



Juíza autoriza empresa a assistir julgamento na Receita

A Delegacia da Receita Federal de Julgamento, em São Paulo, está obrigada a informar quando serão as sessões na esfera administrativa para que uma empresa possa estar presente — com ou sem advogado. A determinação é da juíza federal da 4ª Vara Cível, Maria Isabel do Prado. Ainda cabe recurso.

A juíza permitiu, ainda, que “o advogado da impetrante aplique o exercício de ampla defesa, assim entendido, a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de provas, participação em debates e todos os demais atos necessários ao exercício de tal direito”.

A empresa foi representada pelo advogado **Vitor Werebe**, do escritório Werebe & Associados Advogados e Consultores Legais S/C. Segundo ele, a empresa recebeu auto de infração e pediu impugnação. A Delegacia da Receita Federal de Julgamento não fornece ao impugnante a data e o horário dos seus julgamentos. As sessões são feitas em recinto fechado, sem que advogado e parte estejam presentes.

O advogado, então, entrou com mandado de segurança na Justiça Federal. O pedido de liminar foi baseado no direito à ampla defesa do contribuinte. O argumento foi aceito pela juíza.

Processo nº 2004.61.00

Leia o mandado de segurança

Exmo. Sr. Dr. Juiz Federal da Vara da Seção Judiciária da Capital.

X XXXX XXXX X XXXX XXXX., sociedade com sede na Cidade e Comarca de São Paulo na, inscrita no CNPJ/MF sob n.º, vem a presença de Vossa Excelência por seu advogado e bastante procurador que a esta subscreve, com fundamento no art. 1º. da Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR “INALDITA ALTERA PARS”

em razão de ato do qual tem a Impetrante justo receio de sofrer, por parte do **Senhor DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO EM SÃO PAULO II**, que poderá ser encontrado na Avenida Prestes Maia nº. 733, nesta Capital do Estado de São Paulo, pelas razões de fato e de direito a seguir argüidas.

DOS FATOS:

1. A Impetrante teve contra si lavrado um Auto de Infração com Apreensão do qual, inconformada, apresentou Impugnação tempestiva no dia, à Delegacia da Receita Federal de Julgamento II em São Paulo, na qual requereu expressamente, **sua notificação quanto à hora e o local da realização da sessão de julgamento, para poder entregar memoriais e sustentar oralmente a sua defesa**



(doc.);

2. Consabido que as Delegacias da Receita Federal de Julgamento da 8a. Região Fiscal(1) procede aos julgamentos das Impugnações não permitindo aos contribuintes o pleno exercício de seu direito de defesa. Assim:

2.1 – As sessões de julgamento são realizadas em recinto fechado;

2.2 – Não é dada publicidade prévia às pautas das sessões de julgamento;

2.3 – Não é permitido ao contribuinte adentrar e assistir a sessão de julgamento de matéria de seu interesse;

2.4 – Não é permitido aos advogados o acesso às sessões de julgamento e o exercício de sua atividade profissional, sendo-lhes, portanto, **vedada a sustentação oral, a entrega de memoriais e outras ações inerentes ao pleno exercício do direito de defesa de seu constituinte.**

3. As decisões proferidas pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento, tornam-se, destarte, meramente ratificadoras ou retificadoras dos atos administrativos da Receita Federal, pois:

3.1 – Inadmitem conhecer de matéria constitucional, mesmo em havendo Súmulas ou decisões dos Tribunais Superiores, sob alegação de incompetência “ratione materiae”;

3.2 – Exaram suas decisões com posturas nitidamente fiscalistas, na medida que os seus colegiados não são paritários;

3.4 – Determinam a realização de diligências administrativas de forma a sanar eventuais nulidades apontadas nas Impugnações, ou, simplesmente,

3.5 – Ratificam “in totum” os autos de infração impugnados.

4. Os julgamentos (se é que se pode chamá-los assim) proferidos pelas Delegacias da Receita Federal de Julgamento tornam-se “mera passagem dos processos administrativos” que vão receber a única e efetiva prestação jurisdicional da fase administrativa, no Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, este sim, colegiado paritário e aberto, onde o exercício da ampla defesa não é somente permitido como incentivado.

Se está, desta forma, MM. Juiz, ao se pretender um julgamento administrativo em primeira instância, quando muito, recebendo em situação secreta e anômala, uma decisão proferida diante de relatório e debates que se desconhece e proferido por julgadores a quem não se tem acesso ou poder de excepcionar;

6. Muitas vezes o julgamento da primeira instância administrativa é julgamento único eis que, ainda que inconstitucionalmente, para determinadas matérias, não é dado ao contribuinte o duplo grau de jurisdição. Tal fato demonstra a importância e a necessidade do exercício pleno do direito de defesa, mormente por se tratar – segundo a interpretação do fisco, com a qual não se concorda – da única



instância possível de defesa;

7. Pretende-se, pois, no presente Mandado de Segurança, ter atendido o mandamento constitucional que garante ao contribuinte o direito a ampla defesa, com a realização da sessão de julgamento das Impugnações apresentadas em sessão aberta, com a presença do contribuinte e de seus advogados, com a possibilidade de – se entenderem necessário – apresentarem memoriais, sustentação oral e requerimento de provas, além de todos os demais atos necessários ao exercício do amplo direito de defesa.

DO DIREITO

8. A Portaria do Ministro de Estado da Fazenda nº. 258, de 24 de agosto de 2001, disciplina a constituição das Turmas e o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento(2) (doc.);

9. Como se pode observar da Portaria Ministerial, os julgadores (assim chamados os componentes das DRJ's) são em número de cinco para cada Turma, designados pelo Secretário da Receita Federal, com mandato de dois anos, admitida a recondução;

10. Ao julgador incumbe a elaboração dos relatórios, votos e ementas, além de propor diligências e proferir seus votos;

11. É dado ao relator o prazo de 30 dias para proferir sua decisão, devendo o Presidente da Turma decidir em oito dias sobre o pedido de diligência formulado pelo primeiro;

12. As sessões ocorrem três vezes por semana, com duração de quatro horas cada uma, tendo a elaboração da devida pauta;

13. As deliberações são tomadas pela maioria dos membros, cabendo ao Presidente o voto de qualidade, além do ordinário;

14. A Portaria Ministerial determina, em seu art. 14 e seguintes a ordem dos trabalhos e seu processamento;

15. Admite, a referida Portaria, a apreciação das questões formuladas a título de preliminar, assim como levanta dois requisitos de impedimento: ter o julgador participado da ação fiscal que colimou com a lavratura do auto de infração ou, se for o caso, se o impugnante se tratar de seu parente ou cônjuge;

16. Curiosamente, há a possibilidade de ser interposta a suspeição, por outro membro da Turma, consoante prevê o art. 20;

17. Prevê, ainda, a Portaria, que a existência de ação judicial contra a Fazenda Nacional ou de pedido de parcelamento implicam na desistência do processo administrativo e;

18. Que o Presidente da Turma rejeitará, por despacho irrecorrível, requerimento para o esclarecimento



de inexatidões, erros de escrita ou de cálculo, não demonstrado, com precisão, a exatidão ou o erro; ou, (quando estes não restarem demonstrados)

19. A Portaria Ministerial 258/01 tentou, embora de maneira frustrada e abusivamente arbitrária, disciplinar o funcionamento das Delegacias da Receita Federal de Julgamento. Esqueceu-se, porém, dentre outras coisas, de uma das partes do julgamento: **DO CONTRIBUINTE**;

20. Repare, MM. Juiz, que a palavra **CONTRIBUINTE NÃO APARECE NEM AO MENOS UMA VEZ** no diploma que pretende regulamentar o julgamento de seu recurso. E quando se fala que o termo não aparece, estenda-se este fato aos termos correlatos tais como **IMPUGNANTE, DEVEDOR, etc.**, sendo que a designação sujeito passivo e interessado, aparecem apenas uma única vez quando o diploma trata da suspeição do julgador;

21. Tem-se, assim, um diploma regulador do julgamento administrativo de primeira instância que, nem de forma passageira, faz referência à presença do contribuinte às sessões de julgamento, ou lhe concede o direito de se pronunciar (ainda que por meio de advogado), levantar suspeições, acompanhar os debates, etc...

22. **Trata-se de julgamento administrativo eivado de suspeição de parcialidade e, por consequência, de grave ilegitimidade e ilegalidade;**

23. A Constituição Federal é clara em seu art. 5º, inciso 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”.

(-grifos nossos-)

24. A Carta Magna de 1988 deu aos processos administrativos a mesma destinação que já dava aos envolvidos em processos judiciais nos diplomas anteriores. Assim, no dizer de Celso Bastos (3) ***“Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava em nosso direito, qual seja: a de não dispensar essas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo possíveis, portanto, uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais, cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário. Daí por que essa preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo é muito vantajosa, mesmo porque, quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores serão as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário”;***



25. Diz, ainda, o saudoso professor: **“A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer ela seja alegada pelo autor, quer pelo réu”**(4);

26. O Supremo Tribunal Federal, no RE 195.227(5) – DF, relatado pelo atual Presidente Maurício Correia já firmou entendimento no seguinte sentido:

“A Administração Pública, em toda sua atividade, está sujeita aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente amparo legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação, pois a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei: na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal, e só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

27. O festejado administrativista Egon Bockmann Moreira (6) faz referência a acórdão de lavra do Tribunal Regional Federal da 5a. Região que já fixou:

” A homenagem ao devido processo legal é um comportamento da administração Pública que se insere no cultivo à democracia e respeito ao direito do cidadão” (7)

E no mesmo texto, faz referência a outro julgado, desta feita do Tribunal Regional Federal da 3a. Região que exorta:

” O princípio do devido processo legal, um dos cânones do Estado Democrático de Direito, tem como consectários o direito ao contraditório e à ampla defesa, que são aplicáveis tanto ao processo judicial como ao processo administrativo” (8)

28. À luz do entendimento dos Tribunais Federais, Egon B. Moreira conclui no sentido de que **“é pacífico que o cidadão tem o direito democrático de participar ativamente da formação das decisões administrativas do Estado, especialmente aquelas que incidirão sobre seus interesses (diretos ou indiretos) .(9)**

29. No Estado Democrático de Direito, afora raríssimas exceções que pressupõe a proteção da Nação ou da privacidade, não há que se falar em atos secretos, dos quais o administrado não possa deles conhecer. A Constituição de 1988 e a Lei 9.784/1999 impõem a conduta administrativa na forma do que prescreve a lei. Dentre tais condutas encontra-se, por certo, **a obediência ao devido processo legal;**

30. Em nenhum diploma legal se estabelece, pois, a possibilidade de um processo administrativo fechado ou sigiloso, afora na hipótese das circunstâncias apontadas. Tampouco há disposição legal (e a Portaria Ministerial não pode pretender sobrepor-se à Lei ou, menos ainda, à Constituição) que disponha sobre a existência de julgamento não participativo, ou seja, onde seja vedada (ainda que informalmente) a participação de qualquer das partes;



31. Não há, pois, como se admitir que o processo administrativo esteja à margem do sistema jurídico brasileiro, ignorando os mandamentos constitucionais e criando suas próprias regras;

32. O princípio da moralidade e da boa-fé dos atos administrativos, festejados pela doutrina pátria, e de todos reconhecidos como pressupostos necessários à validade e eficácia de tais atos, pressupõem a transparência da atividade administrativa e, como tal, a participação do administrado, especialmente, naqueles atos que lhe dizem respeito. Por certo, o julgamento de processo administrativo no qual figure como parte, enseja tal entendimento;

33. Não se entenda, em favor da tese contrária à ora esposada, de que os princípios do Estado Democrático de Direito devam ser entendidos ou interpretados de forma restrita.

Bem ao contrário, princípios constitucionais tais como **liberdade, ampla defesa, devido processo legal, propriedade, bens e outros, devem ser entendidos em toda a sua grandeza e interpretados de forma ampla de maneira a preservá-los**;

34. Egon B. Moreira, mais uma vez em invulgar conclusão ensina:

“A possibilidade de dispensa do devido processo legal é hipótese invulgar e somente será legítima caso comprovada, fundamentada e tornada pública a absoluta inutilidade do processo” (10).

E mais adiante:

“Assim, o princípio do contraditório é, antes do que dever despido de efeitos processuais concretos, a configuração da possibilidade de influência positiva do administrado na constituição da vontade estatal”.

35. Não se pode tirar da parte, no caso do contribuinte, o direito de debater, de discutir à exaustão os fatos que lhe são imputados. Tal direito é inerente ao conceito de ampla defesa.

Assim, o conceito de direito de ampla defesa, no campo do direito administrativo, identifica-se, nos termos constitucionais, ao mesmo direito que se exerce no processo civil ou penal, garantindo-se ao contribuinte, por si ou através de advogado, fazer-se representar na sessão de julgamento, exercendo ali, as atividades inerentes ao exercício de seu direito;

36. A recusa em admitir a presença da parte ou de seu representante legal durante a sessão de julgamento, traz à luz a prática do arbítrio. **Aos julgadores não foi dada competência para o arbítrio, mas para julgar!**



37. O princípio da imparcialidade dos atos administrativos, homenageado pela doutrina e pelas Cortes do País, passa pelo princípio da publicidade. Por tal princípio, as partes **têm o direito de saber (sob pena da nulidade do ato administrativo), dentre outras coisas, a hora e o local da realização de determinado ato que lhe diga respeito ou no qual esteja interessado.**

Destarte, sendo o processo administrativo um processo público – (salvo disposição legal em contrário, como ocorre na Lei Paulista), – não há como negar a participação de seu interessado. Tal garantia, além da Constituição Federal, é contemplada também pela já referida Lei 9.784/99.

Em suma, MM. Juiz, não se pode afastar dos atos e processos administrativos, os direitos e garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, **dentre os quais se inclui o devido processo legal e a ampla defesa;**

38. A atitude da autoridade que nega ao contribuinte o direito de assistir e participar do julgamento de processo administrativo em que é parte, retira, no mínimo, a insuspeição e a imparcialidade que o ato deve conter;

39. Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo(11), lembra que ***“nos casos em que a urgência demande postergação provisória do contraditório e ampla defesa, a Administração, de regra, não poderá por si mesma tomar as providências constritivas – e seria inconstitucional lei que a autorizasse – pois deverá recorrer ao Poder Judiciário, demandando que as determine liminarmente”***

Entende, assim, Bandeira de Mello, que **apenas no Judiciário poderão ser demandadas as medidas quem pretendam por de lado as garantias constitucionais.**

Citando Carlos Roberto Siqueira de Castro, o Professor Bandeira de Mello transcreve importante lição:

“Do campo processual penal e civil a garantia do devido processo legal alastrou-se aos procedimentos travados na Administração Pública, impondo a esses rigorosa observância dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Por sua crescente e prestigiosa aplicação, acabou por transformar-se essa garantia constitucional em princípio vetor das manifestações do Estado contemporâneo e das relações de toda ordem entre o Poder Público, de um lado, e a Sociedade e os indivíduos de outro”(12)

40. Fora da obediência aos princípios constitucionais garantidores do Estado Democrático de Direito não há lugar para a paz social.

“Fora daí, não há solução para a barbárie e para a descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas. O processo é, pois, uma garantia da democracia realizável pelo Direito, segundo o Direito e para uma efetiva justiciabilidade”. (13)

DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA



Presentes, por suposto, os princípios necessários à concessão deste “mandamus”, como:

O da “fumaça do bom direito” pelo descumprimento pela administração dos princípios constitucionais garantidores dos direitos e garantias individuais e do disposto na Lei 9.784/99 retro mencionados.

O do “periculum in mora” decorre, mais que tudo, por nova ilegalidade, qual seja a de conferir aos processos administrativos impugnados a instância processual única, ilegalidade esta que será apreciada pela medida e no momento próprio. O perigo na demora reside ainda, no fato de a autoridade administrativa não consagrar, em suas atividades o princípio da publicidade dos atos administrativos, podendo a sessão de julgamento realizar-se a qualquer momento, sem a ciência da Impetrante.

DO PEDIDO

Presentes todos os requisitos à concessão do mandamus, requer a Impetrante:

1- Seja deferido provimento liminar, “inaudita altera pars”, para que:

1.1. Seja determinado à Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II, para que dê à Impetrante **ciência da hora e do local onde serão realizadas as sessões de julgamento das Impugnações aos Autos de Infração com** referentes aos Processos Administrativos nºs e

1.2. Seja permitida **a presença da Impetrante à sessão de julgamento, acompanhada ou não de advogado;**

1.3. Seja permitido **ao advogado da Impetrante o exercício da ampla defesa de seu constituinte**, assim entendido como a entrega de memoriais, sustentação oral, requisição de produção de provas, participação em debates, e todos os demais atos necessários ao exercício de tal direito, na forma da legislação de vigência já referida, bem como na forma da Lei 8.906/94, art. 7º, e seus incisos;

2- Seja oficiada a autoridade coatora para que se manifeste no prazo legal, dando-lhe ciência da liminar concedida, com a suspensão do ato ilegal e para que preste as informações de estilo;

3- Que ao final declare a concessão definitiva da ordem, com a **concessão da segurança preventiva requerida**, fazendo valer os direitos constitucionais da Impetrante, bem como declarando nulos quaisquer atos praticados à revelia de tais direitos.

Dá-se à presente, para os efeitos fiscais, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 28 de janeiro de 2004.



Vitor Werebe – advogado

OAB/SP 34.764

Notas de rodapé

1- *Refere-se a esta Região Fiscal somente, por se desconhecer o procedimento adotado pelas demais.*

2- em anexo.

3- Comentários à Constituição do Brasil, 2 ° vol, pg. 287, Saraiva.

4- Op.cit. pg.286.

5- DJ 6.12.1966, pg. 48.727

6- Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9784/99, 2a. ed. Malheiros, pg.72.

7- Ap. cível 29.169-AL, rel. José Delgado, DJ 29.4.1994

8- Ap. Cível 32.033-SP- Rel. Des. Aricê Amaral, DJ 17.11.1999., p. 335.

9- Op. cit. Pg. 73.

10- Op.Cit. pg.274

11- 15a. Edição, Malheiros, pg. 106

12- Ob.cit. pg. 107

13- Carmen Lúcia Antunes Rocha in Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro, RTDP 17/5-7, 1977, citada por C.A . Bandeira de Mello, op. cit, pg. 109

Date Created

02/02/2004