

BREVES REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DE DEFESA NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Ives Gandra da Silva Martins

-I-

Tem-se discutido se poderia a autoridade julgadora administrativa (monocrática ou colegiada) dar provimento a impugnação ou recurso, por fundamento diverso do apresentado pelo contribuinte. Entendo que sim. A busca da verdade material é o principal desiderato do processo administrativo, ou seja, a perfeita aplicação da norma ao fato objetivo que dá ensejo ao lançamento de ofício.

É de se lembrar que já o Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade, tem, algumas vezes, considerando o dispositivo violado da lei suprema, dado provimento à ação, com base em outros fundamentos que não aqueles invocados pelo proponente da ação (um dos legitimados no art. 103 da CF)¹.

Em uma de suas palestras, na abertura dos Simpósios de Direito Tributário, o Ministro Moreira Alves lembrou que, na ação direta de inconstitucionalidade, o dispositivo considerado inconstitucional deve ser conferido não só em face do alegado pelas partes, mas de toda a Constituição. Pela mesma razão o Ministro Sydney Sanches dizia, em uma palestra, que cabe ao relator e ao plenário estarem atentos, nas ADIs, a todos os dispositivos da Constituição, pois o vício de inconstitucionalidade

1. A.J. Franco Campos lembra que:

“Conclusão vigésima: art. 112 — nada mais justo que a interpretação mais favorável ao sujeito passivo (a expressão “acusado”, primitiva redação, não nos parece própria), máxime no campo da ilicitude e em casos de dúvida” (grifos meus) (*Comentários ao Código Tributário Nacional*, coordenação minha, vol. 2, ob. cit., p. 168).

lidade afeta a lei suprema como um todo, independentemente de ferir expressamente este ou aquele dispositivo.

O mesmo ocorre no que concerne ao processo administrativo, em que a busca da verdade material deve estar acima de disposições de direito material ou processual. E, nesta busca, pode, à evidência, decidir-se por outro fundamento diverso daquele suscitado na impugnação, se beneficiando o contribuinte.

Se, todavia, fosse justificável decidir contra o contribuinte, por outros fundamentos, em observância do direito de defesa amplo, assegurado pela lei suprema (art. 5º inc. LV)², haveria necessidade de abertura de todos os prazos de impugnação para que o contribuinte pudesse contestá-lo. De outra forma, a defesa resultaria cerceada, na medida em que o contribuinte não pode ser condenado por dispositivo contra o qual não se defendeu e fora até mesmo impedido de fazê-lo, uma vez tendo tomado conhecimento dele somente na condenação.

2. Pinto Ferreira lembra que:

“A ampla defesa deve ser assegurada aos litigantes tanto no processo judicial como no processo administrativo. O devido processo legal (due process of law) do direito norte-americano equivale à fórmula da ampla defesa. A Constituição Federal vigente usa as expressões devido processo legal e ampla defesa no art. 5º, respectivamente nos incisos LIV e LV.

As Constituições de 1891 (art. 72, § 16) e de 1946 aludem à “plena defesa”. A Constituição de 1934 (art. 113, n. 24) e a Lei Fundamental vigente usam a locução “ampla defesa”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. XI, n. 1, assim se expressa: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A garantia da plena ou ampla defesa significa o mesmo que “due process of law”, como salientam os tratadistas, a exemplo de Mangoldt. Procede especialmente da Magna Carta de 1215” (*Comentários à Constituição Brasileira* 1º vol., Ed. Saraiva, 1989, São Paulo, p. 176).

-II-

Outra questão relacionada a esta primeira resumiria nos seguintes questionamentos:

- Até que ponto pode o julgador ajustar o lançamento? Pode manter o lançamento sob motivação diversa da constante no Termo de Verificação Fiscal? O erro na capitulação legal enseja sempre a nulidade do lançamento?

A meu ver, o julgador não pode ajustar o lançamento, senão para beneficiar o contribuinte, e se a fundamentação for diversa para condená-lo, abrindo prazo para nova defesa, em relação à parte modificada.

É que o direito de defesa pressupõe que ela seja exercida contra todos os elementos constantes do auto, a saber: fundamentação legal e fática.

Ora, se houver alteração na fundamentação, contra a qual não se defendeu o sujeito passivo, não houve impugnação, pois o novo fundamento terá surgido pela primeira vez na decisão. Não terá sido exercido o direito de defesa, e, à evidência, muito menos a ampla defesa a que fez menção a lei suprema (art. 5º inc. LV)³.

Pode ocorrer, todavia, que o sujeito passivo se defenda utilizando-se de disposição não constante do auto de infração, e vem o julgador a basear-se neste elemento de defesa para dar exegese diversa e condenar o sujeito passivo. Neste caso, não vejo por que anular a autuação, pois não deixou o sujeito passivo de defender-se contra o novo fundamento, por ele introduzido como elemento de impugnação e que o julgador, em exegese distinta, acolheu como fundamento real do lançamento.

3. Repito o inciso LV do artigo 5º da CF:

“LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; ...”.

Nesta hipótese, a meu ver, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Fora esta hipótese, não há como manter-se decisão condenatória fundamentada em fato ou direito novos⁴.

É fundamental esclarecer que aspectos formais que não prejudicam nem a defesa, nem o julgamento não são suficientes para permitir a anulação do auto POR NÃO CONSTITUÍREM FUNDAMENTO DA DECISÃO. A não ser que tais aspectos suprimissem elementos essenciais, prazos ou direitos de defesa, hipótese em que os prazos deveriam ser devolvidos ao impugnante.

O erro na capitulação legal enseja sempre a nulidade de lançamento, a não ser que para impugnar a nova capitulação correta seja devolvido o prazo ao contribuinte, permitindo que se defenda.

4. Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina:

“O princípio do contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa – livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado. Segundo o texto em estudo, se assegura “ampla defesa”. Isto significa que o legislador está obrigado, ao regular o processo criminal, a respeitar três pontos: velar para que todo acusado tenha o seu defensor; zelar para que tenha ele pleno conhecimento da acusação e das provas que a alicerçam; e possam ser livremente debatidas essas provas ao mesmo tempo que se ofereçam outras (o contraditório propriamente). O primeiro ponto obriga o Estado a oferecer, ao acusado que não tenha recursos, advogado gratuito e a não permitir que se pratique ato processual sem a assistência de defensor. O segundo proscree os processos secretos que ensejam o arbítrio (cf. Barbalho, *Constituição Federal brasileira*, p. 436). O último propicia a crítica dos depoimentos e documentos, bem como dos eventuais exames periciais que apóiam a acusação. Igualmente confere à defesa recursos paralelos aos da acusação para o oferecimento de provas que infirmem o alegado contra o réu.

Pela Constituição, foi o princípio claramente estendido ao processo administrativo, evidentemente de natureza disciplinar. Em face do direito anterior, não era indiscutida essa extensão, todavia, como aponta Ada Pellegrini Grinover, havia jurisprudência que anulava processos administrativos em que não se deram condições de defesa ao acusado (grifos meus) (O processo em sua unidade — II, cit., p. 64-5)” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. I, Ed. Saraiva, 2000, p. 66/7).

Em síntese, o direito de defesa AMPLA não é compatível com alteração de fundamentação em relação à qual não seja dada ao contribuinte oportunidade de defender-se, sendo a anulação e o reinício do prazo de defesa o caminho correto para dar continuidade ao processo⁵.

5. José Cretella Jr. ensina:

“A regra da ampla defesa abrange a regra do contraditório, completando-se os princípios que as informam e que se resumem ao postulado da liberdade integral do homem diante da prepotência do Estado” (*Comentários à Constituição de 1988*, Forense Universitária, 1989, p. 534).

