

Supremo Tribunal Federal

Diário da Justiça de 29/06/2007

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS
ADVOGADO(A/S) : LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS
RECORRIDO(A/S) : ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E
COMÉRCIO
ADVOGADO(A/S) : ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E
OUTRO(A/S)

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em conhecer do recurso e, por maioria, vencido o ministro Sepúlveda Pertence, em negar-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998. Licenciada a ministra Ellen Gracie, Presidente.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Brasília, 28 de março de 2007.

MARCO AURÉLIO

-

RELATOR

Supremo Tribunal Federal

02/10/2003

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS
ADVOGADO(A/S) : LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS
RECORRIDO(A/S) : ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E
COMÉRCIO
ADVOGADO(A/S) : ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E
OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Tribunal Regional Federal da 3ª Região acolheu pedido formulado em apelação, em acórdão assim sintetizado:

CONSTITUCIONAL. RECURSO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. DESCABIMENTO. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. DIREITO À SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

- A Carta Magna de 1988 estabeleceu nova ordem constitucional e criou garantias para o administrado em face da administração pública, inexistentes no ordenamento jurídico anterior, como o inciso LV do seu artigo 5º, que assegura ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, no processo administrativo.

- Tal dispositivo recepcionou o artigo 151, inciso III, do CTN, segundo o qual a interposição de reclamações e recursos administrativos constitui causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário. A lei complementar, interpretada agora à luz da atual Constituição, consagra o princípio da ampla defesa e o faz, independentemente de depósito, estabelecendo para o recorrente direito ao efeito suspensivo. Logo, o legislador ordinário, hierarquicamente inferior, não pode condicioná-lo a obstáculo ilógico, uma vez que representa verdadeira contradição impor ao contribuinte que deposite percentual do crédito ainda a ser discutido para suspender-lhe a exigibilidade. Mesmo a título de depósito, significa exigir antes parcela do crédito para sustar depois a exigibilidade do crédito todo, incluindo a parte já exigida. Não faz sentido. O processo administrativo

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

tributário, ao contrário, deve ser regulado em harmonia com o ordenamento jurídico.

- A exigência de depósito prévio não tem natureza de pressuposto processual de admissibilidade dos recursos. O preparo do artigo 511 do CPC, v. g., pressuposto objetivo, consiste no custeio das despesas referente ao processamento do feito, ao passo que o depósito é uma espécie de garantia ou caução, que cerceia, de forma incontestável, o direito de recorrer e obter a suspensão da exigibilidade do crédito.

- Evidenciado, portanto, o descompasso dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/91 com o artigo 151, inciso III, do CTN, a ensejar a concessão do *mandamus*.

- Apelação provida (folha 118).

O recorrente, mediante as razões de folha 122 a 125, nas quais evoca o esteio da alínea "a" do permissivo constitucional, articula com a transgressão do artigo 5º, inciso LV, da Carta Política da República, ressaltando que a garantia da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos não exclui a obrigatoriedade de cumprimento das formalidades legais. Defende a harmonia da exigência do depósito prévio com a Constituição.

A recorrida não apresentou contra-razões (certidão de folha 127), estando o procedimento atinente ao juízo primeiro de admissibilidade à folha 129.

É o relatório.

Supremo Tribunal Federal

02/10/2003

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Os pressupostos de recorribilidade estão atendidos. No julgamento dos Recursos Extraordinários n^{os} 210.246-6/GO, 210.234-2/GO, 210.369-1/MG, 210.380-2/MG e 218.752-8/GO, tive a oportunidade de sustentar, no segundo semestre de 1997, a insubsistência do preceito do § 1º do artigo 636 da Consolidação das Leis do Trabalho. Parti da premissa de que a exigibilidade do depósito da multa, em certos casos, em face do montante e da situação econômico-financeira do infrator, acaba por impedir o direito de defesa. Fiz ver a impossibilidade de o Estado dar com uma das mãos e retirar com a outra, pronunciando-me nos seguintes termos:

Senhor Presidente, entendo que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal viabiliza a ampla defesa à exaustão, ao preceituar:

"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;"

E o que se tem na espécie dos autos? Tem-se a previsão, na Consolidação das Leis do Trabalho, do recurso contra multas aplicadas pelos inspetores do trabalho. Todavia, essa previsão

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

do recurso, que é algo da nossa tradição administrativa, no campo da fiscalização, está jungida ao depósito da totalidade da multa por aquele que foi tido como infrator.

O que isso representa, pelo menos sob a minha óptica? Representa um óbice, em alguns casos, até mesmo ao exercício do direito de defesa, inviabilizando-se, portanto, desde que aquele apontado como infrator não tenha meios suficientes para a feitura do depósito, a interposição do próprio recurso.

Não vejo como ter a previsão do § 1º do artigo 636 da Consolidação das Leis do Trabalho como harmônica com o princípio constitucional, com a garantia constitucional que assegura a ampla defesa, inclusive no processo administrativo.

O § 6º do artigo 636, revelando até mesmo a razão de ser do § 1º, contém uma outra regra que não está em jogo, mas que precisa também ser objeto de reflexão, segundo a qual diz:

"Art. 636 (...)

§ 6º A multa será reduzida de 50% (cinquenta por cento) se o infrator, renunciando ao recurso," - o que demonstra, a mais não poder, que se trata de um direito do infrator, assegurado legalmente - "a recolher ao Tesouro Nacional, dentro do prazo de 10 (dez) dias, contados do recebimento da notificação ou da publicação do edital."

Senhor Presidente, não conheço do recurso. (Recurso Extraordinário nº 210.246-6/GO, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, perante o Pleno, em 12 de novembro de 1997, tendo sido conhecido e provido, por maioria, e designado redator para o acórdão o ministro Nelson Jobim).

Acrescento que o pleito administrativo está inserido no gênero "direito de petição" e este, consoante dispõe o inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, é assegurado independentemente do pagamento de taxas. Trata-se aqui de algo que pode inviabilizar até mesmo o direito de defesa, compelindo o interessado a prática incongruente, ou seja, a de depositar, ainda que parcialmente, o que entende como indevido. Cumpre ter presente, também, o efeito suspensivo do recurso a alcançar o todo cobrado,

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

não cabendo, ante o fenômeno da suspensão, exigir, embora sob a nomenclatura de depósito, o recolhimento de percentagem do tributo ou da multa.

Ora, assim como na hipótese na qual em jogo se faz a liberdade do cidadão, não consigo curvar-me, em face da força dos ditames de minha consciência, ao precedente do Plenário, razão pela qual conheço deste recurso extraordinário e o desprovejo, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com a redação dada pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998.

É como voto, na espécie dos autos.

Supremo Tribunal Federal

TRIBUNAL PLENO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS
ADVOGADO(A/S) : LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS
RECORRIDO(A/S) : ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E
COMÉRCIO
ADVOGADO(A/S) : ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E
OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto e Joaquim Barbosa.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Luiz Tomimatsu
Coordenador

Supremo Tribunal Federal

20/04/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhora Presidente, cuida-se de questão já recorrente nesta Corte.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à apelação ajuizada pelo ora recorrente, com o argumento de que a exigência de depósito para a interposição de recurso administrativo é inconstitucional, por ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição federal.

O extraordinário foi interposto com base no permissivo da alínea a. Nele, alega-se violação do art. 5º, LV.

O ministro relator, sustentando estarem os pressupostos de recorribilidade preenchidos, faz considerações de mérito nas quais se reporta a posicionamentos anteriores, para afirmar que a exigência de depósito prévio inviabiliza o direito de defesa dos que recorrem administrativamente. S. Exa. também invoca o direito de petição independentemente do pagamento de taxas e conclui pelo não-provimento do recurso.

Pedi vista dos autos, para proceder a análise mais detida do caso.

Estou de acordo com o relator no que tange ao atendimento dos pressupostos de recorribilidade.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

No mérito, cumpre-me tecer algumas considerações.

O STF já se defrontou várias vezes com o tema em apreço. Cito alguns precedentes: ADI 1.049-MC (rel. min. Carlos Velloso, *DJ* de 25.08.1995), RE 210.246 (rel. para o acórdão min. Nelson Jobim, *DJ* de 17.03.2000) e ADI 1.922-MC e 1.976-MC (rel. min. Moreira Alves, *DJ* de 24.11.2000).

Em todos os casos citados, ficou consagrado, embora sempre por maioria, que a exigência de depósito prévio é constitucional. O voto do ministro Moreira Alves nas cautelares das citadas ações diretas de inconstitucionalidade bem explicita a posição majoritária:

"Esta 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."

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Não obstante esses argumentos, tenho motivos para acreditar, *data venia*, que a posição do Tribunal merece ser revista.

O tema pode ser abordado sob três ângulos que se relacionam, a saber: o do princípio democrático no procedimento administrativo, o do procedimento administrativo e o princípio da legalidade e o do 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 desenvolver-se legitimamente não apenas no âmbito judicial mas também no âmbito da própria Administração, que está vinculada ao dever de realizar as diversas normas constitucionais e, especialmente, as normas constitucionais administrativas. A consecução da democracia, de último modo, depende da ação do Estado na promoção de um procedimento administrativo que seja: (i) **sujeito ao controle** dos órgãos democráticos, (ii) **transparente** e (iii) **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."*¹

¹ "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 del Estado de Derecho y el principio democrático. Sobre el objeto del procedimiento administrativo en la dogmática

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

A construção da democracia e de um Estado Democrático de Direito exige da Administração Pública, antes de mais nada, respeito ao princípio da legalidade, quer em juízo, quer nos procedimentos internos. Impossibilitar ou inviabilizar o recurso na via administrativa 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, dada a natural dificuldade - para não dizer autocontenção - da Administração em revisar os próprios atos.

Eugénie Prévédourou bem ressalta esse aspecto:

*"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'."*²

administrativa alemana. In: BARNES VAZQUEZ, Javier (Coord.). *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Madrid: Civitas, 1993. p. 335.

² "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 préparation de l'acte qui le concerne'". PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Les recours administratifs obligatoires: Étude comparée des droits allemand et français*. Paris: LGDJ, 1996. p. 182.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Vozes doutrinárias no Brasil têm chegado à 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 conduta dos agentes públicos (fim primário), acabando por frustrar o próprio objetivo do processo administrativo."*³

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

*"Os 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."*⁴

Entendo, pois, que tornar o procedimento administrativo impossível ou inviável, por meios indiretos, constitui ofensa ao

³ 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, n. 16, p. 1412, 2000.

⁴ "Les 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

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

princípio da legalidade. Aliás, inúmeras vezes, a infração ao princípio da legalidade e, mais 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 no curso do próprio procedimento.

O direito ao recurso em procedimento administrativo é tanto um princípio geral de direito como um direito fundamental. Conforme lembra o 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'."*⁵

Situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção constitucional, a saber: art. 5º, incisos XXXIV (direito de petição independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório).

l'administration en associant les administrés à l'élaboration des décisions qui les concernent". PRÉVÉDOUROU, Eugénie. *Op. cit.*, p. 165.

⁵ "Como el derecho a la defensa, la posibilidad de un recurso administrativo incluso sin base legal, ha sido reconocida como 'principio general del 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: BARNES VAZQUEZ, Javier (Coord.). *Op. cit.*, p. 375.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

A dimensão do contraditório foi bem compreendida pelo ministro Carlos Velloso no julgamento da ADI 1.049, quando S. Exa. afirmou:

"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."

Quanto ao direito de petição, são percucientes as observações de Maria Sylvania 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."*⁶

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

"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,

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo* 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 603.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

e de dirigir ao Governo petições para a reparação de suas reclamações."

É comum, nos dias de hoje, a afirmação, 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.⁷

Com efeito, várias atividades do Executivo se assemelham às atividades exercidas pelo Judiciário. Historicamente, isso se explica. Antes da consagração, em diversos sistemas constitucionais, do 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 direito fundamental e inafastável.

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

⁷ Veja-se, v.g., LAWSON, G.; SEIDMAN, G. Downsizing the right to petition. *Northwestern University Law Review*, v. 93, n. 3, p. 762-763, 1999.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

acerca do direito ao duplo grau de jurisdição. O cidadão que recorre na via administrativa exerce, antes de tudo, direito de petição em face da autoridade administrativa. A imposição do depósito prévio já pressupõe suposta "segunda instância administrativa". Não se discute, portanto, a existência dessa "segunda instância", mas o acesso a ela.

Isso nos leva a outra questão.

Exigir que o administrado deposite determinada quantia como requisito ao exercício do direito de recorrer equivale, na prática, à supressão desse direito. Justamente aí se encontra a afronta à essência do direito de recorrer na via administrativa. O exame de proporcionalidade comprova isso.

Não está presente a exigência da adequação, que visa a aferir se o meio leva efetivamente ao fim pretendido, quando se impõe o depósito prévio como condição *sine qua non* para o manejo do recurso. Ao cobrar 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 de receber certa quantia.

Quanto à necessidade, ou melhor, à inexistência de outro meio eficaz, também ela não se configura no caso. O depósito prévio cria um *discrímen* infundado em detrimento do administrado, ao se exigir deste depósito de quantia de que muitas vezes não dispõe e

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

que fica immobilizada 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 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 até que ela própria analise o recurso há de resultar na preponderância do direito do cidadão de levar adiante sua irresignação contra 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 de depósito prévio tem 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 que, chancelada pela Corte a solução ora preconizada por mim e pelo ministro Marco Aurélio, 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 da solução definitiva do litígio na esfera administrativa. Mas isso, claro, é apenas *whishfull thinking* de minha parte...

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Em conclusão, Senhora Presidente, entendo que a ampliação do acesso ao procedimento administrativo reforça, para usar termo de Jürgen Habermas, um "patriotismo constitucional" que desobstrui os canais representativos - um dos quais, a Administração - e, assim, fomenta a construção de um republicanismo fundado em 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 para a interposição de recurso administrativo. Tal exigência esvazia o direito fundamental dos administrados de verem decisões revistas pela Administração. Mantê-la levaria à própria negação do direito ao recurso administrativo.

Diante dessas considerações, acompanho o voto do relator, para negar provimento ao recurso extraordinário.

Supremo Tribunal Federal

20/04/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, Senhores Ministros, tenho uma posição firmada de longa data sobre esse assunto. Manifestei essa minha opinião, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em vários processos, onde ousava discordar do colendo Supremo Tribunal Federal por entender, à época, que a obrigatoriedade de depósito ou caução, para efeito de recurso administrativo, me parecia e como me parece até hoje inconstitucional. Penso que, talvez, sob a égide da antiga Constituição, fosse possível, eventualmente, admitir-se a possibilidade da exigência de depósito ou caução porque a Carta Magna de então permitia que se condicionasse o ingresso em juízo ao esgotamento de todas as vias administrativas, salvo se se exigisse depósito ou caução prévios. À luz da Carta Magna em vigor, creio, *data venia*, que essa exigência é absolutamente inconstitucional. Primeiramente, como ressaltado pelo eminente Relator e também, agora, pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, porque há uma clara afronta, a meu juízo, ao princípio da isonomia, sobretudo porque coloca cidadãos em situação de desigualdade perante a Administração tendo em vista os seus recursos materiais. Ademais, penso que essa

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

exigência fere o direito de petição e de representação, previstos no art. 5º, inciso XXXIV, da Carta Magna, e, também, o direito ao contraditório e ampla defesa, agora, estendidos, como se sabe, aos processos administrativos (art. 5º, inciso LV, da Carta Magna).

Tenho sempre entendido — parece que ainda estão presentes alguns estudantes no Plenário — e dito isto aos meus alunos: o direito de petição é antiqüíssimo, remonta, talvez, a Carta Magna de 1215, sendo o primeiro instrumento de defesa que tem o cidadão para garantir direitos, afastar ilegalidades ou abuso de poder, antes mesmo de ingressar em juízo; é a arma do homem comum, o qual se defende com tais instrumentos antes mesmo de constituir um advogado, porque somente através dele é que o cidadão pode pleitear em juízo, antes de arcar com as custas e de correr o risco de eventual sucumbência.

Por esses motivos singelamente enunciados — não trago voto escrito —, acompanho o eminente Relator e também o eminente Ministro Joaquim Barbosa para dar provimento ao recurso.

* * * * *

Supremo Tribunal Federal

20/04/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhora Presidente, parece-me, nitidamente, que a exigência do depósito se desdobra da máxima fascista **solve et repete**.

De modo que, sem qualquer outra consideração, acompanho o Ministro-Relator.

Supremo Tribunal Federal

20/04/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, a Administração Pública se escalona por um modo particular que é a hierarquia. Os órgãos e as entidades da Administração Pública superpõem-se por graus que Marcelo Caetano chamava de "hierárquicos", e a nossa Constituição parece ratificar, confirmar essa estrutura necessariamente escalonada da Administração Pública, tanto que o art. 84, II, diz que:

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;".

Isso me leva a rememorar estudos antigos que eu fazia do chamado princípio da revisibilidade, ou seja, do ângulo da Administração Pública, um dos seus princípios estruturantes é facultar ao administrado o direito de esgotar as instâncias administrativas assim hierarquicamente escalonadas ou superpostas.

Já do ângulo da Administração, não do administrado, eu estudava, àquela época, já havia escrito sobre Direito Administrativo; fui professor dessa matéria na Universidade Federal de Sergipe por sete anos, até que me bandeei para o Direito

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Constitucional. Mas o fato é que, entre as prerrogativas materiais da Administração, sempre comparecia, e penso que comparece ainda, o chamado "poder de revisão" ou "poder revisional", que é a prerrogativa de que dispõe a Administração Pública para avocar - verdadeiro poder avocatório - processos de escalões hierárquicos inferiores, ou seja, do ângulo do administrado, existe o direito de esgotar as instâncias da Administração Pública, manejando recursos hierárquicos. Do ângulo da Administração, existe o poder da administração superior sobre a inferior de rever, de revisionar decisões no autêntico exercício do chamado "poder avocatório".

O notável Professor Celso Antônio Bandeira de Mello dá conta desse princípio da revisibilidade, que opera do ângulo do administrado como um direito, nos seguintes termos (Curso de Direito Administrativo, 17ª edição, página 462):

"Princípio da revisibilidade. Consiste no direito de o administrado recorrer de decisão que lhe seja desfavorável. Tal direito só não existirá se o procedimento for iniciado por autoridade do mais alto escalão administrativo" - lógico - "ou se for proposto perante ela. Neste caso, como é óbvio, o interessado mais não poderá senão buscar as vias judiciais".

Esse princípio também me parece emprestar ao art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a", da Constituição uma dimensão mais generosa - vamos dizer assim -, mas generosidade naquele sentido de que falava Seabra Fagundes, não como uma categoria ideológica, mas como uma coordenada técnica. O art. 5º é para ser interpretado mesmo

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

generosamente na perspectiva dos direitos subjetivos, que, por definição, são oponíveis ao Poder Público.

E diz a Constituição:

*"Art. 5º
XXXIV - são a todos assegurados,
independentemente do pagamento de taxas:
a) o direito de petição aos poderes
públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade
ou abuso de poder;"*

Essa interpretação mais larga, mais à solta leva-me a entender que direito de petição se dê em todas as instâncias administrativas, ganhando, portanto, uma conotação de petição recursal, se necessário.

Na linha do que li do voto do Ministro Marco Aurélio, o inciso LV do art. 5º também comparece para robustecer esse tipo de consideração, porque, se interpretado o inciso LV também com essa largueza, que me parece ínsita à interpretação de todo o art. 5º.

Aqui está dito:

*"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;"*

De maneira que, se se retirar do recorrente nas vias administrativas a possibilidade de esgotar as instâncias independentemente do pagamento de taxas, esse dispositivo restará funcionalmente empobrecido; ele restará funcionalmente empobrecido na sua funcionalidade.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Então, por tudo isso, Senhora Presidente, acompanho o voto do Ministro-Relator, na linha também dos votos já proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

* * * * *

Supremo Tribunal Federal

20/04/2006

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, gostaria de antecipar meu voto e, com todas as vênias dos votos já proferidos, afirmar a constitucionalidade da exigência legal de depósito para o recurso administrativo.

Reporto-me ao voto que proferi na ADI 1.922-MC, quando acentuei:

"Condicionar o recurso administrativo a depósito seria inconstitucional, se o recurso administrativo constituísse uma garantia da Constituição, ou se a sua interposição, ou melhor, a exaustão da instância administrativa criada em lei fosse condição de acesso à jurisdição do Poder Judiciário.

A Constituição, a meu ver, não garante o recurso administrativo. Ela estabelecerá, conforme a matéria, procedimentos administrativos para tornar definitivas as decisões administrativas sempre sujeitas a controle jurisdicional. Controle jurisdicional, no entanto, repita-se, jamais dependente da exaustão da instância administrativa.

*Por isso mesmo, o Código Tributário Nacional, que dá ao recurso administrativo fiscal efeito suspensivo da exigibilidade do crédito tributário, claramente remete à lei do processo administrativo tributário a regulação desse recurso e a sua própria existência. Por isso, não me parece, **data venia**, plausível a alegação de inconstitucionalidade.*

Como acaba de enunciar o Ministro Celso de Mello, também eu me reservo o exame de hipóteses em

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

que o depósito seja absolutamente abusivo e desarrazoado, porque aí, sim, o próprio princípio do devido processo legal substantivo impede que uma lei conceda, ainda que podendo não concedê-la, o recurso administrativo e subtraia, na prática, a sua oponibilidade, estabelecendo ônus desproporcionado. Não é o caso, nem sequer se alega isso."

Continuo convencido dessa opinião e creio que, contrariamente ao que aqui se aduziu, a eliminação na Constituição da previsão, na Carta decaída, da possibilidade de exigência da exaustão da instância administrativa, ao contrário de elidir a constitucionalidade do depósito para sua interposição, reforça a sua constitucionalidade.

Por isso peço vênias aos eminentes Ministros que já se pronunciaram para dar provimento ao recurso.

Nc.

Supremo Tribunal Federal

TRIBUNAL PLENO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS
ADVOGADO(A/S) : LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS
RECORRIDO(A/S) : ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E
COMÉRCIO
ADVOGADO(A/S) : ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E
OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e negando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Luiz Tomimatsu
Secretário

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: 1. O caso reduz-se à questão da constitucionalidade, ou não, da norma que tornou obrigatório o depósito do valor da exigência fiscal como condição de admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Votaram pelo improvimento do recurso extraordinário interposto pelo ente tributante os Ministros **MARCO AURÉLIO** (Relator), **JOAQUIM BARBOSA**, **RICARDO LEWANDOWSKI**, **EROS GRAU** e **CARLOS BRITTO**, e, em sentido contrário, pelo provimento, o Ministro **SEPULVEDA PERTENCE**.

2.1. A exigência de depósito prévio para fins de admissibilidade de recurso administrativo importa, a meu juízo, clara ofensa ao primado da **isonomia**. Ninguém nega que a admissibilidade de recurso, qualquer que seja sua natureza, pode, senão que deve submeter-se a certas exigências. Mas tampouco se nega que, dentre estas, não pode figurar nenhuma que implique ou envolva discriminação baseada na **condição financeira** do interessado. A pressupor-se dada condição financeira como ingrediente de requisito legal de admissibilidade de recurso, como sucede no caso, dois interessados que se encontrem em idêntica situação de ordem geral, equiparados em tudo, exceto quanto ao grau de disponibilidade de dinheiro para arcar com depósito prévio, suportariam tratamento jurídico-normativo diverso em razão única da diversa capacidade econômica. O contribuinte sem recursos seria aí vistosamente prejudicado, pois, incapaz de atender à condição legal, ficaria

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

exposto à imediata exigibilidade de todo o montante do crédito pretendido, ainda quando convicto da existência de razões factuais e jurídicas que, conspirando contra a pretensão do fisco, lhe seriam oponíveis já na esfera administrativa. O critério de tal discrimen não encontra fundamento racional.

2.2. Mas esta não me parece a única razão da inconstitucionalidade da exigência do depósito. Ainda em relação ao contribuinte que possa fazê-lo, não encontro fundamento jurídico-constitucional que a autorize.

É que o **direito de petição**, consagrado de forma autônoma no art. 5º, inc. XXXIV, “a”, da Constituição da República, e ao qual deve emprestar-se interpretação larga e generosa, como preconiza o voto do Ministro **CARLOS BRITTO**, abrange, decerto, a admissibilidade de recurso administrativo, que é *“legítima manifestação do direito de petição a órgão público, com o expreso desiderato de defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder, hipótese em que não é possível nem mesmo a exigência do pagamento de taxas, por expressa determinação constitucional, quanto menos a exigência de prévio depósito para garantia do direito de resposta”*¹.

Posto que a literalidade do texto constitucional se refira ao pagamento de “taxas”, é óbvio que lhe não quadra o estrito sentido técnico de taxa, entendida como espécie tributária, senão o significado lato de despesa, custo, gasto, ou dispêndio. Outra leitura nasceria de interpretação ingênua. De modo que, se a Constituição não permite o menos, que seria cobrança de taxas voltadas ao pagamento de despesas, *a fortiori* não pode a lei autorizar o mais, isto é, exigência de caução ou depósito prévio, que configuram,

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

“embora com a nomenclatura de depósito, o recolhimento de percentagem do tributo ou da multa”, como observou o Ministro **MARCO AURÉLIO**.

2.3. O objetivo prático da norma parece ter sido o de forçar antecipação do recebimento dos créditos tributários, com base noutra pressuposto ou presunção, a de que a atuação administrativa do contribuinte é, via de regra, protelatória, como lembra **ALBERTO XAVIER**², ao comentar parecer que inspirou a restauração do sistema de depósitos recursais. Entendeu-se aí que a exigência “*possibilitaria, de um lado, a agilização na realização dos valores em disputa, por inibir as irresignações meramente protelatórias, e de outro lado, fixaria considerável segurança quanto aos ingressos destes recursos nos cofres públicos (...). Em suma, a medida afasta manobras protelatórias em favor do ingresso de recursos nos cofres públicos*”.

A tal papel não se presta, é óbvio, a instituição de requisito de admissibilidade recursal que, de sua natureza, deveria guardar relação com aspectos intrínsecos ou extrínsecos dessa classe de remédio jurídico ou, quem sabe, do próprio objeto da controvérsia, e não, servir a finalidades puramente arrecadatórias.

2.4. Falta, ademais, **razoabilidade** à exigência normativa de depósito prévio, enquanto inadequado e desnecessário, como bem comprova o teste de proporcionalidade a que o submeteu o voto do Ministro **JOAQUIM BARBOSA**. A respeito, observo que é preciso haver perfeita simetria entre a norma, de um lado, e seus fundamentos e objetivos, de outro. E isso não se verifica na previsão do depósito recursal, que visa a produzir resultado

¹ **MINATEL, José Antonio.** *Depósito para garantia de instância administrativa.* in Repertório IOB de

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

empírico em relação ao qual não aparece como medida apropriada, por não conseguir evitar que decisão judicial impeça o recebimento do valor pretendido, nem sequer como meio necessário, pois pode aviar-se a cobrança ao cabo do procedimento administrativo, sem que se exija, do contribuinte, prévio depósito de quantia cuja legitimidade ainda se discute.

Tampouco encontro harmonia entre previsão de recurso administrativo e a concomitante exigência de depósito como requisito de admissibilidade. O propósito de qualquer norma que estatua meio de impugnação recursal não é outro senão o de permitir que se suscite, dentro do mesmo processo ou procedimento, a revisão, por órgão superior, de decisão proferida por instância ou órgão inferior. Busca-se, com a previsão do recurso administrativo, o aprimoramento da prestação devida ao administrado mediante controle interno da legitimidade dos atos da administração. O depósito prévio em nada concorre para a concretização desses imperativos, contrariando a idéia de que *“a lei (aqui compreendida a medida provisória), longe de criar, deve remover qualquer obstáculo de caráter processual ou econômico, que, sem apoio na Constituição, impeça ou, mesmo, dificulte, ao contribuinte, o amplo exercício do direito em tela [ampla defesa]”*³.

2.5. Ao dever de revisão dos atos da administração pública corresponde a necessidade de ampliação dos meios de acesso do contribuinte aos recursos hierárquicos.

O argumento expendido pelo eminente Min. **SEPÚLVEDA PERTENCE**, segundo o qual a exigência de depósito não ofenderia a Constituição da República, porque esta não prevê recurso na esfera administrativa, nem condiciona ao exaurimento de

Jurisprudência, nº 01, 1ª Quinzena de Jan. de 1999, p. 30.

² *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 183.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

instâncias administrativas o acesso ao Poder Judiciário, não me parece, com o devido respeito, soar como objeção intransponível.

Uma vez franqueada ao contribuinte, pela legislação subalterna, via de acesso a instância recursal administrativa, não faz sentido impor-lhe exigências desproporcionais que terminem por inviabilizar o manejo do próprio remédio recursal. Institui-se direito subjetivo, e ao mesmo tempo frustra-se-lhe, na prática, o exercício! Nisso, a efetividade da norma constitucional que prevê o **direito de petição** é aviltada pela exigência do depósito recursal prévio.

Embora se possa aderir à tese de que a Constituição da República não contemplaria, pelo menos de modo direto, o duplo grau administrativo, como parece tampouco fazê-lo, pelo menos sob disciplina genérica, quanto à jurisdição mesma, sua concreta previsão na legislação inferior deve acomodar-se aos princípios constitucionais, a cuja luz não fora demais filiar-lhe a obrigatoriedade na *amplitude* que a Constituição da República confere e assegura, também no processo administrativo, à defesa do litigante, “*com os meios e recursos a ela inerentes*” (art. 5º, inc. LV). Suposto a Constituição não obrigue à instituição de instâncias recursais na esfera administrativa, já se caracteriza nítida lesão ao princípio do devido processo legal (*due process of law*) e ao direito de petição, quando, com instituí-las, a lei subordine o uso dos recursos à satisfação de exigência que repugne a outros preceitos constitucionais.

2.6. Se tendesse a inibir interposição de recursos protelatórios, melhor teria andado a lei no cominar multa por abuso do poder recursal. É que a forma ora impugnada

³ ROQUE CARRAZZA, Roque, e BOTTALLO, Eduardo. *O depósito como requisito para encaminhamento de*

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

torna a lógica recursal perversa para o contribuinte, o qual se vê compelido a recolher parcela eventualmente considerável do valor discutido, para legitimar-lhe a rediscussão na esfera administrativa. E, seja meramente arrecadatório o intuito normativo, não menos insustentável aparece a norma, como produto de abuso do poder de legislar.

2.7. Por fim, há questão formal que me parece decisiva. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de acordo com o Código Tributário Nacional, opera, dentre outras formas, *ipso facto*, por obra do manejo de reclamação ou de recurso, bem como pelo depósito de seu valor integral. E é causa de sua extinção, a conversão do depósito em renda.

Pois bem, o Código Tributário Nacional é lei complementar e, como tal, hospeda as normas gerais da matéria tributária, que “*padronizam o regramento básico da obrigação tributária (nascimento, vicissitudes, extinção), conferindo-se, dessa forma, uniformidade ao sistema tributário nacional*”⁴.

Ora, dentre as chamadas vicissitudes da obrigação tributária, está a “*suspensão da exigibilidade para este reexame [revisibilidade administrativa]*”, como ensina RUY BARBOSA NOGUEIRA⁵, ao referir-se à hipótese de suspensão contemplada no art. 151, inc. III, do CTN, e respeitante às reclamações e aos recursos administrativos. E, entre as causas de extinção do crédito tributário, figura a “*conversão do depósito em renda*”, conforme dispõe o art. 156, VI, do mesmo CTN. Em síntese, a suspensão do crédito tributário por força da interposição de recurso ou reclamação é efeito automático *ex lege*,

recursos à segunda instância administrativa e suas injuridicidades. *In Repertório IOB de Jurisprudência*, nº 02, 2ª Quinzena de Jan. 1999, Caderno I, p. 71.

⁴ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.165.

⁵ *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 287-291.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

enquanto decorre da incidência da lei complementar, e visa a eludir a indesejável sistemática do *solve et repete*.

Vê-se claro, daí, a incompatibilidade **direta e frontal** da legislação instituidora do depósito com a Constituição da República, que preceitua, no art. 146, inc. III, alínea “b”, caber à **lei complementar** o estabelecimento de **normas gerais em matéria tributária**, sobretudo a respeito de “*obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários*”. Não é dado a lei ordinária cuidar desses temas, modificando disciplina contida no instrumento legislativo competente, que é o Código Tributário Nacional, recebido como lei complementar.

A legislação ordinária, em nítida usurpação de competência, entrou a exigir coisa que não prevê a lei complementar: enquanto o CTN, corpo normativo a que o ordenamento comete a disciplina exclusiva da matéria, se contenta com o simples uso de reclamação ou de recurso, ou – observe-se a alternativa - o depósito integral do valor do tributo, para efeito de suspender-lhe a exigibilidade, a lei ordinária prescreve, a título de condição adicional, ou melhor, autônoma, a efetivação de depósito prévio, para que o contribuinte logre o mesmo efeito jurídico que, nos termos daqueloutra, já lhe assegura a só interposição do recurso! Como se nota, cumulação de todo em todo injurídica, porque a legislação complementar deu caráter alternativo às causas suspensivas. É o que demonstram, com clareza, **CARRAZZA e BOTTALLO**⁶:

“Como se vê, o Código Tributário Nacional considera a interposição do recurso administrativo causa suspensiva do crédito tributário. (...) Ora, o Código Tributário Nacional não estabelece como condição, para que tal recurso administrativo venha interposto, a prestação de depósito. Tanto não, que o inc. II, do seu art. 151, considera o

⁶ *Op. cit.*, pp. 69-70.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

depósito (de resto, facultativo) outra causa suspensiva do crédito tributário. Absolutamente não o vincula à interposição de recurso administrativo. Segue-se, pois, que as ‘leis regulamentadoras do processo tributário administrativo’ (art. 151, III) não podem condicionar a interposição do recurso, a depósito, ainda que parcial, do montante da exigência fiscal. Caso contrário, tais ‘leis reguladoras’ estariam aglutinando duas hipóteses que o Código Tributário considerou autônomas (e, o que é mais grave, anulando ambas, já que o recurso não poderia subsistir sem o depósito e vice-versa). Na pior das hipóteses (...), tal correlação só poderia ser imposta por norma que viesse a alterar o art. 151, do Código Tributário Nacional. Norma, evidentemente, veiculada, não por meio de medida provisória (ou, mesmo, de lei ordinária), mas, apenas e tão-somente, por meio de lei complementar, como exige o art. 146, da Constituição Federal”.

E não tem nenhum fundamento supor que a menção constante do art. 151, inc. III, *in fine* (“as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”), poderia dar margem à provisão de medidas restritivas ou limitadoras pela legislação ordinária, pois tal referência só comporta poder de editar “regras instrumentais, processuais ou adjetivas”, sob pena de se arrogarem estas “poder paraconstitucional e apócrifo”, na expressão cunhada por **CANOTILHO**, como adverte e remata **ALBERTO XAVIER**⁷.

3. Do exposto, com a vênia do Ministro **SEPULVEDA PERTENCE**, acompanho o eminente Ministro Relator, para negar provimento ao recurso extraordinário.

⁷ *Op. cit.*, pp. 211-212.

Supremo Tribunal Federal

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, também peço vênua ao Ministro Sepúlveda Pertence, mas, por todas as razões expostas e que estudei após o voto, já que não estava presente no momento da leitura do Relatório, concordo inteiramente quanto à inconstitucionalidade e acompanho o Relator.

Supremo Tribunal Federal

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Novamente ponderando o tema suscitado na presente causa, e após refletida análise sobre ele, cheguei à conclusão, Senhor Presidente, **de que se impõe a revisão da jurisprudência** que o Supremo Tribunal Federal **firmou** na matéria ora em debate.

Também eu, Senhor Presidente, **entendo 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 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, 11ª 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 Federal

RE 389.383 / SP

Supremo Tribunal, em dezenas de julgados, a despeito da insistência das repartições arrecadadoras".

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 vem prevalecendo neste julgamento **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**

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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)

E, como já enfatizado nos votos que me precederam, 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 relembrar!) - 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

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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,

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RE 191.480/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - RE 199.800/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):

"RESTRIÇÃO 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

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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. 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, em sede tributária), **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**

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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 expandido 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.

.....

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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 nesta decisão:

"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'.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

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, assegurado do direito de defesa com os meios e recursos a ela inerentes."
(grifei)

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Sendo assim, e com estas considerações, **peço vênia** para acompanhar o voto do eminente Relator.

É o meu voto.

Supremo Tribunal Federal

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhor Presidente, peço todas as vênias aos votos, todos eles luminosos, aqui proferidos no sentido da inconstitucionalidade, mas persisto fiel à antiga jurisprudência do Tribunal.

A meu ver, os argumentos todos seriam irresponsáveis se vivêssemos um sistema de contencioso administrativo. Ao contrário, temos como dogma consolidado no nosso constitucionalismo a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. E aí, sim, o Tribunal tem repellido a instituição de taxas judiciárias ou outros ônus que, por seu montante, possam inviabilizar ou tornar extremamente difícil a provocação do Poder Judiciário.

Por isso, peço vênia para deixar marcada a minha posição, negando provimento ao recurso do contribuinte, RE nº 388.359, e dando provimento aos recursos do INSS.

Nc.

Supremo Tribunal Federal

28/03/2007

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Também confesso que já tive convicção muito mais acentuada e quase que inabalável no sentido da posição ora sustentada pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

Fiz algumas indagações sobre o tema, tendo em vista a perspectiva da proporcionalidade, uma vez que a exigência do depósito como vem sendo apontado, na verdade, pode comprometer o exercício do procedimento dessa "jurisdição" administrativa.

Mas uma reflexão mais acurada realmente me permitiu rever essa orientação, e hoje estou absolutamente convencido da posição contrária, pelo menos no que diz respeito ao procedimento administrativo. Temos, é claro - sabemos todos, e tem sido objeto de consideração -, uma jurisprudência que referenda fórmulas semelhantes no que concerne às próprias ações judiciais. Fico a me perguntar, todavia, se, nesse procedimento administrativo que fazemos o enquadramento constitucional no âmbito do direito de petição, poderia o legislador adotar essa exigência, especialmente em tal fórmula, em tal magnitude.

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Por isso, pedindo vênua a Sua Excelência, também acompanho o voto do Ministro Marco Aurélio.

Ainda ontem - não é o caso, a discussão não foi suscitada aqui, mas tem sido suscitada em relação aos casos que envolvam a chamada jurisdição administrativa nos Estados - procuradores de Estado suscitaram alguma dúvida sobre a eficácia desse tipo de decisão, tendo em vista a orientação aparentemente pacífica que esta Corte adotara até então, e a eventual repercussão financeira que essa decisão poderá ter em relação especialmente aos caixas, às finanças estaduais. Não é, porém, o tema que está agora em debate. O tema não foi suscitado, mas, de qualquer forma, não gostaria de sonegar essa informação ao Tribunal. É um tema que se pode agitar e que pode justificar a eventual modulação de efeitos.

Com essas considerações, acompanho os votos do eminente Relator Ministro Marco Aurélio.

Supremo Tribunal Federal

TRIBUNAL PLENO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 389.383-1 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECORRENTE(S) : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
- INSS
ADVOGADO(A/S) : LUCILA MARIA FRANÇA LABINAS
RECORRIDO(A/S) : ZANETTINI BAROSSO S/A INDÚSTRIA E
COMÉRCIO
ADVOGADO(A/S) : ADALZINO MODESTO DE PAULA JÚNIOR E
OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma decidiu remeter o presente recurso extraordinário a julgamento do Tribunal Pleno. Unânime. 1ª Turma, 26.08.2003.

Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, conhecendo e desprovendo o recurso extraordinário, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Falou pelo recorrente a Dra. Carolina Delduque Sennes, Procuradora do INSS. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 02.10.2003.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28.04.2004.

Decisão: Após o voto-vista do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que acompanhava o Relator, conhecendo e negando provimento ao recurso, também manifestando-se nesse sentido os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Carlos Britto, e do voto do Senhor Ministro Sepúlveda Pertence, para conhecer e dar provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Cezar Peluso. Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, Vice-Presidente no exercício da Presidência. Plenário, 20.04.2006.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário, e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da

Supremo Tribunal Federal

RE 389.383 / SP

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, convertida na Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 28.03.2007.

Retificação de decisão: O Tribunal deliberou retificar a proclamação da assentada anterior para constar que, por unanimidade, conheceu do recurso e, por maioria, negou-lhe provimento, declarando a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei nº 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei nº 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória nº 1.608-14/1998, vencido o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence. Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 02.04.2007.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente).

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário