

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20, 02, 08
Ivan Souza Moura
Mat. São Paulo 94486

CC02/C05
Fls. 254



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº	35465.000866/2005-51
Recurso nº	141.506 Voluntário
Matéria	DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÕES
Acórdão nº	205-00.149
Sessão de	22 de novembro de 2007
Recorrente	IGE INSTALADORA GERAL DE ELETRICIDADE LTDA
Recorrida	DRP - SÃO PAULO/SP

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 09 / 01 / 2009
Rubrica

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/03/1999 a 31/12/2002

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. AI. PARCELAS SALARIAIS INTEGRANTES DA BASE DE CÁLCULO. RECONHECIMENTO PELO CONTRIBUINTE ATRAVÉS DE FOLHAS DE PAGAMENTO E OUTROS DOCUMENTOS POR ELE PREPARADOS.

O reconhecimento através de documentos da própria empresa da natureza salarial das parcelas integrantes das remunerações aos segurados torna incontroversa a discussão sobre a correção da base de cálculo.

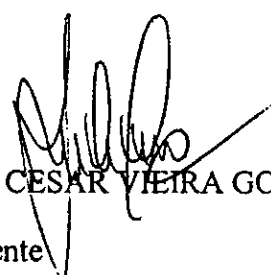
É vedado ao Segundo Conselho de Contribuintes afastar a aplicação de leis e decretos sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Negado

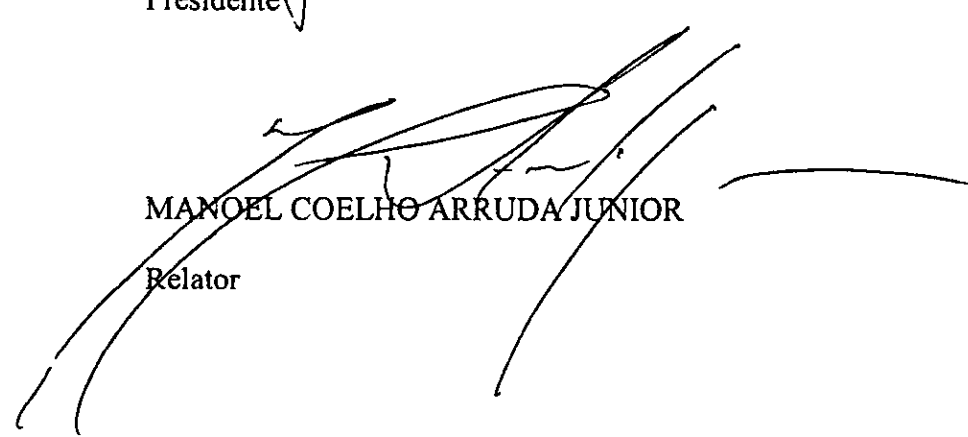
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	20, 02, 08
	
Isidoro Souza Moura Mat. S/ape 91488	

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, I) por unanimidade de votos, em reconhecer a dispensa de depósito de 30% do valor do débito como pressuposto para conhecimento do recurso. O Conselheiro Julio César Vieira Gomes acompanhou o relator apenas nas conclusões e, portanto, apresentará declaração de voto; II) no mérito, por unanimidade negar provimento ao recurso.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES

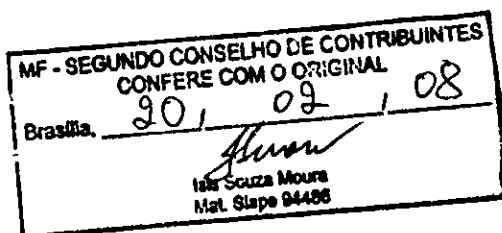
Presidente


MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.





Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à seguridade Social, correspondente à parte descontada dos segurados empregados e não repassadas à Seguridade Social, competências 03/1999, 12/1999 e 12/2002.

2. Importa o presente débito no montante de R\$ 19.706,634 (Dezenove mil, setecentos e seis reais e sessenta e três centavos), consolidado em 17/12/2004.

3. Dentro do prazo regulamentar a notificada contestou o lançamento, através da peça de fls. 74/132, alegando, em síntese, que.

3.1. Citando o art. 146, inciso III, o Código Tributário Nacional-CTN, contesta o período do lançamento fiscal com fundamento no art. 45 da lei 8.212/91, que estabelece o prazo decadencial de 10 (dez) anos para constituição do crédito tributário; alega a inobservância da hierarquia das leis, posto que tal dispositivo é estabelecido por norma inferior, uma vez considerada a natureza complementar do CTN.

3.2. Além do mais, a relação exaustiva e genérica das leis contidas no Dispositivos Legais, cerceia de forma incontornável a defesa da recorrente, impõe a nulidade do presente lançamento fiscal.

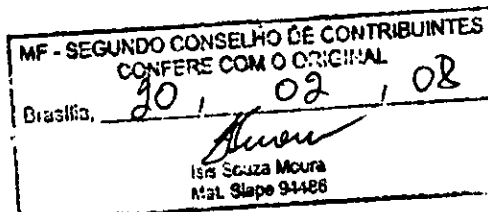
3.3 Alega que notificação possui erro latente, pois não é o meio competente para efetivação da cobrança. O art. 142 e seguintes do CTN, define o conceito de lançamento como sendo o ato constitutivo do crédito tributário, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador e a obrigação correspondente. Compete ao agente fiscal constatar e descrever a infração por meio de relatório circunstanciado, bem como a sua capitulação; pode propor, mas não impor multa, pois a notificação é meramente declaratória e não ato constitutivo.

3.4 O débito apurado por presunção, limitou-se a auferir infração de dados não verificados, com lançamento desmedido, cerceando-lhe o direito à ampla defesa garantido pela Constituição Federal.

3.5 Entende ilegal a cobrança de contribuições sobre os valores pagos a trabalhadores autônomos e a título de pró-labore, com fundamento na Lei Complementar, n.º 84/96.

3.6 Por ter caráter remuneratório, a taxa SELIC não pode ser aplicada como juros de mora destinados a indenizar o retardo no pagamento. A Lei n.º 9.065/95, que instituiu sua aplicação aos débitos tributários, não criou a taxa SELIC. A definição do que seja esta taxa e como ela é composta está concentrada em meras resoluções do Banco Central.

3.7. O § 1º do CTN não deixa dúvida quanto ao percentual a ser aplicado, quando a lei não dispuser de modo diverso, de forma que a aplicação superior à taxa de 1% (um por cento ao) mês, além de ilegal, é inconstitucional, pois afronta o disposto no art. 150 da Constituição Federal.



3.8 A cobrança da multa, e caráter confiscatório, além de ilegal, fere os princípios constitucionais da capacidade contributiva e o direito de propriedade, de maneira que deve ser reduzida.

4. Em 14 de julho de 2005, foi prolatada DN n. 21.401.4/397/2005 que julgou procedente o lançamento, *verbis*:

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CUSTEIO. DECADÊNCIA.
ACRÉSCIMOS LEGAIS – JUROS E MULTA.**

- É devido o recolhimento, por parte da empresa, das contribuições sociais descontadas dos segurados empregados. Inteligência dos arts. 20, 30, inciso I, alíneas "a" e "b" da Lei 8212/91, de 24/07/1991.

Em se tratando de contribuição destinada à Seguridade Social, o prazo para a constituição do crédito tributário pelo lançamento, é de 10 (dez) anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

Art. 35 Lei 8.212 de 1991 - Vencido o débito tributário e não pago, sujeita-se o inadimplente aos acréscimos previstos na legislação vigente à data da ocorrência do fato gerador.

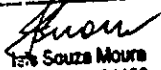
Art. 34 da Lei 8.212 de 1991 - As contribuições em atraso estão sujeitas a juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC.

LANÇAMENTO PROCEDENTE

Devidamente intimada, a empresa interpôs recurso voluntário [fls 169-192] que alega, em síntese: (i) que o prazo decadencial a ser observado é de 05 (cinco) anos, conforme determina o art. 146, inciso III do Código Tributário Nacional e não o do art. 45 da Lei 8.212/91 em virtude da hierarquia das leis; (ii) que não está demonstrado nos autos, qual teria sido a infração cometida pela recorrente, o que prejudica sua defesa; (iii) que agente fiscal não descreveu a infração através de um relatório consubstanciado e a Notificação não é o meio competente para a efetivação da cobrança, sendo meramente declaratória e não um ato constitutivo; (iv) que o débito foi apurado por presunção e apenas limitou-se a auferir dados não verificados, com lançamento desmedido que não garante a empresa o direito constitucional da ampla defesa; (v) que a cobrança de contribuições sobre valores pagos a trabalhadores autônomos e a título de pró-labore é ilegal conforma se depreende da Lei Complementar 84/96; (vi) que a cobrança do SAT foi criada por Decretos do Executivo, o que é vedado pela Constituição Federal; (vii) que a cobrança de contribuições para o Salário-Educação, INCRA e SEBRAE é ilegal e inconstitucional; (viii) que a taxa SELIC não pode ser aplicada como juros de mora destinados a indenizar o retardo no pagamento.

Em 29/11/2006, a então 4ª CAJ do CRPS determinou a conversão do julgamento em diligência, com o fito de notificar a Recorrente de a necessidade de recolhimento de depósito prévio de 30% no prazo de 30 dias, sob pena de deserção, tendo em vista a denegação da segurança pleiteada pela empresa [fls. 242-244].

Processo n.º 35465.000866/2005-51
Acórdão n.º 205-00.149

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	20, 02, 08
	
1stª Souza Moura Mat. Slape 94486	

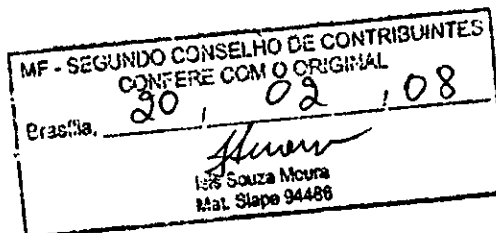
CC02/C05
Fls. 258

Não obstante ter sido notificada da exigência e cientificada da consequência, em caso de negativa de recolhimento, a Recorrente restou silente [fls. 247-250].

A DRP pugna pela declaração de deserção e não conhecimento do recurso interposto.

É o Relatório.





Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Relator

DA ADMISSIBILIDADE

Consta dos autos que o recurso foi interposto tempestivamente, entretanto, não há comprovação depósito para garantia de instância, sequer decisão que garanta seu seguimento.

Visto isso, em 29/11/2006, a então 4ª CAJ do CRPS determinou a conversão do julgamento em diligência, com o fito de notificar a Recorrente de a necessidade de recolhimento de depósito prévio de 30% no prazo de 30 dias, sob pena de deserção, tendo em vista a denegação da segurança pleiteada pela empresa [fls. 242-244].

Não obstante ter sido notificada da exigência e cientificada da consequência, em caso de negativa de recolhimento, a Recorrente restou silente [fls. 247-250].

Com a publicação da Portaria MF n. 147, de 25 de junho de 2007, os autos de processos administrativos-fiscais referentes às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei n. 11.457/2007 foram remetidos às 5ª e 6ª Câmaras, do 2º Conselho de Contribuintes.

Após 30 dias da data da publicação daquela portaria, a regra que deverá ser seguida pelos órgãos para julgamento dos recursos dispostos no parágrafo anterior é o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes.

Dito isso e realizando-se análise do imperativo de depósito para garantia de instância [art. 126, §1º, da Lei n. 8.213/91], entendo que se torna dispensável, doravante, a exigência de recolhimento de 30% do valor do crédito para seguimento do recurso voluntário interposto.

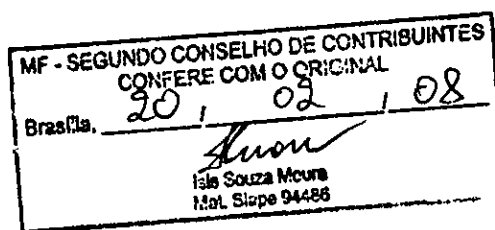
Ora, dispõe o art. 49, §1º, inciso I, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes que:

Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

É cediço que, apesar da análise pela então 4ª CAJ do CRPS, o juízo de cognição da peça recursal é feito novamente neste instante, ou melhor, deve esta Câmara analisar todos os pressupostos para conhecimento do recurso.



Assim, em atenção ao disposto na regra acima consignada e declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Plenário do Egrégio STF, nos auto do RE n. 389383, entendo que a peça recursal interposta deve ser conhecida.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES AO MÉRITO

Inicialmente, enfrento a questão da decadência e tomo por espeque voto proferido pelo i. Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, quando do julgamento do Recurso n. 141592.

Aduz a empresa que teria operado a extinção do débito por decadência [cinco anos].

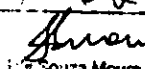
Entendo, *data venia* daqueles que não trilham o mesmo caminho, que o prazo decadencial de 10 anos deve ser afastado em virtude da prevalência do limite determinado pelo CTN, qual seja, de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Isto porque, levo em consideração que o artigo 146, inciso III, alínea 'b', do CTN, determina claramente que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais de prescrição e decadência. Não sendo admissível que a Lei 8.212/91 tomasse a iniciativa de estabelecer prazo diferenciado para as contribuições sociais.

A vedação toma mais relevo ainda se considerado o entendimento predominando nos Tribunais Superiores (STF/STJ). Confira-se, respectivamente:

"STF - Todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149). Isto não quer dizer que a instituição dessas contribuições exige lei complementar: porque não são impostos, não há a exigência no sentido de que os seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes estejam definidos em lei complementar (art. 146, III, a). A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacífica. É que tais institutos são próprios da lei complementar de normas gerais (art. 146, III, 'b'). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora por expressa previsão constitucional, às contribuições para-fiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)." (STF, Tribunal Pleno, RE nº 148.754-2 QO/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, redator p/acórdão Min. Francisco Rezek, DJU de 04/03/1994, pg. 03290) "

"2. STJ - As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o art. 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social. 3. Instauração do incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial (CF, art.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONSERVE COM O ORIGINAL		
Brasília,	20	02
18		
		
L. A. Souza Moura		
Mol. Slupe 04263		

97; CPC, arts. 480-482, RISTJ, art. 200)". (STJ, 1ª T., AgRg no REsp nº 616.348/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 14/02/2005, pg. 144 - destacamos)

Considerando o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, que fixou prazo de 10 anos, também sou daqueles que entendem, evidentemente, que as leis gozam de presunção de legalidade enquanto não declaradas inconstitucionais. De forma que o incidente de inconstitucionalidade que revela controle difuso não tem o condão de paralisar os feitos acerca do mesmo tema, tanto mais que a sua decisão no caso concreto, por tribunal infraconstitucional tem eficácia inter partes.

No entanto, partindo do pressuposto de que discussão não há mais sobre a natureza tributária da contribuição social previdenciária, pois o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecê-la já a partir da Constituição Federal de 1967 e com a Emenda nº 1/69, com todas as implicações decorrentes (aplicação dos princípios tributários, das limitações ao poder de tributar, das prerrogativas legais para cobrança dos créditos tributários etc), é forço admitir um conflito entre a norma previdenciária, que fixou prazo decadencial de dez anos e a tributária, que estabeleceu o limite de cinco anos.

E o conflito entre normas quem resolve é a Constituição, pois é esta que distribui as competências. Sendo assim, peço licença pra repisar, pois para mim é suficiente o argumento, que o STF já deixou assentado que "todas as contribuições, sem exceção, sujeitam-se à lei complementar de normas gerais, assim ao C.T.N. (art. 146, III, ex vi do disposto no art. 149)", incluindo por certo a decadência. (RE nº 148.754-2)

Diga-se, também, que no presente caso não se trata de declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, mas de aplicar norma que traduz perfeitamente o prazo decadencial a ser aplicado à hipótese dos autos, já que esse instituto é próprio da lei complementar de normas gerais (cf. art. 146, III, 'b').

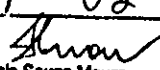
Voltando a questão em seu ponto principal, tenho como certo que, nas hipóteses de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não ocorrendo o pagamento antecipado pelo contribuinte, o Fisco deve efetuar o lançamento de ofício obedecendo ao prazo decadencial estipulado pelo artigo 173, I, do CTN, segundo o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Dessa forma, consentâneo a esse entendimento dever-se-ia dar provimento ao recurso, neste particular.

Entretanto, apesar do esforço de retórica e de raciocínio jurídico que se apresenta no presente voto, infelizmente, por limitação funcional – enunciado n. 2 do 2º Conselho –, ante a necessidade de afastamento do preceito constante do art. 45, da Lei de Custeio, por patente inconstitucionalidade.

Portanto, por força do disposto no Enunciado sumular n. 2 do 2º Conselho dos Contribuintes, curvo-me a limitação funcional, com as ressalvas de entendimento, para rejeitar a preliminar suscitada.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	20, 02, 08
 Irls Souza Moura Mat. S/ape 94486	

Dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, abaixo transcrito, os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

Art.225. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

(...)

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Desse modo, caso houvesse algum erro cometido pela recorrente na elaboração, tanto das folhas de pagamento, como da GFIP, caberia à notificada a demonstração da fundamentação de seu erro. A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela própria declarados em GFIP ou registrados nas folhas de pagamento não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez.

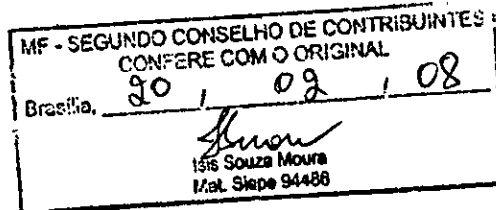
De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A fiscalização previdenciária provou a existência do fato gerador, o não cumprimento de obrigação acessória.

Assim, ao contrário do que afirma a recorrente, o presente AI não foi lavrado apenas com base em presunções, a fiscalização demonstrou, por meio de documentos elaborados pela própria recorrente, a veracidade do argumento da existência dos fatos geradores.

A cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei n.º 9.528, de 10/12/97)





Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Ademais, o 2º Conselho de Contribuintes possui enunciado sumular n. 3 que diz ser cabível a aplicação de taxa SELIC.

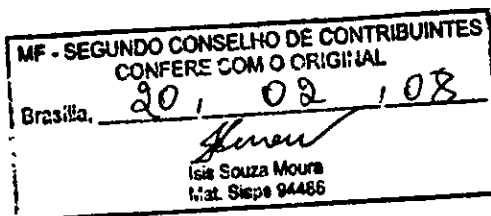
Em relação a exclusão de co-responsáveis, importa dizer que o referido procedimento não se trata de arrolamento dos sócios e “ex-sócios” como sujeito passivo na relação administrativa-tributária, ou melhor, de inclusão automática no pólo passivo da relação tributária/previdenciária. Tal verificação deverá ocorrer pela Procuradoria da Fazenda Nacional, em exame de cognição, observada a existência de caracterização de culpa ou dolo por esses tidos “responsáveis”.

Assim, escorreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido a autuação, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela Fiscalização que serviram de base para constituição do crédito previdenciário, atraindo pra si o *ônus probandi* dos fatos alegados. Não o fazendo razoavelmente, não há como se acolher a sua pretensão.

Por todo o exposto, estando o AI *sub examine* em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão de primeira instância, pelos seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.

MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR



Declaração de Voto

Esta declaração de voto tem por finalidade demonstrar as razões pelas quais os recursos administrativos prescindem do depósito de 30% da exigência fiscal como pressuposto para sua admissibilidade.

O novo entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 28/03/2007, foi no sentido de que a exigência da garantia de instância através do depósito de 30% do débito fiscal ou do arrolamento de bens para conhecimento de recurso administrativo pelos Conselhos de Contribuintes É INCONSTITUCIONAL.

Trata-se de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONAL ADIN n.º 1976, proposta pela Confederação Nacional das Indústrias. O plenário da Suprema Corte julgou, por unanimidade, procedente o pedido. Na mesma sessão também foram julgados no mesmo sentido os RE 388.359, 389.383 e 390.513, a decisão por maioria teve apenas um único voto divergente:

Recurso Extraordinário n.º 389.383

DJ Nr. 73 - 17/04/2007 - Ata Nr. 11 - RELAÇÃO DE PROCESSOS

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 Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação da Medida Provisória n.º 1.608-14/1998, convertida na Lei n.º 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 n.º 8.213/1991, com as redações dadas pelo artigo 10 da Lei n.º 9.639, de 25 de maio de 1998, originária da Medida Provisória n.º 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.

Transcrevo abaixo alguns trechos do voto que comprovam a inconstitucionalidade do depósito recursal, *verbis*:

A handwritten signature in black ink, located on the right margin of the page.

A handwritten signature in black ink, located at the bottom right corner of the page.

MP - SEGUNDO DEPARTAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES
CONFIRMAÇÃO COM O ORIGINAL
Data: 20, 02, 08
Isis Souza Moura
Mat. S/ape 94486

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

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.

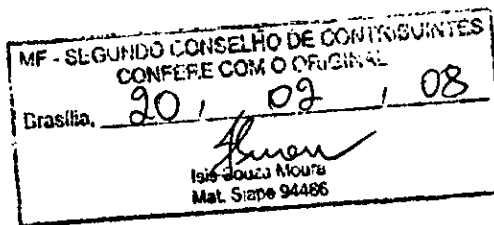
O exame de proporcionalidade comprova isto. Não se faz presente a exigência da adequação, que visa a aferir se o meio leva efetivamente à realização do fim, quando impõe o depósito prévio ou o arrolamento de bens e direitos como condição sine qua non para o manejo do recurso. Ao cobrar quantia para admitir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

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.

Constata-se no julgamento a decisão por unanimidade para declarar a inconstitucionalidade de ambas as modalidades de garantia de instância administrativa para conhecimento de recursos. Tendo sido acatado na íntegra o voto do Excelentíssimo Senhor Ministro Relator:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou prejudicada a ação relativamente ao artigo 33, caput e parágrafos, da Medida Provisória nº 1.699-41/1998, e rejeitou as demais preliminares. No mérito, o Tribunal julgou, por unanimidade, procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade do artigo 32 da Medida Provisória nº



1.699-41/1998, convertida na Lei nº 10.522/2002, que deu nova redação ao artigo 33, § 2º, do Decreto nº 70.235/1972, tudo nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Impedido o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Licenciada a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Sepúlveda Pertence (art. 37, I, do RISTF). Plenário, 28.03.2007.

As normas que criaram o arrolamento de bens e o depósito recursal estão inseridas em duas disposições legais do ordenamento jurídico: artigo 33, §2º do Decreto nº 70.235/72 e artigo 126, §1º da Lei nº 8.213/91, *verbis*:

Decreto nº 70.235/72:

Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

§ 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. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 19.7.2002).

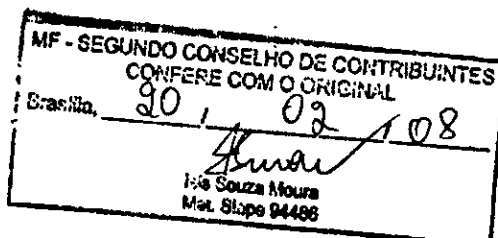
Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

§ 1º Em se tratando de processo que tenha por objeto a discussão de crédito previdenciário, o recurso de que trata este artigo somente terá seguimento se o recorrente, pessoa jurídica ou sócio desta, instruí-lo com prova de depósito, em favor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, de valor correspondente a trinta por cento da exigência fiscal definida na decisão. (Redação dada pela Lei nº 10.684, de 30.5.2003).

É oportuno, *ad argumentandum*, ressaltar que a inconstitucionalidade através da ADIN 1976 recai sobre a norma jurídica restritiva do acesso às instâncias administrativas, inserida nas duas disposições acima transcritas: artigo 33, §2º do Decreto nº 70.235/72 (arrolamento de bens) e artigo 126, §1º da Lei nº 8.213/91 (depósito prévio).

Isto porque, nas palavras do Ilustre Professor Humberto Ávila em sua Teoria dos Princípios (São Paulo: Editora Malheiros, 3ª edição, páginas 22/23), textos de dispositivos e normas são realidades diferentes: "...O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo... Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo. Quais são os dispositivos que prevêem os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito?... Em outros casos há dispositivo, mas não há norma... Noutros casos há mais de um dispositivo, mas a partir deles só é construída uma norma."

A regulamentação da Ação Direta de Inconstitucionalidade é clara quanto aos seus efeitos e alcances:



- a) a inconstitucionalidade é da norma;
- b) eficácia contra todos, efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública e efeito retroativo.

LEI Nº 9.868, DE 10 DE NOVEMBRO DE 1999.

Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

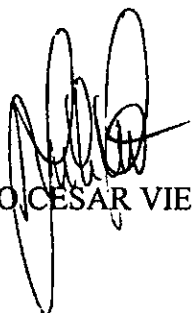
Art. 28. (...)

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Por todo o exposto, não há como se negar que a partir da ADIN nº 1.976 o depósito recursal se tornou inexigível.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES