

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.976-7 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA  
REQUERENTE : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA -  
CNI  
ADVOGADOS : DENISE DILL DONATI WANDERLEY E OUTROS  
REQUERIDO : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Trata-se de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Na ADI 1976, cujo objeto é ligeiramente mais amplo, a CNI busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 32 da Medida Provisória 1699-41, de 28 de setembro de 1998, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72. Também pretende a declaração de inconstitucionalidade do art. 33, com seus parágrafos, da referida MP.

Já com relação à ADI 1922, o Conselho Federal da OAB requer a declaração de inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, e do art. 33, somente *caput*, da mesma MP.

Assim estão redigidos os dispositivos:

*"Art. 32. Os arts. 33 e 43 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que, por delegação do Decreto-Lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, regula o processo administrativo de*

determinação e exigência de créditos tributários da União, passam a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 33 (...)

§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente o instruir com prova do depósito de valor correspondente a, no mínimo, trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão'.

Art. 33. O direito de pleitear judicialmente a desconstituição de exigência fiscal fixada pela primeira instância no julgamento de litígio em processo administrativo fiscal regulado pelo Decreto nº 70.235, de 1972, extingue-se com o decurso do prazo de cento e oitenta dias, contados da intimação da referida decisão".

§ 1º No caso em que for dado provimento ao recurso de ofício, o prazo previsto no caput começará a fluir a partir da ciência da primeira decisão contrária ao sujeito passivo.

§ 2º Não se aplica à hipótese de que trata este artigo o disposto no § 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, e no art. 2º do Decreto-Lei nº 4.597, de 19 de agosto de 1942.

§ 3º A decisão administrativa final que eventualmente fixe exigência superior a definida na primeira instância de julgamento, enseja a abertura de novo prazo, como previsto no caput, para a desconstituição da exigência fiscal".

Na ADI 1922, o Conselho Federal da OAB sustenta a falta de urgência e relevância da referida Medida Provisória.

Afirma que o art. 32 da MP, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72 violaria o art. 5º, XXXIV, LIV e LV, todos da CF/88. Quanto ao art. 33 da MP, sustenta haver ofensa ao art. 5º, caput, XXXV e LV, todos da CF/88.

Na ADI 1976, a Confederação Nacional da Indústria ressalta que a exigência do depósito prévio constitui-se, de fato, pagamento antecipado. Haveria cerceamento de defesa porque raramente o contribuinte vence em 1ª instância. O depósito prévio também violaria a ampla defesa, pois o Conselho de Contribuintes, e não o julgador administrativo de 1ª instância, possui impessoalidade e imparcialidade para decidir a questão. No mais, haveria ofensa: à reserva de lei complementar para o processo administrativo, pois se exige pagamento de parte do crédito tributário (art. 146, II, b, da CF/88); ao devido processo legal (art. 5º, LV); ao direito de peticionar sem pagamento de taxas (art. 5º, XXXIV, a); e ao princípio da isonomia (arts. 5º e 150, II), atribuindo pesados ônus aos contribuintes que não podem depositar para recorrer.

No que se refere ao prazo de 180 dias, disposto no art. 33 da MP 1770-46, estar-se-ia ofendendo: o princípio do livre acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV), pois o prazo criaria obstáculos ao acesso do contribuinte ao judiciário; a reserva de lei complementar (art. 146, III, b, da CF/88), no que se refere a prazos de prescrição e decadência em matéria tributária; e o princípio da proporcionalidade (arts. 1º e 5º, LIV, da CF/88), pois o depósito e o receio de perder o acesso ao judiciário farão crescer a sobrecarga deste. Alega-

se, ademais, ofensa ao princípio da isonomia, pois a Fazenda possui cinco anos para cobrar e o contribuinte apenas 180 dias para impugnar o que lhe foi cobrado. Por fim, faltaria urgência ao diploma provisório.

As informações presidenciais defenderam a validade das normas impugnadas.

Submetido o feito ao Plenário, assim ficou ementado o acórdão que concedeu parcialmente a liminar:

*"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação à nova redação dada ao § 2º do artigo 33 do Decreto Federal 70.235, de 06.03.72, pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27.10.98, e o 'caput' do artigo 33 da referida Medida Provisória. Aditamentos com relação às Medidas Provisórias posteriores.*

*- Em exame compatível com a liminar requerida, não têm relevância suficiente para a concessão dela as alegadas violações aos artigos 62 e 5º, XXXIV, XXXV, LIV e LV, e 62 da Constituição Federal quanto à redação dada ao artigo 33 do Decreto Federal 70.235/72 - recebido como lei pela atual Carta Magna - pelo artigo 32 da Medida Provisória 1699-41, de 27 de outubro de 1998, atualmente reeditada pela Medida Provisória 1863-53, de 24 de setembro de 1999.*

*- No tocante ao 'caput' do já referido artigo 33 da mesma Medida Provisória e reedições sucessivas, basta, para considerar relevante a fundamentação jurídica do pedido, a alegação de ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal em sentido material (art. 5º, LIV, da Constituição) por violação da razoabilidade e da proporcionalidade em que se traduz esse princípio constitucional. Ocorrência, também, do 'periculum in mora'. Suspensão de eficácia que, por via de consequência, se estende aos parágrafos do dispositivo impugnado.*

*Em julgamento conjunto de ambas as ADINs, delas, preliminarmente, se conhece em toda a sua extensão, e se defere, em parte, o pedido de liminar, para suspender a eficácia, 'ex nunc' e até julgamento final do artigo 33 e seus parágrafos da Medida Provisória nº 1863-53, de 24 de setembro de 1999".*

Solicitadas informações definitivas, o Presidente da República as prestou ressaltando, em síntese, o seguinte:

1) perda de objeto quanto ao art. 33, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º da MP, pois tais dispositivos deixaram de constar das sucessivas reedições da Medida Provisória atacada; mas, caso assim não se entenda, defende a constitucionalidade das normas;

2) ocorrência dos requisitos de relevância e urgência;

3) O art. 32 da MP impugnada, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, seria plenamente constitucional, enfatizando que o próprio plenário desta Corte decidiu pela não existência de um direito ao recurso administrativo. Também o depósito prévio seria mero pressuposto de admissibilidade recursal.

A Advocacia-Geral da União ressaltou a necessidade de se reconhecer a perda de objeto por três motivos: a) no que se refere ao art. 33, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º, pois tais dispositivos foram suprimidos das sucessivas edições da Medida Provisória, bem como da lei de conversão; b) em face

do art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, na ADI 1922, pela falta de aditamento da inicial após a conversão da MP na Lei nº 10.522/2002; c) em virtude do desaparecimento do art. 33 e pela alteração substancial do art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.

A Procuradoria-Geral da República sublinhou também a prejudicialidade do art. 33 da MP.

No que se refere ao art. 32, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72, sustenta não ser o caso de prejudicialidade, pois a requerente se insurgira contra o requisito da "imobilização de bens como condição de recurso".

Contudo, mesmo em se chegando ao mérito da questão, ainda segundo a PGR, a pretensão dos requerentes não mereceria prosperar. Em específico, sustenta que o arrolamento não provoca a imobilização dos bens. A norma que regulamenta o arrolamento de bens é o Decreto nº 4.523, de 17 de dezembro de 2002. O art. 2º de tal diploma prescreve que ao arrolamento aplica-se a Lei 9.532/97, e tal lei dispõe que "a transferência, alienação ou oneração dos bens arrolados é possível, cabendo ao proprietário apenas comunicar o fato à unidade do órgão fazendário que jurisdiciona o domicílio tributário do sujeito passivo" (fls. 618-619 da ADI 1922).

Na ADI 1922, proposta pelo Conselho Federal da OAB, consta aditamento apenas até a MP 2176-79, de 23/08/2001, faltando o aditamento em relação à lei de conversão (fls. 595).

Na ADI 1976, proposta pela CNI, consta aditamento até a MP 2176-79, de 23/08/2001 - última reedição - (fls. 478), havendo aditamento também em relação à lei de conversão - Lei 10.522, de 19/07/2002 (fls. 522-523).

É o relatório. Distribuam-se cópias aos demais ministros da Corte.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator): O pedido mais amplo, constante da ADI 1976, envolve a declaração de inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41, de 28 de setembro de 1998, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72; e do art. 33 e parágrafos da mesma medida provisória.

Analiso, inicialmente, as preliminares.

### PRELIMINARMENTE

#### **1. Preliminar de perda de objeto (desaparecimento do art. 33 da MP)**

As informações presidenciais, bem como as manifestações da AGU e da PGR ressaltam que a presente ação teria perdido o seu objeto, uma vez que o art. 33, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, teriam desaparecido das reedições posteriores da Medida Provisória impugnada, logo após a suspensão da sua eficácia quando do julgamento da liminar das presentes ações. Mais que isso, na própria lei de conversão tais dispositivos não mais apareceriam nem dela constariam dispositivos congêneres.

Tal posição merece acolhida. A ausência de dispositivo idêntico ou similar nas reedições da Medida Provisória ou na lei de conversão inviabiliza o controle, por alteração do quadro normativo inicialmente impugnado, no caso.

Assim, na esteira do já decidido, por exemplo, nas ADIsQO 1952 e 2299, ambas da relatoria do min. Moreira Alves, considero prejudicada a Ação Direta no que se refere ao art. 33, *caput*, e parágrafos, da MP 1699-41.

## **2. Preliminar de prejudicialidade por falta de aditamento da lei de conversão**

A AGU também suscita a falta de aditamento como causa para o reconhecimento da prejudicialidade.

A prejudicial não procede em relação a esta ADI 1976, proposta pela CNI.

Como explicitado no relatório, a CNI aditou adequadamente a inicial, inclusive em relação à lei de conversão (fls. 522-523).

Por essas razões, e na esteira do decidido, por exemplo, na ADIMC 1125, rel. Min. Carlos Velloso, julgo prejudicada a ADI 1922 por falta de aditamento.

**3. Preliminar de prejudicialidade por alteração substancial do conteúdo da norma impugnada (arrolamento ao invés de depósito prévio) em relação ao art. 32**

A AGU, contrariamente à PGR, suscita a perda de objeto também em relação ao art. 32 da MP. Isso porque da nova redação conferida pela Lei 10.522/2002 não mais consta a exigência de depósito prévio, mas sim a necessidade de o recorrente arrolar bens.

É importante lembrar que a substituição - do depósito prévio pelo arrolamento de bens - já existia como opção ao contribuinte desde a reedição da Medida Provisória sob o nº 1973-63, de 29 de junho de 2000. Com a lei 10.522/2002, o arrolamento substituiu o depósito prévio.

Assim está redigido o dispositivo:

*"§ 2º Em qualquer caso, o recurso voluntário somente terá seguimento se o recorrente arrolar bens e direitos de valor equivalente a 30% (trinta por cento) da exigência fiscal definida na decisão, limitado o arrolamento, sem prejuízo do seguimento do recurso, ao total do ativo permanente se pessoa jurídica ou ao patrimônio se pessoa física".*

No aditamento que fez após a conversão da medida provisória em lei, a CNI sustentou não ser o caso de alteração substancial no paradigma de controle (fls. 522-523). Em sua inicial, afirma, a entidade teria se insurgido

contra o genérico requisito da imobilização de bens. Assim, a figura do arrolamento não teria uma natureza significativamente distinta do depósito prévio.

Embora os institutos do arrolamento de bens e direitos e do depósito prévio possam diferir em uma análise apressada, tenho que os mesmos se assemelham sobremaneira se visualizados dentro do contexto em que as normas impugnadas estão inseridas.

Do ponto de vista do contribuinte, a obrigação de arrolar bens cria a mesma dificuldade que depositar quantia para recorrer. Em ambas as situações, cria-se um empecilho desarrazoado para o ingresso na segunda instância administrativa. Ainda que o contribuinte não tenha de despender certa quantia, necessita privar-se de parcela ou do total de seu patrimônio, ainda que provisoriamente, com o fim de recorrer administrativamente. Sem contar que os institutos em tela fazem tábua rasa do fato de que o contribuinte pode não dispor de bens, direitos ou determinada quantia para recorrer.

O argumento trazido pela Procuradoria-Geral da República de que a legislação federal permite que o proprietário disponha dos bens arrolados não convence. Em situações concretas, o Judiciário poderia ordenar que o contribuinte tivesse o direito de dispor de um bem arrolado

em virtude de exigência para recurso administrativo. O cerne da questão não está em se permitir a disponibilidade do bem arrolado, mas de exigir, por si mesmo, o arrolamento.

Sob esse ângulo, torna-se evidente que os canais possibilitados pela Constituição para recorrer administrativamente são igualmente obstruídos seja pela exigência do depósito prévio seja pela exigência do arrolamento de bens e direitos.

Desse modo, rejeito a preliminar suscitada pela AGU por considerar que a alteração na norma impugnada não foi substancial, quando se substituiu o depósito prévio pelo arrolamento de bens e direitos, por ocasião do advento da lei de conversão nº 10.522/2002.

#### **4. Preliminar de prejudicialidade quanto aos pressupostos de relevância e urgência em virtude da conversão da MP em lei**

Outro ponto a ser considerado diz respeito ao fato de que, em ambas as ações diretas, os requerentes pugnam pelo reconhecimento da ausência de relevância e urgência da Medida Provisória impugnada.

É de se ressaltar, no entanto, que houve conversão da medida provisória em lei. Isso parece afetar de modo essencial a análise dos requisitos de relevância e urgência.

Do ponto de vista dos efeitos prospectivos da medida provisória, não há mais que se falar em relevância e urgência. A análise acerca da legitimidade dos pressupostos se restringe à medida provisória, não podendo se aplicar, prospectivamente, aos efeitos da lei de conversão.

É esse o posicionamento da Corte, como ficou especialmente ressaltado no julgamento de mérito da ADI 1417 e na ADIMC 1726.<sup>1</sup>

Desse modo, considero superada a análise dos requisitos de relevância e urgência, em virtude da conversão da Medida Provisória em lei.

## **MÉRITO**

**Constitucionalidade do art. 32 da MP, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72**

---

1 Na ADI 1417, afirmou-se: "Medida Provisória. Superação, por sua conversão em lei, da contestação do preenchimento dos requisitos de urgência e relevância". Por sua vez, no julgamento da ADIMC 1726 ficou ressaltado: "O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combalido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência".

E nem se diga que o julgamento das ADIs 3090 e 3100 modificou o posicionamento da Corte. Naquela ocasião - assim entendo -, decidiu-se que a conversão em lei da medida provisória não prejudica a análise de vício formal referente ao art. 246 da CF/88. Lá não se falou da superação de pressupostos imanentes à medida provisória, como a relevância e a urgência.

Resta, por último, analisar a constitucionalidade do art. 32 da Medida Provisória atacada, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.

O Tribunal já se defrontou várias vezes com o tema em apreço, especificamente na sua variante sobre a necessidade de depósito prévio para interposição de recurso administrativo. Lembraria o acórdão da ADI 1049, rel. Min. Carlos Velloso; do RE 210.246, rel. p/ o acórdão Min. Nelson Jobim; e estas mesmas ADI 1922 e 1976, rel. Min. Moreira Alves, ainda na fase cautelar. Em todos os casos citados, ficou consagrado, embora sempre por maioria, que a exigência de depósito prévio é constitucional. O voto do Min. Moreira Alves nas cautelares das presentes ADIs bem explicita a posição majoritária:

*"[E]sta Corte, por ambas as suas Turmas, tem entendido que a exigência do depósito prévio de valor relativo à multa para a admissão de recurso administrativo não ofende o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição, porquanto não há, nesta, a garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa (...). De outra parte, esse depósito é requisito de admissibilidade de recurso administrativo e não o pagamento de taxa para o exercício do direito de petição, não se lhe aplicando, até por isso, o disposto no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição. Note-se, ainda, que não têm relevância as alegações de que esse depósito é pagamento de crédito não constituído, pois se trata de depósito e não de pagamento, o que implica dizer que ele será restituído se for dado provimento ao recurso. Esse depósito nada tem que ver com a alegação de*

*que o Conselho de Contribuintes seja o juiz natural do recurso, que, por lei, pode deixar de existir, nem, evidentemente, com a democracia participativa e direta. Por fim, se o depósito é representado por valor percentual do débito não há como pretender-se que haja quebra de isonomia entre devedores abastados e devedores não abastados".*

Não obstante tais argumentos, alguns motivos me levam a acreditar, *data venia*, que a posição do Tribunal merece ser revista. E as considerações que faço servem tanto para a exigência de depósito prévio como para a exigência de arrolamento de bens e direitos. Tais variantes têm em comum a criação de obstáculos para o acesso ao recurso administrativo.

O presente tema pode ser abordado sob três ângulos que se relacionam: o princípio democrático no procedimento administrativo; o procedimento administrativo e o princípio da legalidade e, ainda, o procedimento administrativo e os direitos fundamentais.

O procedimento administrativo é uma das formas de se realizar o Direito Administrativo. As relações entre Estado e administrados devem se desenvolver legitimamente não apenas no âmbito judicial, mas também no âmbito da própria administração. Esta está vinculada ao dever de realização das diversas normas constitucionais e, especialmente, das normas constitucionais administrativas. A consecução da democracia,

de último modo, depende da ação do Estado na promoção de um procedimento administrativo que seja: a) sujeito ao controle por parte dos órgãos democráticos, b) transparente, e, c) amplamente acessível aos administrados. Nas palavras de E. Schmidt-Aßmann:

*"Na base ou no nível inferior do Estado Federal, a democracia é, antes de tudo, uma democracia administrativa, cujas funções legitimadoras se desenvolvem através do procedimento administrativo".<sup>2</sup>*

A construção da democracia e de um Estado democrático de Direito exige por parte da administração pública, antes de mais nada, o respeito ao princípio da legalidade, quer em juízo, quer em seus procedimentos internos. A impossibilidade ou inviabilidade de se recorrer administrativamente equivale a impedir que a própria Administração Pública revise um ato administrativo porventura ilícito. A realização do procedimento administrativo como concretização do princípio democrático e do princípio da legalidade fica tolhida, tendo em vista a natural

---

<sup>2</sup> "En la planta o nivel inferior del Estado federal la democracia es, ante todo, una democracia administrativa cuyas funciones legitimadoras se desarrollan a través del procedimiento administrativo". SCHMIDT-ASSMANN, E. El procedimiento administrativo, entre el principio de Estado de Derecho y el Principio Democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática administrativa alemana. In: VASQUEZ, Javier Bernes (coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993, p. 335.

dificuldade, para não dizer auto-contenção, da Administração em revisar seus próprios atos.

Bem ressalta este aspecto Eugénie Prévédourou:

*"Os recursos administrativos constituem uma forma de participação do administrado na ação administrativa, introduzindo, dessa forma, um elemento democrático nesta. Eles atenuam o choque entre a administração e os administrados ao tornar possível a adesão destes às decisões administrativas. Como fornecem ao administrado uma explicação não a posteriori, mas em curso de elaboração, o administrado 'deixa de ser um estranho na preparação do ato que lhe diz respeito (...)'".<sup>3</sup>*

Vozes doutrinárias no Brasil têm chegado a esta mesma conclusão. Assim, acerca do tema, Marcelo Harger defende:

*"a instituição de um depósito como condição de admissibilidade do recurso administrativo acaba por frustrar o objetivo do próprio processo, à medida que dificulta a análise da legalidade pela instância administrativa superior. Vale dizer, a pretexto de agilizar a cobrança de tributos (fim secundário), o legislador dificulta a análise da legalidade da*

---

<sup>3</sup> "Les recours administratifs constituent une forme de participation de l'administré à l'action administrative, introduisant de la sorte un élément démocratique dans cette dernière. Ils atténuent le choc entre l'administration et les administrés en rendant possible l'adhésion de ceux-ci aux décisions administratives. Comme ils fournissent à l'administré une explication non pas après coup mais en cours d'élaboration, celui-ci 'cesse d'être étranger à la preparation de l'acte qui le concerne (...)'". PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Les Recours Administratifs obligatoires: étude comparée des droits allemand et français*. Paris: LGDJ, 1996, p. 182.

*conduta dos agentes públicos (fim primário), acabando por frustrar o próprio objetivo do processo administrativo".<sup>4</sup>*

É preciso ressaltar que não há como visualizar uma diferença ontológica entre o recurso administrativo e o recurso contencioso. Como novamente ressalta Prévédourou:

*"[O]s recursos administrativos, em razão das enormes potencialidades que lhes asseguram sua natureza de procedimento administrativo por excelência, são suscetíveis, de um lado, de completar o controle exercido pelo juiz que, não obstante o seu brilho, não consegue captar todas as particularidades de um corpo estranho que é a administração e, de outra parte, de contribuir para a democratização da administração, associando-se a administração aos administrados na elaboração de decisões que a estes dizem respeito".<sup>5</sup>*

Entendo, pois, que tornar o procedimento administrativo impossível ou inviável, por meios indiretos, constitui ofensa ao princípio da legalidade. E inúmeras vezes, a infração ao princípio da legalidade, e mais

---

<sup>4</sup> HARGER, Marcelo. Nova perspectiva a respeito do depósito recursal como condição de admissibilidade do recurso em processo administrativo fiscal. *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo. Nº 16, 2000, p. 1412.

<sup>5</sup> "[L]es recours administratifs sont, en raison des énormes potentialités que leur assure leur nature de procédé administratif par excellence, susceptibles, d'une part, de compléter le contrôle exercé par le juge, qui, malgré son éclat, n'est pas en mesure de bien saisir toutes les particularités d'un corps étranger qu'est l'administration, et, d'autre part, de contribuer à la démocratisation de l'administration en associant les administrés à l'élaboration des décisions qui les concernent". PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Op. Cit.*, p. 165.

especificamente, à legalidade em matéria de procedimento, leva à violação de direitos fundamentais.

Da necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento.

O direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental. Conforme lembra meu mestre Jean-Pierre Ferrier:

*"Assim como o direito à defesa, a possibilidade de um recurso administrativo, inclusive sem base legal, tem sido reconhecida como 'princípio geral de direito' pelo Conselho de Estado. Segundo Jean-Marie Auby y Roland Drago, 'os recursos administrativos constituem uma expressão do direito de petição ante as Autoridades públicas, tradicionalmente reconhecido no Direito Francês'".<sup>6</sup>*

Situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção constitucional, a saber: o art. 5º, XXXIV (direito de petição

---

<sup>6</sup> "Como el derecho a la defensa, la posibilidad de un recurso administrativo incluso si base legal, ha sido reconocida como 'principio general de derecho' por el Consejo de Estado. Según Jean-Marie Auby y Roland Drago, 'los recursos administrativos constituyen una expresión del derecho de petición ante las Autoridades públicas, tradicionalmente reconocido en Derecho francés". FERRIER, Jean-Pierre. El procedimiento administrativo en Francia. In: VASQUEZ, Javier Bernes (coord.). *Op. Cit.*, p. 375.

independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório).

A dimensão do contraditório foi bem compreendida pelo Min. Carlos Velloso, no julgamento da ADI 1049, quando afirmou:

*"[C]ondicionar 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"*

Quanto ao direito de petição, são percucientes as observações de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

*"Como a Constituição assegura o direito de petição independentemente do pagamento de taxas, não têm mais fundamento as normas legais que exigiam a chamada 'garantia de instância' para interposição de recursos administrativos, ou seja, o depósito de quantias em dinheiro como condição para decisão do recurso".<sup>7</sup>*

Embora a consagração de um direito de petição seja associada ao advento da 1ª Emenda à Constituição Americana, o seu desenvolvimento, no ordenamento jurídico brasileiro, seguiu um caminho diverso. No entanto, algumas semelhanças podem ser percebidas. A 1ª Emenda à Constituição Americana assim dispõe:

---

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 603.

*"O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de suas reclamações".*

É comum a afirmação, nos dias de hoje, por parte de constitucionalistas americanos, de que o direito de petição contra órgãos do próprio Executivo deve ser visualizado de acordo com as funções exercidas por esse Poder.<sup>8</sup> Com efeito, várias atividades do Executivo se assemelham às atividades exercidas pelo Judiciário. Historicamente isso se explica. Anteriormente à consagração, em diversos sistemas constitucionais, de um sistema de separação de poderes, funções executivas e judiciais se confundiam. Ou seja, embora a Administração possua uma série de atividades em que o direito de petição não pode impedir sua margem de manobra, em outras, como nos procedimentos administrativos, o direito de petição se impõe como um direito fundamental e inafastável.

A Constituição de 1988 consagrou um dispositivo próprio ao direito de petição aos órgãos públicos, ao lado de um direito de recorrer ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Diferentemente da 1ª Emenda à Constituição Americana, o

---

<sup>8</sup> Veja-se, v.g., LAWSON, G. and SEIDMAN, G. Downsizing the right to petition. *Northwestern University Law Review*. Vol. 93. Nº 3, 1999, pp. 762-763.

Constituinte Brasileiro reforçou o caráter de fundamentalidade do direito de petição, ao tratá-lo em dispositivo específico.

A consagração do direito ao recurso administrativo como um componente essencial do direito de petição torna acessório o debate acerca de um direito ao duplo grau de jurisdição. O cidadão que recorre administrativamente exerce, antes de tudo, um direito de petição frente à autoridade administrativa. A questão da imposição do depósito prévio já pressupõe uma suposta "segunda instância administrativa". Não se discute, portanto, a existência dessa "segunda instância", mas o acesso a ela.

Isso nos leva a uma outra questão.

Exigir que o administrado deposite uma determinada quantia ou arrole bens como requisito ao exercício do direito de recorrer equivale, na prática, à supressão desse direito. E justamente aí se encontra a violação ao núcleo essencial do direito de recorrer administrativamente. O exame de proporcionalidade comprova isto.

Não se faz presente a exigência da adequação, que visa a aferir se o meio leva efetivamente à realização do fim, quando impõe o depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos como condição *sine qua non* para o manejo do recurso. Ao cobrar quantia para admitir recurso

administrativo, não consegue a Administração evitar que o administrado, posteriormente, venha a impedir judicialmente os efeitos da decisão administrativa. É criado um entrave que pode não satisfazer o fim da administração em receber certa quantia.

Quanto à necessidade, ou seja, a não existência de outro meio eficaz, também não se configura no caso. O depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos criam um *discrimen* infundado em detrimento do administrado, exigindo que este deposite quantia de que muitas vezes não é possuidor ou arrole bens que fazem parte de seu patrimônio, quantia essa ou bens e direitos que ficam imobilizados enquanto o recurso é analisado. Por outro lado, é descabida qualquer tentativa de se transformar o depósito prévio em condição necessária ao atingimento do objetivo de se ter um procedimento administrativo célere.

No que tange à razoabilidade, o confronto entre o direito ao recurso administrativo e a pretensão da administração de reter quantias ou exigir o arrolamento de bens e direitos até que ela própria analise um recurso, há de resultar na preponderância do direito do cidadão a levar adiante a sua irrisignação contra uma medida que considera ilegal ou injusta, inclusive por razões de ordem prática. Vale dizer, a solução mais favorável ao administrado deve

prevalecer, mesmo porque a exigência do depósito prévio ou o arrolamento têm o efeito perverso de contribuir para a sobrecarga do Judiciário, já inacessível, como todos sabemos, a parcelas significativas da população. Nesse particular, permitam-me os colegas um pequeno devaneio: não me surpreenderia se, chancelada pela Corte a solução que ora eu e o ministro Marco Aurélio preconizamos, a evolução legislativa subsequente viesse a nos conduzir a algo que me parece revestido da mais alta razoabilidade, isto é: a disseminação de recursos administrativos com efeito suspensivo, complementados pela vedação de acesso ao Judiciário antes de uma solução definitiva do litígio na esfera administrativa. Mas isso, claro, é apenas *whishfull thinking* da minha parte...

Em conclusão, Senhora Presidente, entendo que a ampliação do acesso ao procedimento administrativo reforça, para usar um termo de Jürgen Habermas, um "patriotismo constitucional" que desobstrui os canais representativos - sendo a Administração um deles - e, assim, fomenta a construção de um republicanismo fundado num civismo político balizador do Estado de Direito.

Assim, não subsistem razões, a meu sentir, para se manter a posição que considera constitucional a exigência do depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos para a

interposição de recurso administrativo. Tal exigência esvazia o direito fundamental dos administrados a verem decisões revistas por parte da Administração. Mantê-la levaria à própria negação do direito ao recurso administrativo.

Diante dessas considerações, considero inconstitucional o art. 32 da MP impugnada, convertida na Lei 10.522/2002, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72.