

29/05/2007

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 504.288-0 BAHIA

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGRAVANTE(S) : TRIKEM S/A
ADVOGADO(A/S) : LUIZ WALTER COELHO FILHO E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
ADVOGADO(A/S) : ANGÉLICA V. F. DUBRA

E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - EXIGÊNCIA LEGAL DE PRÉVIO DEPÓSITO DO VALOR DA MULTA COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO - OCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO ART. 5º, LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.

- A exigência legal de prévio depósito do valor da multa, como pressuposto de admissibilidade de recurso de caráter meramente administrativo, transgride o art. 5º, LV, da Constituição da República. Revisão da jurisprudência: RE 390.513/SP (Pleno).

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

Brasília, 29 de maio de 2007.



CELSO DE MELLO - PRESIDENTE E RELATOR



29/05/2007

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 504.288-0 BAHIA

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGRAVANTE(S) : TRIKEM S/A
ADVOGADO(A/S) : LUIZ WALTER COELHO FILHO E OUTRO(A/S)
AGRAVADO(A/S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL -
INSS
ADVOGADO(A/S) : ANGÉLICA V. F. DUBRA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que não conheceu do recurso extraordinário deduzido pela parte ora agravante (fls. 201).

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o conhecimento e o provimento do apelo extremo que deduziu (fls. 214/217).

Sendo esse o contexto, submeto, à apreciação desta Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.



V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): **Assiste razão** à parte ora agravante, **eis que o Plenário** desta Suprema Corte, **ao julgar o RE 390.513/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **procedeu à revisão** do entendimento jurisprudencial **até então** prevalecente na matéria ora em debate, **firmando orientação no sentido de que se revela inconstitucional** a exigência legal **de efetivação do depósito** como condição de admissibilidade de recursos **em sede administrativa**, **notadamente** quando se tratar de processo de caráter administrativo-fiscal.

A **efetivação** do depósito compulsório **como pressuposto de admissibilidade** do recurso administrativo - cuja exigibilidade **traduz** verdadeira restauração **da velha fórmula regalista** do "solve et repete" - **representa**, na observação de ALIOMAR BALEEIRO ("**Direito Tributário Brasileiro**", p. 878, item n. 2, 11^a ed., **atualizada** por Misabel Abreu Machado Derzi, 2002, Forense), "garantia fiscal (...) que a legislação ditatorial de 1937 a 1946 introduziu em nosso país", **mediante** diplomas normativos que "vêm recebendo repulsa do Supremo Tribunal, em dezenas de julgados, a despeito da insistência das repartições arrecadoras".



É curioso observar - e registrar! - que essa exigência foi abolida durante o regime militar, que, em 1969, assim justificou a eliminação desse depósito recursal:

"A supressão da garantia de instância é inovação que se justifica por seu alcance. **Freqüentemente** a exigência **resultava**, na prática, **em impossibilitar** ao contribuinte o exercício de seu direito de defesa e constituía, por outro lado, fator de emperramento na marcha dos processos, protelando sua decisão." (grifei)

Vale ressaltar que a tese que prevaleceu no julgamento plenário em referência tem o beneplácito de valiosa opinião doutrinária, como aquela emanada de ilustres autores, tais como ROQUE ANTONIO CARRAZZA ("Curso de Direito Constitucional Tributário", p. 429, item n. 5, 22ª ed., 2006, Malheiros), SACHA CALMON NAVARRO COELHO ("Curso de Direito Tributário Brasileiro", p. 784/791, itens ns. 14.2 e 14.4, 9ª ed., 2002, Forense), HUGO DE BRITO MACHADO ("Curso de Direito Tributário", p. 448, item n. 3.4, 26ª ed., 2005, Malheiros), PATRÍCIA FERNANDES DE SOUZA GARCIA ("Os Direitos dos Contribuintes e as Garantias Recursais no Processo Administrativo", p. 169/178, "in" "A Defesa do Contribuinte no Direito Brasileiro", coordenação de IVES GANDRA MARTINS e de ROGÉRIO VIDAL GANDRA MARTINS, 2002, IOB), ALBERTO XAVIER ("Princípios do Processo Administrativo e Judicial Tributário", p. 208, 2005, Forense), AGOSTINHO TOFFOLI TAVOLARO ("*Solve et Repete*", "in" "Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas", ano 6, nº 24, julho-setembro de 1998, p. 185/192, RT) e FERNANDO FACURY SCAFF



("Direitos Fundamentais, Depósito Recursal Administrativo e Controle de Constitucionalidade", "in" "Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", vol. 10/76-95, 2006, Dialética, v.g.), cujo magistério não reconhece como legítima, sob uma perspectiva estritamente constitucional, a exigência de depósito prévio como pressuposto de recorribilidade das decisões na instância administrativa.

Relembro, por oportuno, expressivas decisões emanadas do E. Superior Tribunal de Justiça, cujo exame da matéria resultou em julgamentos consubstanciados em acórdãos assim ementados:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE ADMINISTRATIVO INTERNO. RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO. EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE INSTÂNCIA: INADMISSIBILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I. Os recursos administrativos 'lato sensu' visam ao reexame dos atos da administração, no controle interno da legitimidade de suas ações. A exigência de garantia de instância para possibilitar o conhecimento de recurso hierárquico viola a garantia constitucional do direito de petição e da ampla defesa dos administrados (art. 5º, incisos XXXIV e LV, da CF).

II. Segurança concedida."

(MS 4.652/DF, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL - grifei)

"CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO DEPÓSITO PARA RECORRER. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

1 - O cidadão, face ao princípio da ampla defesa, não está condicionado ao pagamento de multa aplicada pela administração, para que só então lance mão de recurso administrativo.

2 - Recurso especial improvido."

(REsp 111.463/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO - grifei)



Vê-se, portanto, que a exigência de garantia fundada em depósito como condição de admissibilidade do recurso em sede administrativa culmina por afetar e comprometer, no âmbito desse procedimento, o exercício do direito de defesa.

Com efeito, não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, notadamente em sede tributária, o postulado da plenitude de defesa, pois - cabe enfatizar (e sempre lembrar!) - o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV), consoante adverte autorizado magistério doutrinário, que cumpre não ignorar (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira de 1988", vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; PINTO FERREIRA, "Comentários à Constituição Brasileira", vol. 1/176 e 180, 1989, Saraiva; JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR, "O Direito à Defesa na Constituição de 1988", p. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, "O Direito à Defesa na Constituição", p. 47/49, 1994, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, "Comentários à Constituição do Brasil", vol. 2/268-269, 1989, Saraiva; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito



Administrativo", p. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 102/103, item n. 2.3.9, 32ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2006, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, por sua vez, especialmente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade da própria medida restritiva de direitos, revestida, ou não, de caráter disciplinar (RDA 97/110 - RDA 114/142 - RDA 118/99 - RTJ 163/790, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 306.626/MT, Rel. Min. CELSO DE MELLO, "in" Informativo/STF nº 253/2002 - RE 140.195/SC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

"RESTRICÇÃO DE DIREITOS E GARANTIA DO 'DUE PROCESS OF LAW'.

- O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal - que importe em



punição disciplinar ou em limitação de direitos - exige, ainda que se cuide de procedimento **meramente** administrativo (CF, art. 5º, LV), a **fiel** observância do princípio do devido processo legal.

A **jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade desse princípio, **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda** que em sede materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. **Precedentes. Doutrina."**

(RTJ 183/371-372, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, pois, que assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como **direta** **emanação** da própria garantia constitucional do "due process of law" (**independentemente**, portanto, de haver, ou não, previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado), a **prerrogativa indisponível** do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (**inclusive** o direito à prova), **consoante prescreve** a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Vale referir, neste ponto, importante decisão emanada do Plenário do Supremo Tribunal Federal que bem exprime essa concepção da garantia constitucional do "due process of law":

"(...) 3. **Direito de defesa** ampliado com a Constituição de 1988. **Âmbito de proteção** que contempla **todos** os processos, judiciais ou administrativos, e **não se resume** a um simples direito de manifestação no processo. 4. **Direito constitucional comparado.**

7 . 

Pretensão à tutela jurídica **que envolve não só** o direito de manifestação e de informação, **mas também** o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. **5. Os princípios** do contraditório e da ampla defesa, **assegurados** pela Constituição, **aplicam-se a todos os procedimentos administrativos.** **6. O exercício pleno** do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) **10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância** do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV)."

(RTJ 191/922, Rel. p/ o acórdão Min. GILMAR MENDES - grifei)

Vê-se, portanto, que o respeito efetivo à garantia constitucional do "due process of law", ainda que se trate de procedimento administrativo (como o instaurado no caso ora em exame), **condiciona**, de modo estrito, **o exercício** dos poderes de que se acha investida a Pública Administração, **sob pena** de descaracterizar-se, **com grave ofensa** aos postulados **que informam** a própria concepção do Estado democrático de Direito, **a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado, **especialmente** quando tais deliberações, **como sucede** na espécie, **possam comprometer** a esfera jurídica do particular (ou do contribuinte).

