

A inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para admissão de recurso administrativo

Carlos Eduardo de Arruda Navarro*

Com a promulgação da Constituição de 1988, um sem-número de atos normativos passou a ter sua recepção questionada perante os mais diversos órgãos do Poder Judiciário ^[01] e, principalmente, perante o Supremo Tribunal Federal ^[02]. Em razão do princípio da ampla defesa, um dos assuntos mais controversos sempre foi o depósito prévio como requisito de admissibilidade aos recursos administrativos.

Em meados de 1997, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 210.246, decidiu que a exigência de depósito prévio para interposição de recurso administrativo era constitucional.

Naquela ocasião, discutia-se sobre matéria trabalhista, qual seja a recepção do artigo 636, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988.

Após esse julgamento, os órgãos jurisdicionais inferiores, em sua maioria, passaram a adotar o mesmo entendimento do Pretório Excelso, dando por constitucional o depósito prévio, inclusive no âmbito tributário.

A primeira perspectiva de mudança nesse entendimento, no entanto, veio em 2003, quando a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, acolhendo a relevância levantada pelo ministro Marco Aurélio, resolveu submeter o Recurso Extraordinário nº 388.359 ao crivo do plenário, dada a nova composição da Corte.

Tal reapreciação se deu em virtude da substituição de oito dos ministros que participaram do julgamento em 1997, quais sejam Moreira Alves, Sydney Sanches, Octávio Gallotti, Nery da Silveira, Ilmar Galvão, Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Da antiga composição remanesceram apenas os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Vale dizer que, no julgamento de 1997, enquanto os ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence votaram pela constitucionalidade da exigência, o ministro Marco Aurélio foi vencido naquela oportunidade, entendendo que o depósito prévio é uma afronta à ampla defesa^[03].

Na nova apreciação, iniciada perante o Plenário, o ministro Marco Aurélio voltou a ratificar seu entendimento a respeito da inconstitucionalidade da exigência, mas o julgamento, no entanto, foi interrompido por um pedido de vista do ministro Joaquim Barbosa, que, no dia 20 de abril deste ano, apresentou seu voto acompanhando o ministro Marco Aurélio.

Os ministros Carlos Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski acompanharam o relator votando pela inconstitucionalidade do depósito, ficando o julgamento interrompido pelo pedido de vista do Ministro César Peluso.

A única divergência verificada até o momento se deu com o voto do ministro Sepúlveda Pertence, que entende que uma única oportunidade de defesa satisfaz o direito constitucional da ampla defesa, ficando demais recursos restritos ao efetivo (e não mero) interesse recursal, que é demonstrado pelo depósito prévio.

Em que pese o imenso respeito que temos pelo eminente ministro Sepúlveda, sua posição não nos parece a mais adequada. Com efeito, dar ao contribuinte/infrator a possibilidade de recorrer *ad extremum*, sem a demonstração de qualquer interesse, não nos parece a solução mais razoável, no entanto, limitar, com um critério meramente econômico, o acesso a uma outra instância administrativa é o total afastamento do princípio da igualdade jurídica.

O ministro Sepúlveda fundamenta seu voto asseverando que não é possível dar à expressão "*recursos a ela inerentes*", constante na Carta Republicana, significado de que "*qualquer decisão judicial ou administrativa há de ser suscetível de tantos recursos quanto a imaginação do interessado conseguir criar*". Ocorre que a melhor razão não pode lhe assistir.

É certo que os recursos administrativos, assim como os judiciais, não podem exceder àquilo que está disposto em lei. Tratando-se de recursos administrativos tributários, o ente tributante, bem como a administração tributária, são responsáveis pela instituição regimental dos recursos possíveis, tratando-se de um rol absolutamente taxativo. Assim sendo, não é o interessado que cria ou imagina os recursos, mas sim o próprio Estado, por meio de atos normativos.

Posto isso, o número de recursos disponíveis ao interessado não é tanto quanto ele consiga criar, mas sim aquele número que o Estado criou e colocou à disposição dos contribuintes.

Cabe à administração tributária, portanto, criar os recursos que entender necessários, deixando-os disponíveis a todos os contribuintes, sem exceção, sendo inconcebível a exclusão desse direito por critérios econômico-financeiros.

Não obstante o exposto, cumpre dizer que a prescrição do crédito tributário não será afetada pelos recursos e procedimentos provocados pelo contribuinte, tantos quantos forem, nos termos do artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional.

A atual situação do julgamento do Recurso Extraordinário nº 388.359 está absolutamente indefinida, visto que ainda não proferiram voto as ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia, e os ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes.

Os ministro Gilmar Mendes, aliás, se manifestou, ainda que em análise perfunctória, acerca da questão no julgamento da Ação Cautelar nº 636, em que foi

mantida uma liminar declarando a inconstitucionalidade do depósito prévio perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Aguardamos, assim, que a Suprema Corte reveja o seu posicionamento de quase uma década e declare a inconstitucionalidade do depósito recursal, concedendo aos litigantes, em processos administrativos fiscais, o direito de exercer a sua mais ampla defesa.

Notas

⁰¹ Controle difuso de constitucionalidade.

⁰² Controles difuso e concentrado.

⁰³ Artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

*Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (SP), estagiário do escritório Biazzi Simon Advogados.

NAVARRO, Carlos Eduardo de Arruda. **A inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para admissão de recurso administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1261, 14 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9273>>. Acesso em: 27 fev. 2007.