

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO

Coordenador

CONTRIBUIÇÕES PARA SEGURIDADE SOCIAL



Sacha Calmon Navarro Coêlho

Eurico Marcos Diniz de Santi

Heleno Taveira Tôrres

Claudio Fonteles

Luís Eduardo Schoueri

James Marins

Douglas Yamashita

André Mendes Moreira

Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho

Alessandra M. Brandão Teixeira

Júnia Roberta Gouveia Sampaio

Carlos Victor Muzzi Filho

Angel Urquizu Cavallé

Vanessa Rahal Canado

Gustavo Brigagão

Joachim Reinhard

Flávio Rubinstein

Eduardo Maneira

Ives Gandra da Silva Martins

Misabel Abreu Machado Derzi

Fernando Facury Scaff

Wagner Balera

José Casalta Nabais

Welber Barral

Igor Mauler Santiago

José Antonio Minatel

Fabiana Del Padre Tomé

Paula de Abreu M. Derzi Botelho

Flávio Couto Bernardes

Donovan Mazza Lessa

Daniel G. Pérez

Juliana Junqueira Coelho

QUARTIER LATIN

Coordenação

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

Professor Titular de Direito Tributário da UFRJ. Doutor em Direito Público pela UFMG. Presidente Honorário da ABRADT. Vice-Presidente da ABDF. Membro da IFA

Advogado

CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL

Editora Quartier Latin do Brasil

São Paulo, inverno de 2007

quartierlatin@quartierlatin.art.br

www.editoraquartier.com.br

EDITORIA QUARTIER LATIN DO BRASIL

Rua Santo Amaro, 316 - Centro - São Paulo

Editor: Vinicius Vieira

Editora de Texto: Priscila Tanaca

Mestra em Direito pela PUC-SP

Capa: *Studio Quartier*

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (coord.) – Contribuições
para a Seguridade Social – São Paulo : Quartier Latin, 2007.

1. Direito Tributário 2. Direito Previdenciário

ISBN: 85-7674-256-X

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito Tributário

Contato: editora@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

SUMÁRIO

Contribuições no Direito Brasileiro – Seus Problemas e as Soluções , 17

SACHA CALMON NAVARRO COELHO

1. O Valor Solidariedade.....	18
2. O Tributo como Norma Jurídica Positivada Destinado a Financiar o Estado.....	19
3. A Importância do Aspecto Pessoal na Hipótese de Incidência Tributária.....	22
4. Os Equívocos da Doutrina Tradicional na Consideração do Fato Gerador dos Tributos.....	24
5. Estática e a Dinâmica da Norma Tributária – A Fenomenologia da Incidência da Norma Tributária.....	26
6. O Tributo como Obrigação.....	29
7. Finalismo, Solidariedade, Financiamento do Estado e Espécies Tributárias.....	31
8. Considerações prévias.....	37
9. Os Quadros Metaproposicionais.....	37
10. A Pertinência entre as Hipóteses de Incidência dos Diversos Tributos e suas Respectivas Formas de Calcular o Valor Devido.....	50
11. Apontamentos Necessários à Compreensão da Repartição Constitucional de Competências Tributárias – As Contribuições Especiais – A importância da Base de Cálculo.....	55

A Participação dos Empregados nos Lucros das Empresas em Face da Contribuição Sobre a Folha de Pagamentos, 65

ALESSANDRA M. BRANDÃO TEIXEIRA

1. Introdução.....	66
2. A Contribuição Sobre a Folha de Pagamentos.....	66
3. A Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados das	

Empresas.....	68
4. A Lei n. 10.101/2000.....	71
5. A Periodicidade Semestral Mínima.....	75
6. A Participação dos Trabalhadores nos Lucros e Resultados Após o Advento da MP 794/94 Convertida na Lei n. 10.101/00.....	76
7. Participações nos Lucros Pagas Antes do Advento da MP 794/94 Convertida na Lei n. 10.101/00.....	79
8. Observância dos Requisitos Formais: Negociação Por Meio de Comissão ou Convenção Coletiva.....	82
9. Imposto de Renda.....	84
10. Conclusões.....	85

*A Proibição de Distribuição de Lucros, Dividendos e Bonificações por
Empresas em Débito Perante a União Federal e a Secretaria da Receita
Previdenciária – Uma Análise das Leis nºs 4.357/64, 8.212/91 e
11.051/04, 87*

ANDRÉ MENDES MOREIRA

1. Intróito.....	88
2. Resenha Legislativa das Penalidades Aplicáveis pela Distribuição de Lucros, Dividendos e Bonificações por Empresa em Débito com o Fisco.....	89
3. O Conceito de “débito” à Luz das Leis nºs 4.357/64 e 8.212/91	94
4. A Mens Legis dos Dispositivos em Análise: Normas Anti-evasivas, Que Devem Ser Compreendidas Sob a Ótica do Art. 185 do CTN e da Razoabilidade.....	99
5. Da Obrigatoriedade da Distribuição de Dividendos à Luz do art. 202 da Lei nº 6.404/76. Ilegitimidade do art. 52, I da Lei nº 8.212/91 na Parte em que Proíbe a Distribuição de Dividendos pelas Sociedades Anônimas	105
6. Conclusões.....	109

La Financiación del Sistema Público de Seguridad Social en España, 111

ANGEL URQUIZU CAVALLÉ

1. Introducción.....	112
----------------------	-----

2. Recursos de la Seguridad Social.....	113
3. El sistema financiero de la Seguridad Social.....	115
4. Fondo de Reserva de la Seguridad Social.....	116
5. Las Principales Fuentes de Financiación del Sistema Público de Seguridad Social.....	117
6. Consideraciones Finales.....	151

A Exigência pela Justiça do Trabalho de Contribuição Sobre a Folha de Pagamentos, 155

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

1. Introdução.....	156
2. Breve Memória (ou justificação pré-normativa).....	157
3. A Execução de Ofício Não Afeta a Natureza das Contribuições Sociais.....	161
4. O Que são Contribuições Sociais Decorrentes de Sentenças Trabalhistas?.....	162
5. A Execução, de Ofício, Pressupõe a Liquidação das Contribuições Sociais.....	164
6. O Que é Esta Liquidação das Contribuições Previdenciárias.....	166
7. A Competência da Justiça do Trabalho Afasta a Atuação Direta do INSS.....	173
8. Os Fatos Geradores das Contribuições Exigidas pela Justiça do Trabalho.....	176
9. Prazo de Vencimento, Penalidades e Encargos Moratórios.....	190
10. Decadência e Prescrição.....	192

Crimes Tributários e as Contribuições para o Custeio da Seguridade Social, 195

CLAUDIO FONTELES

El Financiamiento de La Seguridad Social en La Republica Argentina, 205

DANIEL G. PEREZ

1. Palabras Introductorias.....	206
---------------------------------	-----

2. Evolución de la Protección Social en el Mundo.....	208
3. Evolución y Antecedentes del Concepto de Seguridad Social.....	208
4. Primeras Medidas de Protección Social.....	209
5. Los Seguros Sociales.....	210
6. Las Políticas de Seguridad Social.....	212
7. Historia del Financiamiento de la Seguridad Social.....	213
8. El Momento Actual: La Crisis de La Seguridad Social.....	215
9. Evolución de la Seguridad Social en Argentina	216
10. Seguridad Social y previsión.....	216
11. Regímenes orgánicos de previsión social.....	217
12. Período 1: Primeros regímenes orgánicos por actividades.....	217
13. Universalización de la Previsión Social.....	218
14. Reforma Administrativa y Uniformidad Legislativa.....	219
15. Reforma del Sistema Previsional.....	221
16. A Modo de Colofón.....	222
17. La Naturaleza de los Recursos de la Seguridad Social.....	222
18. Las Distintas Posiciones (desde la jurisprudencia).....	224
19. Las Distintas Posiciones (desde la doctrina).....	229
20. El "test" Jurídico Tributario.....	237
21. Las Cotizaciones a la Seguridad Social Integrantes de la CUSS (Contribución Unificada de la Seguridad Social).....	241
22. El Esquema de Cotización de los Trabajadores Autónomos. La Estructura del Aporte. Las Cotizaciones Fijas de los Monotributistas	243
23. Algunas Reflexiones Sobre la Finalidad Extrafiscal de los Tributos de la Seguridad Social.....	244
24. Conclusiones Acerca de la Naturaleza.....	246
25. Características del Sistema de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social. La Recaudación Centralizada en Nuestro País	249
26. Conjunto de Variables Intervinientes.....	254
27. El Esquema de Financiamiento de la Seguridad Social.....	255
28. Efectos de la Creación del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones.....	256
29. La Retracción de los Cotizantes al Sistema.....	257
30. La Reducción de Contribuciones Patronales.....	257
31. Conclusiones.....	259

Discriminação de Situações Sujeitas às Sistemáticas Cumulativa ou Não-Cumulativa do PIS e da Cofins: Limitações Constitucionais, 261

DOUGLAS YAMASHITA

1. Delimitação do Tema..... 262
2. Limitações Constitucionais à Discriminação de Situações Sujeitas à Cumulatividade ou NÃO-CUMULATIVIDADE do PIS e da Cofins.....266
3. Exame de Constitucionalidade da Discriminação de Situações Sujeitas à Cumulatividade ou NÃO-CUMULATIVIDADE do PIS e da Cofins.....279

Os Efeitos da Renúncia ao Direito da Confissão Irretratável e da Desistência da Ação em Matéria Tributária em Face de Declaração de Inconstitucionalidade Superveniente - Contribuições ao PIS e à Cofins e a Lei n. 9.718/98, 287

EDUARDO MANEIRA

1. Introdução do Tema.....288
2. Da Evolução da Jurisprudência em Relação ao Art. 3º, § 1º, da Lei nº 9.718/98..... 288
3. Do Refis e do Paes..... 289
4. Dos Efeitos da Desistência, da Confissão e da Renúncia de Direito em Matéria Tributária e a Declaração de Inconstitucionalidade Superveniente.....292
5. Da Coisa Julgada Inconstitucional e da Possibilidade do Ajuizamento de Ação Rescisória e Ação Declaratória..... 296

Direito Tributário e Direito Financeiro: Reconstruindo o Conceito de Tributo e Resgatando o Controle da Destinação, 301

EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI

VANESSA RAHAL CANADO

1. Introdução.....302
2. O Aumento da Carga Tributária e as Contribuições: Renovação do Debate entre o “Direito Tributário” e o “Direito Financeiro”.....302

3. A Destinação das Contribuições e a Classificação das Espécies Tributárias.....	306
4. Um Novo Conceito de Tributo Sob a Égide da Constituição de 1988: Viabilizando o Controle da Destinação das Contribuições	310
5. Conclusão: respostas às questões.....	317

Alcance da Imunidade das Receitas de Exportação (art. 149, § 2º, I, da Constituição): a Questão da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, 319

FABIANA DEL PADRE TOMÉ

1. Delimitação do Problema.....	320
2. Interpretação: o Percurso de Geração do Sentido Normativo.....	320
3. Espécies de Contribuições.....	322
4. Noção de “imunidade tributária”.....	327
5. Aplicabilidade das Imunidades Tributárias às Contribuições para a Seguridade Social.....	329
6. Tributação da receita e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.....	331
7. Conclusões: Alcance da Imunidade Tributária das Receitas Decorrentes da Exportação.....	334
Referências bibliográficas.....	336

Direitos Fundamentais, Depósito Recursal Administrativo e Conversão em Renda no Âmbito das Contribuições Sociais, 337

FERNANDO FACURY SCAFF

I. Posição da Questão.....	338
II. O Constituinte e o Constituído: o Que é e Quais São os Direitos Fundamentais do Processo?.....	338
III. O Contencioso Administrativo Fiscal como Direito Fundamental	343
IV. A Exigência de Depósito Recursal Administrativo.....	343
V. É Constitucional a Conversão do Depósito em Renda, no Caso do Improvimento do Recurso Administrativo?.....	350
VI. Conclusões.....	351

A Participação das Sociedades Cooperativas no Custeio da Seguridade Social - Aspectos Tributários, 353

FLÁVIO COUTO BERNARDES

1. Introdução.....	354
2. Natureza Jurídica das Cooperativas.....	355
3. Tratamento Tributário Adequado do Cooperativismo.....	358
4. Financiamento da Seguridade Social.....	369
5. Contribuições Sociais de Seguridade Social.....	370
6. As Contribuições Sociais Incidentes Sobre as Cooperativas.....	383
7. Considerações Finais: As Retenções.....	399
8. Conclusões.....	400

Responsabilidade dos Sócios de Sociedades Limitadas por Dívidas Previdenciárias, 403

GUSTAVO BRIGAGÃO

1. Introdução.....	404
2. A Lei Complementar.....	405
3. A Lei 8.620/93 e o CTN.....	415
4. A Jurisprudência do stj sobre o Art. 13 da Lei 8.620/93.....	427
5. Conclusão.....	435

Da Isenção à Imunidade da COFINS na Exportação de Serviços e a Condição de “Ingresso de Divisas”, 439

HELENO TAVEIRA TÔRRES

1. Considerações Iniciais.....	440
2. Regime da Isenção Tributária Criada pela Cláusula Geral do Art. 7º da LC nº 70/91 – Eficácia das Condições Legais.....	442
3. Eficácia das Condições Legais e sua Aplicação ao Caso em Análise – o Recurso Semântico ao “ingresso de divisas”.....	447
4. O Surgimento da Condição Legal do “ingresso de divisas” Aplicável Unicamente à “exportação de serviços” para Obter Isenção à COFINS. Ausência de Regime Geral.....	452
5. Situação Atual: da Isenção à Imunidade da COFINS na “exportação de serviços”. Inconstitucionalidade das Condições	456
6. Conclusões.....	458

Inconstitucionalidade da Responsabilização do Sócio da Empresa Limitada e do Controlador da Sociedade Anônima pelo Pagamento de Contribuições para a Seguridade Social (Lei nº 8.620/93, art. 13), 461

IGOR MAULER SANTIAGO

DONOVAN MAZZA LESSA

1. O Dispositivo Legal em Tela e sua Relação com a Legislação Tributária e Comercial Infraconstitucional.....462
2. Inconstitucionalidade Formal.....465
3. Inconstitucionalidade Material 472
4. Conclusão.....485

A Imunidade do Artigo 195, § 7º, da Constituição Federal à Luz da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 487

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

O Processo Tributário Administrativo Referente às Contribuições para o Custeio da Seguridade Social, 507

JAMES MARINS

- I - O procedimento e o processo fiscal no âmbito do INSS – Instituto Nacional do Seguro Social.....508
- II - O regime legal do procedimento e do processo no INSS.....509
- III - As particularidades do procedimento e do processo do INSS....512
- IV - A Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRFB e o Processo no INSS (Medida Provisória nº 258, de 21 de Julho de 2005 e Projeto de Lei nº 6.272/2005).....520

O Conceito de Receita, para Efeito da Incidência do Pis e da Cofins, 527

JOSÉ ANTONIO MINATEL

1. A Oportunidade e a Razão do Estudo.....528
2. Receita como Base Econômica para Custeio da Seguridade Social: Conceito Pressuposto na Constituição.....529
3. Receita Como Base de Cálculo Autônoma de Contribuições..... 532
4. Notas Determinantes que Qualificam o Conceito de Receita.....534

5. Alargamento das Bases de Cálculo das Contribuições (PIS e COFINS) e a Posição do STF Quanto à Nova Alíquota.....	538
6. Nova Legislação: Inadequação da Técnica Não-Cumulativa para Tributação da Receita.....	542
7. Efeitos da Inconstitucionalidade da Lei 9.718/98 Frente à Nova Legislação.....	545
8. Síntese Conclusiva.....	547

Funding Social Security in Germany, 549

JOACHIM REINHARD

A. Introduction.....	550
B. Funding Social Security in Different Branches of Social Protection	551
I. Old Age, Invalidity and Survivors	551
II. Health Care.....	555
III. Long Term Care.....	557
IV. Unemployment Insurance.....	558
V. Accident at Work.....	558
C. Employers' Payments.....	559
D. Additional Pension Plans.....	559
E. Other Benefits.....	560
F. Funding by Contributions Versus Funding by Taxes.....	560
I. Distinction between contributions and benefits.....	562
II. Changes in the taxation of old age pensions.....	562
III. Contribution funding and tax funding from a constitutional point of view.....	563
G. Concluding remarks.....	563
H. Annex.....	564

O Financiamento da Segurança Social em Portugal, 567

JOSÉ CASALTA NABAIS

I. A Segurança Social.....	568
1. Ideia de segurança social.....	568
2. A Segurança Social na Constituição.....	570

3. Alusão ao Quadro Comunitário	578
4. O Sistema Português de Segurança Social.....	579
II. O Financiamento da Segurança Social.....	586
5. Os regimes contributivos e não contributivos.....	586
6. As fontes de financiamento.....	587
7. O Financiamento dos Subsistemas	592
8. O Fundo de Estabilização Financeira da Segurança Social	596

Da Impossibilidade de Exigência da Contribuição sobre a Folha de Pagamentos Relativa às Verbas Definidas em Sentença Trabalhista Transitada em Julgado como Indenizatória, 599

JÚNIA ROBERTA GOUVEIA SAMPAIO

I. Introdução.....	600
II. A Competência da Justiça do Trabalho e as Questões Previdenciárias...	602
III. Dos Efeitos da Sentença Proferida na Justiça do Trabalho Perante o INSS.....	605
VI. Da Impossibilidade de o INSS Executar na Justiça Comum Verbas Definitivas Determinadas pela Justiça do Trabalho como Indenizatórias	611
VII. Da Base de Cálculo Presumida Prevista no Parágrafo Único em Virtude da Ausência de Discriminação das Parcelas Indenizatórias	614
VIII. Dos Acordos Promovidos Perante a Justiça do Trabalho	616
IX. Conclusões.....	620

O Fato Gerador da CPMF e as Operações Alheias ao Sistema Financeiro, 623

LUÍS EDUARDO SCHOUERI

FLÁVIO RUBINSTEIN

I. Introdução.....	624
II. Caracterização do Inciso VI do art. 2º da Lei nº 9.311/96 Como Cláusula Geral.....	625
III. Os Limites do Inciso VI do Art. 2º da Lei nº 9.311/96.....	628

A Causa Final e a Regra Matriz das Contribuições, 635

MISABEL ABREU MACHADO DERZI

1. Introdução. A Trama Científico-Política	636
2. A Eliminação da Parafiscalidade nas Contribuições de Custeio da Seguridade Social. A Teoria do Caixa Único.....	642
3. A Questão Dogmática: a Revalorização do Causalismo e do Finalismo, Como Elementos Estranhos ao Direito Tributário. O Retorno à Causa Final e suas Conseqüências.....	653
4. Contribuições do Art. 195 da Constituição e as Verdadeiras Contribuições.....	665
5. Conclusões.....	667

*Responsabilidade do Sócio de Ltda e de Acionista Controlador de S/A por
Débitos Relativos às Contribuições para a Seguridade Social, 671*

OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO

1. Introdução.....	672
2. A Constitucionalidade Formal do Art. 13 da Lei nº 8.620/93.....	676
3. A Constitucionalidade Material do Art. 13 da Lei nº 8.620/93.....	685
4. O Parecer do Ministério Público Federal.....	690
5. Conclusão.....	696

*Da Não-Incidência de Contribuições Previdenciárias Sobre Parcelas de
Cunho Indenizatório Previstas em Acordos Coletivos, 697*

PAULA DE ABREU MACHADO DERZI BOTELHO

JULIANA JUNQUEIRA COELHO

1. Considerações Fáticas.....	698
2. Natureza Indenizatória dos Abonos Pagos Pelas Empresas aos Empregados Decorrentes de Acordos Coletivos como Compensação pela Alteração nos Critérios de Concessão de Outros Benefícios. Não Integração das Referidas Parcelas no Conceito de Salário e/ou Remuneração.....	699
3. Da Jurisprudência Aplicável à Espécie.....	704
4. Evolução Legislativa Acerca da Matéria a Confirmar a Intributabilidade das Parcelas em Exame.....	707
5. Conclusões.....	709

*A Contribuição para a Aposentadoria Especial e para o Seguro de
Acidentes do Trabalho, 711*

WAGNER BALERA

1. Introdução.....	712
2. Custeio da Seguridade Social e Contribuições Sociais.....	713
3. Os Efeitos da Presente Portaria Terão Vigência por Três Anos, a Partir de 01/01/86, Revogadas as Disposições em Contrário.....	719
4. A Base de Cálculo e a Alíquota da Contribuição Social.....	727

*Incentivos aos Exportadores em Matéria de Contribuições para o Custeio
da Seguridade Social e os Acordos da OMC, 739*

WELBER BARRAL

1. Introdução.....	740
2. Do GATT à OMC.....	742
3. O ASMC e a Definição de Subsídio.....	745
4. Subsídios e Isenções Tributárias.....	749
5. Subsídios Proibidos e Subsídios Recorríveis.....	752
6. Seguridade Social e Exceções aos Exportadores.....	754
7. Conclusão.....	761
Referencias Bibliográficas.....	766

**Direitos Fundamentais, Depósito
Recursal Administrativo e
Conversão em Renda no Âmbito
das Contribuições Sociais**

Fernando Facury Scaff

*Advogado, Professor da Universidade Federal do Pará, Doutor em Direito
pela USP.*

I. POSIÇÃO DA QUESTÃO:

01. O DEBATE SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E A TRIBUTAÇÃO REMONTAM A LONGA DATA, SENDO QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AINDA NÃO LOGROU AFASTAR TODAS AS DÚVIDAS QUE PERMANECEM EM ACESO DEBATE ACADÊMICO E JURISPRUDENCIAL.

Dois aspectos merecem especial atenção, motivo pelo qual nos debruçaremos sobre eles com denodo, sem nos afastarmos, contudo, da análise dos direitos fundamentais ínsitos ao debate da matéria, especialmente o Princípio do *Devido Processo Legal*, inscrito em nossa Constituição no art. 5º, XXXV.

Os 02 tópicos acima referidos são:

a) É constitucional a exigência de depósito recursal administrativo no âmbito das contribuições para o custeio da Seguridade Social, conforme preceitua a Lei 8.213/91, art. 126? Desse item se pode alargar a análise para o Processo Administrativo Tributário (Decreto 70.235/72).

b) Tendo sido realizado o referido depósito recursal, é constitucional sua conversão em renda no caso de improvimento do recurso administrativo?

Serão sobre estes tópicos que o trabalho irá versar.

II. O CONSTITUINTE E O CONSTITUÍDO: O QUE É E QUAIS SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO?

02. PODE-SE DIZER QUE O PODER CONSTITUINTE CONSTITUI O ESTADO, ORGANIZANDO-O DE CONFORMIDADE COM O PRETENDIDO POR UMA DADA SOCIEDADE E RETRATANDO A CONJUGAÇÃO DE FORÇAS EXISTENTES EM CERTA FASE HISTÓRICA.

A partir do momento que tal Poder Constituinte conforma um texto transformando-o em Constituição, a intenção do formulador da norma desprega-se de seu conteúdo, passando a fazer parte de uma pauta a ser interpretada por todos aqueles que dela se utilizarem, tenham ou não formação jurídica.

Pode-se considerar norma jurídica como gênero que possui duas espécies: os princípios e a Regras. São os Princípios que juridicizam as aspirações polí-

ticas da sociedade. Demonstram para a sociedade os objetivos estabelecidos e como deve agir para alcançá-los. Servem como *razão primeira de algo* (fonte, no sentido aristotélico) e como *razão justificativa* (fundamento, no sentido kantiano)¹. As Regras existem para instrumentalizar os Princípios, detalhando seus preceitos².

Desta forma, são os Princípios constitucionais juridicizados pelo Poder Constituinte que informarão as ações e procedimentos dos demais Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, que foram constituídos por aquele.

03. EXISTEM ALGUNS PRINCÍPIOS QUE DIZEM RESPEITO AO DIREITO QUE AS PESSOAS POSSUEM AO EFETIVO EXERCÍCIO DE SEUS DIREITOS. SÃO MAIS DO QUE UM ESTATUTO DA CIDADANIA; SÃO UM ESTATUTO *PARA O EXERCÍCIO* DA CIDADANIA. UM SOBREDIREITO ASSECURATÓRIO DE OUTROS DIREITOS. SÃO DESTA CATEGORIA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS AO PROCESSO, TAMBÉM CHAMADOS DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.

Como são direitos fundamentais, parte dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º da Constituição de 1988), tais direitos possuem as seguintes características:

- a) Têm aplicabilidade imediata, independentemente de legislação infraconstitucional (art. 5º, §1º);
- b) São considerados cláusulas pétreas, não podendo sequer ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolí-los (art. 60, §4º, IV);
- c) Sua interpretação deve ser efetuada de maneira ampla, não sendo possível à legislação infraconstitucional reduzir sua abrangência;
- d) Além dos listadas na Constituição, especialmente no art. 5º, outros podem ser descobertos no ordenamento jurídico pátrio, decorrente do regime

1 Para esta distinção, ver Fábio Konder Comparato. *Fundamento dos Direitos Humanos*, In: *Direito Constitucional*, Brasília, Ed. Consulex, Coord. José Janguê Bezerra Diniz, 1998, págs. 171-188.

2 Ver Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*. Barcelona, Ariel, 1989, capítulos 01 e 02.

e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

04. VÁRIOS SÃO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS VINCULADOS AO PROCESSO, DOS QUAIS DESTACAMOS OS SEGUINTE:

a) *Garantia de Acesso à Justiça*, prevista primordialmente no inciso XXXV do art. 5º. Estabelece que nenhuma lei poderá afastar da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos.

A redação deste Princípio no art. 5º, XXXV, da Constituição menciona a expressão *lei*, porém deve-se entender tal preceito não no sentido estrito, de ato do Poder Legislativo, mas no de *norma*, como emanção do poder normativo, seja este exercitado pelo Poder Executivo (capacidade de editar regulamentos), pelo Poder Judiciário (capacidade para editar regimentos) ou especificamente pelo Poder Legislativo (capacidade para editar leis)³.

E não se trata de um Princípio dirigido apenas ao legislador, com um sentido de não-fazer, não-editar normas restritivas ao acesso à Justiça, mas no sentido de permitir que o Poder Judiciário analise quaisquer atos lesivos ou ameaçadores de direitos efetuados por quem quer que seja.

A dicção constitucional também não deve ser levada à literalidade quanto à expressão *afastar da apreciação*. O sentido do verbo *afastar* não alcança apenas o *retirar*, mas também o *dificultar*, *criar óbices*. Não apenas o *impedir*, mas também o *tentar impedir* é bloqueado pelo referido Princípio.

Deve-se observar que não se trata apenas das lesões a direitos, mas também da *ameaça* de lesão a direitos. Sempre que uma pessoa sentir que seu direito se encontra ameaçado de lesão pode pleitear que a função jurisdicional seja implementada, por qualquer dos Poderes do Estado, o que, obrigatoriamente, engloba os Tribunais Administrativos.

E mais. Não se deve entender tal Princípio apenas como *garantia de acesso ao Poder Judiciário*, mas de efetivo *acesso à Justiça*, ou seja, *aos meios e recursos inerentes à função jurisdicional*. Sabe-se que tal função encontra-se espraiada por todo o Estado, e não apenas no Poder Judiciário. Neste se concentra o monopólio da função judicial (parcela da função jurisdicional - mais ampla).

3 Para esta distinção, ver Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*. SP, Malheiros, 1996, especialmente o capítulo 10.

Logo, também o Poder Executivo detém parcela da função jurisdicional (quando *julga* nos Tribunais Administrativos), bem como o Poder Legislativo (quando *julga*, como no processo de *impeachment*)⁴.

Portanto, o Princípio da Garantia de Acesso à Justiça não está inserido apenas no inciso XXXV do art. 5º, mas primordialmente nele. Outras disposições instrumentalizam esta inserção, tal como o inciso LV do mesmo artigo ao mencionar o direito dos litigantes *em processo judicial ou administrativo*. Logo, deve-se interpretar o Princípio como instrumentador do acesso à função jurisdicional, e não apenas ao Poder Judiciário.

Por garantia de acesso à Justiça deve-se entender o Princípio de que nenhuma lesão, ou ameaça de lesão, a direitos terá sua apreciação obstaculizada pelas diversas formas de expressão da função normativa, permitindo amplo acesso à função jurisdicional.

b) *Devido Processo Legal* previsto no art. 5º, inciso LIV. Estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O *devido processo legal* não é um Princípio de forma, mas de conteúdo. E não deve ser analisado em um sentido rigorosamente positivista, pois fazê-lo implicará em seu esvaziamento. Imaginemos a seguinte *situação limite*: um deputado propõe uma lei na qual todo primogênito até 01 ano de idade deverá ser assassinado pelo Estado, sem qualquer processo, acusação, defesa ou julgamento. Este projeto de lei é discutido e, por descuido, votado, aprovado, sancionado e promulgado. Torna-se lei (em sentido formal, pois foi aprovada pelos trâmites competentes). Todavia, trata-se de uma lei imoral, que não respeita vários dos Princípios consagrados pelos povos civilizados, como o direito à vida⁵. Um primogênito é morto por um policial no estrito cumprimento do dever imposto por esta hipotética lei. Sob uma análise rigorosamente positivista, e apenas analisando este Princípio, estaria sendo cumprido o *devido processo legal*, pois a execução sumária estaria consagrada na referida lei. Ora, não é este o entendimento de *devido processo legal*. Não é apenas obedecer o que está na lei. É verificar sua adequação com o Estado Democrático de Direito, com as demais garantias institucionais e democráticas do processo; com os direitos e garantias

4 Para maiores detalhes sobre este assunto, ver Eros Roberto Grau, *O direito posto e o direito pressuposto*. SP, Malheiros, 1996, especialmente o capítulo 10.

5 No Brasil, tal lei, se submetida ao controle de constitucionalidade seria - ou, pelo menos deveria ser -, considerada inconstitucional.

individuais e coletivas. Ou seja, é necessário muito maior amplitude de análise a fim de dar conteúdo valorativo ao *devido processo legal*.

Obedecer ao devido processo legal não é apenas obedecer à lei, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico, aos valores consagrados por uma dada sociedade e cristalizados em normas. Não se trata de analisar apenas a forma, mas também, e principalmente, o valor das aspirações políticas juridicizadas nos vários Princípios do ordenamento jurídico.

c) O Princípio do *Contraditório* e da *Ampla Defesa* (ambos situados primordialmente no art. 5º, LV) estabelece que 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.

A dicção do preceito determina que esta garantia seja estendida tanto aos feitos judiciais quanto aos administrativos e a todos aqueles que se encontram na situação de estarem sob acusação de terem cometido alguma irregularidade.

A garantia do contraditório disponibiliza às partes a apresentação de sua versão sobre os fatos em questão. Não que deva ser apresentada necessariamente a versão contraditória do fato, mas disponibilizado à parte fazê-lo, caso queira. Documentos que não sejam do conhecimento de todos os litigantes devem ser disponibilizados a fim de que todos possam se manifestar sobre sua validade e correção, sob pena de nulidade da decisão que deixou de obedecer ao referido Princípio.

A ampla defesa deve ser operada com os meios e recursos a ela inerentes. Observa-se que não se trata apenas de disponibilizar o contraditório - ou seja, deixar que a parte se manifeste sobre os documentos ou fatos narrados ou apresentados pelo adverso -, mas efetivamente possibilitar o exercício da defesa. Indeferimento de perícias, negativa de requisição de documentos, argumentos extemporâneos etc. Várias são as formas de impedir a efetivação da ampla defesa. A expressão *meios e recursos a ela inerentes* permite que sejam exploradas todas as vias processuais possíveis, inclusive a administrativa; e todos os recursos processuais admitidos; todos os meios de prova que o Direito contempla.

Mais uma vez reitera-se que não se trata de obedecer apenas à forma, mas ao conteúdo, o que torna estreita a interpretação meramente positivista do preceito.

Existem vários outros Direitos Fundamentais vinculados ao Processo, tais como o do Juiz Natural (art. 5º, LIII), o da Invalidade das Provas obtidas

por meio ilícito (art. 5º, LVI), o da Publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX). Para efeito desta exposição nos cingiremos apenas aos acima expostos.

III. O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

05. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ASSEGURA AO CONTRIBUINTE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL COMO INSTRUMENTO DE ACERTAMENTO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA, UMA VEZ QUE O PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA NÃO DIZ RESPEITO APENAS AO ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO, MAS, EFETIVAMENTE, À **FUNÇÃO JURISDICIONAL**, QUE É ESPRAIADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO, INCLUINDO O EXERCÍCIO DESTA FUNÇÃO PELOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS, DOS QUAIS OS CONSELHOS DE CONTRIBUINTES E AS DELEGACIAS DE JULGAMENTO SÃO EXEMPLOS.

Ademais, o Princípio do *Devido Processo Legal* não é uma norma sem conteúdo, como acima demonstrado. É imperioso que seja considerado como um instrumento de busca da Justiça, e não apenas uma Regra de procedimento. Trata-se de um Princípio e não de uma Regra⁶.

Assim, de conformidade com o ordenamento constitucional hoje vigente, é direito do contribuinte ver seus atos apreciados pelos Tribunais Administrativos em razão dos Princípios do *Devido Processo Legal* e do *Acesso à Justiça*.

IV. A EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO RECURSAL ADMINISTRATIVO

a) Aspectos Legais

06. LEGISLAÇÃO DO INSS PREVÊ QUE SEJA EFETUADO DEPÓSITO EQUIVALENTE A 30% DO VALOR DO DÉBITO REMANESCENTE EM DISCUSSÃO, COMO CONDIÇÃO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ADMINISTRATIVO.

6 Ver Ronald Dworkin, ob. e loc. citados na nota 04.

A NORMA EM QUESTÃO É A SEGUINTE:

Lei 8213/91:

“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)”

Mas não é somente esta norma que passou a exigir este depósito recursal administrativo. No âmbito dos tributos federais, o vetusto Decreto 70.235/72, que regulamenta o PAF – Processo Administrativo Federal, foi acrescido do seguinte preceito:

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

§1º ...

§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 2002)

§3º O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 2002)

§4º O Poder Executivo editará as normas regulamentares necessárias à operacionalização do arrolamento previsto no § 2º. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 2002)”

O debate acerca da constitucionalidade dessa exigência tem sido enorme desde então. Vamos nos cingir à questão jurisprudencial no âmbito do STF, a

fim de demonstrar a atualidade do debate e as novidades constitucionais que estão por vir.

b) A jurisprudência do STF no controle concentrado de constitucionalidade

07. O *LEADING CASE* ACERCA DA MATÉRIA FOI A ADI PROPOSTA PELA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES METALÚRGICOS, QUE RECEBEU O Nº 1049-2, TENDO SIDO JULGADA A MC – MEDIDA CAUTELAR EM 18 DE MAIO DE 1995. NELA DEBATIA-SE A CONSTITUCIONALIDADE DE VÁRIOS PRECEITOS DAS LEIS 8.212/91 E 8.213/91, COM ALTERAÇÕES QUE HAVIAM SIDO FORMULADAS PELA LEI 8870/94. O RELATOR DO ACÓRDÃO FOI O MINISTRO CARLOS VELOSO.

Deve-se ressaltar que o texto então sob ataque previa que o depósito recursal equivaleria ao valor integral da multa imposta, e não a uma fração do valor total da exigência fiscal (art. 93 da Lei 8870/94).

As teses debatidas quanto à constitucionalidade da exigência de depósito recursal administrativo para efeito das contribuições previdenciárias foram as seguintes:

a) Infringência ao art. 5º, inciso XXXV, da CF – Garantia de Acesso à Justiça.

b) Infringência ao art. 5º, inciso LIV, da CF – Garantia do Devido Processo Legal

c) Infringência ao art. 5º, inciso LV, da CF – Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa.

Entendeu o Relator em seu voto que:

a) Não havia infringência ao art. 5º, inciso XXXV, pois a Garantia de Ampla defesa é restrita ao Poder Judiciário e não à Justiça como um todo.

b) Havia, contudo, infringência ao Princípio do Devido Processo Legal e Ampla Defesa (incisos LIV e LV), pois “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*.”

Em face disso, votou pela suspensão da eficácia do referido artigo

O voto do Ministro Relator, Carlos Mário, foi integralmente acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio. O Ministro Néri da Silveira contrariou o voto do Relator e denegou a suspensão da eficácia do preceito, tal como o Ministro Sepúlveda Pertence e os demais Ministros presentes ao julgamento (Octávio Gallotti, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Francisco Rezek e Maurício Correa). Estavam ausentes os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches.

Portanto, em face desse julgamento, e que se tornou referência na análise posterior da matéria, a exigência de depósito recursal foi considerada constitucional.

Registre-se que até o presente momento a ADI 1049 não foi julgada em definitivo. O último movimento processual mencionado diz respeito a um parecer da Procuradoria Geral da República pelo arquivamento da Ação em face da revogação expressa das referidas normas por outras que lhes sobrevieram⁷.

08. POSTERIORMENTE FORAM APRECIADAS DE FORMA REUNIDA OUTRAS DUAS ADIs, DE Nº 1922-9 E 1976-7, PROPOSTAS PELO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL E PELA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA.

Foi Relator o Ministro Moreira Alves, e a Medida Liminar foi apreciada na sessão de 06/10/1999, sendo que o debate dizia respeito à alteração do §2º, do art. 33, do Decreto 70.235/72, acima transcrito, que passou a exigir depósito recursal administrativo no valor de 30% do montante remanescente em discussão.

Os Princípios constitucionais tidos por infringidos eram os mesmos da ADI 1049 (que foi citada na decisão) quais sejam: art. 5º, inciso XXXV, da CF – Garantia de Acesso à Justiça; art. 5º, inciso LIV, da CF – Garantia do Devido Processo Legal; e art. 5º, inciso LV, da CF – Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa, entre outros.

O voto do Ministro Relator asseverou que:

a) O STF não admite a existência de garantia ao duplo grau de jurisdição administrativa, o que afasta a argüição de infringência do art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV;

7 www.stf.gov.br, consultado em 29 de maio de 2006.

b) O depósito exigido é requisito de admissibilidade do recurso, e não pagamento de taxa, o que afasta a arguição de violação do art. 5º, XXXIV, “a”, da CF, que assegura a todos o direito de petição independentemente do pagamento de taxas;

c) Ademais, o depósito nada tem a ver com o fato de que o Conselho de Contribuintes seja o Juiz Natural do recurso, uma vez que, por lei, pode aquela instância julgadora administrativa deixar de existir;

d) A exigência de depósito recursal administrativo nada tem a ver com democracia participativa e direta;

e) Uma vez que o depósito exigido corresponde a uma fração do débito, não há quebra de isonomia entre devedores abastados e não-abastados.

Mais uma vez a votação pela constitucionalidade do preceito foi por maioria, tendo sido o voto dissidente isolado o do Ministro Marco Aurélio. Assim, votaram a favor da constitucionalidade do depósito recursal os Ministros: Moreira Alves, Carlos Veloso, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Maurício Correa.

Esta ação ainda não foi julgada em definitivo, sendo o último movimento o formulado pelo novel Relator, Ministro Joaquim Barbosa, de inclusão do feito em pauta para julgamento, em 03/10/2005, o que até hoje não ocorreu⁸.

c) Possível alteração da jurisprudência do STF através de controle difuso

09. POR RESPEITO À CONSTITUIÇÃO DEVE-SE ACATAR A POSIÇÃO DO STF EM AMBOS OS CASOS, UMA VEZ QUE É SUA FUNÇÃO PROCEDER À INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. TODAVIA, NO EXERCÍCIO ACADÊMICO, É UM DEVER DISCORDAR DELA.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal não visualiza em sua completude o Princípio da Ampla Defesa que estabelece sua existência de conformidade com os meios e recursos a ela inerentes. Ao mencionar *recursos a ela inerentes* e verificando que há recurso administrativo previsto nas leis em vigor, existe o direito a tal recurso dentro do Princípio do Devido Processo Legal.

O duplo grau de jurisdição administrativa é uma imposição legal, cujo acesso é amparado pela Constituição, ao consagrar a Ampla Defesa como Princípio. A exigência do depósito é uma forma de obstaculizar o acesso a tal instância, permitindo-o apenas a quem possui renda suficiente para tanto e não permitindo consagrar o Estado Democrático de Direito, que deve ser a busca de todos nós.

Exigir depósito recursal é ferir a Constituição nos Princípios do Acesso à Justiça, à Ampla Defesa com os meios e recursos a ela inerentes e, por conseguinte, ao Devido Processo Legal. É manter o sistema oligárquico ao invés do democrático, pois somente quem possui dinheiro é que poderá usar da 2ª instância administrativa para obter prestação jurisdicional, algo que a Constituição assegura a todos.

10. HÁ NOVIDADES NO HORIZONTE, CONTUDO, ORIUNDAS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS. EXISTEM VÁRIOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CUJOS JULGAMENTOS APONTAM PARA UMA ALTERAÇÃO DA POSIÇÃO ASSENTE NO STF ATRAVÉS DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

O Informativo nº 323 do Supremo Tribunal Federal menciona a existência de dois recursos extraordinários em que se retoma a discussão deste tema ante a nova composição da Corte. O Ministro Marco Aurélio é o Relator de ambos os recursos, de nºs 389.383-SP e 390.513-SP e votou pela inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal na via administrativa. O julgamento foi adiado em virtude de pedido de vistas do Ministro Joaquim Barbosa, ocorrido em 02-10-2003.

O Informativo nº 423 do Supremo Tribunal Federal nos dá conta de outro recurso extraordinário (nº 388.359) em que este tema está sendo debatido, ao qual foram reunidos aqueles dois recursos extraordinários mencionados acima (nºs 389.383-SP e 390.513-SP). Este julgamento prosseguiu com o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa endossando a tese da inconstitucionalidade do depósito recursal, esposada pelo Relator Ministro Marco Aurélio. Segundo o referido Informativo, o Ministro Joaquim Barbosa mencionou que “a exigência de depósito prévio ofende a garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), bem como o direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), assegurado independentemente do pagamento de taxas” e correlacionou “o

procedimento administrativo com o princípio democrático, o princípio da legalidade e os direitos fundamentais. Afirmou que a consecução da democracia depende da ação do Estado na promoção de um procedimento administrativo que seja sujeito ao controle por parte dos órgãos democráticos, transparente e amplamente acessível aos administrados. Asseverou que a impossibilidade ou inviabilidade de se recorrer administrativamente impede que a própria Administração Pública revise a licitude dos atos administrativos, o que ofende o Princípio da legalidade e, muitas vezes, leva à violação de direitos fundamentais”. Este posicionamento foi acompanhado pelos votos dos Ministros Eros Grau, Carlos Britto e Enrique Lewandowski. O Ministro Sepúlveda Pertence manteve sua posição anteriormente exposta na ADI 1922 acima referida e votou pela negativa de provimento ao recurso. Pediu vistas o Ministro Cezar Peluso, em 20-04-2006.

Com isso, a votação no STF encontra-se da seguinte forma: 05 Ministros votaram pela inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal: Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Eros Grau e Enrique Lewandowski. Apenas 01 Ministro votou a favor da constitucionalidade dessa exigência: Sepúlveda Pertence. Faltam os votos de 05 Ministros para finalizar a análise da matéria: Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carmem Rocha e Cezar Peluso, o qual pediu vista dos autos. *Da composição que julgou as ADI 1049, 1922-9 e 1976-7 nas quais foi declarada a constitucionalidade da exigência de depósito recursal, resta na Corte apenas o Ministro Celso de Mello, que então votou pela constitucionalidade da exigência.*

Por óbvio, não se pode prever como este julgamento terminará, mas será um caso extremamente interessante, de possível mudança da orientação jurisprudencial da Corte, pois a constitucionalidade da exigência do depósito prévio foi asseverada através de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade e, caso se confirme a tendência acima referida acerca dos 03 REs em julgamento (nº 388.359, 389.383-SP e 390.513-SP), a mudança ocorrerá através do controle difuso de constitucionalidade que, como é sabido, só possui validade “inter partes”, e não “erga omnes”.

Se esta alteração efetivamente ocorrerá e como será efetivada “para todos”, só poderá ser analisado posteriormente ao término do julgamento. Por ora, resta apenas acompanhar seu desfecho.

V - É CONSTITUCIONAL A CONVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA, NO CASO DO IMPROVIMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO?

11. RESTA AINDA PARA SER DIRIMIDO O SEGUNDO ASPECTO ACIMA MENCIONADO. A NORMA LEGAL ASSIM ESTABELECE A EXIGÊNCIA:

Lei 8213/91:

“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)

§ 2º Após a decisão final no processo administrativo fiscal, o valor depositado para fins de seguimento do recurso voluntário será: (Incluído pela Lei nº 9.639, de 25.5.98)

I - devolvido ao depositante, se aquela lhe for favorável; (Incluído pela Lei nº 9.639, de 25.5.98)

II - convertido em pagamento, devidamente deduzido do valor da exigência, se a decisão for contrária ao sujeito passivo. (Incluído pela Lei nº 9.639, de 25.5.98)

A transformação do depósito em renda está de conformidade com o que estabelece o Código Tributário Nacional no art. 156, VI, que a menciona como uma das hipóteses de extinção do crédito tributário.

12. OCORRE QUE EXISTE UM “A PRIORI” À ANÁLISE DESTE ASPECTO, QUE É O DA CONSTITUCIONALIDADE OU NÃO DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL. CASO SEJA ENTENDIDO QUE O DEPÓSITO É CONSTITUCIONAL - COM O QUE NÃO CONCORDO, COMO ACIMA FICOU REFERIDO -, A CONSEQÜENTE REVERSÃO DO DEPÓSITO EM RENDA NADA MAIS SERÁ DO QUE A CONSEQÜÊNCIA LÓGICA DO PROCEDIMENTO A SER ADOTADO, E A EVENTUAL DISPUTA JUDICIAL BUSCARÁ A REPETIÇÃO DO INDÉBITO OU A COMPENSAÇÃO DOS VALORES CONVERTIDOS

Caso seja declarada inconstitucional a exigência do depósito recursal - como se avizinha -, não mais haverá sua exigência, mas apenas a facultativa-

de, visando suspender a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, II) e fazer cessar os encargos moratórios incidentes durante a discussão administrativa e judicial.

Logo, para resolver a 2ª. Questão dever-se-á solucionar o debate acerca da constitucionalidade da 1ª. Questão, qual seja, da exigência de depósito recursal administrativo, acima descrita.

VI - CONCLUSÕES

13. DEVE-SE RESSALTAR A IMPORTÂNCIA DA MUDANÇA NA COMPOSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A ANÁLISE DO TEMA.

Da composição dos 11 Ministros que decidiu pela constitucionalidade da exigência de depósito recursal em controle concentrado de constitucionalidade restam apenas 03 em atividade na Corte: Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Os demais 07 Ministros não tiveram a oportunidade de se manifestar a respeito do tema, apenas no julgamento que ora está em curso, em controle difuso de constitucionalidade. Já votaram pela inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal os Ministros: Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Eros Grau e Enrique Lewandowski. O Ministro Sepúlveda Pertence manteve sua posição anterior, pela constitucionalidade da exigência. Uma vez que o julgamento ainda não se encerrou, podem vir a mudar seu voto. Falta o voto de 05 Ministros: Celso de Mello (que anteriormente votou pela constitucionalidade), Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Carmem Rocha e Cezar Peluso.

Há quem critique a mudança da composição do Supremo Tribunal Federal, o que pode fazer oscilar a jurisprudência ao longo do tempo. Prefiro pontuar que nosso Tribunal possui baixo grau de mudança, e que seus membros não mais deveriam ser vitalícios, mas indicados para mandato determinado, como na maioria dos países europeus e latino-americanos. Obviamente, a forma de provimento deverá ser alterada⁹. Esta é uma forma correta e prudente de oxigenar a jurisprudência constitucional e evitar que o Tribunal veja o “novo” com

9 Sobre este assunto, recomendo a leitura de *Jurisdição Constitucional e Tributação*, de Fernando Facury Scaff e Antonio Maués (SP, Ed. Dialética, 2005), especialmente a 4ª. Parte.

lentes antigas, o que muitas vezes acarreta uma miopia insuperável, geradora de uma “interpretação retrospectiva” da Constituição¹⁰.

O que resultará especialmente interessante, caso se confirme a alteração jurisprudencial indicada, é a intersecção do controle de constitucionalidade difuso e concentrado no Brasil. No caso em apreço, a constitucionalidade foi afirmada sob controle concentrado, e a eventual inconstitucionalidade – caso seja confirmada a tendência no julgamento em curso –, ocorrerá através do controle difuso. Como se resolverá este problema é mais um dos desafios que se colocarão à frente da Doutrina e da jurisprudência constitucional brasileira, que já os enfrenta há tempos¹¹.

Deve-se registrar, também, o importante papel cumprido pela Doutrina neste episódio. A despeito da jurisprudência do STF ter asseverado desde há muito que as normas que exigiam o depósito recursal eram constitucionais (as Medidas Cautelares foram concedidas em 1995, ADI 1049; e 1999, ADI 1922 e ADI 1976) a Doutrina, em sua quase unanimidade, sempre repudiou este entendimento, fazendo prevalecer a interpretação que privilegiava os Direitos Fundamentais sobre aquela que privilegiava as normas legais que os violavam.

Enfim, resta aguardar o desfecho do julgamento dos REs nºs 388.359, 389.383-SP e 390.513-SP, a fim de que seja possível afirmar não apenas em sede doutrinária, mas também jurisprudencial, que é inconstitucional a exigência de depósito recursal administrativo, seja para efeitos do Processo Administrativo perante o INSS, seja para fins do Processo Administrativo Federal perante o Ministério da Fazenda, em face da violação de vários Direitos Fundamentais inscritos na Constituição brasileira de 1988. O “novo” STF deverá interpretar a Lei através da Constituição e não a Constituição através da Lei.

10 Sobre este assunto, recomendo a leitura de *Jurisdição Constitucional e Tributação*, de Fernando Facury Scaff e Antonio Maués (SP, Ed. Dialética, 2005), especialmente a 2ª. Parte.

11 Sobre este assunto, recomendo a leitura de *Jurisdição Constitucional e Tributação*, de Fernando Facury Scaff e Antonio Maués (SP, Ed. Dialética, 2005), especialmente a 1ª. Parte.