



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 10580.005882/96-95
SESSÃO DE : 04 de julho de 2001
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863
RECURSO Nº : 122.757
RECORRENTE : DEIL DILSON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS
LTDA.
RECORRIDA : DRJ/SALVADOR/BA

DEPÓSITO RECURSAL.

Não se toma conhecimento do recurso na hipótese do Contribuinte recorrente não juntar o depósito recursal de 30% contido no art. 32 da Medida Provisória nº 1.621-30, de 16/06/98 (e reedições posteriores), ou na sua ausência apresentar decisão judicial afastando essa exigência.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, não tomar conhecimento do recurso por inexistência do depósito recursal, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 04 de julho de 2001


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

15 ABR 2002

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, IRINEU BIANCHI, PAULO DE ASSIS e MARIA EUNICE BORJA GONDIM TEIXEIRA (Suplente). Ausentes os Conselheiros MANOEL D'ASSUNÇÃO FERREIRA GOMES, ZENALDO LOIBMAN e CARLOS FERNANDO FIGUEIREDO DE BARROS.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

Intimado da decisão aos 17 de novembro de 1.999, o contribuinte aparelhou seu recurso aos 16 de dezembro do mesmo ano, tempestivamente, portanto, reiterando os termos discorridos em sua impugnação, requerendo pela validade do Laudo Técnico apresentado em sua peça impugnatória.

Às fls. 46/48 encontra-se cópia do Mandado de Segurança, que lhe foi concedido eximindo-o da apresentação de Depósito Recursal.

Às fls. 64/68, encontra-se posterior sentença que cassa a liminar concedida ao contribuinte.

É o relatório.

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

VOTO

Ressalto que a matéria já foi objeto de análise por parte desta Câmara, e sendo assim, por manter a posição outrora firmada, transcrevo o voto prolatado ao Recurso 119.575, o qual dispensa demais ressalvas ou comentários.

Preliminarmente, torna-se imprescindível a análise do comando normativo contido no art. 32 da Medida Provisória nº 1.621-30, atual Medida Provisória nº 1.699-42, que exige o depósito prévio de 30% do valor do crédito tributário exigido no auto de infração para admissibilidade do Recurso Voluntário.

A Medida Provisória nº 1.621-30, de 12 de dezembro de 1997, atual Medida Provisória n.º 1.699-41, de 27 de novembro de 1998, em seu artigo 32, prevê o seguinte:

“Art. 32: Os artigos 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 (...)

§ 1º No caso em que for dado provimento a recurso de ofício, o prazo para a interposição de recurso voluntário começará a fluir da ciência, pelo sujeito passivo, da decisão proferida no julgamento do recurso de ofício.

§ 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.”

Veja-se que a Carta Magna, em seu artigo 5º, inciso LIV, consagra o denominado princípio do devido processo legal, também conhecido pela expressão *due process of law*, determinando que:

"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

Tal princípio é de fundamental importância pois não somente sustenta e instrui o ordenamento jurídico vigente, como também confere legitimidade ao denominado Estado de Direito, dado que estabelece que a todos será assegurado o direito de que determinadas medidas constritivas por parte de autoridades somente serão permitidas após o transcorrer regular de todo o processo competente.

Sobre o basilar princípio, convém trazer à colação valioso ensinamento do Professor AIRES F. BARRETO, constante do Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de setembro de 1992, nº 17/92, página 320:

"O *due process of law* enfeixa todo um conjunto de direitos que podem ser desdobrados, com ênfase especial para o direito de *ser ouvido* e o de *oferecer e produzir* prova adequada à defesa de suas pretensões. Esses dois direitos, por sua vez, comportam novos desdobramentos. Relativamente ao primeiro, abrange as seguintes garantias:

- a) ter vistas do processo, o que não pode ser negado *sob nenhum pretexto*;
- b) poder expressar as suas razões, seja em momentos que antecedam a celebração do ato administrativo, seja nos subseqüentes à sua expedição e à sua publicidade;
- c) obter manifestação expressa da autoridade administrativa, em relação a todos os argumentos ou questões propostas, salvo as não pertinentes à lide;
- d) fazer-se representar por profissional especializado, quando falem ao contribuinte condições técnicas para bem defender-se."

Como se pode notar, trata-se de fundamental princípio constitucional, que em hipótese alguma pode ser violado, - mesmo que de maneira indireta - sob pena de ferir-se todo o ordenamento jurídico vigente e encarar-se com menoscabo uma das premissas básicas do estado democrático e da segurança jurídica.

E de imediato já se pode perceber que o Texto Constitucional, ao consagrar o devido processo legal, não estabelece nenhum limite, nenhuma restrição. Ele não acolhe diferenciação entre o processo administrativo e o processo judicial. A Constituição Federal contempla e garante o devido processo legal em ambas as esferas e isto basta por si só.

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

Neste sentido, constitui lição de hermenêutica das mais comezinhas o entendimento de que, onde o legislador constitucional não restringiu, não cabe ao legislador infra-constitucional restringir. Vale dizer, onde a Constituição Federal não colocou obstáculos, a Medida Provisória não poderia colocá-los.

Por outro lado a exigência afronta o princípio do segundo grau de jurisdição administrativa contido no art. 5º, LV, da Constituição Federal do Brasil, *in verbis*:

“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”

Grifei os termos para concluir que: Aos litigantes em processo administrativo são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Ora, ao se referir que são assegurados o contraditório e ampla defesa com os recursos a ela inerentes, nos processos administrativos, a interpretação que entendo cabível ao caso, é a que, independentemente de qualquer outra obrigação, aos litigantes é assegurado o direito a recurso.

Há correntes doutrinárias, no entanto, com as quais não posso comungar, que entendem que o termo “recursos” contido nesse diploma, não se refere a recursos processuais, mas sim a implementos ou vias inerentes à ampla defesa.

A discordância com tal corrente advém do fato que se assim fosse (igualar recursos a meios), o legislador constituinte teria suprimido o termo “meios”, que tem essa mesma conotação.

Entendo que os “recursos” a que se refere a Carta Magna é propriamente o instrumento de acesso ao segundo grau de jurisdição. Recorrer é, essencialmente, pleitear em instância superior a reforma de decisão exarada pela decisão singular. O termo recurso significa, “em sentido amplo, todo remédio, ação ou medida, ou todo socorro, indicados por lei, para que se proteja ou se defenda o direito ameaçado ou violentado” em sentido restrito, naquele que é tido na linguagem forense, recurso corresponde à *provocation* dos romanos: é a provocação a novo exame dos autos para emenda ou modificação da primeira sentença.”.

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

Não poderia, assim, a interpretação desse vocábulo, contido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, restringir o âmbito de sua aplicação aos meros meios de consecução da ampla defesa, mas sim, interpretá-lo como instrumento devolutivo da apreciação de uma decisão, instrumento da ampla defesa (não meio).

Vale trazer o entendimento da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por votação unânime, negou provimento a recurso de ofício, nos termos do voto do Exmo. Senhor Juiz Relator Aricê Amaral, quando em situação análoga, relativamente à Contribuição Previdenciária- INSS, havia a exigência do depósito prévio do valor da multa como condição para recorrer administrativamente, como vemos :

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DEPÓSITO PRÉVIO. CONDIÇÃO PARA RECORRER. INADMISSIBILIDADE.

I- Ao processo administrativo aplicam-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

II-(...)

III- A exigência do depósito prévio do valor da multa, como condição para recorrer administrativamente, afronta o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, "a", CF/88).

IV- Recurso de Ofício improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, por votação unânime, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Senhor Juiz Relator, e na conformidade da ata de julgamento, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

São Paulo, 05 de novembro de 1996 (data do julgamento)."

(D.J. U. 1 de 07/02/97, p.1352)

No âmbito do Conselho de Recursos da Previdência Social a questão já é mais antiga, sendo agraciada por melhores fonte doutrinárias, sendo oportuna mencionar os ensinamentos do Dr. LUIZ FERNANDO GAMA

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

PELLEGRINI, em artigo publicado no Suplemento Tributário - LTR - nº 01/94, cujo trecho abaixo transcrito convém destacar:

"O segundo tópico que nos chama a atenção pela sua inconstitucionalidade diz respeito à introdução do parágrafo 2º, ao art. 37 da Lei nº 8.212/91, passando o seu parágrafo único a parágrafo 1o..

Esse parágrafo 2º estabelece que a interposição de recursos para o Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS somente poderá ser efetuado *desde que* o contribuinte providencie o *depósito* do valor em discussão monetariamente corrigido.

Essa pretensão é absolutamente inconstitucional e coercitiva, somente se justificando pela sanha de arrecadar a qualquer título, infringindo o art. 5º., inciso LIV, c/c o LV, que regulam o *devido processo legal e a ampla defesa*, que, *in casu*, são afetadas por conduta arbitrária da administração.

Como pretender que o livre exercício da ampla defesa possa prosperar diante de tal exigência ? Nesse sentido, a pretensão a nosso ver é inconstitucional, cabendo aos interessados impetrar o competente mandado de segurança."

Ademais, em relação à característica do processo administrativo fiscal, verifica-se sua essência é a revisão do ato da administração. Daí porque não haveria critério lógico de se destituir a figura do recurso como irrelevante à ampla defesa, uma vez que ao revisar o ato de aplicação da norma, a administração visa primordialmente a concretude dessa aplicação, com o fim de verificar se está, ela administração, praticando o ato de forma vinculada.

Esta Egrégia Câmara, há muito vem decidindo pela inaplicabilidade de algumas penalidades valendo-se do argumento de que não seria devida pelo fato de o lançamento tributário não estar definitivamente constituído, o que se dá, com a decisão administrativa transitada em julgado. Se assim, como poder-se-ia exigir a antecipação de pagamento (30% do valor) de crédito tributário, que não está definitivamente constituído?

E, sendo o auto de infração o ato inicial do procedimento da constituição do crédito tributário, a norma contida no art. 32 da Medida Provisória nº 1.699-42, estaria em contradição com o art. 142 do Código Tributário Nacional, pois, com o depósito dos 30% do valor do crédito tributário não se deu todo o

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

“iter” procedimental, não sendo possível o controle do prazo extintivo do direito do contribuinte na interposição do recurso administrativo.

Não há relação lógica, no que se refere à exigência contida no art. 32 da Medida Provisória nº 1.699-42 com a possibilidade de ter assegurado o segundo grau de jurisdição, nem tão pouco com os pressupostos procedimentais de constituição definitiva do crédito tributário, em operação por este instrumento processual administrativo.

Com efeito, em matéria tributária o princípio do devido processo legal adquire contornos específicos, de relevante importância na relação jurídica estabelecida entre o fisco e o contribuinte, considerando-se que o poder da administração, no exercício da atividade cria limitações patrimoniais, impondo-se a observância das suas fronteiras, a fim de ensejar ao administrado o respeito aos direitos constitucionais que lhe forma assegurados.

Se assim, ao lançar o crédito tributário ou ao impor uma penalidade, não necessita a Fazenda Pública do prévio controle jurisdicional, porém, sem observância do devido processo legal, essa multa não pode ser imposta na instância administrativa, para que ao contribuinte somente assista socorro mediante remédio judicial. Ao contrário, ainda nesta esfera o devido processo legal deverá ser observado, uma vez que o lançamento e a multa constitui e cria restrições ao patrimônio do contribuinte.

Como todo ato da administração, *a priori*, é ato vinculado, a lei é a única fonte de produção de atos, e, assim, a atividade de exigir tributos deve obediência cega à norma. Ocorre que a primeira norma a ser observada pela administração, inclusive para dar valor aos princípios que a regem (art. 37 CF/88), é a norma da própria Constituição Federal.

Diante disso, deveria ter a prevalência da norma Constitucional à norma contida na Medida Provisória, para admitir o Recurso Voluntário.

Contudo, considerando que no âmbito administrativo o reconhecimento de inconstitucionalidade se apresenta incompatível com as normas regentes da atividade judicante, é de se deixar de tomar conhecimento do Recurso Voluntário em razão de ausência do depósito recursal.

No caso em exame, segundo as informações constantes nos autos, o depósito recursal não foi efetuado, por estar amparado em decisão judicial de primeira instância (liminar), nos autos do Mandado de Segurança 1999.33.00.017175-1,

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 122.757
ACÓRDÃO Nº : 303-29.863

acostado à fls. 46/48, que lhe garante a propositura de Recurso Voluntário, independente de apresentação do Depósito.

Contudo, tal Liminar encontra-se cassada, conforme sentença de fls. 64/68, sendo assim, não possui validade.

Diante do exposto, não havendo mais a liminar que possibilitou o seguimento do recurso, sem o respectivo depósito e não tendo a Recorrente regularizado a situação, atendendo à determinação legal (depósito de 30%), **DEIXO DE TOMAR CONHECIMENTO DO RECURSO.**

Sala das Sessões, em 04 de julho de 2001


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo n.º: 10580.005882/96-95

Recurso n.º 122.757

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 2º do artigo 44 do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, fica o Sr. Procurador, Representante da Fazenda Nacional junto à Terceira Câmara, intimado a tomar ciência do ACORDÃO n 303.29.863

Brasília-DF, 23.08.01

Atenciosamente

MINISTÉRIO DA FAZENDA
3.º Conselho de Contribuintes

EM,/...../.....


João Holanda Costa

Presidente da Terceira Câmara

Ciente em: 15.4.2002



LEANDRO FELIPE BUEIN

PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL