



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
1ª Seção – Superior Tribunal de Justiça

Ref. ERESP N° 1.269.166

Presidente do STF diz que conceitos de justiça e igualdade são indissociáveis

“A Justiça é elemento insito ao convívio social. Daí por que a noção de justiça é indissociável da noção de igualdade. Vale dizer: a igualdade material de direitos, sejam eles direitos juridicamente estabelecidos ou moralmente exigidos”.(GRIFADO)

.....o cidadão deve ter “o direito mais sagrado dentre os seus direitos, qual seja o de ser tratado de forma igual, receber a mesma consideração, a mesma que é conferida ao cidadão ‘A’, ‘C’ ou ‘B’”.(GRIFADO)

Excertos do discurso de posse do Ministro Joaquim Barbosa na Presidência do Supremo Tribunal Federal - Fonte: Notícias STF - Quinta-feira, 22 de novembro de 2012

Site <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224522&tip=UN>

EXISTE IGUALDADE DAS PARTES NO PROCESSO QUANDO UMA DELAS MANTÉM A SEU SOLDO ADVOGADOS (PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL) COMO ASSESSORES DE MINISTROS DESTA TRIBUNAL SUPERIOR COM OS QUAIS CONVIVEM INTIMAMENTE?

INAJÁ INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA., já qualificada nos autos supra, por seus advogados infrafirmados, procuração anexa (doc. 01), comparece perante V. Exa. para intentar, nos termos do disposto no artigo 312 do CPC, a presente EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO dos Ministros adiante indicados consoante as razões de fato e de direito adiante erigidas.

2. Prescreve o artigo 135 do CPC o seguinte:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

3. Sendo assim, uma vez que os Embargos de Divergência atravessados pela excipiente foram indeferidos liminarmente em decisão autoritária e sem a devida fundamentação legal, calcando-



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

se em opinião pessoal do Relator abrindo-se agora a oportunidade para que a excipiente se pronuncie nos autos, a mesma irá desenvolver suas razões de suspeição em face da relação íntima entre os Ministros nomeados adiante com os Procuradores da Fazenda Nacional que lhes prestam serviços como assessores.

4. O Excelentíssimo senhor Ministro ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal Dr. Cezar Peluso, ao examinar a situação em que se encontra o Poder Judiciário assoberbado de processos, em especial seus Tribunais Superiores, a grande maioria destes processos originária da Fazenda Pública e do órgãos da administração pública direta e indireta, em entrevista à revista *Veja* em suas páginas amarelas, intitulada "Ninguém lê 10.000 ações", confirma o que todos sabem, como adiante se vê:

“O presidente do Supremo Tribunal Federal admite que o excesso de processos que chegam à corte faz com que parte das decisões fique nas mãos de assessores técnicos.

Durante quase toda a sua vida, o paulista Cezar Peluso esteve diante de um problema. Ou melhor, de vários. Aos 26 anos de idade, já era juiz de direito. Hoje, aos 67, preside a mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal (STF), onde deságuam os mais importantes conflitos da nação. Em seu gabinete, em Brasília, Peluso recebeu a reportagem de *VEJA* para uma conversa franca. Criticou a atuação de promotores, juízes de primeira instância e mesmo a de colegas do STF. Falou sobre temas que magistrados costumam evitar a todo custo — como o fato de, no Brasil, os ricos terem mais chances de escapar da cadeia do que os pobres — e admitiu: **os ministros do Supremo vivem tão assoberbados que não conseguem ler todos os processos que lhes caem nas mãos. Acabam tendo de delegar a assessores parte das decisões que deveriam tomar”.** (grifado)

5. E mais adiante acrescenta:

Os ministros leem todos os processos que julgam?

É humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações em um ano. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado tema. **Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas. É claro que o ideal seria que o ministro examinasse detidamente todos os casos.** (DESTACADO)

Isso prejudica a qualidade da decisão?

Não quero afirmar que isso sempre prejudica a qualidade da decisão, mas há o risco de isso ocorrer — e só o risco já é suficiente para tentarmos resolver o problema. **Essa transferência de responsabilidade para as assessorias pode causar abusos.** Não digo em relação ao STF, que é muito cioso de seus assessores. Refiro-me aos tribunais de segunda instância, em que o volume de trabalho também é enorme. (DESTACADO)

6. Será que estes fatos acontecem somente no Supremo Tribunal Federal? Será que os Ministros do STJ, em especial os da 1ª e 2ª Turmas não estão também assoberbados de processos? A resposta encontra-se nas estatísticas do STJ, pelas quais em 2010, por exemplo:

- a) O Tribunal julgou 330.283 processos;
- b) A 1ª Turma julgou monocraticamente 24.991 processos;



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

- c) A 1ª Turma julgou em Sessão 11.088 processos;
- d) A 2ª Turma julgou monocraticamente 27.063 processos;
- e) A 2ª Turma julgou em Sessão 19.684 processos; e,
- f) A 1ª Seção julgou monocraticamente 2.857 processos; e
- g) A 1ª Seção julgou em Sessão 1.576 processos.

7. Assim a 1ª Seção, a 1ª Turma e a 2ª Turma julgaram ao todo 87.259 processos.

8. Considerando o STJ como um todo e tendo o Tribunal 33 Ministros, cada um julgou em média ($330.283 \div 33$) em torno de 10.008 processos em 2010. **Portanto, o que disse o Presidente do Supremo Tribunal Federal aplica-se como uma luva ao STJ, ou seja, também ali "Ninguém lê 10.000 ações" ao ano.**

9. É assim que cada Ministro tem aqueles que os ajudam “**tendo de delegar a assessores parte das decisões que deveriam tomar**”. No caso do STJ, 4 (quatro) dos assessores de Ministros têm origem na Procuradoria da Fazenda Nacional¹. São eles:

a) **ADRIANO FALCÃO NERI**, assessor do Ministro **HUMBERTO MARTINS** da 2ª Turma da 1ª Seção; (doc. 02)

b) **CHRISTIANO MENDES WOLNEY VALENTE**, assessor do Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES** da 2ª Turma da 1ª Seção; (doc. 03)

c) **MARCELLUS SGANZERLA**, assessor do Ministro **HERMAN BENJAMIN** da 2ª Turma da 1ª Seção; (doc. 04)

d) **VANDRÉ AUGUSTO BÚRIGO**, assessor do Ministro **VILLAS BÔAS CUEVA** da 3ª Turma da 2ª Seção. (doc. 05)

10. Note-se que **dos 4 (quatro) Procuradores da Fazenda Nacional, 3 (três) encontram-se cedidos a Ministros da 2ª Turma da 1ª Seção dedicada a julgamentos da área do direito público e, em especial, a julgamentos de CAUSAS TRIBUTÁRIAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA FEDERAL. Assim, 3 (três) dos 5 (cinco) Ministros da 2ª Turma da 1ª Seção do STJ, são assessorados por Procuradores da Fazenda Nacional. Se isso não for ilegal, é, no mínimo, imoral.**

11. Assim, no mínimo é extremamente esquisita esta cessão de Procuradores da Fazenda Nacional como assessores de Ministros da 2ª Turma da 1ª Seção do STJ.

12. E, no caso do REsp nº 1.251.513/PR, julgado pela Primeira Seção no rito do artigo 543-C do CPC, por decisão singular do Ministro Relator **MAURO CAMPBELL MARQUES** e que foi citado na decisão proferida no RESP intentado pela excipiente, tal Relator tem 1(um) Procurador da Fazenda Nacional a assessorá-lo nos julgamentos em que é parte a Fazenda Nacional, o senhor **Christiano Mendes Wolney Valente**.

1 Sites <http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-ListaServidores.asp?bogus=1&Pagina=1&TextoPesquisa=VANDR%C9%20AUGUSTO%20BURIGO>

<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-ListaServidores.asp?bogus=1&Pagina=1&TextoPesquisa=MARCELLUS%20SGANZERLA>

<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-ListaServidores.asp?bogus=1&Pagina=1&TextoPesquisa=CHRISTIANO%20MENDES%20WOLNEY%20VALENTE>

<http://www.portaldatransparencia.gov.br/servidores/Servidor-ListaServidores.asp?bogus=1&Pagina=1&TextoPesquisa=ADRIANO%20FALC%C3O%20NERI>

e http://www.stj.jus.br/docs_internet/transparencia/stjtransparencia_anexoVb_20121121.pdf



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

13. Acrescente-se que a decisão que reconhece a natureza repetitiva do recurso especial é tomada de forma singular pelo presidente do tribunal a quo ou pelo Relator no STJ, consoante se depreende dos parágrafos 1º e 2º do artigo 543-C do CPC como se vê a seguir:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

14. A consequência destas decisões singulares está estampada nos parágrafos 7º e 8º seguintes do artigo 543-C do CPC, os quais têm a seguinte dicção:

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

15. **Do exposto supra, constata-se de plano que o Relator pode decidir monocraticamente se um recurso especial tem ou não caráter repetitivo, embora o presidente do Tribunal "a quo" não o tenha assim entendido.**

É o que se colhe da decisão proferida pelo Relator no caso mencionado e que está a influenciar o caso presente e milhares de outros casos de contribuintes que se encontram na mesma situação da excipiente, a saber:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.251.513 - PR (2011/0096857-2)

RELATOR: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECORRIDO: CLÍNICA ODONTO-MÉDICA SUMIKAWA LTDA

ADVOGADO: DANIEL PROCHALSKI E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REMISSÃO E ANISTIA INSTITUÍDOS PELA LEI N. 11.941/2009. DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO MEDIANTE A TRANSFORMAÇÃO EM PAGAMENTO DEFINITIVO (CONVERSÃO EM RENDA) DE DEPÓSITOS JUDICIAIS VINCULADOS A AÇÕES JÁ TRANSITADAS EM JULGADO. DISCUSSÃO SOBRE A POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DA DIFERENÇA DE JUROS SELIC INCIDENTES SOBRE O VALOR DEPOSITADO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, "a", da Constituição Federal de 1988, contra acórdão que acolheu o pedido do contribuinte de



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

utilizar depósitos judiciais, ainda não transformados em pagamento definitivo (depósitos não convertidos em renda), vinculados a processos judiciais já transitados em julgado, para a quitação de débitos com as reduções a título de remissão e anistia previstas na Lei n. 11.941/2009 e reconheceu a incidência das ditas reduções sobre valores decorrentes da incidência da Taxa Selic nos depósitos judiciais, permitindo o levantamento pelo contribuinte do saldo de juros remitido. O julgado restou assim ementado (e-STJ fls. 91/98). AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. CONVERSÃO EM RENDA. REDUÇÕES DO ART. 1º, §3º, DA LEI N.º 11.941/09. POSSIBILIDADE.

1. O contribuinte não pode ser impedido de pagar os débitos em conformidade com a Lei nº 11.941/09, eis que a referida norma autoriza expressamente a utilização de depósitos vinculados aos débitos para pagamento da dívida tributária. Como os valores depositados ainda não foram convertidos em renda para a União podem ser aproveitados para o pagamento.

2. Vislumbra-se ilegalidade no artigo 32 da Portaria Conjunta nº 10/2009, quando condiciona o pagamento do débito discutido na ação principal à inexistência de trânsito em julgado da ação, pois restringiu, via norma de inferior hierarquia, o direito disposto no artigo 10 da mencionada lei.

3. Os arts. 5º e 6º da Lei nº 11.941/09 devem ser interpretados no sentido de serem aplicáveis nas hipóteses em que preenchido seu pressuposto lógico, ou seja, a pendência de lide em lide em curso, o que não impede o ingresso, no programa de parcelamento, daqueles débitos sobre os quais há decisão com trânsito em julgado, não só tendo em vista o princípio da isonomia, mas também porque entendimento contrário, em um emprego do reductio ad absurdum, obstaría a adesão ao referido programa daqueles contribuintes que jamais entraram com qualquer ação judicial para discutir seus débitos, pela razão de não haver ação na qual poderiam manifestar sua desistência.

4. As reduções oportunizadas pelo legislador (art. 1º, §3º, da Lei nº 11.941) devem incidir sobre valores decorrentes da incidência da Taxa Selic nos depósitos judiciais. Precedentes. Os embargos de declaração interpostos restaram acolhidos apenas para efeito de prequestionamento (e-STJ fls. 103/107).

Alega a recorrente Fazenda Nacional que houve violação aos arts. 535, inciso II, do CPC; arts. 1º, § 3º, I; 5º, 6º e 10 da Lei nº 11.941/09 e 111, I, do CTN. Entende que a desistência da ação judicial em curso cumulada com a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação são condições para a fruição do benefício fiscal, de modo que se já houve trânsito em julgado não há que se falar em desistência e renúncia possíveis. Defende a impossibilidade da aplicação das reduções aos débitos discutidos em ações cujo trânsito em julgado ocorreu antes da vigência da Lei n. 11.941/2009. Afirma que os juros Selic incidentes sobre o valor principal depositado em juízo correspondem à remuneração própria do depósito judicial, não podendo ser alcançada pela lei que se refere aos valores históricos depositados, pois não pertencem ao contribuinte, não havendo, portanto, saldo a ser levantado. Pugna pela legalidade do art. 32, §§ 1º e 14, da Portaria Conjunta PGFN/SRF n. 06/2009 - incluído pela Portaria-Conjunta PGFN/RFB n. 10/2009 (e-STJ fls. 109/128).

Não houve interposição de recurso extraordinário.

Contra-razões (sic) nas e-STJ fls. 131/142.

Recurso regularmente admitido na origem (e-STJ fls. 143/144).

É o relatório.

Verifica-se que o tema do recurso, apesar de repetitivo no âmbito da Primeira Seção do STJ, ainda não foi submetido a julgamento pelo novo procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução STJ n. 8/2008.



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

Ante o exposto, recebo o recurso especial como emblemático da controvérsia, a ser dirimida pela Primeira Seção, adotando-se as seguintes providências:

a) comunique-se, com cópia da presente decisão, aos Ministros da Primeira Seção do STJ e aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, nos termos do art. 2º, § 2º, da Resolução STJ n. 8/2008 e para os fins neles previstos;

b) suspenda-se o julgamento dos demais recursos sobre a matéria versada no presente recurso especial, consoante preceitua o § 2º do art. 2º da Resolução STJ n. 8/2008;

c) dê-se vista ao Ministério Público Federal para parecer, em quinze dias, nos termos do art. 3º, II, da Resolução STJ n. 8/2008.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de maio de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Relator

Documento: 15729687 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 06/06/2011 Página 1 e 2 de 2

15. A mencionada Resolução n. 8/2008, prescreve em seu artigo 2º o que segue:

Art. 2º Recebendo recurso especial admitido com base no artigo 1º, caput, desta Resolução, o Relator submeterá o seu julgamento à Seção ou à Corte Especial, desde que, nesta última hipótese, exista questão de competência de mais de uma Seção.

§ 1º A critério do Relator, poderão ser submetidos ao julgamento da Seção ou da Corte Especial, na forma deste artigo, recursos especiais já distribuídos que forem representativos de questão jurídica objeto de recursos repetitivos.

§ 2º A decisão do Relator será comunicada aos demais Ministros e ao Presidente dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, conforme o caso, para suspender os recursos que versem sobre a mesma controvérsia.

Art. 3º Antes do julgamento do recurso, o Relator:

I – poderá solicitar informações aos tribunais estaduais ou federais a respeito da controvérsia e autorizar, ante a relevância da matéria, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, a serem prestadas no prazo de quinze dias.

II – dará vista dos autos ao Ministério Público por quinze dias.

16. Do exposto, constata-se que o recebimento como recurso representativo de controvérsia foi assim decidido pelo Relator, uma vez que o presidente do Tribunal de origem não o recebeu sob tal condição como a seguir se vê:

RECURSO ESPECIAL EM AI Nº 0024498-65.2010.404.0000/PR

RECTE : UNIÃO FEDERAL (FAZENDA NACIONAL)

PROCURADOR : Procuradoria-Regional da Fazenda Nacional

RECDO : CLÍNICA ODONTO-MÉDICA SUMIKAWA LTDA/

ADVOGADO : Daniel Prochalski e outros

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com apoio no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido por um dos órgãos colegiados desta Corte, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. DEPÓSITO JUDICIAL. CONVERSÃO EM RENDA. REDUÇÕES DO ART. 1º, §3º, DA LEI N.º 11.941/09. POSSIBILIDADE. 1. O contribuinte não pode ser impedido de pagar os débitos em conformidade com a Lei nº 11.941/09, eis que a referida norma autoriza expressamente a utilização de depósitos vinculados aos débitos



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

para pagamento da dívida tributária. Como os valores depositados ainda não foram convertidos em renda para a União podem ser aproveitados para o pagamento. 2. Vislumbra-se ilegalidade no artigo 32 da Portaria Conjunta nº 10/2009, quando condiciona o pagamento do débito discutido na ação principal à inexistência de trânsito em julgado da ação, pois restringiu, via norma de inferior hierarquia, o direito disposto no artigo 10 da mencionada lei. 3. Os arts. 5º e 6º da Lei nº 11.941/09 devem ser interpretados no sentido de serem aplicáveis nas hipóteses em que preenchido seu pressuposto lógico, ou seja, a pendência de lide em lide em curso, o que não impede o ingresso, no programa de parcelamento, daqueles débitos sobre os quais há decisão com trânsito em julgado, não só tendo em vista o princípio da isonomia, mas também porque entendimento contrário, em um emprego do reductio ad absurdum, obstaría a adesão ao referido programa daqueles contribuintes que jamais entraram com qualquer ação judicial para discutir seus débitos, pela razão de não haver ação na qual poderiam manifestar sua desistência. 4. As reduções oportunizadas pelo legislador (art. 1º, §3º, da Lei nº 11.941) devem incidir sobre valores decorrentes da incidência da Taxa Selic nos depósitos judiciais. Precedentes.

Foram acolhidos os embargos de declaração apenas para fins de prequestionamento.

Sustenta a Recorrente, preliminarmente, que o acórdão vergastado afrontou, diretamente, ao artigo 535, inciso II, do CPC. Aponta, ainda, a contrariedade aos artigos: 1º, § 3º, I; 5º, 6º e 10 da Lei nº 11.941/09 e 111, I, do CTN.

O recurso merece prosseguir, tendo em conta o devido prequestionamento da matéria relativa aos dispositivos supostamente contrariados. Além disso, encontram-se preenchidos os demais requisitos de admissibilidade.

Ante o exposto, admito o recurso especial.

Intimem-se.

Porto Alegre/RS, 24 de fevereiro de 2011.

Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro

Vice-Presidente

17. Ademais o Relator é bem claro ao afirmar *que “o tema do recurso, apesar de repetitivo no âmbito da Primeira Seção do STJ, ainda não foi submetido a julgamento pelo novo procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução STJ n. 8/2008”.*

18. Assim, *não restam dúvidas de que em decisão monocrática, prolatada três (3) meses depois de admitido o recurso, o Relator já se apressava em solver a questão no rito do recurso representativo de controvérsia do artigo 543-C do CPC.*

19. Ora, caso semelhante e que também leva os Tribunais de segunda instância a seguir a orientação jurisprudencial é o da repercussão geral do recurso extraordinário em que a decisão sobre tal fato é proferida por todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal consoante o disposto nos artigos 322 a 329 do RISTF, especialmente este último que assegura “a ampla e específica divulgação do teor das decisões sobre repercussão geral, bem como formação e atualização de banco eletrônico de dados a respeito”.

20. **Não é o que ocorre quanto à decisão singular proferida por Relator do STJ, sem mencionar sequer quais os recursos que levam a tal decisão e sua fundamentação.**

21. Esta decisão singular assim proferida ofende o princípio da transparência dos atos administrativos, ou seja, da publicidade e, também, em face da falta de fundamentação da decisão, em ofensa ao inciso IX do artigo 93 da Constituição.

22. Não basta o Relator dizer que a matéria envolve diversos recursos em tramitação sem ao menos citar alguns deles, para que possa ser possível o cotejo desta decisão.

23. Isso é o que se vê na decisão singular proferida no REsp nº 1.251.513 – PR, quanto ao seu caráter repetitivo, sem ao menos citar alguns dos demais recursos especiais que tratam da mesma e idêntica matéria, violando o princípio da transparência dos atos da administração de quaisquer dos Poderes da República e, por conseguinte, carecendo de fundamentação o que leva à agressão aos artigos 37, caput e 93,



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

inciso IX da Constituição Federal os quais prescrevem que tanto os julgamentos devem ser fundamentados, quanto as decisões administrativas dos Tribunais devem ser motivadas.

24. Nota-se claramente a diferença entre o tratamento que dá o Supremo Tribunal Federal ao instituto da repercussão geral daquele dado pelo STJ ao recurso repetitivo, quando ambos podem atingir terceiros interessados na referida decisão.

25. Acrescente-se que o recurso paradigma não pode ser escolhido aleatoriamente sem carregar em si todas as demais teses desenvolvidas em recursos semelhantes. Faz-se necessária uma escolha criteriosa dentre todos os recursos que versem sobre o mesmo tema daquele que represente a totalidade das razões levantadas em todos eles.

26. Do exposto, a própria decisão pela aplicação ao caso do artigo 543-C do CPC pode ser questionada por ser autoritária diante da falta de motivação e fundamentação; por falta de transparência e porque tal recurso não tem a representatividade necessária para alcançar todos os demais intentados sobre o tema como quer fazer crer a decisão mencionada, **principalmente prolatada por um Ministro que tem como seu assessor o Procurador da Fazenda Nacional CHRISTIANO MENDES WOLNEY VALENTE.**

27. No mínimo o ilustre Ministro Mauro Campbell Marques e os Ministros HUMBERTO MARTINS e HERMAN BENJAMIN cujos assessores destes últimos São os Procuradores da Fazenda Nacional ADRIANO FALCÃO NERI e MARCELLUS SGANZERLA, respectivamente, **SÃO SUSPEITOS PARA JULGAR QUAISQUER CAUSAS TRIBUTÁRIAS EM QUE A UNIÃO SEJA PARTE.**

28. Com efeito, a OAB-RJ já ingressou com representação administrativa perante o CNJ a respeito do tema aqui levantado, cujo teor se extrai da Revista CONJUR² em artigo de Rodrigo Haidar:

Ordem dos Advogados do Brasil

Seção do Estado do Rio de Janeiro

Procuradoria

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ

A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, serviço público independente, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, com sede na Avenida Marechal Câmara, nº 150, Centro, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 33.648.981/0001-37, representada por seus procuradores abaixo assinado, vem, com fundamento no art. 91 do Regimento Interno deste Conselho, propor PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO, contra o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, com sede na Rua Acre, nº 80, Centro, Rio de Janeiro, pelos motivos a seguir expostos:

1- Esta Seccional tomou conhecimento de que Procuradores da Fazenda Nacional estão sendo cedidos ao Poder Judiciário, para atuarem como Assessores Judiciários nos gabinetes de Desembargadores que integram Turmas Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro Especializadas em Matéria Tributária, conforme comprovado pela portaria publicada no Diário Oficial da União (doc. anexo).

2- Muito embora a cessão (afastamento para servir a outro órgão ou entidade) de servidores em geral seja prática comum e prevista em lei – Lei 8.112/90, quando envolve Procuradores da Fazenda Nacional cedidos a órgãos que têm competência para processar e julgar matéria tributária¹, compromete o necessário equilíbrio do Poder Judiciário. Trata-se de situação peculiar, que merece tratamento diferenciado com relação às demais hipóteses de requisição de servidores entre órgãos da administração pública.

² Paridade de armas - CNJ discute cessão de procuradores para tribunais - Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2012



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

3- Como cediço, os assessores dos ministros do STJ e STF e dos demais Tribunais são responsáveis pela elaboração de minutas dos votos, o que põe em xeque a isenção do Judiciário, causando desequilíbrio de forças no processo, uma vez que os procuradores da Fazenda Nacional atuam representando uma das partes nos processos que envolvem matéria tributária de interesse da União Federal.

4- Ora, por óbvio, um procurador da Fazenda cedido ao Tribunal Regional Federal não garantiria a paridade processual ao minutar um voto em uma demanda entre o cidadão contribuinte e a União.

5- Em tese, a situação seria semelhante, se possível fosse, a um advogado atuar como assessor de desembargador, mas manter-se como sócio de um escritório particular. Para tanto, basta imaginar que, nos termos do disposto 1 É o caso das 3ª e 4ª Turmas Especializadas do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a teor do disposto no art. 2º, §4º, alínea “b”, c/c 13, inciso II, ambos do Regimento Interno (doc. anexo) no art. 93, §§1º, 2º e 5º, da Lei nº 8.112/90, o ônus da remuneração continua a ser da Procuradoria da Fazenda Nacional, entidade cedente.

6- Cabe mencionar ainda que a Lei Complementar nº 73/1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, veda o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais por advogados e procuradores da Fazenda Nacional, claramente para evitar o tráfico de influência.

7- Segundo a Lei nº 9.028/1995, que dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da AGU, as atribuições dos servidores da AGU devem ser sempre vinculadas ao Poder Executivo, como dito na Constituição e na Lei Complementar.

8- Cabe mencionar que a atuação dos procuradores da Fazenda esbarra também no Estatuto da Advocacia, legislação que se aplica aos advogados públicos, conforme disposto no art. 3º da Lei 8.906/94, estando os mesmos obrigados a inscrição na OAB. O Estatuto, como cediço, dispõe que a advocacia é incompatível com a atividade de cargos ou funções vinculados ao Judiciário:

“Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico”.

9- Verifica-se, portanto, que a atuação dos procuradores da Fazenda como assessores de Desembargadores do TRF da 2ª Região, que atuam em Turmas Especializadas com competência para processar e julgar matéria tributária compromete a isenção do Judiciário, violando a moralidade, impessoalidade e a paridade de armas nos processos que versem sobre matéria tributária de interesse da União.

PEDIDO

10- Por todo o exposto, a OAB/RJ requer que seja editada Resolução no sentido de vedar a cessão de procuradores da Fazenda Nacional ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, especialmente para exercer cargo em comissão em Turmas Especializadas com competência para processar e julgar matéria tributária.

11- Cumulativamente, nos termos do art. 95, inciso II, do Regimento Interno desse E. Conselho, requer a desconstituição do Ato nº T2-ATP-2011/00046, de 13 de outubro de 2011, por meio do qual foi cedido Procurador da Fazenda Nacional para o TRF-2.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Rio de Janeiro, 27 de fevereiro de 2012.

RONALDO CRAMER

Procurador-Geral da OAB/RJ

OAB/RJ 94.401

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA

Subprocurador-Geral da OAB/RJ

OAB/RJ 147.553

29. Ora, os vícios e impropriedades das decisões proferidas por Ministros que tenha como assessores Procuradores da Fazenda nacional levam à nulidade de tais decisões como adiante será demonstrado.

a) Considerações quanto aos princípios que regem a administração pública e aqueles constantes do Código de Ética da Magistratura Nacional.

30. Como será visto adiante, necessária é esta pequena digressão sobre os princípios norteadores dos atos da administração dos Poderes da República, uma vez que é a Constituição em seu artigo 37 que elenca os princípios nos quais deve se nortear a Administração Pública, fazendo-o nos exatos termos seguintes:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.....

31. Sendo assim é possível compreender que diante do princípio da legalidade o servidor público só pode fazer o que lhe permitido por lei diferentemente do particular que somente não pode fazer o que for proibido por lei (CF art. 5º, II).

32. Do exposto, os servidores das carreiras de Advogado da União, Procurador da União e de Procurador da Fazenda Nacional estão habilitados ao exercício da advocacia, nos limites de suas atribuições fixadas na Constituição, na Lei Complementar nº 73/1993 e na Lei nº 9.028/1995.

33. Também tais servidores estão jungidos às limitações a eles impostas pelos artigos 27 e 28 da Lei Complementar nº 73/1993 e artigo 116, II da Lei nº 8.112/1990 (comum a todos os servidores públicos).

34. De outra banda, o servidor que é Advogado da União, Procurador da União e Procurador da Fazenda Nacional devendo exercer suas funções com lealdade à Advocacia Geral da União nos



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

termos do artigo 116. II da Lei nº 8.112/1990 e também devendo exercer estas funções exclusivamente dentro de suas atribuições funcionais e devendo obediência às súmulas, pareceres normativos ou orientações técnicas adotadas pelo Advogado-Geral da União consoante o prescrito no artigo 28 da Lei Complementar nº 73/1993 poderia prestar assessoramento a Magistrado de qualquer Tribunal quando estivesse em julgamento alguma causa de interesse da União?

35. Ora, é notícia corrente que a União e suas Autarquias são as maiores demandantes juntos aos Tribunais Superiores e sendo assim, seria possível a cessão desses funcionários advogados para prestar assessoramento a Ministros destes Tribunais?

36. Para essas a questões aventadas convém ouvir a lição dos juristas adiante nomeados quanto aos mencionados princípios constitucionais norteadores da administração pública.

37. Quanto ao princípio da legalidade, a Constituição o trata expressamente no artigo 5º, II e no caput do artigo 37, neste último dirigindo-se especificamente à administração pública.

38. No primeiro dispositivo assenta que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” o que vale dizer que o particular pode fazer tudo que não seja proibido em lei.

39. Já o dispositivo dirigido à administração ao prescrever que a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” estabelece que a Administração Pública só poderá agir segundo as determinações legais, dentro dos limites fixados em lei.

40. Celso Antônio Bandeira de Mello acentua que a submissão da administração pública à lei

“é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.

41. Conclui-se, portanto, que a submissão da administração à lei decorre da existência o próprio Estado Democrático de Direito. No caso, a administração pública só pode fazer o que permite a lei.

42. José Cretella Junior, ao tratar do tema, citando outros autores acrescenta que

“O princípio da legalidade é, desse modo, o meio de realizar a subordinação da Administração ao Parlamento e, pois, de proteger os cidadãos contra as iniciativas arbitrárias da Administração” (Droit administratif, 1963, p.295). Acentua Jacques Dembour que “a Administração é titular de privilégios, de direitos e de poderes exorbitantes em relação àqueles de que dispõem os particulares, o que não quer dizer que a autoridade administrativa possa mostrar-se despótica e agir arbitrariamente. A Administração belga – como a Administração francesa – é submetida ao direito ou àquilo que se denomina de princípio da legalidade. Os poderes da Administração são limitados pela obrigação em que ela se encontra de respeitar determinadas regras.” (Droit administratif, 1970, p.23). (destacado)

O Estado de direito existe, conforme ensina Ballardore Pallieri, (Direito costituzionale), 3ª edição, p.80 e seguintes), onde (a) o Estado se submeta à jurisdição; (b) a jurisdição aplique a lei existente ao caso concreto; (c) a jurisdição se exerça por juizes imparciais com todas as garantias; (d) o Estado se submeta à jurisdição, como parte, em igualdade de condições com a outra parte.”(destacado)

43. Como visto supra, também o Judiciário, em respeito ao Estado de Direito, está jungido à prescrição legal não podendo agir de forma contrária ao fixado na lei devendo o Juiz ser imparcial e entre o Estado e o cidadão deve imperar a igualdade de partes, a “par condicio” ou “igualdade de armas”.



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

44. Convém destacar que Cândido RANGEL DINAMARCO , eleva a “igualdade de armas”, calcada no princípio da igualdade o qual se aplica às normas processuais, a um valor de “primeira grandeza” ao sustentar que:

“o processo civil moderno rege-se pelos grandes pilares da democracia, entre os quais destaca-se a igualdade como valor de primeira grandeza. O princípio isonômico, ditado pela Constituição em termos de ampla generalidade (art.5º, caput, c/c art.3º, inc.IV), quando penetra no mundo do processo assume a conotação de princípio da igualdade das partes. Da efetividade deste são encarregados o legislador e o juiz, aos quais cabe a dúplice responsabilidade de não criar desigualdades e de neutralizar as que porventura existam. Tal é o significado da fórmula tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das desigualdades. A leitura adequada do art. 125, inc. I, do Código de Processo Civil, mostra que ele inclui entre os deveres primários do juiz a prática e preservação da igualdade entre as partes, ou seja: não basta agir com igualdade em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades. Essas desigualdades que o juiz e o legislador do processo devem compensar com medidas adequadas são resultantes de fatores externos ao processo – fraquezas de toda ordem, como a pobreza, desinformação, carências culturais e psicossociais em geral. Neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fonte de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento formalmente desigual que substancialmente iguala. Exemplos vivos são a promessa constitucional e legal de assistência jurídica integral aos necessitados (Const., art.5º, inc.LXXIV; art.24, inc.XIII) e o tratamento especial concedido às causas de interesses de idosos, as quais devem ser processadas e julgadas com prioridade (CPC, arts.1.211-A a 1.211-C, red. Lei n.10.173, de 9.1.2001.(destacado)

45. Também quanto ao princípio da igualdade, e calcada no princípio da igualdade de armas, o par condicio, ADA PELLEGRINI GRINOVER acrescenta que

“Entende-se, modernamente, por par condicio ou igualdade de armas, o princípio de equilíbrio de situações, não iguais mas recíprocas, como o são, no processo penal, as dos ofícios da acusação e da defesa.

E o equilíbrio das situações é que garante a verdadeira contraposição dialética.

Eis assim o contraditório a identificar-se com a par condicio, e não com a igualdade formal.

E ele também, como a própria igualdade, sai do plano estático para ingressar no dinâmico.

Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo”.

Como visto, por igualdade no processo deve o juiz buscar a “igualização” das partes “sem subjetividades acomodadoras, sem “jeitinhos” que acabem por gerar enfoque contrário à sempre esperada isonomia”.

46. Nesse ponto cabe também examinar o princípio da moralidade da administração pública pelo qual esta deve se pautar dentro dos limites da ética e da moral comum e mesmo que não lhe seja proibido por lei fazer alguma coisa ou permitido por lei fazê-la pode o servidor agir contra a ética e a moral comum? O artigo 37 da Constituição ao elevar tal princípio ao nível da legalidade, também exige que a atuação da administração pública esteja vinculada a tal princípio.



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

47. José Augusto Delgado, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em monografia intitulada “O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988” citando diversos autores procura sistematizar o que pode ser entendido sobre moralidade da administração ao aduzir que

“não se torna fácil a fixação de uma teoria para se definir, de modo jurídico, o que é moralidade administrativa. Contudo, algumas conclusões decorrentes do exame sistematizado do tema contribuem para facilitar a compreensão do seu alcance. É a nossa proposta a seguir:

a) Não é convencedor, na atualidade científica sobre a matéria, se afirmar que a noção de moralidade exceda à noção de legalidade. Elas são princípios fundamentais a serem seguidos na busca de uma boa administração. Os elementos constitutivos de ambos, não obstante diferenciados, não impedem que apareçam no mesmo nível hierárquico. São, conseqüentemente, princípios que completam o atuar administrativo e indispensáveis para a sua validade, eficácia e efetividade.

b) O valor jurídico do ato administrativo não pode ser afastado do valor moral. Isso implica em um policiamento ético na aplicação das leis, o que não é proibido, porque o defendido e a lisura nas práticas administrativas, fim, também, contido na norma legal. (destacado)

c) A administração pública não está somente sujeita à lei. O seu atuar encontra-se subordinado aos motivos e aos modos de agir, pelo que inexiste liberdade de agir. Deve assim, vincular a gestão administrativa aos anseios e às necessidades do administrado, mesmo que atue, por autorização legal, como senhor da conveniência e da oportunidade. Qualquer excesso a tais limites implica em adentrar na violação do princípio da moralidade administrativa sempre exigindo uma correta atividade. (destacado)

d) O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. Assim, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando foge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos públicos ou privados; quando a ação é maliciosa, imprudente, mesmo que somente no futuro essas feições ou alguma delas se tornem reais. (destacado)

e) O interesse jurídico contido no ato administrativo deve se subordinar ao interesse jurídico da moralidade. O simples fato do administrador usar de suas atribuições para fins diversos daqueles conferidos por lei, implica em uma violação direta ao princípio da moralidade. Marcelo Caetano, em seu Manual de Direito Administrativo, t. I, Lisboa, 1968, p. 465, observou que a moralidade está até certo ponto acautelada pela lei nos termos por ela estabelecidos. Não há, assim, possibilidade de não se reconhecer a sua supremacia. (destacado)

f) O administrador deve se conscientizar de que a moral do dever começa na base de sua atividade. Agindo de acordo com ela nada mais está atingindo do que a necessidade comum, em face da moralidade ser pressuposto de ação administrativa”.

48. Do exposto é possível concluir que o ato administrativo, embora praticado nos limites da lei, será inválido se exercido com o chamado desvio de poder também por ofender o princípio da moralidade.

49. O ilustre Juiz Alcebíades da Silva Minhoto Junior em monografia premiada nos dá a noção deste tipo de conduta, ao observar que

“A expressão “desviar” significa sair do rumo ou do caminho estabelecido. Em termos de Direito Administrativo, significa a perda do caminho traçado pela lei, por ato voluntário ou involuntário do poder administrativo. Claro, contudo, que o desvio na quase totalidade dos



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

casos é doloso, intencional, voluntário, já que à Administração é reconhecido não só o direito mas o dever de voltar atrás quando nulamente opera (cf. ALESSI, op.cit.p.74)

Dada essa natureza de saída do rumo legal, não se confunde o desvio de poder com o excesso de poder, embora ambos estejam ligados à finalidade do ato.

No desvio de poder (détournement de pouvoir, sviamento de potere, abuse of discretion) a Administração age – com a lei, porém desvirtuando a sua finalidade. Opera com o material legislativo, mas de modo a aplicá-lo fora das lindes balizadas pelo interesse público. Em uma palavra: ocorre a substituição da vontade da norma (legal ou administrativa) pela vontade ou conveniência do próprio administrador, numa aberração como diz o Prof. CRETELLA JUNIOR (op.cit.)”(destacado)

50. No mesmo sentido é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello quando acrescenta que

“No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitanda. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicada, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou”.

51. Como visto anteriormente, além da submissão da administração ao comando da lei, no sentido de somente poder fazer o que for permitido em lei e, principalmente, jamais contrariar qualquer vedação legal sob pena de cometer ato arbitrário, esta ela, a administração pública jungida, também em seus atos, aos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, além dos princípios implícitos da proporcionalidade e da razoabilidade.

52. Pois bem, supondo-se que não houvesse vedação legal ao exercício de funções de assessoramento pelos Advogados da União, pelos Procuradores Federais e pelos Procuradores da Fazenda Nacional a órgão do Poder Judiciário, mesmo assim, há ofensas aos demais princípios norteadores dos atos da administração como serão vistas a seguir.

b) Dos vícios mencionados.

53. Como visto nas considerações exordiais, não só a administração, como o Juiz, ambos estão subordinados à lei. Este último, no dizer de Cretella Junior, citando Balladore Pallieri, no Estado de Direito deve ser imparcial e ter todas as garantias a tanto, bem como, deve este Estado de Direito submeter-se a condições de igualdade com a outra parte em que litiga em Juízo.

54. É certo que tanto a administração quanto o Juiz devem sempre ter por fim a proteção do interesse público em face do interesse privado, porém, este interesse público não pode chegar ao ponto de agredir os direitos e garantias individuais assegurados ao cidadão pelo artigo 5º da Constituição, como o da isonomia, inclusive o da igualdade processual, igualdade de armas, a “*par condicio*”.

55. Diante do que foi exposto, poder-se-ia afirmar peremptoriamente que os Advogados da União, os Procuradores Federais e os Procuradores da Fazenda Nacional quando em exercício junto ao Poder Judiciário, cedidos ou em gozo de licença para o trato de interesses particulares, simplesmente esqueceriam suas funções (mesmo que se fosse permitido por lei), suas demandas anteriores, seu posicionamento jurídico com relação às demandas em que atuou em defesa da União, em especial na defesa de atos do Poder Executivo ou de leis contestadas por sua inconstitucionalidade e obedecendo as portarias, pareceres e ordens de serviço a que estavam jungidos? E o mesmo se pode indagar se um dos grandes escritórios



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

de advocacia cedesse advogados aos STF ou ao STJ e continuasse a remunerar seus advogados cedidos. Seria legal? Seria ético?

56. É evidente que estes servidores, da mesma forma que os advogados, se cedidos, mesmo que pudessem ser desobrigados de sua fidelidade com seu empregador, diante da possibilidade de retorno ao cargo de origem, levam consigo e com ele permanece toda a carga de princípios, orientações e posições jurídicas assumidas e que foram absorvidas no exercício de suas funções originais.

57. É claro que aqui não se está concluindo que os Ministros, Desembargadores ou Juízes se deixem levar por determinada tese de seu assessor se com ela não concordarem.

58. O que se levanta é a proximidade, a intimidade do relacionamento diário e constante de um Advogado da União, um Procurador Federal e um Procurador da Fazenda Nacional com este Magistrado.

59. **Somente por isso, diante do fato de que o advogado da parte que litiga contra a União não goza desta proximidade e diante do fato de que tais servidores trazem consigo toda uma posição jurídica em defesa da União, já se instala a ofensa ao princípio da igualdade processual.**

60. **Por consequência, mesmo que tal não aconteça, somente pela possibilidade de acontecer, já se verifica a ofensa ao princípio da moralidade pública e a ofensa ao Código de Ética da Magistratura Nacional o qual esta assentado nos princípios:**

a)- **Da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro (art. 1º);**

b) - **Em que o magistrado deve ser eticamente independente (art. 4º), sem receber indevidas influências externas e estranhas à justa convicção que deve formar para a solução dos casos que lhe sejam submetidos (art. 5º), sendo seu dever denunciar qualquer interferência que vise a limitar sua independência (art. 6º); e,**

c)- **que o magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo (art. 8º), predisposição ou preconceito, além de outras normas éticas.**

61. Ora, demonstrado que o **Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES**, Relator do REsp nº 1.251.513/PR que tem influído nestes Embargos de Divergência, **tem como assessor o Procurador da Fazenda Nacional CHRISTIANO MENDES WOLNEY VALENTE**, o mesmo não manteve **“ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes”** e este fato, por si só leva ao questionamento da validade de tal decisão proferida no mencionado processo, mormente pela decisão de atribuição de julgamento com base no artigo 543-C do CPC sem uma fundamentação razoável com a citação, pelo menos, de alguns recursos contendo matéria idêntica a ser apreciada, demonstrando precipitação e o paralogismo do voto proferido na própria ação.

62. O mesmo cabe quanto aos Ministros **HUMBERTO MARTINS** e **HERMAN BENJAMIN** cujos assessores destes últimos são os Procuradores da Fazenda Nacional **ADRIANO FALCÃO NERI** e **MARCELLUS SGANZERLA**, respectivamente, pois, também são suspeitos para julgar quais quer causas tributárias em que a UNIÃO seja parte.

63. Toda e qualquer decisão proferida por esta Primeira Seção ou pela 2ª Turma da qual fazem parte tais Ministros jamais poderão atender ao princípio da impessoalidade, o princípio da igualdade das partes no processo.

64. **Verifica-se nesses casos que não pode haver impessoalidade quando se tem como seu assessor um Procurador da Fazenda Nacional que é, indubitavelmente, um convívio íntimo que macula de validez toda e qualquer decisão proferida pela 1ª Seção e especialmente pela 2ª Turma, com 3 (três) Procuradores da Fazenda Nacional a assessorar os Ministros Mario Campbell, Humberto Martins e Herman Benjamin, ou seja, 3 (três) dos 5 (cinco) Ministros da Turma.**

65. **Ou seja, a Fazenda Nacional tem maioria na 2ª Turma deste Tribunal.**



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

66. Assim é que decisões são ultimamente modificadas em favor do fisco e em total desfavor do contribuinte, ou mesmo, em agressão ao princípio da segurança jurídica calcado na estabilidade do direito e na confiança na lei.

67. No Superior Tribunal de Justiça verificam-se estas modificações jurisprudenciais, bastando ver as Notícias abaixo do Valor Econômico de 23 e 26 de março de 2010³, adiante transcritas nos trechos citados:

"23/04/2010

VALOR ECONÔMICO - LEGISLAÇÃO & TRIBUTOS

STJ muda entendimento sobre IPI

Uma decisão da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) pegou de surpresa milhares de distribuidores de cerveja que já se consideravam vitoriosos em uma antiga disputa com o Fisco. Os ministros da Corte decidiram que apenas as fabricantes, e não as distribuidoras têm legitimidade para propor ação contra a Fazenda Nacional para pedir a restituição de créditos do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI). O IPI é pago pelas distribuidoras, mas recolhido e repassado ao governo pelas fabricantes.

O entendimento foi aplicado ao julgamento de um recurso repetitivo ajuizado pelo Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras Vinculadas aos Fabricantes de Cerveja, Refrigerante, Água Mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco, Alagoas e Paraíba. Até então, a jurisprudência era favorável ao setor, tanto no STJ quanto nos Tribunais de Justiça (TJs).

O sindicato, que vai recorrer da decisão, ingressou com a ação em 2002. O processo representa três mil distribuidoras de cerveja que têm por objetivo obter a devolução do IPI dos últimos dez anos - em média, isso representa R\$ 1 milhão por mês para cada uma delas. A discussão começou nos anos 90 em razão das distorções criadas pela "tabela TIPI", pela qual o governo estabeleceu o percentual do imposto incidente sobre cada produto. Com os descontos oferecidos pelas distribuidoras de cerveja - especialmente no inverno -, o valor tabelado passou a ser desproporcional e, em muitos casos, maior do que o valor da própria cerveja. As distribuidoras foram ao Judiciário e obtiveram, na maioria dos casos, o direito à restituição do IPI, proporcional ao valor da venda.

No recurso ajuizado pelo sindicato das distribuidoras de Pernambuco, Alagoas e Paraíba, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região - que abrange os Estados do Nordeste - confirmou uma sentença da 3ª Vara de Maceió pela qual as distribuidoras não teriam legitimidade para pleitear essa restituição, pois o contribuinte "de direito" seriam as fabricantes. O entendimento, porém, foi aceito de forma unânime pelo STJ.

Segundo voto do ministro Luiz Fux, relator do recurso repetitivo, o terceiro que suporta com o ônus econômico do tributo - no caso, as distribuidoras -, não participa da relação jurídica tributária, e não têm legitimidade para pleitear junto à União a restituição do valor de IPI. Segundo o voto, uma vez recuperado o valor em uma ação movida contra a Fazenda pelos fabricantes, as distribuidoras poderiam entrar na Justiça contra o fabricante para tentar reaver o crédito. (destacado)

A decisão contraria um voto do próprio ministro Fux, de dezembro de 2008, pelo qual as distribuidoras, por suportarem o encargo financeiro do IPI, poderiam pleitear na Justiça a restituição de valores de IPI pagos a mais. Em março, a ministra do STJ Eliana Calmon havia selecionado outro recurso sobre o mesmo tema, envolvendo a distribuidora G., para ser julgado como repetitivo. (destacado)

De acordo com Marco Antonio Pinto de Faria, presidente do grupo S. e consultor jurídico da Confederação Nacional das Revendas A. e das Empresas de Logística da Distribuição

³ <http://www.idtl.com.br/>



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

(Confenar), esse fato deve dar ensejo a um pedido interno de nulidade do julgamento. "Também é possível recorrer com embargos de divergência, por conta da jurisprudência pacificada em sentido contrário, e ao Supremo Tribunal Federal (STF)", diz Faria. De acordo com ele, a única forma das distribuidoras serem restituídas do valor do IPI pago desproporcionalmente seria por meio de ações judiciais contra a Fazenda, pois os fabricantes não teriam interesse em fazê-lo. "A quantia de IPI paga aos fabricantes só é repassada ao governo no mês seguinte, aumentando a reserva de caixa das empresas", afirma Faria. (destacado)

A Fazenda Nacional informou ao Valor, por meio de um comunicado, que o julgamento reverteu uma jurisprudência consolidada. (destacado)

(.....)

Luiza de Carvalho, de Brasília - Arthur Rosa, de São Paulo

26/03/2010

VALOR ECONÔMICO - LEGISLAÇÃO & TRIBUTOS

STJ é favorável ao Fisco na maioria dos recursos repetitivos julgados

Um levantamento sobre os recursos repetitivos, relativos à área tributária, julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) mostra que em 59,76% dos casos há vitória do Fisco. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), em razão deste resultado, tem analisado todos os casos que foram objeto de recursos repetitivos na Corte para decidir, em breve, quais temas os procuradores regionais serão dispensados de recorrer. (destacado)

(.....)

A pesquisa avaliou 82 decisões tributárias já proferidas pelo STJ, pelo rito repetitivo. O advogado responsável pelo levantamento, Diogo Ferraz, tributarista do escritório Avvad, Osório Advogados, afirma que, mesmo com a ferramenta em vigor, o entendimento da Corte continua oscilando muito. "Às vezes, o STJ dá indício de que vai seguir uma direção e depois segue outra, sem qualquer fato novo que motive isso", diz o advogado. Como exemplo, ele cita a discussão judicial do ICMS incidente sobre a demanda de energia elétrica. (destacado)

Essa demanda é contratada entre as grandes indústrias e concessionárias de energia para garantir que, em caso de necessidade, a empresa possa consumir energia extra. Os contribuintes defendem que o ICMS deve incidir sobre o valor da energia efetivamente consumida. Já os Estados argumentam que o imposto deve ser regularmente cobrado porque a demanda fica disponível para ser consumida. "O STJ vinha proferindo decisões favoráveis ao contribuinte, desde 2002", diz o advogado. "Ao julgar o recurso repetitivo, decidiu pela incidência sobre a demanda de emergência", afirma.

(.....)

Há também especialistas que alertam ser preciso tomar cuidado quando o Poder Judiciário inclui um processo no rol dos recursos repetitivos. "Isso porque pode acontecer de haver peculiaridades do caso concreto, que fazem com que ele não se amolde à jurisprudência formada", afirma o advogado Igor Nascimento de Souza, da banca Souza, Schneider, Pugliese, Sztokfisz e Custódio Advogados. Para enfrentar a questão, segundo Souza, a banca abriu um escritório em Brasília e contratou profissionais especializados para atuar nos tribunais superiores. "Quem não tiver uma advocacia bastante atuante em Brasília ficará em defasagem em relação à Fazenda, que hoje está bastante estruturada para esta nova maneira de advogar", afirma Souza. (destacado)

Laura Ignácio, de São Paulo

68. Será que os contribuintes litigaram em 40,24% dos casos só por litigar, ou a influência de um dos litigantes está a ferir a igualdade processual? Somente por estas dúvidas já é possível afirmar



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

que, mesmo que não houvesse afronta direta à Lei, há, sim, contrariedade também ao princípio da moralidade pública, além da ofensa ao princípio da isonomia processual e da impessoalidade do Juiz.

69. Como se colhe das notícias supra segundo as quais, dependendo da Turma e do Relator o mesmo caso tem decisões contrárias e divergentes, o mesmo acontecendo na própria Turma e, às vezes, em decisões contrárias entre si do mesmo Relator em casos idênticos (talvez em razão de assessoramentos diversos em cada caso), levanta-se ou mostra-se o caos em que se encontram os contribuintes.

70. Diante desses fatos, a prestação de serviços de consultoria e assessoramento por parte dos Advogados da União, dos Procuradores Federais e dos Procuradores da Fazenda Nacional aos Ministros seja do STF, seja do STJ, além de ilegais, ofende também os princípios da igualdade processual e da moralidade pública, o que pode levar a decisões que desprestigiam o princípio da eficiência, como já visto. Nesse caso, a eficiência se resume na prestação da jurisdição com igualdade às partes e impessoalidade.

71. Note-se também que o princípio da publicidade e transparência da administração foi esquecido quanto a esse tipo de serviço ou desempenho de função pública e só veio à tona depois que o Supremo Tribunal Federal publicou, recentemente, no seu “site” o Portal “TRANSPARÊNCIA” onde consta o setor de “RECURSOS HUMANOS” e o STJ publicou o seu site citado supra de onde foram obtidos os dados mencionados neste estudo, cotejado com o site da Procuradoria da Fazenda Nacional.

72. Do exposto, essa prática deve ser abolida dos nossos Tribunais Superiores, o STF e o STJ, e dos demais Tribunais de segunda instância como se viu de notícia de representação da OAB-RJ ao CNJ no caso de cessão de Procuradora da Fazenda Nacional, sem prejuízo de seus vencimentos que continuaram pagos pela PGFN, para assessorar Juiz convocado ao TRF da 2ª Região em caso da Vale do Rio Doce, a qual anteriormente tinha defendido a Fazenda Nacional nesta mesma causa.

73. A QUESTÃO É A SEGUINTE: PODERIA UM MINISTRO DO STJ JULGAR DETERMINADA CAUSA SE TIVESSE POR ASSESSOR UM ADVOGADO EMPREGADO DE UMA DAS PARTES A ELE CEDIDO POR ESTA PARTE? É EVIDENTE, É CLARO QUE NÃO PODERIA JULGAR TAL DEMANDA DIANTE DO GRAU DE INTIMIDADE DE QUE DESFRUTAM NO DIA-A-DIA O MAGISTRADO E O EMPREGADO DA OUTRA PARTE NO PROCESSO.

74. Sendo assim e feitas as observações acima, não restam outras conclusões quanto à suspeição dos referidos Ministros, a não ser as seguintes:

1ª – A existência de Procuradores da Fazenda Nacional como assessores de três Ministros da 1ª Seção do STJ, no mínimo, levanta suspeitas quanto à impessoalidade das decisões por estes proferidas;

2ª – Quanto à aplicação do artigo 543-C do CPC ao caso do RESP nº 1.251.513-PR e que vem influenciando no julgamento do ERESP intentado pela excipiente, não basta o Relator dizer que a matéria envolve diversos outros recursos em tramitação, como se vê da Decisão singular proferida no mencionado RESP para justificar o seu caráter repetitivo, sem ao menos citar alguns dos demais recursos especiais que tratam da mesma e idêntica matéria, violando o princípio da transparência dos atos da administração de quaisquer dos Poderes da República e, além disso, carecendo de fundamentação e motivação, leva à agressão aos artigos 37, caput e 93, inciso IX da Constituição Federal;

3ª – Acrescente-se que, no mínimo, é extremamente estranha esta cessão de Procuradores da Fazenda Nacional como assessores de Ministros da 1ª Seção do STJ. E no caso do mencionado recurso repetitivo o Ministro Relator do REsp nº 1.251.513/PR tem 1(um) Procurador da Fazenda Nacional a assessorá-lo nos julgamentos em que é parte a Fazenda Nacional, o senhor Christiano Mendes Wolney Valente e este fato, por si só leva ao questionamento da validade de tal decisão proferida no mencionado processo, mormente pela decisão de atribuição de julgamento com base no artigo 543-C do CPC sem uma fundamentação razoável com a citação, pelo menos, de alguns recursos contendo matéria



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

idêntica a ser apreciada, demonstrando precipitação, além do paralogismo do voto proferido na própria ação.

4ª - Não só a administração, como o Juiz, ambos estão subordinados à lei. Este último, no dizer de Cretella Junior, citando Balladore Pallieri, no Estado de Direito deve ser imparcial e ter todas as garantias a tanto, bem como, deve este submeter o Estado a condições de igualdade com a outra parte em que litiga em Juízo, como expressamente reza o Código de Ética da Magistratura Nacional aprovado pela 68ª Reunião do CNJ em 06/08/2008;

5ª - Toda decisão em que participem os Ministros **MAURO CAMPBELL MARQUES**, Relator do REsp nº 1.251.513/PR que tem influído nestes Embargos de Divergência, tem como assessor o Procurador da Fazenda Nacional **CHRISTIANO MENDES WOLNEY VALENTE**, e os Ministros **HUMBERTO MARTINS** e **HERMAN BENJAMIN** cujos assessores destes últimos são os Procuradores da Fazenda Nacional **ADRIANO FALCÃO NERI** e **MARCELLUS SGANZERLA**, respectivamente, não atendem ao princípio da impessoalidade, ao princípio da igualdade das partes no processo.

6ª - Verifica-se que não pode haver impessoalidade quando se tem como seu assessor um PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL que, indubitavelmente, representa um convívio que macula de validez toda e qualquer decisão proferida pela 2ª Turma da 1ª Seção do STJ pela presença de três PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL entre seus assessores jurídicos.

75. Do exposto supra, os **MINISTROS MAURO CAMPBELL MARQUES, HUMBERTO MARTINS E HERMAN BENJAMIN** **SÃO SUSPEITOS PARA DECIDIR CAUSAS TRIBUTÁRIAS EM QUE PARTICIPE A UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) DIANTE DA INTIMIDADE COM OS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL DA QUAL USUFRUEM E CUJOS PROCURADORES SÃO INTERESSADOS “NO JULGAMENTO DA CAUSA EM FAVOR DE UMA DAS PARTES”** em face do que:

a) prescreve a Lei Complementar nº 73/1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União e que veda o exercício da advocacia fora de suas atribuições institucionais por advogados e procuradores da Fazenda Nacional, claramente para evitar o tráfico de influência; e,

b) do que dispõe a Lei nº 9.028/1995, sobre o exercício das atribuições institucionais da AGU, as atribuições dos servidores da AGU devem ser sempre vinculadas ao Poder Executivo, como dito na Constituição e na Lei complementar.

76. Sendo assim, tal situação fática além de ofender o princípio da igualdade das partes no processo, tão bem lembrada pelo Ministro Joaquim Barbosa, albergado pelo artigo 5º da Constituição, ofende também o artigo 135 do CPC, incisos I e V e artigo 1º do Código de Ética da Magistratura, pelo qual:

“Art. 1º O exercício da magistratura exige conduta compatível com os preceitos deste Código e do Estatuto da Magistratura, norteando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, do conhecimento e capacitação, da cortesia, da transparência, do segredo profissional, da prudência, da diligência, da integridade profissional e pessoal, da dignidade, da honra e do decoro”.

77. Diante do exposto a excipiente manifesta nos termos do artigo 312 do CPC sua recusa à participação no julgamento do Agravo Interno interposto dos Ministros MAURO CAMPBELL MARQUES, HUMBERTO MARTINS E HERMAN BENJAMIN.

N. Termos,

P. Deferimento.

Londrina, 21 de novembro de 2012.



F. THEOPHILO ADVOCACIA EMPRESARIAL

FREDERICO DE MOURA THEOPHILO
OAB-PR 8719

NEILAR T. LOURENÇON MARTINS.
OAB-PR 9597

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO – CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO - 15ª Edição – Malheiros – São Paulo – 2003.
- CRETELLA JUNIOR, JOSÉ – COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO DE 1988 – 1ª Edição – VOL. 4 – Forense Universitária – São Paulo – 1.991.
- RANGEL DINAMARCO, CÂNDIDO – INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL – VOL. I - 4ª Edição – Malheiros – São Paulo – 2004.
- PELLEGRINI GRINOVER, ADA - NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PROCESSUAL - Forense Universitária – RJ – 1990.
- DELGADO, JOSÉ AUGUSTO – O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988
(monografia) -
http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9917/O_Princ%c3%adpio_da_Moralidade_Administrativa.pdf?sequence=1
- MINHOTO JUNIOR, ALCEBÍADES DA SILVA – LIMITES TÍPICOS NA AÇÃO ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (monografia) – Coedição IBDT / Resenha Tributária – São Paulo – 1977.