo Fiscal

Copyright © 2026 Almedina Brasil

Almedina Brasil é um selo do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2026 Sergio André Rocha

ISBN: 978-85-8493-880-3

Impresso no Brasil – 2ª Edição, 2026 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

R672p

Processo Administrativo Fiscal. Sergio André Rocha. 2.ed. Rio de Janeiro: Almedina Brasil, 2026.

224 p.; 16 x 23 cm.

ISBN 978-85-8493-880-3

1. Direito tributário – Brasil. 2. Processo administrativo fiscal. 3. Fiscalização tributária. 4. Contencioso tributário. 5. Administração tributária. I. Rocha, Sergio André. II. Título.

CDU: 336.22(81)

### Índices para catálogo sistemático:

1: Brasil: Direito tributário: Processo Administrativo Fiscal

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida.

A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

**Marcas Registradas:** Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

**Material de apoio e erratas:** Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site [www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo.

**Suporte Técnico:** A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

### Grupo Editorial Alta Books

**Produção Editorial:** Grupo Editorial Alta Books

**Diretor Editorial:** Anderson Vieira

**Editor da Obra:**

**Vendas Governamentais:**

**Gerência Comercial:**

**Assistente Editorial:**

**Revisão:**

**Diagramação:** Cumbuca Studio

**Capa:**



Rua Viúva Cláudio, 291 — Bairro Industrial do Jacaré

CEP: 20.970-031 — Rio de Janeiro (RJ)

Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419

[www.altabooks.com.br](http://www.altabooks.com.br) — [altabooks@altabooks.com.br](mailto:altabooks@altabooks.com.br)

**Ouvidoria:** [ouvidoria@altabooks.com.br](mailto:ouvidoria@altabooks.com.br)



Editora  
afiliada à:

**abel**

ASSOCIADO

**CL**  
Câmara  
Brasileira  
do Livro

## O Autor

### **Sergio André Rocha**

- Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
- Livre-Docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo.
- Diretor Vice-Presidente da ABDE.
- Parecerista.

# SUMÁRIO

<b>CAPÍTULO I – FUNÇÕES DO ESTADO E PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL .....</b>	<b>11</b>
1.1. Do Estado de Polícia ao Estado de Bem-Estar Social: Procedimentalização da Atuação Estatal .....	11
1.2. Funções da Procedimentalização das Atividades Estatais .....	22
1.2.1. Legitimação da Atividade Administrativa .....	22
1.2.2. Garantia dos Direitos dos Administrados .....	26
1.2.3. Facilitação do Controle da Administração Pública .....	27
1.2.4. Fornecimento de Informações com Benefício do Conteúdo das Decisões .....	29
1.2.5. Proteção da Eficácia das Decisões .....	30
1.2.6. Controle do Mérito dos Atos Administrativos .....	31
1.3. Procedimentalização e Sociedade de Risco .....	32
1.4. Síntese Conclusiva .....	36
 <b>CAPÍTULO II – DISTINÇÃO CONCEITUAL ENTRE PROCESSO E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO .....</b>	 <b>39</b>
 <b>CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS PROCESSOS E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	 <b>57</b>
3.1. Princípios Comuns aos Processos e Procedimentos Administrativos ....	63
3.1.1. Princípio da Legalidade .....	63
3.1.1.1. Legalidade, Deslegalização e Delegação Legislativa .....	67
3.1.2. Princípio da Impessoalidade .....	71
3.1.3. Princípio da Moralidade .....	74
3.1.4. Princípio da Proteção da Confiança .....	81

3.1.5. Princípio da Publicidade. ....	85
3.1.6. Princípio da Eficiência. ....	87
3.1.7. Princípio da Duração Razoável. ....	91
3.1.7.1. Duração razoável do processo:	
Direito, princípio ou ambos?.....	92
3.1.7.2. Conteúdo do princípio da duração razoável do processo. ...	95
3.1.7.3. Duração razoável do processo e impossibilidade material de um processo sem dilações indevidas: os direitos e seu custo .....	97
3.1.7.4. Duração razoável e processo administrativo fiscal. ....	98
3.1.7.5. Instrumentos para a garantia da duração razoável do processo administrativo fiscal .....	100
3.1.7.5.1. Previsão de prazos com sanção ao servidor no caso de descumprimento e suspensão dos juros de mora .....	100
3.1.7.5.2. Instrumentalidade das formas .....	102
3.1.7.5.3. Uniformização dos critérios decisórios e vinculação dos órgãos de aplicação.....	102
3.1.7.5.4. Reconhecimento do direito do contribuinte ...	103
3.1.7.5.5. Prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal .....	104
3.1.8. Princípio do Formalismo Finalístico (Instrumentalidade das Formas).....	107
3.1.9. Princípio da Praticabilidade .....	110
3.1.10. Princípio da Motivação .....	113
3.1.11. Princípio da Proporcionalidade (Devido Processo Legal Substantivo). ....	116
<b>3.2. Princípios Aplicáveis com Exclusividade aos Processos     Administrativos .....</b>	<b>125</b>
3.2.1. Princípio do Devido Processo Legal .....	126
3.2.2. Princípio da Ampla Defesa. ....	128
3.2.3. Princípio do Contraditório. ....	130
3.2.4. Princípio do Duplo Grau de Cognição .....	131
3.2.5. Dos Princípios da Verdade Material e do Livre Convencimento Motivado do Julgador.....	134
3.2.5.1. A Verdade Material e o Silêncio da Administração Pública .....	139
3.2.5.2. Ônus da Prova e “Dever de Provar” .....	141

**CAPÍTULO IV – DECISÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO**

<b>E SEUS EFEITOS.....</b>	<b>145</b>
4.1. Notas Introdutórias.....	145
4.2. Análise da Possibilidade de a Decisão Administrativa se Fundamentar na Inconstitucionalidade de Ato Normativo .....	146
4.3. Coisa Julgada Administrativa .....	154
4.3.1. Impossibilidade de Questionamento Judicial pela Fazenda de Decisão Administrativa: Insegurança Jurídica e Desvalorização do Processo Administrativo.....	160
4.3.2. Impossibilidade de Questionamento Judicial pela Fazenda de Decisão Administrativa: Da Relação Existente entre a Administração Ativa e a Administração Judicante .....	162
4.3.3. Impossibilidade de Questionamento Judicial pela Fazenda de Decisão Administrativa: O Art. 42 do Decreto nº 70.235/72 e a Eficácia da Decisão Final no Processo Administrativo .....	164
4.3.4. O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição e seu Papel na Presente Discussão.....	166
4.3.5. Hipóteses de Anulação da Decisão do Órgão Julgador Administrativo: Nulidade Absoluta da Decisão, Identificação de Condutas Criminosas ou em Fraude à Lei .....	167

**CAPÍTULO V – RELAÇÕES ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO**

<b>E O PROCESSO JUDICIAL .....</b>	<b>169</b>
5.1. A Concomitância entre o Processo Administrativo e o Judicial .....	169
5.2. Instância Administrativa de Curso Forçado.....	174
5.3. A Prejudicialidade do Processo Administrativo, Notadamente o Processo Administrativo Fiscal, em Face da Ação Penal .....	175
5.4. O Mandado de Segurança e os Recursos Administrativos com Efeito Suspensivo.....	183
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>185</b>

## Capítulo I

# FUNÇÕES DO ESTADO E PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL

### 1.1. DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL: PROCEDIMENTALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL

No curso da história recente da humanidade, a intervenção estatal nas atividades privadas e, assim, as atribuições conferidas ao Estado desenvolveram-se de forma mais ou menos acentuada, variando entre o intervencionismo exacerbado e o culto à liberdade individual contra os interesses coletivos (corporificados, a partir de determinado momento histórico, na atuação estatal).

Com efeito, durante o século XVIII, expandiu-se pela Europa, a partir da Alemanha e da Áustria, o modelo estatal intervencionista que ficou conhecido como Estado de Polícia, no qual o interesse do Estado, que se equiparava à vontade do soberano, prevalecia sobre o individual, buscando-se a garantia da ordem e segurança sociais.<sup>1</sup>

---

1 Segundo o constitucionalista português J. J. GOMES CANOTILHO, “este **Estado de Polícia**, também chamado ‘Estado Administrativo Fiscal Iluminista’, ‘Estado de absolutismo iluminista’, ‘Estado de despotismo esclarecido’ (século XVIII), cujo paradigma em Portugal terá sido o ‘Estado do Marquês de Pombal’, apresentava como características fundamentais: (1) afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o consequente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder do soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de ‘decidir’ sobre a religião dos súditos e de exercer a autoridade eclesiástica (*cuius regio eius religio*, *Dux cliviae est papa in territoris suis*); (3) dirigismo económico através da adoção de uma política económica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* (‘bem estar’, ‘felicidade dos súditos’) como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a

O Estado de Polícia se caracterizava pela restrição das liberdades individuais dos súditos em favor dos interesses dos monarcas absolutos, ditadores das normas de conduta e seus executores.

Em tal modelo estatal prevaleciam como classes dominantes, logicamente abaixo do monarca, o clero e a nobreza, com prejuízo do Terceiro Estado, grupo heterogêneo do qual fazia parte a burguesia, que, embora fosse responsável pelo custeio fiscal do Estado, se via premida em suas possibilidades de ascensão ao poder político e, portanto, limitada em seu desenvolvimento.

Entre o final do século XVIII e o início do século XX, principalmente a partir das Revoluções Americana e Francesa, desenvolveu-se o modelo econômico liberal-individualista, que já havia se instalado na Inglaterra desde a Revolução Gloriosa de 1688, o qual pretendeu garantir a predominância política da classe econômica burguesa sobre as demais, assim como a sua defesa contra qualquer atuação limitadora-interventiva do Estado (que, como visto, prevalecia no momento histórico imediatamente anterior).

Por essa razão, o direito fundamental, sustentáculo desse modelo político-econômico, era o direito à liberdade,<sup>2</sup> o qual se afigurava como um direito praticamente absoluto, oponível a qualquer intervenção estatal considerada indevida.<sup>3</sup>

Nesse sentido, merece menção o entendimento do Professor CARLOS ROBERTO DE SIQUEIRA CASTRO, para quem “o ideário político-liberal, que teve seu apogeu marcadamente nos séculos XVIII e XIX, cometia ao Estado não mais do que encargos modestos, atinentes à segurança coletiva, às relações exteriores e a poucos serviços públicos, deixando, quanto ao mais, que o

---

célebre ‘razão do Estado’ (*raison d’Etat*), apontada como a dimensão teleológica básica do chamado ‘absolutismo empírico’ (‘momento absolutista’ anterior ao ‘absolutismo iluminado’). Estas dimensões estruturaram um ‘tipo de Estado-providência’ ou ‘Estado administrativo’ caracterizado por uma administração extensa e intensa tendencialmente desvinculada do direito tradicional dos estamentos e da lei superior (constituição) agitada pelo constitucionalismo moderno” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, [199-], p. 87). Sobre o tema ver também: TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 52; MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 89-90; SIMÕES, Mônica Martins Toscano. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 19; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19-25.

2 Cf. MAIHOFFER, Werner. Principios de una Democracia en Libertad. In: HESSE, Konrad *et al.* (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional*. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001, p. 222-224.

3 Trazendo à colação o entendimento de PAULO BONAVIDES, “na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40).



convívio social seguisse o curso da natureza, na trilha da máxima individualista – *le monde va de lui même*. Simboliza essa pregação de absenteísmo estatal a página famosa de Adam Smith, para quem as ações do governo deveriam cingir-se à proteção da sociedade contra a violência e a invasão externa, ao estabelecimento de uma Justiça adequada à tutela dos indivíduos e, por fim, à consecução de reduzidas obras e serviços públicos cuja exploração, por sua natureza e escassas perspectivas de lucro, não interessasse a ninguém”.<sup>4</sup>

Esse entendimento de que o Estado deveria se afastar da ingerência nos assuntos privados, abstendo-se de praticar quaisquer atos considerados atentatórios à liberdade individual, e assim, de intervir nas relações econômico-sociais privadas, encontra-se expresso em STUART MILL, que sustentava que a atividade estatal deveria limitar-se a impedir que uns prejudicassem outros, distribuindo entre os súditos o custo de suas atividades e impondo sanções àqueles que se comportassem de modo a causar danos a terceiros.<sup>5</sup>

NORBERTO BOBBIO esclarece que “como teoria econômica, o liberalismo é partidário da economia de mercado; como teoria política, é simpatizante do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo”.<sup>6</sup>

A valorização da liberdade individual representou a reação da classe burguesa, então dominante, contra a intervenção estatal nas relações privadas, característica do Estado de Polícia, conforme PLAUTO FARACO DE AZEVEDO.<sup>7</sup>

Com o passar dos anos, o individualismo exacerbado e as condições em que a classe dominante burguesa exercia seu domínio sobre a classe

---

4 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 9. Conforme salienta RICARDO LOBO TORRES: “Os valores do liberalismo e do Estado de Direito, em sua versão originária, apresentavam-se em um sistema fechado, criado pela ideia de liberdade. Este era o valor básico, que representava a própria essência do ser humano e que servia de fundamento da Constituição e da ordem tributária e orçamentária, constituindo a expressão última e tardia do Direito Natural” (TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 86).

5 Cf. MILL, John Stuart. *A Liberdade e o Utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 116-117.

6 BOBBIO, Norberto. *El Futuro de la Democracia*. Tradução de José F. Fernandez Santillan. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 89. Segundo COTRIM NETO, “depois de séculos da vigência do Absolutismo com que os Príncipes exerciam seus poderes em face da Sociedade, queria esta um sistema político de teor oposto: **o Governo não deve governar demais**, reclamou ainda no Século XVIII o pensador francês Argenson. E tal reclamo tornou-se o núcleo das ideias chamadas de **liberais**, que fecundaram e comandaram a construção dos regimes políticos do século anterior. Então se queria Estado constitucional; mas um **Governo mínimo**” (COTRIM NETO, A. B. Código de Processo Administrativo – Sua Necessidade no Brasil. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 80, out.-dez. 1986, p. 35).

7 Cf. AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 79.

trabalhadora levaram à crise do sistema político econômico-liberal, com a consequente necessidade de intervenção do Estado nas relações privadas.<sup>8</sup>

Surge então o chamado Estado Social, que se caracteriza pela intervenção estatal nas relações privadas e nos direitos individuais, e por uma atividade paternalista do Estado em relação às classes menos favorecidas, a qual se evidencia pelo desenvolvimento da previdência e seguridade sociais.<sup>9</sup>

Na segunda metade do século XX, contudo, o Estado Social, transformado em Estado de Bem-Estar Social entrou em crise. O assistencialismo social desse modelo foi indicado como responsável pelo crescimento da dívida pública e do déficit orçamentário,<sup>10</sup> dando início à sua contestação e à pregação do retorno do Estado Liberal não-intervencionista.

---

8 Ver: De acordo com RICARDO LOBO TORRES “a crise do Estado Liberal transparecia do fato de que não conseguia atender às reivindicações sociais, especialmente da classe trabalhadora, nem garantir o pleno funcionamento do mercado. Os ingressos fiscais eram insuficientes para promover o desenvolvimento econômico” (TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 10). CAIO TÁCITO apresenta três causas fundamentais que teriam levado à crise do Estado liberal, quais sejam: a) “o reconhecimento de que determinadas atividades econômicas estão imbuídas, por sua natureza, de um interesse coletivo, afetando, praticamente, em sua exploração, a generalidade do grupo social”; b) “de outra parte, a exploração capitalista de atividades privadas e a competição predatória entre grupos se extrema em abusos lesivos a interesses indefesos e sem a representação eficaz, sensibilizando a opinião pública e inspirando o legislador, o juiz e o administrador na proteção ao economicamente fraco. O aviltamento da mão-de-obra lança as sementes da proteção ao trabalhador e da representação sindical. A política de preços espoliativos, as manipulações da produção e do comércio, as concentrações de capital visando a lucros imoderados ou monopólios de mercado, contrastam com os interesses do público consumidor, conduzindo ao regime de controle de tarifas e preços, à defesa da economia popular e às medidas contra as concentrações de capital”; e c) “finalmente, a expansão dos grupos capitalistas entra em conflito direto com os próprios órgãos do poder político, sobre os quais atua, cuidando de aperfeiçoá-los aos seus interesses econômicos (o poder dentro do poder)” (TÁCITO, Caio. *Do Estado Liberal ao Estado de Bem-Estar Social*. In: *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I, p. 378). Ver também: REALE, Miguel. Da Democracia Liberal à Democracia Social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 71, jul.-set. 1984, p. 24; GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As Transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 3.

9 Cf. TORRES, Ricardo Lobo, *O Orçamento na Constituição*, 1995, p. 11. Ver, ainda: SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119; NOGUEIRA, Alberto. *Os Limites da Legalidade Tributária no Estado Democrático de Direito: Fisco X Contribuinte na arena jurídica: ataque e defesa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.186; RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O Princípio da Imparcialidade da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 58; RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 19.

10 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 11; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 43. Segundo a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “verificou-se um crescimento desmesurado do Estado, que passou a atuar em todos os setores da vida social, com uma ação interventiva que coloca em risco a própria liberdade individual, afeta o princípio da separação

Crítico do Estado de Bem-Estar, FRIEDRICH AUGUST HAYEK salienta que a crise da seguridade social está vinculada à tentativa de se efetuar, por seu intermédio, uma redistribuição de riquezas a partir de um controle estatal do mercado.<sup>11</sup>

A esta altura é necessário acrescentar que o declínio do Estado de Bem-Estar Social e o surgimento de defensores do modelo estatal neoliberal não implicaram o desaparecimento do Estado Social. De fato, como sustenta RICARDO LOBO TORRES “o modelo do Estado Social não desaparece totalmente. Passa por modificações importantes, com a diminuição do seu tamanho e a restrição ao seu intervencionismo. Deixa-se influenciar pelas ideias do liberalismo social, que não se confundem com as do neoliberalismo ou do protoliberalismo nem, por outro lado, com as da social democracia”.<sup>12</sup>

Note-se, nesta breve digressão histórica, que a intervenção estatal nas relações privadas e, assim, no exercício dos direitos individuais, variou da pregação por um Estado mínimo até a prevalência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e paternalista. Atualmente, nenhuma dessas estruturas extremadas prevalece no Brasil, havendo um Estado, regra geral, presente e participativo nas relações sociais, mas não centralizador das iniciativas econômicas nem limitador dos direitos e interesses privados.<sup>13</sup>

---

de Poderes e conduz à ineficiência na prestação de serviços” (Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 21). É importante ter em mente, aqui, a distinção apresentada por GILBERTO BERCOVICI entre *estado social em sentido estrito* e *estado social em sentido amplo*. O primeiro “é caracterizado pelo amplo sistema de seguridade e assistência social”. Enquanto o segundo “é o Estado intervencionista” (BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 54). Partindo dessa distinção, temos que a crise atingiu o *estado social em sentido estrito*, sendo que o *estado social em sentido amplo* permanece presente hodiernamente.

11 Cf. HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992, p. 302-303. Ver, ainda: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *El Derecho Administrativo al Comienzo de su Tercera Centuria*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 97.

12 TORRES, Ricardo Lobo, *O Orçamento na Constituição*, 1995, p. 15.

13 CAIO TÁCITO alerta para os riscos de um Estado centralizador e limitador dos esforços privados, o qual levaria, paulatinamente, ao retorno do ideário liberal: “Já agora, no cenário dos direitos humanos, desponta a reação contra o risco da presença esmagadora do Estado. A título de servir ao homem e à coletividade, o Estado ameaça tornar-se opressivo, substituindo a personalidade pela uniformidade. No painel da liberdade acendem-se as luzes de advertência do perigo do autoritarismo emergente. Ao abuso do direito individual ou aos malefícios da concentração econômica, que a lei habilita o Estado a prevenir ou reprimir, sucede-se o abuso da burocracia, perante a qual ficam desarmados tanto as pessoas como os próprios setores da sociedade [...]. Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e as burocracias dominantes, a reativação da empresa média dotada de alta dose de sofisticação tecnológica (de que o Vale do Silício, nos EUA, é um exemplo expressivo e bem-sucedido) ...” (TÁCITO, Caio. Poder de Polícia e Polícia do Poder. In: *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. I, p. 553).

Assim, no curso do século XX, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, independentemente do grau de intervencionismo estatal no âmbito deste último, o Estado assumiu a realização de diversas atividades que antes eram atribuições dos indivíduos, o que se acentuou a partir das duas Guerras Mundiais e da Grande Depressão.

A seguinte passagem do Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial, emitido em 1997 pelo Banco Mundial, registrou o crescimento das atribuições estatais nos seguintes termos:

*“Assim, o Estado assumiu novos papéis e ampliou as funções que já vinha desempenhando. Em meados do século, a variedade de tarefas executadas pelas instituições públicas incluía não só uma ampla provisão de infraestrutura e serviços públicos, mas também apoio muito maior aos serviços de educação e saúde. Nos três e meio decênios de 1960 a 1995, os governos dos países industrializados duplicaram de tamanho, e grande parte dessa expansão foi provocada por aumentos nas transferências e subsídios.”<sup>14</sup>*

Observe-se que o crescimento das atividades estatais trouxe consigo a necessidade de recursos para o seu custeio e, desse modo, a transformação dos Estados ocidentais em Estados Fiscais, os quais dependem da arrecadação tributária para a consecução de seus fins.<sup>15</sup>

Há, assim, importante relação entre a participação estatal na vida das pessoas de Direito Privado e a ampliação das carências arrecadatórias do Poder Público, que passa a ter na arrecadação tributária a fonte de recursos indispensáveis para o custeio de suas atividades. Como destaca JUAN MANUEL BARQUERO ESTEVAN:

*“Faz já alguns anos, em um trabalho que pode ser tido já por um clássico na literatura sobre o Estado social, Ernst Forsthoff afirmava que o Estado fiscal ou impositivo constitui o vínculo indispensável de união entre os princípios do Estado de Direito e Estado social, porque somente através das possibilidades de*

14 BANCO MUNDIAL. *Relatório Sobre o Desenvolvimento Mundial*. 1997. Washington: Banco Mundial, 1997, p. 22. Sobre o tema, ver: COUTO E SILVA, Almiro. Notas sobre o Conceito de Ato Administrativo. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 272; PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática: Institutos de Participação Popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 39; GUEDES, Demian. *Processo Administrativo e Democracia: Uma Reavaliação da Presunção de Veracidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 42-43.

15 Sobre o tema, ver: ROCHA, Sergio André Rocha. *Fundamentos do Direito Tributário Brasileiro*. 3. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2024, p. 14-20.

*ingerência do Estado impositivo pode-se garantir o desenvolvimento do Estado social, sob uma estrita observância, ao próprio tempo, das formas do Estado de Direito e, concretamente, do respeito do Direito de propriedade. Apontava, assim, a tese de que a configuração do Estado como “impositivo” constitui um pressuposto funcional do Estado social, pois este só pode alcançar seus objetivos recorrendo ao imposto como instrumento financeiro.”<sup>16</sup>*

Por outro lado, a participação do Estado na vida social trouxe consigo uma modificação na função estatal preponderante em cada época histórica.

Com efeito, tendo em vista que o Estado Liberal tinha por finalidade a estabilização e a manutenção da classe burguesa no poder, a função estatal prevalecente naquele período era a legislativa, transformando o Parlamento no senhor das regras imponíveis à sociedade, principalmente nas situações em que era possível a intervenção estatal na esfera privada, com a consequente restrição da liberdade.<sup>17</sup>

A “deificação” da função legislativa tinha como propósito evitar os abusos e desmandos daqueles que exerciam a Função Executiva àquela época, ou seja, os monarcas. Como afirma PAULO BONAVIDES, “o liberalismo – expressão da filosofia política triunfante – se domiciliava nos Parlamentos. E produzira também uma técnica de governo que veio a coroar a ascendência notória do Poder

16 ESTEVAN, Juan Manuel Barquero. *La Función del Tributo en el Estado Democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 33. Ver, também: SANCHES, José Luís Saldanha. *A Segurança Jurídica no Estado Social de Direito: Conceitos Indeterminados, Analogia e Retroactividade no Direito Tributário*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1985, p. 310-311; TORRES, Ricardo Lobo. Mutações do Estado Fiscal. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (Coords.). *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1065; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Interesse Público e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 57; COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária: Exequibilidade de Lei Tributária e Direitos do Contribuinte*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 18; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 15; ASIS ROIG, Rafael de. *Deberes y Obligaciones en la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 401; NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 185-187; NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-196; GODOI, Marciano Seabra de. Tributo e Solidariedade Social. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de (Coords.). *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 154. Para um estudo acerca da teoria dos custos dos direitos ver: AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

17 CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas. O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 11.

Legislativo, ao qual se cometera o exercício da soberania: o parlamentarismo. Com o governo da maioria parlamentar e da responsabilidade ministerial, ao tempo do Estado liberal, conheceu o Poder Legislativo uma fase áurea, impossível agora de viver ou restaurar em toda a plenitude”.<sup>18</sup>

O declínio do Estado Liberal e o consequente crescimento das atribuições estatais modificaram esse quadro, uma vez que as novas atividades do Estado dependiam de maior celeridade da atividade administrativa e não poderiam se ver emperradas por deliberações do Parlamento.<sup>19</sup> Nas palavras de GIUSEPPE DE VERGOTTINI:

*“O advento da política social pôs em crise a tradicional concepção da separação dos poderes, determinando a passagem do ‘Estado Legislativo’ ao ‘Estado Administrativo’. Segundo a teoria liberal da separação dos poderes, ao Parlamento era atribuída a função de fazer as normas jurídicas gerais e abstratas, enquanto ao Governo cabia a função de seguir a vontade normativa da assembleia representativa. Ao contrário, hoje a lei assume frequentemente um conteúdo especial e concreto, enquanto o Governo, para satisfazer o crescimento da demanda de normas características do Estado Social, tende muito frequentemente a fazer uso, e em alguns casos o abuso – pensemos no fenômeno do crescimento da decretação de urgência ou dos decretos legislativos integrativos e corretivos – de seus poderes normativos, a fim de deixar óbvia a incapacidade do instrumento legislativo de satisfazer em tempo razoável as exigências de normas (a assim denominada fome de normas). O tempo excessivamente longo do processo legislativo impede o Parlamento de atender com tempestividade*

18 BONAVIDES, Paulo. O Poder Legislativo no Moderno Estado Social. In: *As Tendências Atuais do Direito Público: Estudos em Homenagem ao Prof. Afonso Arinos*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 29. No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Democracia no Limiar do Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 101-102; GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade e Reflexividade: Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 41-44.

19 Cf. BONAVIDES, Paulo, *O Poder Legislativo no Moderno Estado Social*, 1976, p. 37. Ver, também: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Congresso e as Delegações Legislativas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 17; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 14-15. Sobre o declínio da Função Legislativa ver, ainda: AMARAL, Roberto. Apontamentos para a Reforma Política: A democracia representativa está morta – viva a democracia participativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 151, jul.-dez. 2001, p. 29-65; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 220-221. Para um exame da preponderância do Poder Executivo, ver: HAURIU, Maurice. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Tradução Carlos Ruiz del Castillo. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 482-489.

*às mudanças sociais e requer, portanto, a ampliação dos poderes normativos do Governo.*<sup>20</sup>

Atualmente, outro aspecto que justifica, no Brasil, o declínio da supremacia do Poder Legislativo sobre o Executivo, é o fato de que também aqueles que chefiavam o exercício desta Função estatal são eleitos pelo povo nos mesmos moldes que os membros do Legislativo.<sup>21</sup>

O tecnicismo que envolve grande parte das decisões que devem ser tomadas pelo Poder Público também leva ao declínio do Legislativo, uma vez que as Câmaras representativas muitas vezes se vêm impotentes para estabelecer as regras de conduta que devem ser observadas no seio da coletividade.<sup>22</sup> Este cenário leva ao fenômeno da “inflação” legislativa, decorrência da tentativa do Poder Legislativo de, através da “produção” de novas leis, acompanhar as mudanças sociais.<sup>23</sup>

Por fim, não se pode deixar de mencionar que a globalização, com o crescimento dos tratados internacionais e do Direito Comunitário e o desenvolvimento de uma dogmática que apregoa sua prevalência sobre as normas de direito interno, leva também ao declínio do Poder Legislativo e à valorização

20 VERGOTTINI, Giuseppe de. A “Delegificação” e a sua Incidência no Sistema de Fontes do Direito. Tradução Fernando Aurélio Zilveti. In: BARROS, Sérgio Resende; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coord.). *Direito Constitucional: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 167. Ver, também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248; NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar: Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48-49.

21 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26. Como relata PONTES DE MIRANDA, “Nas Constituições da Europa, após a Primeira Guerra Mundial, procurou-se reforçar o Poder Executivo como solução nova às relações entre tal Poder e o Legislativo. Democrático, também, hoje, o Executivo, não se trata de **regressão**, mas de **reajustamento**. Rigorosamente, se o povo elege um homem para redigir uma lei, seria o mesmo que eleger 20, 200, 2.000: a legislação seria igualmente democrática. Ora, a experiência mostrou que as assembleias se tornaram corpos autônomos, desligados do povo, de modo que a personalidade de um homem não seria separação maior entre a **vontade geral** e a lei do que a entidade transindividual e transpolar das assembleias” (MIRANDA, Pontes de. Independência e Harmonia dos Poderes. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 20, abr.-jun. 1972, p. 9).

22 Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 52-53; SALDANHA, Nelson. *Sociologia do Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 182-183.

23 Cf. VERGOTTINI, Giuseppe de. A “Delegificação” e a sua Incidência no Sistema de Fontes do Direito, 1999, p. 167; MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. 10. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 51; ITALIA, Vittorio. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2002, p. 27; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 13; CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 54-61; MEDAUAR, Odete. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em Homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 118.

do Executivo, responsável pela discussão e elaboração dos tratados, enquanto o Legislativo, no ordenamento jurídico pátrio, é apenas o órgão de referendo.<sup>24</sup>

A todos os aspectos antes mencionados soma-se, na experiência republicana brasileira, o caráter autocrático do Poder Executivo, que só recentemente conheceu, de forma contínua, os imperativos da democracia. SERGIO VICTOR TAMER, em estudo sobre a hipertrofia do Poder Executivo Brasileiro afirma:

*“Uma breve leitura interpretativa da nossa história republicana poderá nos levar a entender melhor essa hipertrofia, na qual se destacam quatro relevantes questões: a) os vícios do sistema eleitoral; b) o exercício de um presidencialismo imperial; c) o papel do Exército como ‘poder moderador’; d) o abuso do poder de legislar, via medidas provisórias.”*<sup>25</sup>

Note-se que, atualmente, o Estado-Administração acumula muitas funções estatais, como a prestação de serviços, a regulação e o fomento das atividades particulares e, em alguns casos, a emissão de normas de conduta para a vida em sociedade.

Em face dessas atribuições, cresceram, em igual proporção, o aparato estatal necessário ao seu cumprimento e as situações em que os administrados são obrigados a se relacionar com os órgãos do Estado, que passam a interferir diretamente nos interesses individuais.

O crescimento das atividades da Administração Pública e o correspondente aumento das relações entre os cidadãos e o Estado tiveram como reflexo a procedimentalização<sup>26</sup> da atividade estatal com maior participação dos

24 Nesse mesmo sentido: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A Segurança Jurídica do Contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 71-72. Para um estudo dos debates envolvendo o relacionamento do direito interno com o direito internacional, ver: ROCHA, Sergio André. *Treaty Override no Ordenamento Jurídico Brasileiro: O Caso das Convenções para Evitar a Dupla Tributação da Renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Um estudo sobre a interpretação dos tratados internacionais tributários foi feito em: ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos Tratados para Evitar a Bitributação da Renda*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

25 TAMER, Sergio Victor. *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 168-169.

26 Sobre a procedimentalização administrativa traz-se à colação a seguinte passagem de MARÇAL JUSTEN FILHO: “A procedimentalização consiste na submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas. Significa que a função administrativa se materializa em atividade administrativa, que é um conjunto de atos. Esse conjunto de atos deve observar uma sequência predeterminada, que assegure a possibilidade de controle do poder jurídico para realizar os fins de interesse coletivo e a promoção dos direitos fundamentais.

A procedimentalização é uma exigência de cunho formalista. A atuação administrativa tem de materializar-se de modo formal, seguindo uma ordenação lógica destinada a evitar a imposição de concepções puramente subjetivas do titular da competência. Essa imposição prevalece ainda quando existe disciplina discricionária da atividade administrativa” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 215).



administrados na realização (*procedimento administrativo*) e controle (*processo administrativo*) dos atos administrativos.

Com efeito, uma vez que a atuação estatal passou a ter grande importância na vida das pessoas nos tempos atuais, elas não poderiam ser alijadas da possibilidade de participar ou controlar a tomada das decisões que influenciassem direta ou indiretamente, em maior ou menor grau, a sua esfera de interesses. A propósito, a seguinte lição de CAIO TÁCITO:

*“O Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa.*

*O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas.”<sup>27</sup>*

Com a procedimentalização, os atos administrativos passam a ser precedidos por outros atos, ou subordinados ao controle de sua conformidade com as leis, e a ser praticados no âmbito de uma relação jurídica regida por determinados princípios constitucionais e regras jurídicas.<sup>28</sup>

---

27 TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 216, jul.-set. 1997, p. 2. Como observa ADRIANA DA COSTA RICARDO SCHIER, “O direito de participação do cidadão na esfera administrativa, conforme já referido, apresenta-se em, basicamente, duas dimensões. Uma primeira está direcionada à concretização do princípio do Estado de Direito enquanto a outra é voltada à efetivação do Estado Democrático.

Nesta última perspectiva, pode-se afirmar, desde logo, que o direito de participação é o direito que se traduz na possibilidade de intervenção direta ou indireta do cidadão na gestão administrativa, de caráter consultivo, deliberativo ou fiscalizatório” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 57-58). No mesmo sentido: DROMI, Roberto. *El Derecho Público en la Hipermodernidad*. Madrid: Hispania Libros, 2005, p. 274-275; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14-15; GALVÃO, Rodrigo. Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório no Processo Administrativo. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 21, set. 2007, p. 131-132.

28 O Professor MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO relaciona a importância da procedimentalização da atividade estatal com o crescimento da intervenção administrativa. Ver: FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. As Garantias Jurídicas no Processo Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 448, fev. 1973, p. 20-21.

## 1.2. FUNÇÕES DA PROCEDIMENTALIZAÇÃO DAS ATIVIDADES ESTATAIS

ODETE MEDAUAR,<sup>29</sup> em seu estudo sobre a processualidade no Direito Administrativo, elenca diversas finalidades que seriam inerentes à procedimentalização da atuação estatal.

Das finalidades/funções referidas pela autora, podem ser destacadas as seguintes: (a) legitimação da atividade administrativa; (b) garantia dos direitos dos administrados; (c) facilitação do controle da Administração Pública; (d) fornecimento de informações, com benefício do conteúdo das decisões; e (e) proteção da eficácia das decisões, acrescentando-se uma sexta finalidade, (f) a possibilidade de provocação, pelos administrados, do controle do mérito dos atos administrativos discricionários.

Passa-se, então, à análise de cada uma dessas funções da procedimentalização de certas atividades inerentes à Administração Pública, notadamente daquelas que intervêm na liberdade dos indivíduos.

### 1.2.1. Legitimação da Atividade Administrativa

Uma primeira função da procedimentalização da atividade administrativa consiste em atribuir legitimidade às atuações do Estado que produzam efeitos na esfera jurídica das pessoas. Como destaca PATRÍCIA BAPTISTA, com a constitucionalização da Administração Pública após o segundo Pós-Guerra, “despertou-se para a necessidade de democratizar as práticas da Administração Pública por meio da maior participação dos administrados na vida administrativa. As novas feições da Administração no Estado-providência, de fato, desequilibraram o modelo de organização estatal baseado na separação entre as funções de criação e execução do direito. Diante de uma função administrativa com atribuições e poderes muito superiores aos que foram inicialmente concebidos no Estado liberal, as formas tradicionais de legitimação democrática – restritas à representação política através do parlamento e da Chefia do Executivo – tornaram-se insuficientes. Abriu-se, assim, o espaço para o desenvolvimento da participação administrativa como meio de legitimação próprio da Administração”.<sup>30</sup>

---

29 MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 61-69.

30 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

Assim, num Estado que se proclame democrático, o Poder Estatal emana do povo e é exercido pelo povo em seu proveito (LINCOLN).<sup>31</sup> Como salientado por HANS Kelsen, “democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo”.<sup>32</sup>

O exercício do Poder estatal exige legitimidade de quem o exerce, sendo que essa legitimidade somente lhe pode ser deferida pelo próprio povo, o destinatário da atuação do Estado.

Se em um Estado democrático o poder emana do povo, é exercido pelo povo e para o povo, sempre que a Administração Pública vier a intervir no exercício de direitos dos indivíduos, a legitimidade de tal atuação deverá emanar do próprio povo.

A legitimação advém das normas jurídicas, editadas pelos representantes do povo, que atribuem competência às autoridades administrativas para praticar determinados atos. Esta, a *legitimação em abstrato do exercício do poder pela Administração Pública*.

Todavia, conforme destaca ODETE MEDAUAR “no âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade, no processo pré-constituído. Daí a importância dos momentos de formação da decisão como legitimação do poder em concreto, pois os dados do problema que emergem no processo permitem saber se a solução é correta ou aceitável e se o poder foi exercido de acordo com as finalidades para as quais foi atribuído”.<sup>33</sup>

Note-se, portanto, que, a par de uma legitimidade abstrata do exercício do poder, o Estado Democrático de Direito demanda uma legitimação concreta.

---

31 Para JOSÉ AFONSO DA SILVA “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130).

32 Kelsen, Hans. *A Democracia*. Tradução Ivone Castilho Benedetti *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

33 MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 65. Como aponta WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, “a participação na Administração Pública é expressão da insuficiência da lei para legitimação da progressiva intervenção estatal no domínio social e econômico e o contrastante reforço dos meios e mecanismos de garantia dos particulares. Compensa o déficit da ‘democraticidade oligárquica’ pela superação da natureza impositiva e exclusivamente unilateral das decisões públicas. Essa alteração do exercício do poder ocorre, por exemplo, na autogestão e na cogestão pela intervenção de novos sujeitos no processo decisório” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa*: Publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 302). Ver, também: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 12-15; MOREIRA, Bernardo Motta. *Controle do Lançamento Tributário pelos Conselhos de Contribuintes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 71-83.

Esta é alcançada por meio da procedimentalização de determinadas atuações estatais ou dos processos de controle de tais atividades, que viabilizam a participação dos administrados em atos das autoridades administrativas que venham a interferir em sua esfera jurídica.<sup>34</sup>

Não discrepa desse entendimento o pensamento de DAVID DUARTE, para quem “a intervenção dos particulares no processo de formação da decisão, orientada no sentido da influência e do condicionamento desse processo, basta, por si só, para propiciar a revisão dos meios de legitimação administrativa e para reequacionar o problema da falta de legitimidade própria da administração pública. A menos intensa recondutibilidade ao povo que se verifica na Administração pública em contraposição ao poder político propicia que o problema da legitimidade tenha sido transferido da titularidade para o exercício e que seja ao nível da legalidade que se encontra o suporte de legitimidade da função administrativa”.<sup>35</sup>

A legitimação do exercício do poder pelo processo teve forte influência do ideário de NIKLAS LUHMANN.<sup>36</sup> Como assevera JOÃO MAURÍCIO ADEODATO:

*“O sentido que Luhmann empresta ao termo ‘legitimidade’, transformando-o em ‘legitimação’, é peculiar. A legitimidade passa a ser vista como uma prontidão generalizada para acatar decisões que ainda não foram tomadas, isto é, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo real e empírico. A legitimidade seria uma ‘... ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada’. ‘Legítimo’, passa a significar ‘de acordo com procedimentos jurídicos*

34 Cf. DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 45; GALLIGAN, D. J. *Due Process and Fair Procedure*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 129; PIERCE JR., Richard J.; SHAPIRO, Sidney A.; VERKUL, Paul R. *Administrative Law and Process*. 3rd. ed. New York: Foundation Press, 1999, p. 24-36; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 130-131; FERRAZ, Sergio. Processo Administrativo e Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, jan.-mar. 1993, p. 86; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 252; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 218; BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica: A Estabilização do Ato Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 26-27.

35 DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: Para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almeida, 1996, p. 160-161. Corroborando o entendimento ora exarado, sob o prisma do processo civil, ver: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: A Tutela Jurisdicional Através do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

36 Ver: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 173-174.