

A GARANTIA CONSTITUCIONAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E O ART. 24 DA LEI Nº 11.457/07: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

Daniel Müller Martins

Advogado. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor de Direito Administrativo na FAE Centro Universitário. Professor Convidado dos cursos de Pós-Graduação e MBA da FAE Business School. Professor Convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR. Vice-Presidente da Comissão de Estágio e Exame de Ordem da OAB/PR.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a análise e compreensão dos aspectos jurídico-temporais do processo administrativo, com especial enfoque no dever de

decidir que envolve petições, defesas e recursos dos contribuintes perante a Administração Pública Federal, à luz da incompatibilidade do art. 24 da Lei nº 11.457/07 com a Carta da República. À luz de um Estado Democrático de Direito, sobressai a indispensabilidade do exercício da função administrativa sob forma processualizada como condição necessária à sua legitimidade e à garantia de direitos em favor dos particulares. As relações entre o tempo e o Direito se manifestam em variadas vertentes, o que não exclui a processualidade administrativa. O tempo é um condicionante da função administrativa, razão pela qual seu aspecto dinâmico se mostra umbilicalmente conectado à compreensão das relações derivadas do decurso do tempo no processo administrativo e do desenrolar do processo administrativo no tempo. Nessa linha, a Constituição da República, em seu art. 5º, LXXVIII, consagrou como direito fundamental e cláusula pétrea a duração razoável dos processos administrativos e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação. A aferição da duração razoável dos processos administrativos tem no aspecto temporal do dever de decidir um elemento fundamental, do que resulta, a partir das premissas estabelecidas, que o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias fixado pelo art. 24 da Lei nº 11.457/07 é manifestamente inconstitucional.

Palavras-chave: processo administrativo, tempo, razoável duração, dever de decidir, inconstitucionalidade

1. Considerações Iniciais

O presente trabalho tem por objetivo analisar a incompatibilidade do conteúdo normativo do art. 24 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007¹, com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República, que institui o direito fundamental à razoável duração dos processos administrativos e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação, do que resulta a sua inconstitucionalidade material.

A partir do advento dessa regra legal, vigente desde o primeiro dia útil de maio de 2007, criou-se uma regra temporal especial em relação àquela geral prevista no art. 49 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispondo que *“concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”*.

De acordo com essa regra especial, nas relações jurídicas entre Estado-Administração e contribuintes, notadamente em situações processuais provocadas por protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos destes, ampliou-se em 12 (doze) vezes o prazo padrão estabelecido para que seja caracterizada a resistência ilegítima (mora) da Administração Pública em relação ao seu dever de decidir.

1 Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Embora vigente há mais de 10 (dez) anos, não se tem notícia de que a norma legal sob análise tenha sido submetida a controle de constitucionalidade perante os Tribunais Regionais Federais ou perante o Superior Tribunal de Justiça, respeitando-se a cláusula de reserva de plenário, ou então perante o Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso, seja em controle concentrado.

Em verdade, o que se tem notícia é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a despeito de não ter enfrentado uma arguição expressa de inconstitucionalidade do art. 24 da Lei nº 11.457/07, teve a oportunidade de analisar o conteúdo normativo desse dispositivo legal, em sede de recurso especial, a partir de julgamento do TRF – 4ª Região que havia reconhecido a aplicação do trintídio previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99 aos processos administrativos fiscais anteriormente à vigência da nova Lei.

Nesse julgamento, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil anterior, decidiu que, *dadas as peculiaridades da seara fiscal, “o processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal -, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte”*.

A partir dessa premissa, o Tribunal reconheceu que o art. 24 da Lei nº 11.457/07 teve por escopo *suprir lacuna legislativa existente* e, em razão de sua natureza processual, reconheceu que “*tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07)*”².

As linhas que seguem, pois, têm por escopo demonstrar que, na realidade, não havia lacuna legislativa quanto ao aspecto temporal do dever de decidir próprio da Administração Pública Federal na sua relação com os contribuintes antes do advento do art. 24 da Lei nº 11.457/07, bem como que essa norma legal especial padece de vício de inconstitucionalidade material porque não se conforma com o conteúdo normativo do direito fundamental à duração razoável dos processos administrativos.

2. Algumas premissas necessárias

A presente análise é guiada por algumas premissas indispensáveis a respeito da leitura constitucional do direito administrativo, da relação entre o tempo e o Direito, bem como do tempo enquanto condicionante fundamental da atividade administrativa processualizada.

2 STJ, **REsp 1138206/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010.

2.1. Apontamentos sobre a constitucionalização do direito administrativo

As dificuldades inerentes à efetiva concretização da interdependência necessária entre o direito administrativo e o direito constitucional possuem íntima relação com a descontinuidade institucional que afetou a estabilidade constitucional no final do século XIX e início do século XX. Como bem define GUSTAVO BINENBOJM, “*o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de descolamento do direito constitucional*”³.

Em razão disso, não obstante a inegável superação progressiva das imperfeições da fundamentação democrática do Poder desde o final do século XIX, o direito administrativo encontrou campo fértil para manter uma autonomia e neutralidade científica em relação ao direito constitucional. Bem elucidada tal situação a assertiva clássica de OTTO MAYER no sentido de que “*o Direito constitucional passa e o Direito administrativo fica*”⁴.

Somente a partir da segunda metade do século XX é que a sobrevivência neutral do direito administrativo passa

3 **Uma Teoria do Direito Administrativo**, Renovar, 2006, p. 18.

4 *apud* VASCO PEREIRA DA SILVA, **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘ainda por Concretizar’**, Almedina, p. 6. As relações entre o direito administrativo e o direito constitucional, especialmente no período que vai até a 2ª Guerra Mundial (1945), suscitaram grandes debates, especialmente na doutrina estrangeira. Na doutrina nacional, ampliar em ODETE MEDAUAR, **O DIREITO ADMINISTRATIVO EM EVOLUÇÃO**, RT, 1992, p. 156 e seguintes. A autora possui ampla e percuciente exposição sobre o tema.

definitivamente a ceder ante à supremacia do direito constitucional. A efetiva constitucionalização – e democratização – do direito administrativo passou a se fazer presente e atuante, ainda que sempre presente alguma resistência responsável pela sua lentidão⁵.

Daí porque é precisa a consideração de VASCO PEREIRA DA SILVA a respeito da supracitada assertiva de OTTO MAYER quando afirma que “(...) *se é certo que pode ser interpretada, em sentido sociológico, como sintomática da inércia (e conseqüente lentidão) das instituições administrativas perante as (mais rápidas) transformações constitucionais – não pode, de modo algum, num Estado de Direito, significar em termos jurídicos a impermea-*

5 Ampliar em PATRÍCIA BAPTISTA, **Transformações do Direito Administrativo**, Renovar, p. 35 e seguintes. A respeito da constitucionalização do Direito administrativo, GUSTAVO BINENBOJM bem elucida a questão: “*seja como for, a despeito de suas diferentes fundamentações teóricas, há um certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas. Inclusive, e evidentemente, sobre a Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo. A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espriam seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo*” (**Uma Teoria...**, cit., p. 61). E dele também podemos extrair a assertiva que justifica a referida lentidão: “*o direito nunca muda de uma só vez: novas construções teóricas erigem-se sempre sobre os escombros do passado. Faz parte da natureza do direito uma certa inércia teórica, reflexo da sua pretensão prescritiva sobre a realidade social*” (idem, p. 321).

bilidade do Direito Administrativo em face dos valores e das normas constitucionais”⁶.

Entre nós, a partir do advento da Constituição de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ocupar uma posição normativa transcendental, verdadeira síntese dos direitos fundamentais encartados na Carta da República. Cuida-se de princípio que funciona como filtro fundamental de aferição da legitimidade da ação estatal.

Entre os fundamentos da República, também releva salientar a cidadania enquanto elemento relacionado ao princípio democrático. Não há dúvidas de que o regime constitucional impõe o absoluto respeito à cidadania e à democracia, especialmente na orientação do exercício das funções estatais. A legitimidade do seu exercício deve sempre estar submetida a um teste de compatibilidade formal e material em relação ao atendimento das garantias do cidadão e ao seu direito de participação, o que implica na necessidade de desenvolvimento contínuo de técnicas de participação democrática.

A concepção constitucional impõe que a Administração Pública seja republicana e democrática⁷. O campo é

6 **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘ainda por Concretizar’**, Almedina, p. 6-7. A celebre dicção de OTTO MAYER suscitou e ainda suscita manifestações diversas da doutrina. A título ilustrativo, veja-se o artigo de J. J. GOMES CANOTILHO, **O Direito Constitucional passa; o Direito Administrativo passa também**”, **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Studia Iuridica 61**, Coimbra Editora, p. 705-722.

7 Ampliar em CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, **Democracia, Constituição e**

fértil para a personalização do Direito Administrativo. O homem, enquanto cidadão, sujeito de direitos, volta a ser o protagonista. A equação constitucional harmônica entre a liberdade e a autoridade impõe trazer para dentro do conceito de direito administrativo a pessoa humana como condição necessária à superação do instrumental do direito administrativo secularmente deslocado. A realidade exige que a supremacia da Constituição e de seus fundamentos não seja “um mero elemento do discurso político”⁸.

Na lição clássica de H. BARTHÉLEMY, “*é no direito constitucional que estão os títulos dos capítulos (têtes de chapitres) de direito administrativo: um é o prefácio do outro*”⁹.

Nessa linha, é preciso ter o direito administrativo como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o exercício da função administrativa e as garantias dos cidadãos a ela relacionados, evidenciando-se a processualidade administrativa como um núcleo fundamental que revela a dinâmica da função administrativa. Como bem adverte VASCO PEREIRA DA SILVA, “*os direitos fundamentais consubstanciam-se em regras substantivas, procedimentais e processuais, daí que a sua concretização não seja possível*

Administração Pública, **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 26, p. 60-67.

8 A expressão “*personalização do Direito administrativo*” foi emprestada de MARÇAL JUSTEN FILHO, O conceito de interesse público e a personalização do Direito administrativo, **Revista Trimestral de Direito Público**, vol. 26, 1999.

9 **Traité Elementaire de Droit Admnistratif**, 3^a ed., 1933, p. 1-2.

sem que existam meios contenciosos adequados, de forma a assegurar a sua tutela plena e efectiva”¹⁰.

Não obstante esse indiscutível movimento de constitucionalização do direito administrativo e a relevância transcendental dos princípios constitucionais na regência da função correspondente, não se deve confundir legalidade e constitucionalidade.

Como ensina JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, com remissão à lição de FERNANDO SAINZ MORENO, *“la cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidade de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación*”¹¹.

A legalidade deve subsistir, mas não como fundamento exclusivo da atuação administrativa. A interpretação da legalidade depende da sua inserção conjuntural no sistema constitucional. Abandona-se, sim, aquilo que GUSTAVO ZAGREBELSKI denomina de *“iuspostivismo decimonónico”* e que qualifica como *“puro y simple resíduo histórico”*. Na atualidade, a legalidade atua enquanto princípio constitucional e condicionamento inicial do agir administrativo submetido à função unificadora da Constituição¹².

10 **O Contencioso Administrativo como ‘Direito Constitucional Concretizado’ ou ‘Ainda por Concretizar’?**, Almedina, 1999, p. 7.

11 **El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo**, 4ª ed., Civitas, p. 47.

12 **El Derecho Dúctil**, Editorial Trotta, 1997, p. 41.

Sob as luzes de um Estado Democrático, a função administrativa relaciona-se intimamente com o exercício da ponderação proporcional de valores constitucionalmente protegidos. Em termos funcionais, vive-se um Estado de ponderação¹³.

E não há como ser diferente, especialmente diante da impossibilidade de sustentação de um modelo formal de legitimação da função administrativa. Ou seja, um modelo de legitimação em decorrência exclusiva da legalidade, a partir da mera execução da lei enquanto produto da função legislativa pelos representantes democráticos do povo¹⁴.

13 Importa referir o pensamento de GUSTAVO BINENBOJM quando bem descreve a ponderação indispensável em um Estado Democrático de Direito: “a ponderação pode ser compreendida como um método destinado a estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se entrelaçam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico. Ponderam-se, assim, bens, princípios, finalidades ou interesses, conforme elementos que se encontrem em jogo numa dada situação. A ponderação encontra-se presente no discurso jurídico desde a matriz constitucional, espraia-se pela etapa de concretização legislativa, chegando ao seu grau de maior concretude decisória nas atividades administrativa e judicial. A circunstância de o Estado democrático de direito contemplar juridicamente uma vasta miríade de bens, princípios, finalidades e interesses cria a necessidade de incontáveis juízos de ponderação, como forma de proporcionar uma acomodação otimizada entre eles, de acordo com as circunstâncias fáticas e normativas de determinada situação. Daí afirmar-se que o Estado democrático de direito, em sua dinâmica de funcionamento, deve ser entendido como um Estado de ponderação” (**Uma Teoria do Direito Administrativo**, Renovar, 2006, p. 109-110).

14 Ampliar em JULI PONCE SOLÉ, **Dever de Buena Administración y Derecho Al Procedimiento Administrativo Debido. Las Bases Constitucionales del Procedimiento Administrativo y del Ejercicio de la Discrecionalidad**. Lex Nova, 2001, p. 119 e seguintes. O autor bem demonstra os contornos daquilo que denomina “*crisis de la legitimación por vía de la legalidad*”.

De todo modo, sob um enfoque preponderantemente democrático, a sujeição da Administração Pública ao regime jurídico que lhe é próprio reclama uma condição fundamental: o exercício processualizado das competências que constituem a função administrativa.

A relação entre função, sob enfoque dinâmico, e processo (ou procedimento)¹⁵ é inegável. O exercício de qualquer função pública no contexto de um sistema democrático, fundado na soberania popular, exige formalização

15 Neste ensaio serão utilizados os termos processo e procedimento sem maior rigor de distinção. É necessário registrar, no entanto, que compreendemos o procedimento administrativo como uma sucessão legalmente condicionada de atos administrativos relativamente autônomos, encadeados mediante relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização da função administrativa. Embora o conceito tenha natureza predominantemente formal, a compreensão não se faz exógena e extrínseca ao conteúdo. A compreensão das formas deve se dar conforme o conteúdo da função. O procedimento deve ser concebido, então, numa perspectiva formal-funcional. Quanto ao processo administrativo, entendemos que a relação entre processo e procedimento implica em relação de inclusão, mas não de identificação plena. Uma relação continente-conteúdo. Entendemos o processo administrativo como a síntese entre procedimento e relação jurídica administrativa sob enfoque dinâmico. O processo administrativo contém o procedimento, mas nele não se esgota. O processo administrativo contém a relação jurídica administrativa, mas nela não se limita. O processo administrativo é uma instituição jurídica de perfil próprio e deve ser compreendido como conduto jurídico da relação jurídica administrativa mediante a sucessão legalmente condicionada de atos e fatos administrativos relativamente autônomos, encadeados por relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização participativa da função administrativa. A posição adotada encontra correspondência em EGON BOCKMANN MOREIRA, **Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**, 2ª ed., Malheiros, p. 49, e por RICARDO MARCONDES MARTINS, O Conceito Científico de Processo Administrativo, **Revista de Direito Administrativo**, vol. 235, p. 349.

como condição de garantia sob dúplice feição: a uma, à satisfação dos interesses tutelados pelo próprio exercente da função; a duas, à garantia dos direitos dos cidadãos.

A processualização da função administrativa, pois, apresenta-se como condição necessária à sua legitimação. Como bem acentua ROBERTO DROMI, *“el Estado de derecho no solo requiere de la solemnidad declarativa constitucional, sino también de la implementación constitutiva legal-procesal”*. E sintetiza: *“(…) el procedimiento administrativo es la herramienta más idónea como reaseguro contra los desbordes del obrar de la Administración”*¹⁶.

2.2. Fundamentos da relação entre o tempo e o Direito

A relação entre o tempo e o Direito possui evidente e inegável relevância. Não há como cogitar da normatização de condutas de modo desconectado do plano temporal da sua compreensão. A interpretação e aplicação do Direito são atividades dependentes da apreensão do fenômeno temporal.

A compreensão do tempo, porém, pode se dar sob diferentes perspectivas: tempo como instituição social, tempo como fenômeno físico, tempo enquanto experiência psíquica¹⁷. Não há como negar ao tempo uma construção

16 **Derecho Administrativo**, Ciudad Argentina, 10ª ed., 2004, p. 1165.

17 Sobre as dificuldades de identificar uma dimensão unívoca do tempo, confira-se o trabalho de FÁBIO JOSÉ BARBOSA CORREIA, **O problema do tempo no pensamento de Agostinho de Hipona e Henri Bergson**, dispo-

social, ou seja, uma temporalização social que faz com que possamos “‘dar’ o tempo (...) igualmente ‘tomá-lo’, ‘passá-lo’, ‘perdê-lo’, ‘encontrá-lo’, ‘matá-lo’, ‘ganhá-lo’, ‘remontá-lo’”¹⁸. Mas também não é possível negar uma visão objetiva do tempo, marcada “*pelo curso das estrelas, a sucessão do dia e da noite, ou o envelhecimento do ser vivo*”. E da mesma forma não há como negar ao tempo uma dimensão subjetiva que “*depende da experiência mais íntima da consciência individual, que pode vivenciar um minuto do relógio, ora como duração interminável, ora como instante fulgurante*”¹⁹.

nível em http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/6256/arquivo6752_1.pdf?sequence=1. Acesso em 16 de outubro de 2017.

18 É interessante a referência feita por JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI a respeito dos chamados “*Bancos de Tempo*” que surgiram na cidade de Bologna, Itália, em 1991, e se espalharam por outras cidades do norte do país. E explica: “*a partir desta simples constatação, ‘de que o tempo não é igual para todos, e da necessidade de enfrentar os problemas de desperdício e escassez de horas que todos vivem em alguma medida, surgiram os Bancos do Tempo: ‘ninguém é tão pobre que não possa doar uma hora, nem tão rico que não precise recebê-la em troca’, diz ROSA MARIA AMOREVOLE, responsável pelo programa de reorganização territorial da cidade italiana de Bolonha... Na Itália, os primeiros Bancos do Tempo surgiram em 1991 nas pequenas e ricas cidades do norte do país: ‘Não respondiam a uma situação de carência econômica ou à falta de serviços de assistência. Tratava-se principalmente de uma necessidade de tipo social’, sublinha ROSA MARIA. ‘Elas ajudam a reconstruir o tecido social que a vida moderna destruiu’. Ou seja, trocas que envolvem pessoas que não tem nenhum tempo e aquelas que tem tempo de sobra; pessoas no auge da carreira e aposentados que querem sentir-se úteis’*” (**Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**, RT, 1997, p. 19-20).

19 FRANÇOIS OST, **O tempo do direito**, EDUSC, 2005, p. 12-13. Essa perspectiva subjetiva da apreensão do tempo é igualmente referida por JOSÉ

Nos limites deste trabalho, não interessa verticalizar a análise dessas perspectivas. Importa, sim, tomar como premissa fundamental a existência de uma relação íntima e de tensão dialética entre o tempo e o Direito. Nas palavras de FRANÇOIS OST, “(...) *um laço potente se estabelece entre temporalização social do tempo e instituição jurídica da sociedade*”²⁰. E explica:

“Mais precisamente: o direito afeta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em troca, o tempo determina a força instituinte do direito. Ainda mais precisamente: o direito temporaliza, ao passo que o tempo institui. Trata-se, então, de uma dialética profunda e não de relações superficiais que se ligam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cro-

LUIS SAID, quando afirma: “*em suma: frente ao tempo cronológico, cósmico ou matemático, o qual quantificamos com referencia a ciclos, processos ou fenômenos naturais, aparece o tempo das vivências subjetivas, o tempo da própria existência, esse tempo privado, pessoal, que rechaça sua simplificação sob o rotineiro girar dos ponteiros do relógio. Um tempo interior somente vinculado às emoções, angústias, esperanças, incertezas etc. Tempo da experiência vital individual que não admite sua conformação ao calendário*” (Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, in CARLOS ARI SUNDFELD e GULLERMO ANDRÉS MUÑOZ (coord.), **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, Malheiros, 2000, p. 305).

20 Neste sentido também é a posição sustentada por JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA quando afirma que “(...) *torna-se necessário que: se admita o tempo como relação, como invenção e como construção, de modo que o tempo passe a expressar uma estrutura sócio-cultural, estruturada socialmente, de molde a atuar como uma estrutura estruturante do real*” (**Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido**, tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 13.

nológico em cujo seio desenrolaria sua ação; do mesmo modo, o direito não se limita a impor ao calendário alguns prazos normativos, deixando para o restante que o tempo desenrole seu fio. Antes, é muito mais desde o interior que direito e tempo se trabalham mutuamente. Contra a visão positivista que não fez mais que exteriorizar o tempo, nós mostraremos que não é possível 'dizer o direito' senão 'dando o tempo'; longe de se voltar à medida formal de seu desenrolar cronológico, o tempo é um dos maiores desafios da capacidade instituinte do direito".²¹

Não obstante, prevalece uma visão basicamente linear e monolítica do tempo quando se está sob enfoque jurídico. Essa linearidade que se justifica em razão da sua evidência objetiva, experimenta sensíveis dificuldades de apreensão e aplicação sob as contingências do Estado Pós-Moderno, as quais estampam drásticas modificações evolutivas e impõem uma reconfiguração da relação tempo e espaço, inclusive no plano do Direito²².

Nesse prisma, a compreensão do tempo exige uma conformação cada vez mais plural. O Direito deve assegurar a coordenação de ritmos temporais decorrentes de um tempo contemporâneo cada vez mais fragmentado.

21 **O tempo do direito**, cit., p. 13-14.

22 Sobre a necessidade de releitura do plano temporal-espacial no âmbito da Pós-modernidade, conferir em MILTON SANTOS, **Técnica, espaço, tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional**, 2ª ed., Hucitec, 1996.

O tempo jurídico opera e é operado em diversas frentes. Os seus efeitos devem estar amoldados às exigências fundamentais contidas na Constituição e na regulamentação infraconstitucional, sob a estrutura de um Estado Democrático de Direito. Como salienta JULIO CESAR COSTA DA SILVEIRA, “(...) o tempo, ao efeito de sua face de relação, deverá estar imantado pelas características, pelas peculiaridades e pelas possibilidades imanentes à esfera de regulação em que deverá estar reconhecido, assumindo, só após tal adequação, a feição de um dos mecanismos com capacidade de estruturação necessária à pacificação de cada caso concreto”²³.

Além disso, o tempo jurídico não se identifica com o tempo cronológico, enquanto fenômeno físico que se desenvolve de modo irrefreável, pois sujeita-se a cortes de descontinuidade. E também não se identifica com o tempo subjetivo, enquanto experiência psíquica cambiável de cidadão para cidadão, porque à perspectiva jurídica se impõe a objetivação possível e, mesmo sem descuidar das peculiaridades próprias de cada caso concreto, dela resulta uma compreensão limitada do fenômeno temporal²⁴.

23 **Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido**, tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2005, p. 15.

24 WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA bem elucida a respeito: “O tempo jurídico corta, opera dividindo, secando. Não é fluxo contínuo, não constitui um desenrolar-se, um envolver, um transformar-se. Opera por cortes e saltos numa realidade que insta, dura e se transforma paulatinamente. O tempo jurídico, na fixação dos termos e dos prazos, fatais, peremptórios, improrrogáveis ou prorrogáveis, corta a realidade dura, distinguindo a lega-

JOSÉ LUIS SAID, referindo-se a CARLOS COSSIO, trata a respeito da caracterização do tempo jurídico:

“Carlos Cossio expôs – em páginas de indispensável leitura – uma brilhante aproximação ao ‘tempo jurídico’. Enfaticamente afirma que o tempo do direito é o tempo existencial. Baseando-se na noção de ‘totalidade existencial’ elaborada por Alberto Rougés, Cossio pontua que o tempo existencial não consiste em instantes sucessivos excludentes – como o cosmológico – mas de totalidades inclusivas, já que no presente existencial coexistem o passado que permanece e o futuro que se antecipa. No tempo cosmológico os instantes são irrevogáveis; no tempo existencial são revogáveis, já que ‘o passado, ao sobreviver, vai adquirindo e consumando seu sentido ainda que em oposição ao que em seu momento resultava ser’²⁵.

A relação entre o tempo e o Direito, em suas diversas vertentes, deve ser objeto de ponderação normativa individualizada em cada disciplina jurídica.

lidade de ontem da legalidade de hoje, separando a validade do que se fez ontem e a invalidade do que se fez hoje, o útil de hoje e o útil de amanhã, a perda e a aquisição. O castigo dos que dormiram até o dia ‘x’ e o prêmio dos que permaneceram em ativa vigília até a data ‘y’” (Direito intertemporal, Forense, 1988, p. 15).

25 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, *cit.*, p. 305/306.

2.3. O tempo enquanto condicionante fundamental da função administrativa processualizada

É sabido que a relação entre o Estado-Administração e os cidadãos, independentemente da seara de atuação, submete-se a um conjunto normativo que se caracteriza pela constante compatibilização entre as prerrogativas do Estado e os direitos dos cidadãos.

Essas relações, por óbvio, inserem-se sempre numa dimensão de espaço e tempo. Não por acaso, ISMAEL MATA afirma com precisão que *“el tiempo es un condicionante básico de la función administrativa porque la satisfacción del interés público no admite dilaciones, así como tampoco la respuesta a los derechos y necesidades de los administrados”*²⁶.

A relação entre tempo e função administrativa salta aos olhos com maior evidência a partir do reconhecimento de que a atividade administrativa legítima passa, cada vez mais, pela observância de uma sequência itinerária e encadeada de atos e fatos administrativos teleologicamente ordenados à produção de um ato final e conclusivo.

Conforme ensina JOSÉ LUIS SAID, *“em sua dimensão temporal, o procedimento administrativo apresenta-se, portanto, como um organização dialética entre a continuidade da perspectiva e a descontinuidade dos instantes. Podemos olhar isoladamente os elos da ca-*

26 Los plazos en el procedimiento administrativo, in JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), **Procedimiento y Proceso Administrativo**, Abeledo-Perrot, 2005, p. 152.

deia, ou a cadeia por inteiro”²⁷.

Não há como conceber a função administrativa de modo desconectado da sua compreensão temporal. Especialmente sob enfoque dinâmico, relacionado à processualidade administrativa. Na síntese de SÉRGIO FERRAZ e ADILSON DE ABREU DALLARI, “*o tempo é uma dimensão inseparável do processo*”²⁸.

A partir da identificação do processo administrativo como o conduto jurídico da relação jurídica administrativa, mediante a sucessão legalmente condicionada de atos e fatos administrativos relativamente autônomos, encadeados mediante relação de causalidade e instrumentalmente ordenados à concretização participativa da função administrativa, é simples perceber que esses elementos necessariamente remetem à compreensão temporal.

Nessa compreensão plural, é possível reconhecer, então, nos tempos implicados na processualidade administrativa, um fator de organização essencial ao desempenho da função. Essa processualidade tem como uma de suas finalidades essenciais justamente a garantia de direitos em favor dos particulares, o que não se mostra viável sem a necessária exteriorização de uma certeza mínima de aplicação do Direito no âmbito espacial e temporal. Ademais, não há como olvidar que o tempo, ou o seu decurso, apre-

27 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina, *cit.*, p. 307.

28 **Processo Administrativo**, Malheiros, 2003, p. 294.

senta-se como fato juridicamente relevante, passível de integrar a sequência que compõe o próprio núcleo essencial dos processos administrativos.

Mas o efetivo desenvolvimento de uma doutrina acurada e específica a respeito das relações entre o tempo e a atividade administrativa somente aparece em tempos recentes, em especial a partir de sete fatores que são identificados e sintetizados por MARCO LIPARI em notável ensaio sobre o tema²⁹.

A uma, a vasta elaboração teórica a respeito do silêncio administrativo implicou na evidência da conexão qualificada entre o exercício da função administrativa e a fixação de marcos temporais.

A duas, a individualização dos limites temporais da atividade administrativa, construída entre parâmetros temporais rígidos, por vezes, e por parâmetros temporais elásticos e discricionários, outras vezes, evidenciou a existência de regras e princípios hábeis a disciplinar o tempo para o desenvolvimento e para a conclusão do procedimento administrativo.

A três, sob plano sistemático, embora a função administrativa seja desenvolvida mediante heterogêneas atividades administrativas, mantém alguns elementos co-

29 I tempi del procedimento amministrativo: certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini, *in* **Tempo, Spazio e Certezza dell'Azione Amministrativa: atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione**, Giuffrè, 2003, p. 69 e seguintes

munos decorrentes justamente da sua dimensão temporal, a exemplo da sua previsibilidade em lei, sua especialização e ordenação em fluxos.

A quatro, o aspecto temporal passa a estar no foco de análise da temática dos vícios do ato administrativo.

A cinco, na jurisdição administrativa emerge uma nova e ampla casuística relacionada à apreensão da superveniência de fato e de direito no curso do processo administrativo, com o que se desenvolve o caráter dinâmico da sua relação com o tempo.

A seis, o aspecto temporal passa a ser estudado sob a dimensão dos efeitos jurídicos produzidos, a exemplo da retroatividade, estabilidade e possibilidade de diferimento ou cessação dos efeitos.

A sete, apresentou-se o progressivo surgimento de novos pressupostos de responsabilização da Administração Pública, diretamente referidos ao exercício da função administrativa no tempo, a exemplo do atraso na conclusão dos processos.

Sem embargo dessa notável evolução na matéria, é preciso reconhecer a feliz síntese de SERGIO FERRAZ: “ (...) *há mesmo certa tensão dialética entre os dois termos (vocábulos): o tempo razoável possibilita a plena realização de todos os princípios processuais; o exíguo a dificulta; o excessivo a frustra e frustra o próprio processo. Celeridade e precipitação se espreitam, reciprocamente. No*

reverso da moeda, a morosidade esfacela a respeitabilidade do processo, quando não o próprio direito ou interesse nele em jogo”³⁰.

A harmonização necessária tem uma razão fundamental. A duração razoável dos processos administrativos, entre nós com roupagem de direito fundamental, reclama a equilibrada satisfação das finalidades essenciais da processualidade administrativa, sem perder de vista a dimensão participativa, a transparência e a celeridade possível.

Ocorre que essa tensão dialética natural entre a exigência de duração razoável e o cumprimento das finalidades essenciais do processo administrativo, em especial garantir o direito à participação, dar visibilidade, viabilizar o controle, dar previsibilidade à atividade administrativa, incrementar qualitativamente as decisões e outorgar legitimidade à composição de interesses plurais, tem como elemento de gravame a própria estrutura dos processos administrativos e a obscuridade de alguns elementos procedimentais.

Não há como admitir validamente em nosso ordenamento jurídico a consideração disjuntiva entre a realização teleológica essencial do processo administrativo e a efetivação da sua dimensão temporal, em especialmente a partir da exigência constitucional encartada no artigo 5º, LXXVIII. Impõe-se a conjunção,

30 Processo administrativo: prazos e preclusões. In: CARLOS ARI SUNDFELD e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ, **As leis de processo administrativo...**, cit., p. 294.

afastando-se qualquer possibilidade de interpretação a partir de critérios disjuntivos.

Nessa quadra, o dever constitucional da duração razoável dos processos administrativos deve servir como linha mestra nas definições estruturais, em especial naquelas endoprocessuais que dizem respeito ao tempo de realização de cada ato da cadeia procedimental. Como afirma DANIEL R. PASTOR, existe uma “*relación genética entre proceso y plazo*”, o que faz com que, à luz dos contornos de um Estado Democrático de Direito, exija-se o estabelecimento legal dos limites temporais do processo³¹.

A ordenação causal e instrumental de atos e fatos dirigidos à concretização participativa da função administrativa reclama uma estruturação adequada, marcada pela definição de condições temporais suficientes a que o elemento teleológico possa ser satisfeito. Eis a razão fundamental dos prazos processuais administrativos, enquanto frações de tempo ordenadoras da atividade administrativa processualizada³².

31 **El plazo razonable en el proceso...**, cit., p. 366.

32 Em sentido semelhante é a lição de ISMAEL MATA quando assevera que “*los plazos consisten en la distribución o asignación preestablecida de los tiempos a cada etapa del procedimiento que regula las actividades componentes de las funciones del Estado*” (Los plazos en el procedimiento administrativo, in JUAN CARLOS CASSAGNE (dir.), **Procedimiento y Proceso Administrativo**, Abeledo-Perrot, 2005, p. 152).

3. Algumas notas sobre critérios para a definição legal dos prazos processuais administrativos: o dever constitucional da duração razoável e sua harmonização com os demais princípios do regime jurídico administrativo

A definição legal dos prazos processuais administrativos é uma imposição inescusável à luz de um Estado Democrático de Direito. Impõe-se a definição precisa a respeito do início, do transcurso e do encerramento dos prazos processuais, sejam eles referentes ao início, ao desenvolvimento ou ao encerramento do processo administrativo.

A preocupação do legislador deve ser indistinta. Não há razões legítimas para privilegiar os prazos de uma das fases do processo administrativo em detrimento das demais. E na definição de todos eles, a garantia constitucional à razoável duração exerce função primordial na escolha legislativa dos prazos legalmente fixados.

No entanto, não basta a definição legal dos prazos processuais administrativos. Impõe-se, conjuntamente, a definição precisa das consequências jurídicas decorrentes do desrespeito aos prazos legalmente fixados. O vazio legislativo a esse respeito, ainda que previstos precisamente os prazos em lei, implica em desrespeito parcial ao dever constitucionalmente imposto a respeito da duração razoável dos processos administrativos.

Não se cuida aqui de defender um engessamento completo do procedimento administrativo, mas sim da necessi-

dade de atribuir segurança e transparência na relação entre o cidadão e a Administração.

Com efeito, a partir da leitura constitucionalizada do regime jurídico da Administração Pública, a positividade normativa do princípio da eficiência veio a concretizar uma ideia de evidente obviedade: a gestão pública deve ser eficiente; se ineficiente, inviável imaginá-la como legítima.

É inobjetable que, entre nós, o princípio da eficiência possui matriz em disposições normativas semelhantes no Direito comparado, em especial nos ordenamentos jurídicos espanhol, italiano e português. Na Espanha, há previsão do princípio da eficácia e do dever de *“buena administración”*. Na Itália, há previsão constitucional do princípio do *“buon andamento”* da Administração Pública. Em Portugal, não há previsão constitucional explícita textualmente referente à eficiência. Porém, há o denominado princípio da desburocratização, também encartado ao lado da eficiência no Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei nº 6/96, artigo 10: *“a Administração Pública deve ser estruturada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada, a fim de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das suas decisões”*)³³.

33 EGON BOCKMANN MOREIRA procede minuciosa análise da doutrina estrangeira a respeito dos referidos princípios com a finalidade de ilustrar a inspiração do Poder Constituinte derivado brasileiro na inclusão do princípio da eficiência (**Processo administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**, 2ª ed., Malheiros, p. 164-175). Para o estudo aprofundado da questão, no Direito português ampliar em JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES

Em nosso ordenamento jurídico, salta aos olhos a impossibilidade de atribuir à eficiência uma superioridade axiológica em relação aos demais princípios correlatos à Administração Pública. Como não há precedência axiológica entre os princípios, um dos requisitos do atendimento da eficiência é justamente a observância conjunta dos demais. Vale dizer, as ideias que permeiam a exigência constitucional de eficiência não admitem a máxima segundo a qual os fins justificam os meios³⁴.

No que diz respeito à identificação do conteúdo normativo mínimo e essencial do princípio da eficiência, não obstante as dificuldades inerentes à amplitude permissiva da sua compreensão sob diferentes acepções, parece que se deve compreendê-la, a uma, como a realização eficaz de fins predefinidos; a duas, como modo de realização ótima dos fins da Administração; a três, como exigência de celeridade em que deve se pautar a Administração; e, a

LOUREIRO, **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**, Coimbra Editora, 1995; no Direito espanhol ampliar em LUCIANO PAREJO ALFONSO, A. JIMÉNEZ-BLANCO e L. ORTEGA ÁLVAREZ, **Manual de Derecho Administrativo: parte general**, Ariel Derecho, 4ª ed., 1996, e em JULI PONCE SOLÉ, **Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**, Lex Nova, 2001; no Direito italiano, ampliar em SABINO CASSESE, **Instituzione di diritto amministrativo**, 2ª ed., Giuffrè, 2006.

34 Nesse sentido é a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, para quem “(...) a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (**Direito administrativo**, 19ª ed., Atlas, p. 99).

quatro, eficiência como exigência de economia. O conceito de eficiência, então, deve ser compreendido como um superconceito marcado pela nota da pluridimensionalidade³⁵.

Para além de pluridimensional, a eficiência administrativa verte-se em dúplice aplicação. A primeira, estática, correspondente à organização administrativa e a segunda, dinâmica, relacionada à atividade administrativa, sendo certo que em ambas se pode identificar uma íntima conexão com a processualidade administrativa³⁶.

De fato. A atividade administrativa processualizada eficiente deve atender de modo equilibrado às exigências de celeridade, simplicidade, transparência e participação³⁷. O que, por óbvio, depende tanto da es-

35 Neste sentido são as lições de JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO que, embora talhadas à luz do Direito português, amoldam-se com perfeição ao nosso ordenamento jurídico (**O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**, cit., p. 131-133).

36 Essa dúplice vertente, estática e dinâmica, é proposta por EMERSON GABARDO, **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, Dialética, 2002.

37 O atendimento equilibrado às exigências de simplificação, celeridade, participação e garantia tem sido preocupação recente da doutrina especializada europeia, como demonstram os trabalhos reunidos na obra **Il procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano**, a cura di MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GIUFFRÈ, 2000, a saber: KLAUS STERN, Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale in Germania: separazione e intersezione, PATRICK J. BIRKINSHAW, Come semplificare le procedure amministrative rendendole più aperte, trasparenti e accessibili: il caso del Regno Unito, GIORGIO CUGURRA, La semplificazione nei procedimenti di pianificazione urbanistica, GIANDOMENICO FALCON, Semplificazione, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi, JACQUES ZILLER, Procedimento amministrativo in Francia: fra semplificazione e partecipazione, GREGORIO ARENA, Il potere di semplificazione, VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI, Il

trutura estática que dá suporte ao exercício da função, quanto ao seu desenrolar dinâmico.

A eficiência deve servir, enfim, como valioso instrumento de garantia de direitos aos particulares e da consecução dos fins pela Administração, a partir da harmonia necessária entre os seus diferentes núcleos que devem ser tomados de forma conjuntiva, sem privilégios ou discriminações³⁸.

procedimento amministrativo tra semplificazione e garanzie: la 'semplificazione codificata', ROSARIO FERRARA, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla 'libertà dall'amministrazione' alla libertà dell'amministrazione?, CARLO EMANUELE GALLO, La semplificazione della disciplina del commercio ed il commercio elettronico, IGNAZIO MARIA MARINO, Cenni su alcuni profili giuridici della semplificazione amministrativa, con particolare riferimento all'ordinamento locale, e JAQUELINE MORAND-DEVILLER, Trasparenza, partecipazione e semplificazione nel procedimento amministrativo francese.

38 Nesse sentido, valiosa é a lição de VERA SCARPINELLA BUENO: “a realização de um procedimento justo integra, portanto, ainda que não exaustivamente: a) uma dimensão de participação; b) uma dimensão de informação (publicidade e transparência); c) uma dimensão de fundamentação (motivação); d) uma dimensão de eficiência (celeridade e racionalização); e e) uma dimensão de imparcialidade. (...) O ambiente criado pelo procedimento administrativo é o ideal para realizar o necessário equilíbrio entre a necessidade de celeridade, economicidade e cumprimento de metas por um lado e, por outro, realizar justiça social nas decisões administrativas que interferem na órbita dos direitos e garantias individuais dos cidadãos. O procedimento administrativo mostra-se, então, o meio apto para equilibrar os ideais de modernização administrativa e de proteção dos cidadãos” (As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência, in CARLOS ARI SUNDFLED e GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ (coord.), **As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**, Malheiros, 2000, p. 362-363).

No Brasil, há um marco legislativo de inegável relevância no âmbito da dimensão temporal da processualidade administrativa. Trata-se da Lei nº 9.784/99 que, como bem acentua SERGIO FERRAZ, “*andou muito perto de enfrentar sem erros, a matéria dos prazos, no processo administrativo*”. No entanto, o autor destaca justamente alguns casos de desrespeito à exigência da duração razoável do processo em razão da inexistência de previsão consequente para casos de desrespeito dos prazos assinalados³⁹.

39 A título exemplificativo, tomamos de empréstimo o inventário de prazos processuais encartados na lei federal de processo administrativo, elaborado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que bem demonstra a preocupação, ainda que tardia, do legislador brasileiro a respeito do problema da definição legal dos prazos no plano processual administrativo: “São os seguintes os prazos previstos na lei de processo administrativo, alguns dos quais já foram dantes referidos: a) ‘inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior’(art. 24), sendo cabível sua prorrogação até o dobro, mediante comprovada justificação (parágrafo único do mesmo artigo); b) as intimações em geral, e especificamente de prova ou diligência ordenada, serão feitas com antecedência mínima de três dias úteis (arts. 26 e 41); c) o prazo para os órgãos consultivos emitirem seu parecer, quando devam ser obrigatoriamente ouvidos, salvo norma especial ou comprovada necessidade de prazo maior (art. 42), é de 15 dias, no máximo. Tratando-se de parecer obrigatório e vinculante, o processo não terá seguimento até sua apresentação, responsabilizando-se quem deu causa ao atraso; se obrigatório mas não vinculante, o processo poderá prosseguir e ser decidido, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento (§§ 1º e 2º do mesmo artigo); d) o prazo para o interessado manifestar-se após o encerramento da instrução do processo é de 10 dias, salvo se houver outro prazo legalmente fixado (art. 44); e) o prazo para a Administração decidir o processo administrativo é de 30 dias, a partir do encerramento da instrução, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada (art. 49); f) o prazo para o interessado interpor recurso administrativo – que deverá ser

A análise da Lei nº 9.784/99 demonstra, com alguma simplicidade, que a preocupação do legislador ordinário com os prazos processuais administrativos foi intensa. Não houve a mesma preocupação, porém, com os efeitos do descumprimento desses prazos, independentemente da sua natureza.

É evidente, todavia, que esse vazio legislativo não impede o reconhecimento de consequências jurídicas derivadas do desrespeito à regulamentação temporal do processo administrativo. Mas a inexistência dessa regulamentação pela lei implica no posicionamento do foco do problema sobre a análise *ex post facto*, sendo muito tênue ou quase inexistente a preocupação em determinar pautas de solução *ex ante*.

Cinco anos após o advento da Lei nº 9.784/99, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezem-

dirigido à autoridade que proferiu a decisão administrativa -, salvo disposição legal específica diversa, é de 10 dias, contados a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida (art. 59, c/c art. 56, §1º); g) interposto o recurso, a autoridade competente deverá intimar os demais interessados no prazo de cinco dias úteis, para que apresentem suas alegações (art. 62); h) o prazo de que a autoridade que proferiu a decisão recorrida dispõe para reconsiderá-la é de cinco dias, findos os quais, não o fazendo, elevará o processo à autoridade superior (§1º do art. 56); i) o recurso administrativo, se a lei não fixar prazo diferente, deverá ser decidido no prazo máximo de 30 dias, o qual poderá ser prorrogado ante justificativa explícita (§2º do art. 59); j) o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé, e no caso de efeitos patrimoniais contínuos o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento (art. 54, §1º). (**Curso de direito administrativo**, 20ª ed., 2006, p. 489-490).

bro de 2004, com a qual foi inserido no rol dos direitos fundamentais a garantia à razoável duração do processo, no âmbito judicial e administrativo, bem como aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação – artigo 5º, LXXVIII.

A grande novidade introduzida pelo Constituinte derivado diz respeito à expressa extensão da garantia também ao âmbito administrativo⁴⁰. Vale dizer, portanto, que a consagração constitucional da garantia fundamental dirige-se indistintamente ao plano processual judicial e administrativo, sem que, com isso, ignorem-se as devidas cautelas distintivas entre as duas modalidades processuais.

A norma garantista em questão, inserida no rol de direitos e garantias fundamentais, diz respeito a um “*direito fundamental integrado ao conceito normativo do devido processo legal*”⁴¹, como acertadamente acentua SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA. O direito à razoável duração do processo constitui-se em direito subjetivo de todos aqueles que integral uma relação jurídica pro-

40 Interessante notar que nos próprios instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos já mencionados não existia previsão específica e explícita para a aplicação do direito ao prazo razoável à relação entre cidadão e Administração. No entanto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em seu artigo 41, item 1, estatui o direito a uma boa administração, explicitando que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”.

41 Duração razoável dos processos judiciais e administrativos, **Revista Interesse Público**, ano VIII, 2006, n. 39, p. 77.

cessual, administrativa ou judicial, do que resulta a legitimidade para exigir a prestação processual em linhas conformes a Constituição.

Enquanto princípio que condiciona o exercício da gestão pública e a correspondente relação jurídica com os particulares, a garantia da razoável duração dos processos administrativos possui força normativa deontológica, ou seja, dispõe a respeito de valores que devem ser preservados e sobre finalidades que devem ser alcançadas, impondo-se a adoção de condutas direcionadas à sua promoção.

É possível afirmar que a garantia à razoável duração do processo traduz uma norma principiológica dirigida à proteção direta da esfera jurídica dos particulares, porque a eles constitui direito subjetivo (eficácia positiva e negativa), mas também dirige-se aos Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício das suas funções típicas e atípicas (eficácia interpretativa e vedativa do retrocesso).

Além disso, impõe-se reconhecer que a norma introduzida pela EC nº 45/2004 produz efeitos sobre as definições legais temporais já preexistentes, servindo-lhes de fundamento de compatibilidade material, com o que é possível cogitar da não-recepção de normas infraconstitucionais incompatíveis com a nova disposição Constitucional, sem prejuízo da utilização, sempre que possível, da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto.

Sem prejuízo do que foi exposto, não se pode negar a procedência da observação crítica de SERGIO FERRAZ, quando acentua as dificuldades próprias da “*adoção de critérios que possibilitem a fixação apriorística do que seja prazo razoável*”, especialmente porque, à toda evidência, a expressão duração razoável revela conceito vago, impreciso, plurissignificativo ou indeterminado, marcado pela existência de zonas de certeza positiva e negativa, bem como zona de incerteza ou penumbra.

Não obstante a evidência de que a apreciação da razoável duração depende de circunstâncias próprias de cada caso concreto, faz-se imprescindível a definição de pautas objetivas de certeza positiva e negativa, restando à área de incerteza, efetivamente, a análise a partir de parâmetros casuísticos.

A consecução legítima e eficiente dessas finalidades, porém, pressupõe a conformação da atividade administrativa ao dever fundamental de respeito à duração razoável, sendo lícito e desejável o amplo controle com vistas na identificação de eventuais desvios, dos prejuízos deles decorrentes e na responsabilização objetiva de quem de direito.

4. Do dever de decidir e o tempo correlato. Considerações a respeito do silêncio administrativo

A processualidade administrativa serve a viabilizar o resultado final e conclusivo almejado pela atividade do Estado-Administração. O dever de decidir, por-

tanto, é uma decorrência lógica da própria atribuição de competências administrativas.

Nesse plano, a questão fundamental é a definição de quando o Estado-Administração deve decidir. Vale dizer, qual a definição do tempo de decidir os processos administrativos e, sendo um dever, qual a consequência de um eventual desrespeito a essa fração temporal específica.

A inobservância do dever de decidir pode caracterizar o que se denomina de silêncio administrativo. Trata-se de uma patologia no exercício dos deveres-poderes pelo Estado-Administração, ou por quem lhe faça as vezes. Como afirma GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN, *“o silêncio formalmente negativo decursivo da inércia da administração é um mal a ser reprimido. Não pode o administrador esconder-se atrás de suas prerrogativas funcionais, para afogar os direitos do administrado na obscura maré dos escaninhos estatais”*⁴².

A omissão da Administração Pública qualificadora do silêncio administrativo produz efeitos jurídicos. Seja em decorrência da estipulação artificial de consequências pela legislação, seja em decorrência da aplicação das regras e princípios jurídicos reitores do regime jurídico da processualidade administrativa.

Em qualquer das hipóteses, o silêncio administrativo não se constitui em ato jurídico (administrativo), porque a

42 Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro, **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, out/dez, 2001, p. 282.

ele falta, ao menos, um elemento (forma) e um pressuposto de validade (formalização/motivação). O silêncio administrativo nada mais é do que um fato jurídico administrativo que, por vezes, a lei apreende como pressuposto de fato da atribuição de determinadas consequências jurídicas.

Há três hipóteses possíveis de estipulação de efeitos consequentes a partir do silêncio administrativo. Há situações em que a lei pode atribuir ao silêncio administrativo um resultado positivo, ou seja, dele derivar substancialmente o deferimento do pleito administrativo sobre o qual a Administração silenciou⁴³. Em outras oportunidades, a lei pode atribuir ao silêncio administrativo uma consequência negativa, ou seja, dele derivar substancialmente a denegação do pleito administrativo sobre o qual a Administração se omitiu⁴⁴. É possível cogitar, ainda, de situações em que a lei não atribui nenhum efeito expresso ao silêncio administrativo.

De todo modo, em face das regras e princípios que regem a processualidade administrativa, é inviável cogitar da inexistência de qualquer efeito jurídico a partir do

43 A situação equivale àquilo que o Direito italiano denomina de “*silenzio-assenso*”. Como ensina PIETRO VIRGA, “*solo nell’ipotesi in cui la legge attribuisce un preciso significato all’inerzia dell’amministrazione, il silenzio può equipararsi ad una manifestazione tacita di volontà. Talora à la legge stessa che attribuisce all’inerzia un significato positivo*” (**Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi**, Giuffrè, 1987, p. 35).

44 A situação equivale àquilo que o Direito italiano denomina de “*silenzio rigetto*” ou “*silenzio-rifiuto*”. Ampliar em PIETRO VIRGA, **Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi**, Giuffrè, 1987, p. 30 e ss..

descumprimento do dever fundamental de decidir pelo Estado-Administração. Tem-se, então, o denominado silêncio-inadimplemento, do que resulta a localização no tempo do *dies a quo* da mora administrativa, viabilizando ao particular contrariado a adoção de medidas administrativas e judiciais visando a correção do comportamento ilegítimo.

A citada Lei nº 9.784/99 não cuidou de regular o tema do silêncio administrativo. O legislador não realizou a tempo e modo o *munus* que lhe cumpria com vistas a outorgar maior segurança às relações jurídico-administrativas e a concretizar o princípio da duração razoável do processo administrativo⁴⁵.

De fato, como aliás ensina PIETRO VIRGA em lição aplicável ao Direito brasileiro, somente é possível considerar a consequência positiva a partir do silêncio administrativo quando a lei assim expressamente estipula. No entanto, discorda-se de SERGIO FERRAZ quando afirma que “*melhor seria*” o enfrentamento do tema por esse viés. A atribuição de consequências positivas ao silêncio administrativo acaba por prestigiar a opção pela inércia na Administração, fazendo-se tábula rasa da exigência constitucional de motivação dos atos administrativos.

45 SERGIO FERRAZ afirma que “*melhor seria, aliás, que a lei tivesse enfrentado expressamente o problema do silêncio administrativo, a ele conectando a consequência de se ter por procedente o pleito. Mas, como não o fez, princípios vários (dentre eles, o do formalismo, o da finalidade, o da indisponibilidade do interesse público) impedem que se dê ao silêncio essa consequência*” (Processo administrativo: prazos e preclusões, *cit.*, p. 296).

Ademais, como lucidamente adverte JOSÉ LUIS SAID a respeito do Direito argentino, *“resultam preocupantes as paulatinas incorporações de hipóteses de silêncio positivo em leis especiais. São indícios que denotam um perigoso debilitamento do poder público, e um correlato incremento do poder dos agentes privados (geralmente empresas) em questões de transcendente relevância para a comunidade”*⁴⁶.

Entende-se que as preocupações relacionadas ao silêncio administrativo devem se centrar em três focos principais. A uma, identificar o momento em que surge a mora administrativa quando inexista prazo específico para regular a atuação do Estado. A duas, incrementar o arcabouço jurídico à disposição do particular quando diante do silêncio-inadimplemento. A três, estimular a aplicação dos mecanismos de responsabilização do agente público que deu causa à omissão administrativa.

Em relação ao primeiro aspecto, inobjetable a opinião de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO cunhada à luz da novel legislação processual administrativa federal a respeito da identificação do prazo razoável hábil a qualificar o

46 Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativo na Argentina, *cit.*, p. 319. Impõe-se referir, por oportuno, que no ordenamento jurídico brasileiro a atribuição de consequência positiva ao silêncio administrativo é medida excepcional, em raras oportunidades encontrada. Podemos citar como exemplo a legislação que regula o processo administrativo no âmbito do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Lei nº 8.884/1994, que em seu artigo 54, §§6º e 7º, dispõe sobre efeitos positivos à inércia da autarquia federal. E também a hipótese disciplinada no artigo 27, §3º, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que igualmente atribui efeito positivo à inação administrativa.

silêncio administrativo, quando inexistente previsão legal específica. Impõe-se aplicar por analogia o maior prazo encartado na Lei nº 9.784/99, ou seja, trinta dias, prorrogáveis motivadamente por igual período. A aplicação analógica mostra-se conforme a Constituição, em especial conformando-se à garantia fundamental à duração razoável dos processos administrativos⁴⁷.

No que diz respeito ao incremento do arcabouço jurídico à disposição do particular quando diante do silêncio-inadimplemento, a questão ganha contornos de maior relevo especialmente porque no processo administrativo, via de regra, não existem fórmulas de antecipação provisória de direitos.

Portanto, é preciso garantir ao cidadão a tutela efetiva da garantia fundamental à razoável duração do processo administrativo, mediante a instrumentalização de meios hábeis a solucionar, igualmente em prazo razoável, os problemas causados pela indevida inércia da Administração. Seria de todo salutar, inclusive, que no bojo da própria processualidade administrativa,

47 GEORGHIO ALESSANDRO TOMELIN manifesta-se em igual sentido (Silêncio-inadimplemento no processo administrativo brasileiro, *cit.*, p. 289/290). Calha salientar que a jurisprudência brasileira tem manifestado, há tempos, por reiteradas vezes, entendimento a respeito da necessidade de correção judicial da mora administrativa, a exemplo dos seguintes julgados: TRF – 4ª Região, **AC nº 2005.71.08.004523-8/RS**, 4ª Turma, Rel. Juiz Federal Convocado MÁRCIO ANTONIO ROCHA, DJU 02.05.2007; STJ, **MS nº 10.792/DF**, 3ª Seção, relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJU 21.08.2006; STF, Tribunal Pleno, **MS nº 24.167/RJ**, relator Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJU 02.02.2007).

houvesse um incremento qualitativo na organização administrativa responsável pela apreciação dos temas encartados nas mais variadas modalidades de processo administrativo, viabilizando a obtenção de tutela reparatória célere, segura e transparente. Nada mais do que a concretização da garantia à duração razoável, especialmente no que a Constituição igualmente exige os meios que garantam a celeridade da sua tramitação, porque falta sentido em pensar que tais meios se identificam com a possibilidade de recurso ao Poder Judiciário.

5. Apontamentos sobre o processo legislativo que culminou com a introdução do art. 24 da Lei nº 11.457/07 no ordenamento jurídico

A previsão do alongado prazo de decidir petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte – 360 dias a partir do protocolo – foi introduzida em legislação de implementou uma ampla reestruturação na Administração Tributária Federal.

A Lei nº 11.457/07 resultou do projeto de Lei nº 6.272/2005 que, em sua proposição original, não continha a regra consubstanciada no art. 24. Aliás, o texto aprovado pela Câmara dos Deputados não continha tal regra legal.

Coube ao Senado Federal aprovar o referido projeto com emendas, entre elas a emenda nº 4, com o seguinte teor:

Acrescente-se ao Projeto, onde couber, o seguinte artigo:

“Art. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

§1º. O prazo do caput poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja pormenorizadamente analisada a situação específica do contribuinte e motivadamente comprove ser justificável a prorrogação de prazo.

§2º. Caso não haja decisão da autoridade administrativa no prazo total previsto, a contar do protocolo da petição ou defesa administrativa do contribuinte, será considerado nulo o lançamento de ofício ou a notificação de cobrança de tributos ou de penalidade administrativa, sem prejuízo da autoridade competente para decidir responder pessoalmente pelos eventuais prejuízos causados ao Erário Público, nos casos de dolo e culpa.

§3º. Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

Com as emendas aprovadas pelo Senado Federal, o texto do projeto de lei retornou à Câmara dos Depu-

tados. Em relação à emenda nº 4 do Senado, a Câmara suprimiu o §2º e aprovou o texto restante. No parecer de justificação do acolhimento da emenda, a Câmara dos Deputados limitou-se a referir que *“a emenda destina-se a proteger o contribuinte contra a demora na prestação administrativa, talvez um dos maiores entraves ao estabelecimento de uma relação efetivamente civilizada entre os contribuintes e o órgão fazendário federal. Pelo acolhimento”*⁴⁸.

A matéria, então, foi encaminhada à sanção da Presidência da República, tendo ocorrido o veto aos §§1º e 2º remanescentes da emenda nº 4 do Senado Federal, incorporada na redação final do projeto de Lei como art. 24. A mensagem de veto, sob nº 140, de 16 de março de 2007, assim expôs seus motivos⁴⁹:

Os Ministérios da Fazenda e da Justiça propuseram, ainda, veto ao seguinte dispositivo:

§§ 1º e 2º do art. 24

“Art. 24.
.....

48 Parecer apresentado em Plenário pelo Deputado Pedro Novais, relator designado para manifestar-se em substituição à Comissão Especial destinada à apreciação do Projeto de Lei nº 6.272, de 2005. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=DFAD1C4C16AEFAE704_0806B5BEA3EF60.proposicoesWebExterno1?codteor=434506&filename=Tramitacao-PL+6272/2005. Acesso em 15 de outubro de 2017.

49 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Msg/VEP-140-07.htm. Acesso em 15 de outubro de 2017.

§1º O prazo do caput deste artigo poderá ser prorrogado uma única vez, desde que motivadamente, pelo prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, por despacho fundamentado no qual seja, pormenorizadamente, analisada a situação específica do contribuinte e, motivadamente,

§2º Haverá interrupção do prazo, pelo período máximo de 120 (cento e vinte) dias, quando necessária à produção de diligências administrativas, que deverá ser realizada no máximo em igual prazo, sob pena de seus resultados serem presumidos favoráveis ao contribuinte.”

Razões do veto

“Como se sabe, vigora no Brasil o princípio da unidade de jurisdição previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Não obstante, a esfera administrativa tem se constituído em via de solução de conflitos de interesse, desafogando o Poder Judiciário, e nela também são observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a análise do processo requer tempo razoável de duração em virtude do alto grau de complexidade das matérias analisadas, especialmente as de natureza tributária.

Ademais, observa-se que o dispositivo não dispõe somente sobre os processos que se encontram no âmbito do contencioso administrativo, e sim sobre todos os procedimentos administrativos, o que, sem dúvida, comprometerá sua solução por parte da administração, obrigada a justificativas, funda-

mentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação.

Por seu lado, deve-se lembrar que, no julgamento de processo administrativo, a diligência pode ser solicitada tanto pelo contribuinte como pelo julgador para firmar sua convicção. Assim, a determinação de que os resultados de diligência serão presumidos favoráveis ao contribuinte em não sendo essa realizada no prazo de cento e vinte dias é passível de induzir comportamento não desejável por parte do contribuinte, o que poderá fazer com que o órgão julgador deixe de deferir ou até de solicitar diligência, em razão das consequências de sua não realização. Ao final, o prejudicado poderá ser o próprio contribuinte, pois o julgamento poderá ser levado a efeito sem os esclarecimentos necessários à adequada apreciação da matéria.”

As razões do veto ao §1º, que previa a possibilidade de prorrogação do prazo por 180 dias, constituem um rematado absurdo. A Presidência da República vetou o dispositivo em absoluto desprezo ao dever de motivação dos atos administrativos, afirmando que a atividade da Administração Pública seria comprometida se *“obrigada a justificativas, fundamentações e despachos motivadores da necessidade de dilação de prazo para sua apreciação”*.

Como é sabido, a imposição do dever de motivação no exercício da função administrativa diz respeito à exposição dos fatos e dos fundamentos jurídicos dos atos administrativos, como aliás expressamente consta da Lei nº 9.784/99, art. 2º, VIII. A motivação deve ser contemporânea à prática

da decisão e serve como instrumento de redução do arbítrio na medida em que não há sustentação lógica e normativa a justificar que a Administração atue sem demonstrar quais foram as efetivas razões que a conduziram a optar por um dado caminho.

O saudoso EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, juntamente com TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, bem demonstram a razão fundamental da motivação em lição preciosa: *“el único poder que la Constitución acepta como legítimo en su concreto ejercicio ha de ser, pues, el que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas. El simple porque sí que, así, formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico-político”*⁵⁰.

A motivação é uma exigência democrática. Sob a estrutura de um Estado Democrático de Direito não se admite apenas o porque sim ou o porque não por parte da Administração. Não se admite, também, aquilo que se denominou de fórmulas *“passe partout”* de motivação no Direito francês⁵¹, as quais implicavam em razões padrão para sustentar atividades administrativas heterogêneas.

Em particular, no âmbito da compreensão temporal do processo administrativo, a motivação desempenha papel de notável relevância, eis que a validade dos impulsos

50 **Curso de Derecho Administrativo**, tomo 1, 7ª ed., p. 480.

51 Conforme relatam GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN-FERNÁNDEZ, **Curso...**, cit., p. 481.

oficiais dependem da presença da devida fundamentação, as concessões de prazos e suas prorrogações igualmente dependem da devida justificação como requisito de legitimidade, evidenciando-se, enfim, que a possibilidade de uma dilação exacerbada de um processo administrativo em razão, *v.g.*, da complexidade dos temas tratados, dependerá igualmente da presença da devida exposição de fatos e dos fundamentos de Direito constantes dos atos que compõem o sequenciamento causal.

Nessa quadra, ainda que o veto ao §1º pudesse ser justificado em razão da falta de razoabilidade e proporcionalidade da previsão genérica de prorrogação por outros 180 dias, quando o prazo inicialmente concedido já é de 360 dias para decidir, por certo que as razões expostas pela Presidência da República são flagrantemente ilegítimas.

No que respeita ao veto ao §2º, parece que andou bem a Presidência da República. Consoante já exposto, há que se ter com absoluta cautela a fixação de consequências artificiais para a omissão (ou silêncio) na atividade administrativa, notadamente quando esses efeitos são favoráveis unilateralmente.

6. Conclusão: há incompatibilidade material do art. 24 da Lei nº 11.457/07 com o art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República

Entende-se estar acima de qualquer dúvida razoável que a consagração constitucional da duração razoável dos

processos administrativos não implica tão somente conteúdo normativo de caráter programático, vinculada a uma dimensão puramente axiológica e desprovida de eficácia jurídica e aplicabilidade imediata. Especialmente, por força do §1º do artigo 5º da Carta da República.

Trata-se de norma que irradia força deontológica, ou seja, dispõe a respeito de valores que devem ser preservados e sobre finalidades que devem ser alcançadas, impondo-se a adoção de condutas direcionadas à sua promoção. Protege-se a esfera jurídica dos particulares, porque a eles constitui direito subjetivo (eficácia positiva e negativa), mas também dirige-se aos Poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício das suas funções típicas e atípicas (eficácia interpretativa e vedativa do retrocesso).

SERGIO FERRAZ salienta que *“uma das idéias fixas do jurista de nossos tempos é a da consagração, e, na medida do possível, a delimitação do chamado prazo razoável”*, destacando as reiteradas decisões que a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm proferido a respeito da responsabilização de Estados signatários pelo desrespeito a essa garantia fundamental.⁵²

52 **Processo administrativo**, cit., p. 39. Em igual sentido, embora tenha desenvolvido estudo voltado ao processo penal, DANIEL R. PASTOR apresenta inventário inigualável de decisões a respeito da garantia do prazo razoável pelas Cortes internacionais de proteção aos direitos humanos. O autor mostra, também, notável inventário de casos derivados da garantia ao *“speedy trial”* nos Estados Unidos e da jurisprudência argentina a respeito da matéria (**El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho**,

Pode-se identificar como efetiva inovação normativa do Poder Constituinte derivado, na redação do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, a expressa extensão da garantia à razoável duração do processo também ao âmbito administrativo, indistintamente, sem que isso signifique, por óbvio, ignorar as notas distintivas entre as duas modalidades processuais⁵³.

De todo modo, como bem aponta SERGIO FERRAZ, mantém-se a problemática da *“adoção de critérios que possibilitem a fixação apriorística do que seja prazo razoável”*. Na verdade, há fundadas dúvidas a respeito da própria possibilidade jurídica da identificação e individualização desses critérios. Mais uma vez, a problemática que envolve a tensão dialética entre a necessidade de cumprimento das finalidades essenciais do processo administrativo e a sua dimensão temporal⁵⁴.

Por sua vez, OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI salienta a inconveniência de estabelecer pautas temporais para indicar a configuração de um prazo desarrazoado de duração dos

cit., p. 205-319).

53 Interessante notar que nos próprios instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos já mencionados não existia previsão específica e explícita para a aplicação do direito ao prazo razoável à relação entre cidadão e Administração. No entanto, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 7 de dezembro de 2000, em seu artigo 41, item 1, estatui o direito a uma boa administração, explicitando que “todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável”.

54 **Processo administrativo**, cit., p. 40.

processos. Para o autor, a própria expressão 'prazo razoável' traz em si uma amplitude interpretativa em razão da sua abertura conceitual. *“De algún modo, el plazo razonable es un concepto abierto (...) donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar precisión conceptual, o quizás, por qué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios”*⁵⁵.

Não há como negar a imprecisão da expressão 'duração razoável' que constitui o núcleo fundamental da garantia inscrita no artigo 5º, LXXVIII, da Carta Constitucional. À toda evidência, cuida-se de conceito vago, impreciso, plurissignificativo ou indeterminado, marcado pela existência de zonas de certeza positiva e negativa, bem como zona de incerteza ou penumbra.

Essa imprecisão, porém, ao mesmo tempo que impede uma prévia, precisa e uniforme definição temporal pelo legislador de modo apriorístico, não afasta a necessidade de ao menos definir-se parâmetros temporais que se situam nas áreas de certeza positiva e negativa da razoável duração, com o que se traduz uma segura e sensível diminuição da zona de incerteza, exigência própria dos elementos básicos da segurança jurídica.

Nessa quadra, cabe à função legislativa, em primeiro plano, definir parâmetros temporais para a atuação ad-

55 **Derecho procesal constitucional. El debido proceso**, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 577.

ministrativa, de modo razoável e proporcional, capazes de trazer segurança, estabilidade e proteção à confiança daqueles que se relacionam com o Estado-Administração.

Mesmo antes do advento da EC nº 45/04, como visto, a Lei nº 9.784/99 trouxe relevantíssima previsão normativa em seu art. 49 para estabelecer, no âmbito dos processos administrativos perante a Administração Pública Federal, que *“concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”*.

No que respeita ao âmbito de aplicação dessa norma, o art. 69 da mesma Lei estabelece que *“os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”*.

Não há como concordar, pois, com a afirmação de que a existência de norma específica a regular o processo administrativo fiscal – Decreto 70.235/72 – afastaria a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na norma específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte, sob pena de negar vigência ao citado art. 69.

Em igual trilha, não há como assentir com a afirmação de que o art. 24 da Lei nº 11.457/07 teve por escopo

“*suprir lacuna legislativa existente*”⁵⁶. Antes da edição dessa norma legal, salta aos olhos a absoluta possibilidade de aplicação subsidiária do prazo geral previsto no art. 49 da Lei nº 9.784/99.

Na aferição genérica da duração razoável, como visto, a Lei nº 9.784/99 não teve uma preocupação fundamental em delimitar a duração total dos processos administrativos. Cuidou, sim, de delimitar frações temporais endoprocessuais e, em especial, de delimitar um prazo máximo para decidir os processos que estejam devidamente instruídos. A saber, 30 dias, prorrogáveis por igual período.

É evidente que não é vedado ao legislador aferir padrões distintos de duração razoável a partir de critérios legítimos de discrimen. Nessa linha, é comum a referência a peculiaridades da seara fiscal, especialmente que “*os procedimentos administrativos demandam uma verificação acurada por parte da Receita Federal, envolvendo inclusive a disponibilização de dinheiro ao contribuinte e a observação de elementos contábeis à verificação dos supostos créditos objeto dos pedidos de ressarcimento, atividade complexa*”⁵⁷.

Oportuno referir, aliás, que um dos critérios delineados pela Corte Europeia de Direitos Humanos para a afe-

56 STJ, **REsp 1138206/RS**, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/08/2010, DJe 01/09/2010.

57 TRF4, **AMS 2006.72.01.000444-8/SC**, Rel. Desembargador Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJe 14/03/2007, e STF, **AG.REG. no RE 603.323/SC**, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 24/04/2012.

rição, *in concreto*, da inoocorrência de duração razoável ou dilação indevida de processos, ainda que em análise voltada ao plano judicial, é a complexidade da causa⁵⁸.

A partir dessas premissas, salta aos olhos que a fixação de um padrão diverso de duração razoável ao prazo correlato ao dever de decidir processos administrativos de natureza fiscal não caracteriza, em si, violação à Constituição.

Por outro lado, porém, entende-se que não há como caracterizar como razoável e proporcional a definição apriorística e geral de um prazo para decidir petições, defesas ou recursos do contribuinte em padrão que multiplica em 12 (doze) vezes o prazo para exercer a competência decisória previsto na Lei nº 9.784/99⁵⁹.

58 O autor esclarece, ainda, que o Tribunal Constitucional espanhol agregou um quinto critério: a duração média dos processos da mesma espécie. A utilização desse critério, porém, tem sido objeto de severas críticas, uma vez que se mostra incongruente afirmar que a razoabilidade ou não da demora na solução de um determinado processo depende da duração média de outros processos (OSVADO ALFREDO GOZÁINI, **Derecho procesal constitucional...**, cit., p. 568). De outra parte, JAQUELINE MORAND-DEVILLER esclarece que o Conselho de Estado Francês também já manifestou-se no sentido de adotar critérios próximos daqueles desenvolvidos pela Corte Européia de Direitos Humanos. Nas suas palavras, *“le Conseil d’État exprime son intention d’adopter des critères proches de ceux dégagés para la Cour de Strasbourg au fil d’une jurisprudence déjà riche. Ces critères sont au nombre de quatre: la complexité de l’affaire, le comportement du requérant, le comportement des autorités administratives et judiciaires nationales, la nature e l’importance du litige pour l’intéressé”* (**Cours de droit administratif**, Montchrestien, 2005, p. 84).

59 Veja que nos precedentes já referidos – TRF4, **AMS 2006.72.01.000444-8/SC**, Rel. Desembargador Federal ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJE

Essa previsão estabelece uma duração desarrazoada aos processos administrativos que envolvem pleitos dos contribuintes, colocando-os em posição que desrespeita a personalização que deve guiar a interpretação e aplicação do regime jurídico administrativo, evitando-se um desequilíbrio em prol da legitimação simples do Poder.

O estabelecimento desse prazo de quase um ano para decidir fragiliza a posição dos contribuintes na medida em que caracteriza a resistência ilegítima, vale dizer, o silêncio-inadimplemento e, conseqüentemente a mora do Estado-Administração, apenas a partir do 361º dia contado a partir do protocolo de petições, defesas ou recursos dos contribuintes.

A previsão normativa ignora o elemento relevante – fundamental, na verdade –, de que os pleitos, defesas e recursos dos contribuintes, como regra, envolvem valores que dizem respeito à própria subsistência do contribuinte, seja ele pessoa física ou jurídica.

Imagine-se, a título de exemplo, a situação de um contribuinte que tenha uma doença grave que possa lhe conceder, nos termos da Lei, isenção tributária. Imaginar como razoável que seja legítimo à Administração Fiscal decidir em até 360 dias, sem que essa demora possa caracterizar

14/03/2007, e STF, **AG.REG. no RE 603.323/SC**, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, DJe 24/04/2012 –, o Poder Judiciário teve a oportunidade de reconhecer como razoável, antes do advento da Lei nº 11.457/07 e já considerando as peculiaridades dos processos administrativos de natureza fiscal, o prazo de 90 (noventa) dias para a apreciação de pedidos dos contribuintes.

resistência ilegítima ou silêncio-inadimplemento, com o que esse contribuinte somente poderia reclamar ao Poder Judiciário quanto a eventual demora na apreciação de seu pleito a partir do 361º dia do protocolo de seu pedido.

Há fundada percepção de que a inserção do art. 24 da Lei nº 11.457/07, antes de *“proteger o contribuinte contra a demora na prestação administrativa, talvez um dos maiores entraves ao estabelecimento de uma relação efetivamente civilizada entre os contribuintes e o órgão fazendário federal”*, como pontuou o parecer da Câmara dos Deputados no processo legislativo, tratou de esvaziar a possibilidade de aplicação subsidiária do art. 49 da Lei nº 9.784 aos pleitos dos contribuintes perante o Estado-Administração e ao correlata duração razoável do dever de decidir.

Nem se alegue, como é comum que há excesso de pleitos, defesas e recursos dos contribuintes no âmbito da sua relação com a Administração Fiscal, bem como dificuldades operacionais e estruturais do Estado-Administração, o que justificaria o elastecimento do prazo.

Com efeito, impõe-se ao Estado o dever de estruturar adequadamente o aparato administrativo com vistas à fiel observância da imposição constitucional de respeito à razoável duração dos processos administrativos, em todas as searas. A estruturação adequada diz respeito ao plano orgânico, estrutural e de pessoal da Administração Pública, sem o que resta inviável a efetivação do direito fundamental.

Eventuais deficiências estruturais, orgânicas e pessoais da Administração Pública, não podem servir como fator legítimo de discrimen, hábil a justificar a fixação de prazos desarrazoados à luz do dever constitucional.

Importa notar, ademais, que o malferimento ao direito fundamental à duração razoável dos processos administrativos, o que inclui como núcleo fundamental a definição de tempos precisos para o exercício do dever de decidir, independe de dolo ou culpa da autoridade administrativa.

É preciso ter mente, ainda, que a leitura da duração razoável dos processos administrativos não pode partir de critérios estrita e individualmente ligados às pautas de eficiência utilitarista e, muito menos, de uma perspectiva economicista de eficiência. É indispensável a compreensão da garantia constitucional de modo conjugado com o respeito aos demais direitos e garantias fundamentais

Como ensina JOÃO CARLOS SIMÕES GONÇALVES LOUREIRO, o princípio da eficiência deve servir a “(...) *encontrar um ponto óptimo de 'formalização' procedimental*” compatível com o “*carácter plurifuncional*” do processo administrativo e a necessária proteção da esfera jurídica dos particulares, em especial porque “(...) *a eficiência e a garantia jurídica dos particulares, enquanto princípios ordenadores do moderno Estado de Direito, não podem, em termos globais, encontrar-se numa relação disjuntiva (ou/ou)*”⁶⁰. A eficiência deve servir como valioso instrumento

60 **O procedimento administrativo...**, cit., p. 144.

de garantia de direitos aos particulares e da consecução dos fins pela Administração, a partir da harmonia necessária entre os seus diferentes núcleos que devem ser tomados de forma conjuntiva, sem privilégios ou discriminações.

No caso do art. 24 da Lei nº 11.457/07, entende-se que a norma institucionalizou a ineficiência, o que reforça, ao lado do flagrante desrespeito ao art. 5º, LXXVIII, a sua inconstitucionalidade que deve ser reconhecida e declarada pelo Poder Judiciário, mediante as provocações possíveis em nosso sistema de controle, ou então apreciada pelo próprio legislador em oportuna revogação legislativa.

Bibliografia

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUENO, Vera Scarpinella. As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. In: **SUNDFELD, Carlos Ari e MUÑOZ, Guillermo Andrés (coords.), As leis de processo administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98.** São Paulo: Malheiros, 2000.

DALLARI, Adílson Abreu; FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo I, 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

_____. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 7ª ed. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FERRAZ, Sérgio. Processo administrativo e Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 84/87, 1993.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Princípios constitucionais do processo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 1, p. 118/126, 1993.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. Duração razoável dos processos judiciais e administrativos. **Revista Interesse Público**, v. 39, p. 73/80, 2006.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GONÇALVES LOUREIRO, João Carlos Simões. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4ª ed., rev., actual. y ampl.. Madrid: Thomson-Civitas, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho procesal constitucional: el debido proceso**. Buenos Aires: Rubin-

zal-Culzoni Editores, 2006.

LIPARI, Marco. I tempi del procedimento amministrativo. In: **Tempo, Spazio e Certezza dell'Azione Amministrativa**. Atti del XLVIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Milão: Giuffrè Editore, 2003, p. 67/166.

MARTINS, Daniel Müller. **Aspectos jurídico-temporais do processo administrativo: uma leitura à luz da garantia constitucional à duração razoável**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Orientador Prof. Doutor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, 2007.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, v. 235, jan/mar 2004, p. 321/381.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/1999**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MUÑOZ, Guillermo Andrés; SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/1999 e lei paulista 10.177/1998**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOLÉ, Juli Ponce. **Dever de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**. v. 84, p. 64/74.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1997.