Esse entendimento - que valoriza a perspectiva constitucional que deve orientar o exame do tema em causa - **tem o beneplácito** de autorizado magistério doutrinário, **tal como o expendido** pela eminente Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER

("O Processo em Evolução", p. 82/85, itens ns. 1.3, 1.4, 2.1 e 2.2, 1996, Forense Universitária):

"O coroamento do caminho evolutivo da interpretação da cláusula do 'devido processo legal' ocorreu, no Brasil, com a Constituição de 1988, pelo art. 5º, inc. LV, que reza:

'Art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.'

Assim, as garantias do contraditório e da ampla defesa desdobram-se hoje em três planos: a) no plano jurisdicional, em que elas passam a ser expressamente reconhecidas, diretamente como tais, para o processo penal e para o não-penal; b) no plano das acusações em geral, em que a garantia explicitamente abrange as pessoas objeto de acusação; c) no processo administrativo sempre que haja litigantes. (...)

É esta a grande inovação da Constituição de 1988.

.....
Assim, a Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se antepõem face a face, numa posição contraposta. Litígio equivale a controvérsia, a contenda, e não a lide. Pode haver litigantes - e os há - sem acusação alguma, em qualquer lide." (grifei)

Não foi por outra razão que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal - ao examinar a questão da aplicabilidade e da extensão, aos processos de natureza administrativa, da garantia



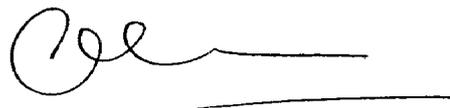
constitucional do "due process of law" - proferiu decisão, que, **consubstanciada** em acórdão assim ementado, **bem reflete a orientação** que ora exponho **neste** voto:

"**Ato administrativo - Repercussões - Presunção de legitimidade - Situação constituída - Interesses contrapostos - anulação - Contraditório.** Tratando-se da **anulação** de ato administrativo cuja formalização **haja repercutido** no campo de interesses individuais, **a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja,** da instauração de processo administrativo que enseje a audição **daqueles que terão modificada** situação já alcançada. (...)."
(**RTJ 156/1042**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

"TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCEDIMENTO DE CARÁTER ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO DE CONFLITUOSIDADE EXISTENTE ENTRE OS INTERESSES DO ESTADO E OS DO PARTICULAR. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA FÓRMULA CONSTITUCIONAL DO 'DUE PROCESS OF LAW'. PRERROGATIVAS QUE COMPÕEM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO. O DIREITO À PROVA COMO UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DESSA GARANTIA CONSTITUCIONAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

- **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal **tem reafirmado** a essencialidade do princípio **que consagra** o 'due process of law', **nele reconhecendo** uma insuprimível **garantia**, que, instituída **em favor de qualquer** pessoa ou entidade, **rege e condiciona** o exercício, **pelo Poder Público**, de sua atividade, **ainda que em sede** materialmente administrativa, **sob pena de nulidade** do próprio ato punitivo **ou da medida restritiva** de direitos. **Precedentes. Doutrina.**

- **Assiste**, ao interessado, **mesmo em** procedimentos de índole administrativa, **como direta emanção** da própria garantia constitucional do 'due process of law' (CF, art. 5º, LIV) - **independentemente**, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado -, **a prerrogativa indisponível** do contraditório **e da plenitude** de defesa,



com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV), inclusive o direito à prova.

- Abrangência da cláusula constitucional do 'due process of law'."

(MS 26.358-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí a observação, que se reveste de inteira procedência, emanada do eminente Ministro CARLOS VELLOSO, quando do julgamento da ADI 1.049-MC/DF, ocasião em que assim se pronunciou:

"O devido processo legal, com as suas implicações - e a maior delas é o princípio da ampla defesa - aplica-se também ao processo administrativo: C.F., art. 5º, LV. Ora, condicionar o seguimento do recurso administrativo ao depósito do 'quantum' discutido, atualizado monetariamente, é estabelecer óbice ao direito de defesa, o que é repellido pelo 'due process of law' consagrado na Constituição, assegurador do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes." (grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, e considerando, notadamente, a revisão jurisprudencial promovida pelo E. Plenário desta Suprema Corte, dou provimento ao presente recurso de agravo, para conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário interposto pela parte ora agravante, em ordem a conceder o mandado de segurança por ela impetrado. No que concerne à verba honorária, revela-se aplicável a Súmula 512/STF.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 504.288-0

PROCED.: BAHIA

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S): TRIKEM S/A

ADV.(A/S): LUIZ WALTER COELHO FILHO E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S): INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADV.(A/S): ANGÉLICA V. F. DUBRA

Decisão: A Turma, por votação unânime, deu provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. 2ª Turma, 29.05.2007.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador