

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO – DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RELATOR DAS AÇÕES DIRETAS DE
INCONSTITUCIONALIDADE N. 6399, 6403 e 6415**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONAL: N. 6399, 6403 E 6415

AUTORES: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA e PSB – PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO

INTIMADOS: CONGRESSO NACIONAL E PRESIDENTE DA REPÚBLICA

**ABRASF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS
DAS CAPITAIS BRASILEIRAS**, entidade representativa dos interesses financeiros dos
Municípios-Capitais Brasileiros desde 1982, amplamente reconhecida pelo Poder
Judiciário¹ e demais Poderes², vem, nos autos destas Ações Diretas de
Inconstitucionalidade referenciadas em epígrafe, requerer sua admissão nos respectivos
processos na qualidade de

A M I C U S C U R I A E

com fundamento no artigo 138, caput e §2º e do CPC, no inciso XVIII do art. 21 do
RISTF, pelas razões que passa a expor, destacando-se, desde já, A IMPORTÂNCIA DE
QUE O PRESENTE CASO **SEJA DESTACADO E RETIRADO DO JULGAMENTO EM
PLENÁRIO VIRTUAL**, EM RAZÃO DA SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL E NACIONAL
PARA TODAS AS ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS DAS TRÊS ESFERAS FEDERATIVAS,
sendo então afetado ao Plenário por Videoconferência, assegurada às partes e aos
terceiros interessados a oportunidade de apresentar as suas respectivas sustentações
orais, bem como eventuais esclarecimentos de fato e questões de ordem.

¹ Admitida como *amicus curiae* no STF em mais de 50 casos, como, v.g., na ADI n. 1945, Relatora Ministra Carmen Lúcia; RE 688.223, Relator Ministro Luiz Fux; ADI n. 5659, Relator Ministro Dias Toffoli; ADI n. 5576, Ministro Roberto Barroso; RE 603136, Relator Ministro Gilmar Mendes; RE 605552, Relator Ministro Dias Toffoli; RE 602347, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; RE 566349, Relatora Ministra Carmen Lúcia; RE 688223, Relator Ministro Luiz Fux; RE 565089, Relator Ministro Marco Aurélio; ADPF 190, Relator Ministro Edson Fachin; ADI 6357, Relator Ministro Alexandre de Moraes.

² Notadamente pelo Decreto n. 6.038/07, que ao regulamentar o Comitê Gestor do Simples Nacional (LC 123/2006), assegura à ABRASF cadeira para representação dos Municípios.

Ressalta, ainda, nestes passos vestibulares, os graves e deletérios efeitos que a alteração legislativa trazida pela Lei n. 13.988/2019, que inseriu o seguinte dispositivo na Lei n. 10.522/2002: “Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, resolvendo-se favoravelmente ao contribuinte.”

Neste particular, já têm ocorrido CANCELAMENTOS DEFINITIVOS DE LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS, que representam BILHÕES DE REAIS, e que foram originalmente efetuados por autoridades fiscais federais e confirmados em decisões de primeira instância por força do famigerado **empate** nas decisões colegiadas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, algumas delas decorrentes de votações absolutamente antagônicas entre a bancada dos contribuintes e dos agentes públicos, nas quais prevaleceu o voto unificado e exclusivo dos representantes dos setores econômicos e sindicais privados – conhecidos como “Conselheiros dos Contribuintes”.

I) DO PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE, LEGITIMIDADE E PERTINÊNCIA DOS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS DA ABRASF EM RELAÇÃO À MATÉRIA OBJETO DE IMPUGNAÇÃO POR MEIO DESTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I.A) ADMISSÃO TARDIA DA ABRASF EM OUTROS CASOS NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPORTÂNCIA DOS CASOS PARA OS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.

Antes de apresentar os usuais argumentos acerca da figura do *amicus curiae*, cumpre destacar, preliminarmente, que o Supremo Tribunal Federal vem admitindo o ingresso e a apresentação de contribuições factuais e jurídicas da ABRASF em inúmeros casos envolvendo interesses dos Municípios brasileiros.

Essa admissão vem se verificando inclusive após a publicação das pautas de julgamento e mesmo após o seu início, diante das dificuldades de controle da totalidade de casos de interesse municipal, recrudescida por força do grande volume de processos e da aceleração dos julgamentos nos *plenários virtual e presencial-videoconferência*.

Neste sentido, cumpre citar algumas decisões recentes dessa Egrégia Corte, a título ilustrativo:

STF – ADI 1945 – Relator: Ministra Carmen Lúcia – 28/02/2019

EMENTA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE SERVIÇOS ACESSÓRIOS AOS DE COMUNICAÇÃO (SOFTWARES). ADMISSÃO DE AMICI CURIAE. PROCESSO LIBERADO PARA PAUTA. REQUERIMENTOS DE INGRESSO COMO AMICI CURIAE DEFERIDOS.

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras - ABRASF (Petição/STF n. 30.149/2016 reiterada nas Petições/STF ns. 33.906/2016 e 77.220/2017), (...) requereram seu ingresso na presente ação direta de inconstitucionalidade como *amici curiae*, datados, respectivamente, de 8.6.2016, 27.7.2016 e 3.10.2016. 2. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.071- AgR, Relator o Ministro Menezes Direito, DJe 15.10.2009, este Supremo Tribunal assentou que “o *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta”. (...) **Entretanto, sendo aqueles prazos impróprios e como as petições foram apresentadas imediatamente após a liberação do processo para julgamento pelo colegiado e a circunstância de que, conquanto disponibilizados para pregão, não foram ainda julgadas as ações, defiro, excepcionalmente, os pleitos apresentados, embora – como anotado – apresentados a destempo. Pelo exposto, defiro os pedidos de ingresso das entidades no processo como amici curiae.**

STF - RE 666.404 -Relator: Ministro Marco Aurélio - 8/8/2019

DECISÃO

PROCESSO SUBJETIVO – TERCEIRO – ADMISSÃO.

1. O Gabinete prestou as seguintes informações: Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, mediante peça subscrita por advogado regularmente credenciado, requer o ingresso no processo na qualidade de terceira interessada. Apresenta procuração e documentos constitutivos. Afirma ter por finalidade estatutária a representação, em matéria tributária e financeira, dos interesses das 27 capitais associadas. Sublinha a atuação, como terceira, em outros processos no Supremo. Assevera a relevância da questão, salientando a pertinência da participação no deslinde da controvérsia. Alude ao mérito do recurso. Aponta que pretende entregar memoriais e realizar sustentação oral. Este Tribunal, em 29 de novembro de 2013, reconheceu a repercussão geral da matéria alusiva à constitucionalidade da cobrança, por Municípios e pelo Distrito Federal, de contribuição de iluminação pública visando satisfazer despesas com melhoramento e expansão da rede – Tema nº 696. O processo é físico e está concluso. **2. A controvérsia possui repercussão ímpar ao versar a validade da destinação de recursos da contribuição de iluminação pública ao custeio de determinadas despesas. Considerado o possível impacto do pronunciamento final do Supremo no âmbito de interesses dos Municípios representados pela requerente, surge conveniente o acolhimento do pedido.** 3. Admito a Associação Brasileira das Secretarias de

Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF como terceira interessada no processo, recebendo-o no estágio em que se encontra. 4. Publiquem.

STF – RE 727.851 –Relator: Ministro Marco Aurélio (07/05/2019)

(...)

3. *Admito a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF como terceira interessada no processo, recebendo-o no estágio em que se encontra.*

STF – ARE 1.005.878 –Relator: Gilmar Mendes (05/11/2018)

(...)

*Quanto ao pedido de amici curiae, defiro o ingresso da **Associação Brasileira de Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF** (Petição 56.814/2017, eDOC 11) e do Estado do Rio de Janeiro (Petição 69.938/2018, eDOC 16) no feito, na qualidade de amici curiae, **tendo em vista a especificidade da matéria de fundo discutida no recurso, conferindo-lhes poder de intervir no feito para apresentar memorial e proferir sustentação oral, se cabível** (art. 138 do CPC).*

No mesmo sentido, as decisões proferidas na **ADI n. 3541 (Min. Dias Toffoli)**, **ADI 4439** (Min. Roberto Barroso) e **RE 589.998** (Min. Ricardo Lewandowski).

Assim como nos casos em que foram proferidas as decisões acima, a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade contempla **matéria de grande importância para o Federalismo Fiscal brasileiro**. Aliás, é tema axial para a higidez da cláusula pétrea do federalismo, não apenas por sua importância prática ou arrecadatória de créditos tributários e fiscais, mas, principalmente, por afirmar a efetiva dinâmica federativa que deve ser observada pelas instituições no seu regular funcionamento.

I. B) AMICUS CURIAE. NOVOS CONTORNOS E POSSIBILIDADES LEGAIS A PARTIR DO CPC DE 2015.

A figura do *amicus curiae* foi expressamente prestigiada pelo atual Código de Processo Civil, que ampliou as hipóteses de intervenção em relação ao regime anterior e, também, os poderes processuais dos “amigos da corte”, cujo escopo mais alargado foi deixado a critério do magistrado, *verbis*:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

(...)

§ 2o Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.

§ 3o O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”

Esta celebrada ampliação da participação dos amigos da corte vem contribuindo para o incremento da qualidade das decisões, diante do fornecimento, por especialistas, de subsídios sobre o conhecimento dos temas judicializados.

O importante papel que este novo instituto vem exercendo no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, assegurando a abertura de oportunidade argumentativa aos potenciais destinatários dos efeitos das decisões judiciais, sobretudo daquelas que ditam os caminhos jurisprudenciais (repetitivos, repercussão geral e controle abstrato), pode levar à melhor interpretação das normas cotejadas e a sua eficaz aplicação à luz da Constituição e dos direitos fundamentais.

Outrossim, a atuação do *amicus curiae* desempenha relevante função legitimadora e democratizante no âmbito do Poder Judiciário. O processo torna-se não só formalmente democrático, pois segue as regras do devido processo legal, como cristaliza, também, o exercício da democracia direta (substancial), ao permitir a voz daqueles cujos interesses jurídicos são processualmente qualificados.

Neste sentido, a lição abalizada de Cássio Scarpinella Bueno:³

“A cooperação no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações possíveis e necessárias para melhor decidir, é a própria

³ (“*Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro”. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 56).

*face do **amicus curiae**, desde suas origens mais remotas. Assim, em função dessa cooperação, desenvolvimento e atualização do princípio do contraditório, realiza-se, também, a necessidade de as informações úteis para o julgamento da causa serem devidamente levadas ao conhecimento do magistrado, **viabilizando, com isso, que ele melhor absorva e, portanto, realize em concreto os valores dispersos pelo próprio Estado e pela sociedade**”.*

Com efeito, uma vez presentes os requisitos da legitimidade e da especialidade, a participação do amigo da corte é não apenas possível, mas desejável, diante da capacidade de contribuir de modo fundamental para o desfecho equânime e prudente da prestação jurisdicional.

I.C) LEGITIMIDADE DA ABRASF. REPRESENTATIVIDADE E EXPERIÊNCIA DA ABRASF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E FINANCEIRA MUNICIPAL. ATUAÇÃO DA ABRASF COMO *AMICUS CURIAE* NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, ENTRE OUTROS.

A ABRASF é entidade que congrega, desde a sua fundação, em **1982**, os interesses dos vinte e sete municípios-capitais do Brasil (Aracaju, Belém, Belo Horizonte, Brasília, Campo Grande, Cuiabá, Curitiba, Florianópolis, Goiânia, João Pessoa, Maceió, Manaus, Natal, Palmas, Porto Alegre, Porto Velho, Recife, Rio Branco, Rio de Janeiro, Salvador, São Luís, São Paulo, Teresina, Vitória), destacadamente em matéria financeira e tributária.

A ABRASF foi constituída pela subscrição dos referidos Municípios, aprovando Estatutos nos quais se inserem os poderes para representá-los (doc.1).

As disposições estatutárias são expressas, inclusive no que diz respeito à representação perante todos os Poderes Públicos (Executivo, Legislativo e Judiciário):

Art. 2º. A ABRASF tem por objetivo:

(...)

b) **zelar pelo interesse comum de seus associados, representando-os junto aos Poderes públicos**, entidades classistas ou outras instituições que possam colaborar para o atingimento de seu objetivo maior;

Esta representação vem sendo historicamente realizada no âmbito público e privado, **tendo sido reconhecida sua legitimidade material e formal por meio do Decreto Federal n. 6.038/2007, que regulamenta a Lei Complementar n. 123/2008 (Simples Nacional).**

Ao prever o Comitê Gestor do Simples Nacional, a Lei Complementar delegou ao Regulamento expedido pelo Presidente da República a função de identificar as entidades representativas dos Municípios em âmbito nacional, tendo sido eleitas, por sua condição histórica, material e formal, a **ABRASF (Associação Brasileira de Secretarias de Finanças das Capitais)** e a CNM (Confederação Nacional dos Municípios).

A propósito, confira-se o teor das normas citadas:

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 123/06

Art. 2^o O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1^o desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I – Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

(...)

§ 2^o Os representantes dos Estados e do Distrito Federal nos Comitês referidos nos incisos I e III do caput deste artigo serão indicados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ e os dos Municípios serão indicados, um pela entidade representativa das Secretarias de Finanças das Capitais e outro pelas entidades de representação nacional dos Municípios brasileiros. (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008).

DECRETO FEDERAL N. 6.038/07

Art. 1o Fica instituído o Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, denominado **Comitê Gestor do Simples Nacional - CGSN**, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 2º O CGSN tem a seguinte composição:

- I - dois representantes da Secretaria da Receita Federal;
- II - dois representantes da Secretaria da Receita Previdenciária;
- III - dois representantes dos Estados; e

IV - DOIS REPRESENTANTES DOS MUNICÍPIOS.

§ 1o Os representantes e respectivos suplentes, de que trata:

- I - os incisos I e II, serão indicados pelos titulares dos órgãos representados;

II - o inciso III, serão indicados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz);

II - o inciso IV, serão **indicados**:

A) UM PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS [ABRASF];

b) um pela Confederação Nacional de Municípios.

Com efeito, todos os interesses dos Municípios-Capitais relativos às finanças públicas locais, sobretudo de ordem tributária e de alcance nacional ou regional são, atualmente, veiculados por sua entidade representativa.

Esta qualidade foi alcançada ao longo de mais de **35** (trinta e cinco) anos atuando em prol dos interesses municipais, tendo a ABRASF gerado por meio de suas Câmaras Técnicas (www.abrasf.org.br) os anteprojetos normativos mais importantes em matéria financeira e tributária municipal do país nos últimos anos, valendo destacar os seguintes:

- 1) Minuta de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) veiculada, aprovada e publicada como **Emenda Constitucional n. 29/2000**, tratando do **IPTU progressivo fiscal e extrafiscal**;
- 2) Minuta de PEC acoplada à Proposta aprovada pelo Congresso Nacional e publicada como **Emenda Constitucional n. 37/2002 (alíquota mínima nacional do ISSQN)**;
- 3) Minuta de PEC acoplada à Proposta aprovada pelo Congresso Nacional e publicada como **Emenda Constitucional n. 37/2002 (alíquota mínima nacional do ISSQN)**;
- 4) **Minuta de Proposta de Emenda Constitucional (PEC) veiculada, aprovada e publicada como Emenda Constitucional n. 39/2002** (a qual instituiu a **Contribuição para o Custeio da Iluminação Pública**);
- 5) **Anteprojeto de Lei Complementar, inserido no PLS 161/89**, posteriormente aprovado e publicado como Lei Complementar n. 116/2003 (atual **Lei Nacional do ISSQN**);
- 6) Substitutivos ao Projeto de Lei Complementar posteriormente aprovado como **Lei Complementar n. 123/06** (a qual disciplina o novo **Simplex Nacional**).

Hoje, a ABRASF é a entidade de representação dos Municípios com mais ampla atuação em matéria tributária e de finanças públicas em geral junto do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O histórico de trinta e cinco anos de atuação da ABRASF diante de todos os Poderes da República Brasileira, destacadamente perante o Poder Judiciário,

em temas relativos a Finanças e Tributação Municipal, somado às atribuições estatutárias da Associação, confirmam a pertinência temática entre o objeto desta demanda e os objetivos da ABRASF.

A representatividade e a experiência da ABRASF em temas tributários e financeiros municipais, bem como a relevância da matéria sob os pontos de vista jurídico e financeiro, econômico e social, autorizam a intervenção da entidade nesta demanda a teor do artigo 138, do CPC, *verbis*: “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.”

Com efeito, esta é a ocasião adequada para que a novel figura do *amicus curiae* desempenhe sua função legitimadora e democratizante das decisões vinculantes do Supremo Tribunal Federal. O importante papel que este novo instituto vem exercendo no âmbito da jurisdição constitucional brasileira, assegurando a abertura de oportunidade argumentativa aos potenciais destinatários dos efeitos das decisões judiciais, pode levar à melhor interpretação das normas cotejadas e a sua eficaz aplicação à luz da Constituição e dos direitos fundamentais.

O “amigo da cúria” pode contribuir de modo fundamental para o desfecho equânime e prudente da prestação jurisdicional. O processo torna-se não só formalmente democrático, pois segue as regras do devido processo legal, como reflete também o exercício da democracia direta (substancial) ao permitir que a voz daqueles cujos interesses jurídicos são processualmente qualificados seja ouvida diretamente no âmbito do contraditório instaurado perante a Corte Constitucional.

Neste sentido, a douta manifestação do Ministro Celso Mello, no voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.777-8/SP, *verbis*:

“Na verdade, consoante ressalta PAOLO BIANCHI, em estudo sobre o tema (*Un'Amicizia Interessata: L'amicus curiae Davanti Alla Corte Suprema Degli Stati Uniti*), in *Giurisprudenza Costituzionale*”, Fasc. 6, nov/dez de 1995, Ano XI, Giuffrè), **a admissão do terceiro, na condição**

de "*amicus curiae*", no processo objetivo de controle normativo abstrato, **qualifica-se como fator de legitimação social das decisões do Tribunal Constitucional**, viabilizando, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize a possibilidade de participação de entidades e de **instituições que efetivamente representem** os interesses gerais da coletividade ou que expressem **os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais**".

A jurisprudência dessa Egrégia Corte tem decidido o tema admitindo a participação de entidades associativas, representantes de pessoas cujos interesses diretos ou indiretos são potencialmente afetados pela decisão judicial, conforme se dessume dos seguintes julgados:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 565.714

Relatora: Min. Carmen Lúcia

Excerto do Voto: (...) A presença do *amicus curiae* no momento em que se julgará a questão constitucional cuja repercussão geral fora reconhecida não só é possível como é desejável.

(...)

3. A exigência de repercussão geral da questão constitucional tornou definitiva a objetivação do julgamento do recurso extraordinário e dos efeitos dele decorrentes, de modo a que a tese jurídica a ser firmada pelo Supremo Tribunal Federal seja aplicada a todos os casos cuja identidade de matérias já tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal (art. 328 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) ou pelos juízos e tribunais de origem (art. 543-B do Código de Processo Civil), ainda que a conclusão de julgamento seja diversa em cada caso. Essa nova característica torna mais do que legítima a presença de *amicus curiae*, ainda que não se tenha disposição legal expressa, circunstância já examinada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.321-MC, DJ 10.6.2005, cujo Relator, o eminente Ministro Celso de Mello, assim fundamentou a sua admissão de *amicus curiae* em ação direta de inconstitucionalidade.

A ABRASF já foi admitida como *amicus curiae* em dezenas de casos, valendo citar alguns deles no âmbito do Supremo Tribunal Federal: **ADI n. 4425**, Relator Ministro Luiz Fux; **ADI n. 4357**, Relator Ministro Luiz Fux; **ADI n. 3142**, Relator Ministro

Dias Toffoli; ADI n. **4389**, Ministro Roberto Barroso; **RE 603136**, Relator Ministro Gilmar Mendes; **RE 605552**, Relator Ministro Dias Toffoli; **RE 602347**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski; **RE 566349**, Relatora Ministra Carmen Lúcia; **RE 688223**, Relator Ministro Luiz Fux; **RE 565089**, Relator Ministro Marco Aurélio; **RE 705423**; **RE 601392**; **RE 648245**; **RE 651703**; **RE 540829**; **RE 597092**; **RE 599176**; **RE 547245**; **RE 592905**; **RE 627051**; e **RE 773992**, entre inúmeros outros casos envolvendo o interesse financeiro dos Municípios Capitais

Importante transcrever algumas dessas decisões, *verbis*:

RE 565.089

Relator: Ministro Marco Aurélio

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF requer a admissão no processo como interessada. Discorre sobre o mérito do recurso e alega a relevância do tema em debate para os vinte e sete municípios capitais do Brasil. Apresenta procuração e documentos constitutivos. (...) 4. Defiro o pedido formulado.

RE 651.703

Relator: Ministro Luiz Fux

A pertinência do tema a ser julgado por este Tribunal com as atribuições institucionais do requerente legitima a sua atuação. *Ex positis*, **ADMITO o ingresso da ABRASF no feito, na qualidade de *amicus curiae***. À Secretaria para que proceda às anotações.

RE 773.992

Relator: Ministro Dias Toffoli

A ASBRAF preenche os requisitos necessários para o seu ingresso na causa na qualidade de *amicus curiae*, haja vista que há relação direta entre os interesses da associação e a matéria relativa à imunidade recíproca do IPTU, objeto do recurso extraordinário. Ante o exposto, nos termos do artigo 323, § 2º, do RISTF, defiro o pedido de ingresso no feito, na qualidade *amicus curiae*, e determino à Secretaria Judiciária que inclua na autuação o nome do peticionário e de seu representante legal.

RE 705.423

Relator: Ministro Ricardo Lewandowski

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF (fls. 487-520) e a Confederação Nacional dos Municípios – CNM (fls. 523-546) requerem o ingresso no feito na qualidade de *amici curiae*. (...)

Verifico que os requerentes atendem aos requisitos necessários para participar desta ação na qualidade de *amici curiae*, podendo apresentar memoriais e, caso queiram, realizar sustentação oral na sessão de julgamento. Isso posto, defiro os pedidos.

RE 597.092

Relator: Ricardo Lewandowski

A Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – ABRASF juntou aos autos cópia de seu estatuto, documento necessário para que se comprove a pertinência entre seu objeto social e o tema tratado no recurso extraordinário. (...) **Verifico que a requerente atende aos requisitos necessários para participar desta ação na qualidade de *amicus curiae*.** Isso posto, defiro o pedido. Publique-se. Brasília, 18 de fevereiro de 2013.

Diante do exposto, pode-se afirmar o conteúdo e a amplitude da representatividade e experiência da ABRASF em matéria de Finanças Públicas e sobretudo de Tributação perante todas as esferas dos Poderes Executivo (nacional), Legislativo e Judiciário.

I.D) PERTINÊNCIA TEMÁTICA ENTRE OS OBJETIVOS DA ABRASF E A MATÉRIA DEDUZIDA EM JUÍZO NESTA AÇÃO, PERANTE ESSA EGRÉGIA CORTE. RISCO DE INTRODUÇÃO NAS LEGISLAÇÕES QUE REGEM O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO EM NÍVEL LOCAL, DE REGRA DE EMPATE/DESEMPATE EM FAVOR DOS CONTRIBUINTES IGUAL OU SIMILAR ÀQUELA INTRODUZIDA NO ORDENAMENTO FEDERAL PELA LEI N. 13.988/2019. IMPORTÂNCIA DA DECLARAÇÃO MATERIAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA INOVAÇÃO.

O debate dos autos versa a análise constitucional sobre a possibilidade de lei federal prever a desconstituição de lançamento tributário, quando terminar empatado o julgamento de recurso administrativo oriundo de processo de impugnação tributária no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), conferindo, assim, vitória ao contribuinte.

A previsão decorre da inclusão pela Lei n. 13.988/2019, de um novo artigo na Lei Federal n. 10.522/2002, sob o número 19-E, com a seguinte redação, *verbis*: **“Art. 19-E. Em caso de empate no julgamento do processo administrativo de determinação e exigência do crédito tributário, não se aplica o voto de qualidade a que se refere o § 9º do art. 25 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, RESOLVENDO-SE FAVORAVELMENTE AO CONTRIBUINTE.”**

Com efeito, **esta inovação legal já começa a ser excogitada em âmbito municipal**, a fim de que tal regra seja também inserida nas legislações locais

que regem o processo administrativo de competência de cada uma das municipalidades brasileiras, especialmente das capitais dos estados.

Como se verá, a norma implica em uma série de violações substanciais às normas constitucionais – a par das inconstitucionalidades formais apontadas em relação à norma e ao respectivo processo legislativo que culminou com a sanção e publicação da malsinada lei federal n. 13.988/2019.

Portanto, afigura-se bastante nítido o interesse das municipalidades representadas pela ABRASF, na qualidade *amicus curiae*, em trazer contribuições fáticas e jurídicas ao presente debate constitucional, bem como cristalina a sua pertinência temática com os objetivos institucionais e com a já tradicional atuação desta entidade perante essa Egrégia Suprema Corte.

Destarte, seu enfrentamento afigura-se de absoluta pertinência com os objetivos institucionais da ABRASF, conforme descritos no artigo 2º dos seus estatutos, *verbis*:

Estatuto Social da ABRASF (anexo)

“Art. 2º. A ABRASF tem por objetivo:

(...)

b) **zelar pelo interesse comum de seus associados, representando-os junto aos Poderes públicos**, entidades classistas ou outras instituições que possam colaborar para o atingimento de seu objetivo maior;”

Diante de todo o exposto, requer a ABRASF – Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais - sua admissão como *amicus curiae*, pelas razões acima expendidas, sobretudo em razão da sua legitimidade e importância institucional construída ao longo dos anos em favor da defesa dos interesses dos Municípios-Capitais brasileiros.

II) FATOS

II.A) HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO E DA COMPOSIÇÃO DOS “CONSELHOS DE CONTRIBUINTES”: COMPOSIÇÃO PARITÁRIA E OBJETIVOS DA PARTICIPAÇÃO DOS ADMINISTRADOS. REALIDADE DA REPRESENTAÇÃO: REPRESENTANTES DE ENTIDADES VINCULADAS A GRUPOS CONTROLADORES DE SETORES ECONÔMICOS (CLASSES PRODUTORAS: “INDÚSTRIA, COMÉRCIO E AGRICULTURA”). OLIGARQUISMO TÍPICO DO FEUDALISMO TARDIO BRASILEIRO. TRANSFORMAÇÃO DA “PARTICIPAÇÃO ADMINISTRATIVA” DOS CONTRIBUINTES NO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO DE JULGAMENTO, EM POTENCIAL CONTROLE DA FORMAÇÃO DA VONTADE DO CARF NOS CASOS DE “VOTO DE BANCADA”.

A história dos Conselhos de Contribuintes no Brasil se inicia em 1924, com a introdução do Imposto de Renda no país. Por ser um imposto novo e complexo, o governo da ocasião previu três instâncias recursais para que o contribuinte pudesse discutir os lançamentos do tributo novel: *“o contribuinte podia requerer a retificação do lançamento aos Delegados Fiscais em até 10 dias, contados da data da sua notificação. Das decisões dos Delegados Fiscais, havia recurso para o Delegado Geral e das decisões proferidas pelo Delegado Geral, previu-se o recurso ao Conselho de Contribuintes”*.

Assim é que o Decreto nº 16.580, de 4 de setembro de 1924, previu um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal. O Conselho de Contribuintes do Distrito Federal (Rio de Janeiro) foi instalado em 14 de setembro de 1925, mas os dos Estados jamais foram implantados.

O fato mais importante para a ação ora em análise diz respeito ao caráter da formação da bancada de contribuintes, pois os 5 (cinco) membros seriam **representantes escolhidos entre os contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos nomeados pelo Ministro da Fazenda**.

O processo de indicação dos “conselheiros dos contribuintes” consolidou-se, gradualmente, por meio de indicações realizadas pelas “Confederações Nacionais” representativas das “Categorias Econômicas”, conforme disciplinado pela legislação histórica subsequente.

Logo em seguida, foi criado o Conselho de Contribuintes para

Impostos de Consumo, pelo Decreto nº 5.157, de 12 de janeiro de 1927 (depois regulamentado e modificado pelo Decreto nº 20.350, de 31 de agosto de 1931), prevendo recursos dos contribuintes em matéria fiscal, sobretudo no tocante aos impostos de consumo, prevendo que os mesmos seriam julgados e resolvidos por um Conselho constituído, em partes iguais, por funcionários da Administração pública e por contribuintes nomeados pelo Governo, **estes por proposta das principais associações de classe, representativas do comércio e da indústria**, funcionando sob a presidência do Ministro da Fazenda ou da autoridade fiscal por ele designada.

Já em 1934, foram criados os 1º e 2º Conselhos de Contribuintes por meio do Decreto nº 24.036, de 26 de março de 1934, extinguindo os Conselhos até então existentes, tanto os instituídos para julgamento do Imposto sobre a Renda quanto o para os demais impostos, definindo que as questões referentes às rendas internas, quando decididas em primeira instância, dariam lugar a recurso. O 1º Conselho de Contribuintes trataria do imposto de renda, do imposto do selo e do imposto sobre vendas mercantis, enquanto o 2º Conselho de Contribuintes ficaria com uma competência residual, abrangendo o imposto de consumo, taxa de viação e os demais impostos, taxas e contribuições internos, além de outros cujo julgamento não estivesse atribuído ao 1º Conselho.

O mesmo Decreto de 1934 criou também o Conselho Superior de Tarifa, ao qual foi atribuído o julgamento de recursos relativos às questões de classificação, de valor, de contrabando e quaisquer outras decorrentes de leis ou regulamentos aduaneiros.

Em todos estes novos órgãos administrativos fiscais estava garantida não só a representação das categorias econômicas classistas, mas também a sua **paridade** com os representantes do Fisco Federal.

Já em 30 de outubro 1964, foram criados os 3º e 4º Conselhos de Contribuintes, por meio do Decreto nº 54.767, sendo o 3º Conselho de Contribuintes como desmembramento da 2ª Câmara do 2º Conselho.

Aludido decreto definia que tanto no 1º Conselho, composto por duas Câmaras, quanto no 3º Conselho, o número de Conselheiros passava de seis para oito, e, por resolução unânime, aqueles órgãos poderiam ser divididos em Turmas de quatro Conselheiros, sempre observada a composição paritária. Ao mesmo tempo,

esse decreto autorizava o Ministro da Fazenda a dividir, permanente e temporariamente, os 2º e 3º Conselhos em Câmaras e a aumentar o número de Câmaras do 1º Conselho e do Conselho Superior de Tarifas.

A 1ª Turma seria presidida pelo Presidente e a 2ª Turma pelo Vice-Presidente da Câmara ou do respectivo Conselho. Foi a transformação mais radical já promovida na estrutura dos Conselhos desde 1934.

Apesar de previsto desde 1964, o 4º Conselho de Contribuintes só foi efetivamente instituído em 06 de março de 1972, por meio do Decreto nº 70.235, em decorrência da nova denominação dada ao Conselho Superior de Tarifa, passando a ser assim dividida a competência para o julgamento da seguinte forma:

- 1º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza;
- 2º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre Produtos Industrializados;
- 3º Conselho de Contribuintes: tributos estaduais e municipais que competem à União nos Territórios e demais tributos federais, salvo os incluídos na competência julgadora de outro órgão da administração federal;
- 4º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre Importação, Imposto sobre a Exportação e demais tributos aduaneiros, e infrações cambiais relacionadas com a importação ou a exportação.

Já a Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF só foi criada em 1979, alterando-se Decreto nº 70.235 de 1972, que passara a reger Processo Administrativo-Fiscal Federal (PAF) e estabelecia originalmente a possibilidade de recurso especial dirigido ao Ministro da Fazenda, contra decisões dos Conselhos. A alteração foi trazida pelo Decreto nº 83.304/1979, que também introduziu na CSRF a paridade entre Conselheiros da Fazenda e Conselheiros dos “Contribuintes” nos colegiados de suas 4 turmas (atualmente apenas 3) para julgar os recursos contra decisões dos 1º ao 4º Conselhos. Com isso, extirpou-se a competência do Ministro da Fazenda como órgão/autoridade administrativa final para fixação de entendimentos acerca dos litígios administrativo-tributários.

Depois da transferência, ao longo da década de setenta, de todos os Conselhos para Brasília; em 2007, ocorreu a unificação da Secretaria da Receita Federal com a Secretaria da Receita Previdenciária. Naquela quadra, a Lei nº 11.457 transferiu para o 2º Conselho de Contribuintes a competência para julgamento de recursos referentes às contribuições Previdenciárias. Foram então instaladas duas novas Câmaras naquele órgão, oriundas do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS.

Em 2008 foi editada a Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008 (depois convertida na Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009), criando um novo órgão da Administração Tributária Federal: o **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF**. Sua instalação ocorreu em 19 de fevereiro de 2008, com a edição da Portaria MF nº 41, de 17 de fevereiro de 2009 (publicado no DOU de 19/02/2009), por ato do Ministro de Estado da Fazenda.

O CARF resultou da unificação da estrutura administrativas dos Primeiro, Segundo e Terceiro Conselhos de Contribuintes em um único órgão, **mantendo a mesma natureza e finalidade dos Conselhos, de órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda**, com a finalidade de julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Os critérios de indicação de conselheiros e a paridade entre aqueles indicados pela Fazenda Pública e pelas **entidades representativas do setor privado foram, então, mais uma vez mantidos**⁴.

⁴ “Art. 25. (...)

II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.

(...)

§ 7º As turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais serão constituídas pelo Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pelo Vice-Presidente, pelos Presidentes e pelos Vice-Presidentes das câmaras, respeitada a paridade.

(...)

Art. 48. O Primeiro, o Segundo e o Terceiro Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ficam unificados em um órgão, denominado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com competência para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.”

A atual redação do Regimento Interno do CARF assim prevê, *verbis*:

REGIMENTO INTERNO DO CARF

ANEXO II

"Art. 28. **A escolha** de conselheiro representante da Fazenda Nacional recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice encaminhada pela RFB, e **a de conselheiro representante dos Contribuintes recairá sobre os candidatos indicados em lista tríplice elaborada pelas confederações representativas de categorias econômicas e pelas centrais sindicais.**"

Com o *Relatório de Auditoria nº 2015043061*, realizado em 2016 de forma conjunta entre o Tribunal de Conta da União e a Controladoria Geral da União, restou demonstrada a **concentração de conselheiros dos contribuintes vinculados a três confederações**: Confederação Nacional do Comércio, Confederação Nacional da Indústria e Confederação Nacional das Instituições Financeiras. Confira-se o seguinte trecho, *in verbis*: "(...) a restrição na representatividade dos contribuintes, uma vez que 81% das vagas destinam-se a 3 confederações (CNC, CNI e CNF) dentre o total de 10." (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS – CARF. RELATÓRIO DE AUDITORIA Nº 201504306 - Auditoria Conjunta CGU e TCU – Avaliação da Integridade do CARF. CARF. 16 mai. 2016⁵).

Portanto, constata-se claramente que **não se trata de uma representação do universo de entidades representativas de todos os contribuintes e muito menos “da sociedade”⁶**. Trata-se de uma representação sob histórico controle evidente de entidades elitistas, vinculadas a grandes empresas de setores econômicos específicos que ocupam tais “instituições”, conferindo à representação um nítido viés estamental.

O mecanismo de indicação de conselheiros privados, embuçado sob o título “representação dos contribuintes”, possui um inegável jaez oligárquico, típico do feudalismo tardio brasileiro. E não poderia ser diferente. **A representação dessas classes foi introduzida na citada legislação nascente “imposto de renda” como uma**

⁵ SILVEIRA, Ricardo Fagundes da. *“Muito além da Zelotes: as disputas do contencioso fiscal e os interesses das corporações no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) entre 2013 e 2017”*. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis, 2019, p. 68. Disponível em <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/7938.pdf>>. Acesso em 23 jul. 2020.

⁶ Como candidamente constou do prefácio do Livro *“Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – 85 anos de imparcialidade no julgamento dos litígios fiscais”*, Brasília: Ministério da Fazenda/CARF, 2010, p. 9.

espécie de contrapartida do governo às elites dominantes, durante o famigerado “período ciclônico”⁷ da 1ª República, também conhecida pelo oxímoro “República-Oligárquica”.

E é um modelo que vem sendo mantido há décadas, como uma conquista desses grupos econômicos e sociais, que assim conseguem uma forma de arrefecer e controlar⁸ a atuação estatal em matéria tributária, quando dirigida contra os grupos e segmentos mais poderosos da economia brasileira.

As duas reformas tentadas sob regimes ditatoriais no Brasil, uma burocrática e outra gerencial, apresentavam em comum uma marca patrimonialista de nascença, que entende a administração pública como mecanismo preferencial de distribuição de privilégios e obtenção de apoio político. Sem dúvida, essa marca patrimonialista ofuscou e neutralizou a maior parte dos avanços conseguidos com a adoção de modelos mais impessoais e gerenciais na burocracia estatal⁹.

Não fosse bastante todo esse histórico eloquente acerca do poder que os estamentos econômicos gozam dentro das estruturas estatais brasileiras, tenta-se agora algo mais ousado!

Com efeito, a alteração introduzida no projeto de lei que resultou 13.988/2019, inserindo o artigo 19-E na Lei n. 10.522/2002, vai além, pois desnatura o órgão administrativo federal de revisão fiscal em uma espécie de Tribunal judicante controlado – ainda que episodicamente, pelo voto da bancada dos “*conselheiros privados*”.

Do modo como previsto no inusitado artigo 19-A, a manifestação da bancada dos contribuintes na formação da vontade do órgão “administrativo” **prevalecerá sobre a dos conselheiros da Fazenda, mesmo que estes declarem votos,**

⁷ O período batizado como “ciclônico” por Monteiro Lobato, se iniciava após a eleição de Nilo Peçanha (1910) e recrudescer no último governo dessa fase, na presidência de Artur Bernardes (1922-26), quando esse último busca o apoio das oligarquias de “segunda categoria”, e faz alguns acenos às oligarquias mais fortes, como a Paulista e a Mineira. A introdução das representações dessas elites no Conselho de Contribuintes se alinha, a toda evidência, com essas articulações político-econômicas. Cf. Monteiro Lobato. “*Mr. Slang e o Brasil e Problema Vital*”. São Paulo: Editora Brasiliense, 1959. Confirma-se, também, Sérgio Lamarão. “*Os Estados Unidos de Monteiro Lobato e as respostas ao “atraso” brasileiro*”. Lusotopie. 2002, vol. 1, p. 51-68. Disponível em <http://www.lusotopie.sciencespo Bordeaux.fr/lamarao.pdf>. Acessado em 21 de janeiro de 2010.

⁸ Ganho de tempo entre o lançamento e a execução fiscal, com suspensão de exigibilidade.

⁹ BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. *Da administração Pública Burocrática à gerencial. Reforma do Estado e a administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 1998, p. 160.

à unanimidade, em favor da manutenção do lançamento tributário.

Além da descaracterização do órgão administrativo, ao permitir que a formação de vontade se dê pela simples conjugação dos atos volitivos dos contribuintes estranhos aos quadros da Administração Pública, a pretendida mudança legislativa faz mais. Transforma o CARF em uma espécie de Tribunal judiciário (e não apenas *judicialiforme*), que admite o recrutamento de magistrados indicados pelo “baronato tupiniquim” por meio de suas entidades representativas.

Como se verá nos itens próprios, essa alteração agride substancialmente a Constituição de 1988 em seus princípios republicanos e democráticos, mas já aqui pode-se entrever que a resultante dos fatos implica em colisão com os princípios centrais da organização do Estado e da divisão dos Poderes.

A privatização do órgão público ou da formação da sua vontade em algumas decisões só encontra paralelo em algumas quadras históricas medievais em que castas, grupos ou estamentos livraram-se da regra geral, gozando de privilégios só compatíveis com uma sociedade desigual, como nos lembram alguns exemplos extraídos do medievo e de remanências na contemporaneidade, mesmo em alguns Estados Constitucionais.

II.B) PARALELOS HISTÓRICOS: A ASCENSÃO DAS CORTES E DE PRIVILÉGIOS PRIVADOS CONTRA AS REGRAS GERAIS E ABSTRATAS, EDITADAS POR PODER CENTRAL (REAL OU ESTATAL). REMANÊNCIAS DE PRIVILÉGIOS OLIGÁRQUICOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, IGUALDADE E DA LEGALIDADE.

A construção da soberania estatal é um processo gradual que se afirmou no ambiente europeu e se disseminou pelo mundo por replicação ou imitação. É ao longo dessa lenta transição entre o medievo para a Era Moderna em que se encontram os embriões das regras e das instituições que vão informar o futuro Estado Democrático de Direito Constitucional contemporâneo, ao qual o Brasil se filiou definitivamente com a edição da Constituição de 1988 e com a sua prática constitucionalista das últimas décadas.

Estes períodos pré-modernos vão da concentração do poder político e jurídico na figura do Rei ou do Imperador, por força de sua capacidade econômico-

militar¹⁰, passando pelos diversos exemplos de fusão do poder espiritual das ordens religiosas para a inauguração dos primeiros Estados Absolutistas¹¹ até a formação dos primeiros Estados de Direito construídos à luz da ideia de soberania popular.

As constantes disputas, barganhas e concessões entre o poder estatal nascente e os estamentos econômicos, sociais e culturais, aprofundadas com as invasões bárbaras, dão a tônica da dialética de formação do Estado Moderno europeu.

O conjunto de direitos e deveres inerente aos estamentos fundamentava hierarquias. As distinções são mantidas por convenções ou leis que garantem aos grupos de status privilégios e monopólios. *“Existe monopólio desde que o agrupamento impõe um fechamento, em limites variáveis, com vistas a aumentar as oportunidades de sua atividade contra os que ficam do lado de fora”* (FREUND, 1987, p.115).

Mesmo nos períodos dos Estados Absolutistas e do Estado de Polícia podem ser encontradas disputas entre o poder governamental geral e os baronatos, guildas, senhorios feudais, castas nobres ou privilegiadas, na disputa do regramento de parcelas da vida privada e comunitária, muitos deles renomeados como elites, grupos aristocráticos, sindicatos, corporações, confederações e associações de toda sorte.

A emergência do Direito e da noção moderna de República¹² como elementos centrais da definição de soberania e, mais tarde, a incorporação da noção de “povo” e de defesa da totalidade dos homens (inclusive minorias) viventes em um determinado território sob um mesmo governo concluem a construção do que hoje chamamos de Estado de Direito Democrático Constitucional.

Em todo este processo encontramos disputas mais ou menos acirradas pelo controle e limitação do poder do direito estatal ou das normas gerais aplicáveis igualmente a todos. Em muitos casos, esses grupos valeram-se de meios diversos das regras legais ou legítimas de acesso ao poder – fossem elas dinásticas, meritórias, por senso de oportunidade, por bravura ou por representatividade política.

¹⁰ Como no período Carolíngio ou dos Plantagenetas na França.

¹¹ Como a Revolução de Avis em Portugal e a ascensão de Isabel de Castela e Felipe de Aragão na Espanha.

¹² No contexto das contribuições intelectuais, políticas e religiosas que culminaram com a Reforma Protestante e na diáspora judaica do fim do século XV, que floresceu em exemplos institucionais e práticos no ambiente calvinista dos Países Baixos, na Suíça e na Inglaterra, junto com a notável contribuição teórica e prática de Jean Bodin (incorporada em seu notável *Les Six Livres de la Republique* – publicado em 1576), quatro anos depois de ele ter escapado do massacre do dia de São Bartolomeu (1572).

Essas desestruturações, privilégios, capturas ou corrupções dos sistemas normativos centrais e gerais eram facilmente encontrados nas relações entre governos e estamentos da Idade Média, mas permaneceram em diversas manifestações ao longo da formação do Estado Moderno, excepcionando a generalidade e igualdade sob o império da lei, muitas vezes sob o guante de nomenclaturas sofisticadas, para favorecer o “desenvolvimento de setores” ou para “preservação de valores tradicionais”.

Os exemplos medievais que entremeiam os períodos de afirmação dos impérios ou das repúblicas cidadinas italianas, por exemplo, são bastante explicativos da luta secular travada entre a criação de regras e instituições que representassem o interesse geral de um povo ou nação e aquelas que privilegiavam determinados grupos sociais (comunidades ou famílias), econômicos, culturais e religiosos.

São exemplos emblemáticos as “grandes imunidades” e as “menores imunidades” concedidas pelas leis franquistas destruindo a generalidade e abstração das leis e cortes (do Conde) erigidas pelo Império Carolíngio¹³, numa tentativa de reeditar a *Pax romana*¹⁴.

De acordo com o *Codex Diplomaticus Langobardiae* imposto ao Reis francos no período posterior ao enfraquecimento do Império Carolíngio, os barões e sua *entourage* ficavam a salvo das cortes gerais em diversos temas, inclusive criminais ordinários e fiscais-tributários, permitindo até mesmo a ampla arrecadação própria de impostos e a decisão quanto ao seu destino e aplicação local¹⁵.

¹³ DUBY, Georges. Recherches sur l'évolution des Institutions judiciaires pendant le Xe et le XIe siècle dans le Sud de la Bourgogne. In: HOMMES et structures du moyen âge: Recueil d'Articles. França: Walter de Gruyter GmbH & Co KG, 2020. cap. Capítulo I, p. 7-60. ISBN 9783112319260.

¹⁴ BEHRENS, Betty Nobles. Privileges and Taxes in France at the End of the Ancien Régime. The Economic History Review, [s. l.], v. 15, n. 3, p. 451-475, 1963. Disponível em: www.jstor.org/stable/2592919. Acesso em: 8 jun. 2021.

¹⁵ “The lesser immunity conveyed exemption from the entry of royal officials for the purpose of holding court, implementing the regular activity of the courts (such as taking sureties and enforcing distraint), or the exaction of tribute. The immunist's property and dependents were still subject to the jurisdiction of the regular courts and were still liable for the same tribute as before the grant, but the immunist himself now acted in the place of the royal officials and was responsible for seeing that his dependents appeared before the proper courts and for collecting the tribute on behalf of the state. In addition, the lesser immunity might also convey the right of *inquisitio*, the right to use the inquest procedure to determine the rights, especially the property

As guildas e corporações de ofício, disseminadas em toda a Europa nos séculos seguintes, também assumiram papel semelhante ao dos baronatos, criando espaços privados próprios, a salvo das regras gerais e das cortes comuns¹⁶.

A persistência ou o ressurgimento de estruturas institucionais típicas dos regimes medievais no ambiente institucional luso-brasileiro de práticas têm sido qualificados como “feudalismo tardio” ou como “neofeudalismo”¹⁷ pelos estudiosos da cratologia constitucional.

No Brasil, apesar de negada pelos historiadores “de direita” e “de esquerda”, o feudalismo é uma marca indelével na história juspolítica nacional, como nos ensina Luiz Alberto Moniz Bandeira em sua monumental obra “O Feudo”¹⁸. E não apenas porque as fidelidades fisiológicas prevalecem em todos os campos da sociedade sobre o interesse público, coletivo ou difuso. Mas porque de fato mantêm-se no Brasil institutos e práticas típicas do feudalismo e da Constituição Estamental, como o morgado ou morgadio (Título 35, Livro II das Ordenações Filipinas¹⁹) e a manutenção do ‘varonato’ nas áreas rurais do país; o loteamento político e corrupto de cargos públicos que reeditam as figuras dos contratadores-gerais e dos intendentess; o nepotismo que mantém as dinastias familiares nas principais funções públicas e privadas²⁰; a marcha

rights, of the immunist”. Cf. Porro Lambertenghi, “Codex Diplomaticus Langobardiae, and in Diplomatum Karolinorum, I, Monumenta Germaniae Historica” (Hanover, 1906). Outros exemplos e referências podem ser também encontrados na obra de Katherine Fischer Drew: *The “Immunity in Carolingian Italy”*. *Speculum*, [s. l.], v. 37, n. 2, p. 182-197, 1962., republicada em *Law and Society in Early Medieval Europe* (London: Variorum Reprints, 1988), 182-197: “Just as immunity from the entrance of royal officials for fiscal and judicial purposes can be traced back to the Lombard period, so too the use of the inquest can be traced back to the Lombards”.

¹⁶ *“The historical evidence shows that merchant guilds were indeed granted exemptions from a variety of tolls and other taxes, and made direct transfers to their rulers. In England, for example, the same town charters that granted legal recognition and monopoly privileges to the local merchant guild generally granted exemptions from all tolls and other taxes, in exchange for a fixed sum or farm (firma burgi) to be paid annually by the town to the ruler”*. Cf. Roberta Dessi e Salvatore Piccolo. *“Merchant Guilds, Taxation and Social Capital”*. April 27, 2015. Working Paper - TSE n. 581. Toulouse School of Economics. JEL Classification: L20, L43, N7, N8.

¹⁷ Cf. Paulo Otero. “Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade”. Lisboa: Editora Almedina, 2003, p. 198.

¹⁸ BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. “O Feudo – A Casa da Torre de Garcia D’Avila. Da conquista dos sertões à independência do Brasil”, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2000, p. 34.

¹⁹ ROSA, Maria de Lurdes. *O Morgadio em Portugal – Séc. XIV-XV*, Lisboa: Editorial Estampa, 1995, p. 247.

²⁰ No sistema medieval, favorecer a parentela é tradição; não favorecer é traição. “*Temos aí uma versão nacional e atual de fenômeno bem analisado por Norbert Elias: aquilo que do ponto de vista externo é visto como corrupção é procedimento lógico da práxis social em certo estágio da formação do Estado, no*

dos prefeitos em Brasília perante o “Presidente da República”, em busca de transferências voluntárias e benesses financeiras, que reeditam as cerimônias do beija-mão e de deferências ao Rei, e tantos outros exemplos atuais, que são velhos institutos feudais ou estamentais, **apenas travestidos de modernidade**.

Neste sentido é que Hilário Franco Júnior, no seu excelente artigo “Raízes Medievais do Brasil”, sublinha:

“Sérgio Buarque percebe a mobilidade social portuguesa daquele período como geradora de uma burguesia mercantil que não precisou impor um sistema de valores próprios para forjar sua identidade, antes, pelo contrário, adotou o modo de vida da velha aristocracia, que portanto não desapareceu e, assim, ‘as formas de vida herdadas da Idade Média conservaram, em parte, seu prestígio antigo’ ”.

Tema pouco estudado entre nós, ele assume grande relevância quando se está diante da erosão de estruturas administrativas estatais, cujo poder é transferido para grupos privados, de caráter aristocrático ou oligárquico, repaginados sob o verniz contemporâneo de Federações, Associações, Organizações Empresariais, ou, numa classificação peculiar à ciência política, “grupos de pressão” e “grupos de interesses”.

São exemplos da reedição ou redefinição das cortes privadas e das imunidades particulares que grassaram no medievo europeu e no feudalismo luso-brasileiro, exatamente diante do enfraquecimento do Poder do governo central ou da generalidade normativa (isonomia) ou na ostensiva tentativa de flexibilizar a **forma e o conteúdo republicanos** do Estado contemporâneo.

Diante dos avanços do Estado contemporâneo, sob o esteio do constitucionalismo republicano e democrático, não se pode jamais aceitar que a participação administrativa de cidadãos, contribuintes ou representantes classistas resulte na possibilidade de captura efetiva e completa de um órgão público por parte dos representantes classistas (estamentais), sob pena de se repetir, com indisfarçada

qual o fato de alguém galgar posição social de destaque e não favorecer a parentela é considerado atitude moralmente reprovável; é traição” Cf. Hilário Franco Júnior. *Raízes Medievais do Brasil*. In: *Rivista Semestrale di Letterature, Teatro e Sistemi di Pensiero*, n. 10, Roma, 2006, pp. 26-105.

semelhança, as imunidades e as regalias que historicamente privilegiaram grupos e estamentos, deixando-os a salvo da lei geral e do julgamento das Cortes comuns ou estatais, os colocando em outro patamar jurisdicional em relação ao povo, à gente comum, isto é, aos cidadãos.

II.C) RISCO DE CANCELAMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS POR FORÇA DE EMPATE NOS JULGAMENTOS DOS CONSELHOS (CARF OU CSRF). IMPACTO BRUTAL PARA AS FINANÇAS PÚBLICAS, INCLUSIVE PARA OS TRIBUTOS COMPARTILHADOS COM ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS (COMO O IMPOSTO DE RENDA – IR E O IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS – IPI, QUE INTEGRAM OS SEUS RESPECTIVOS FUNDOS DE PARTICIPAÇÃO).

Além dos aspectos históricos acima apontados, que equiparam a recente alteração do regime de julgamento do CARF e do CSRF aos privilégios das Cortes Privadas, Guildas, Corporações e de outros grupos estamentais diante do Poder Estatal pré-moderno e do Estado de Direito em suas diversas fases evolutivas (Democrático e Constitucional), há que se remarcar, também, o fato de que o risco de cancelamento de créditos tributários de titularidade do Poder Público (por enquanto apenas da União) é uma potencialidade REAL!

O Ministério da Fazenda, o CARF e as entidades representativas de Auditores Fiscais têm apresentado números estarrecedores que qualificam o grau de risco da manutenção dessa abstrusa inovação, que descaracteriza os Conselhos julgadores como órgãos administrativos do Estados, inserindo instrumentos e critérios que privatizam potencialmente TODAS as decisões que possam ser tomadas pelos colegiados referidos.

Com efeito, o voto de qualidade do CARF previa que o presidente do colegiado votaria novamente, em caso de empate. Ou seja, não se caracterizava por um mero voto de desempate, mas por um voto duplo. Com o advento da nova lei — que incluiu o art. 19-E na Lei 10.522/02 — em caso de empate no julgamento de processo administrativo no CARF a decisão passa a ser automaticamente em favor do contribuinte. Ocorre que, com o empate em favor do contribuinte, haverá diminuição de arrecadação.

O Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Sindifisco Nacional) já afirmou que a nova lei acarretará perda de créditos tributários **no valor aproximado de 60 bilhões de reais anuais**.

Segundo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), de 2016 a 2019, aproximadamente 89 bilhões de reais de créditos tributários **foram mantidos pelo voto de qualidade**, apenas nas turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais.

O chamado voto de qualidade é normalmente usado em teses mais elaboradas e nos processos de maior valor, que envolvem grandes empresas. Do total de casos no Carf no ano passado, 5,3% foram definidos por meio do voto de qualidade, sendo 4% a favor da Fazenda. Mas, se estivesse em vigor em 2019, a medida teria levado a União a cancelar até R\$ 27 bilhões em autuações – valor decidido pelo voto de desempate (Valor Econômico, 14/04/2020)²¹.

Portanto, é de grande relevância e de gigantesco risco para a higidez das Finanças Públicas a possibilidade de outorga a um grupo de representantes oriundo exclusivamente do setor privado a decisão final acerca do destino (extinção ou cancelamento) de lançamentos tributários que representam receitas públicas potenciais e gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

III – DO DIREITO

III.A) ABUSO E DISTORÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E ADMINISTRATIVA. CAPTURA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO POR BANCADA VOTANTE DE ORIGEM PRIVADA (REPRESENTANTES DOS CONTRIBUINTES): POSSIBILIDADE REAL E JÁ VERIFICADA PELO CANCELAMENTO DE DIVERSOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS NOS ÚLTIMOS MESES.

A doutrina do Direito Constitucional e Administrativo tem sido unânime em sustentar a importância do direito de participação política dos cidadãos e de entidades de representação coletiva, social, econômica ou cultural, na formação da

²¹ REDAÇÃO. Procurador-geral da República tenta derrubar extinção do voto de qualidade no Carf: Alegação, constante de ação apresentada ao STF, é de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 13.988/20. Legislação & Mercados, [S. l.], 1 jun. 2020. Disponível em: <https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/procurador-geral-da-republica-tenta-derrubar-extincao-do-voto-de-qualidade-no-carf/>. Acesso em: 18 jun. 2021.

vontade dos órgãos estatais.

A Constituição de Portugal chega a enunciá-lo como “direito de participação na vida pública” (art. 48), incluindo a inserção de cidadãos e representantes classistas na direção dos assuntos públicos do país.

A Constituição brasileira de 1988, por sua vez, congloba os diversos instrumentos históricos e inovadores de participação no campo da chamada “democracia semidireta”, enunciada a partir do parágrafo único do seu artigo 1º, sendo instrumentalizada no texto constitucional por meio da participação de entidades representativas dos trabalhadores, da Ordem dos Advogados do Brasil (nos Tribunais e nos processos integrantes das carreiras jurídicas de estado), bem como das comunidades e dos cidadãos nas diversas hipóteses dentro dos capítulos da Ordem Social (Saúde, Assistência Social, Família, Infância e Adolescência e Cultura).

Contudo, mesmo os mais entusiasmados pensadores e ativistas da participação individual, comunitária ou classista nas instituições política ou nos órgãos administrativos jamais cogitaram admitir que os particulares pudessem, sozinhos, tomar para si a formação da vontade do órgão público²². Neste sentido a lição de Reinhold Zippelius, *verbis*:

*“Em genuínos órgãos colegiais, a decisão é produto da colaboração de um colégio. Exemplos de tais órgãos colegiais são os “corpos” legislativos e os tribunais colectivos. O princípio da colegialidade constitui um dos instrumentos com que se pode exercer um controlo de poder (na forma de um controlo intra-orgânico). Garante, ao mesmo tempo, que a decisão seja procedida de uma discussão mais ou menos aprofundada. Este instrumento serve igualmente para permitir a participação de peritos, representantes de grupos de interesse ou, também, do simples cidadão, **NA DECISÃO DE UMA AUTORIDADE**. Inconvenientes de uma decisão tomada por um órgão colegial são o dispêndio pessoal e temporal do procedimento e a diluição de responsabilidades”.*

²² Cf. Reinhold Zippelius. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 136.

A etimologia de “participação” já seria suficientemente eloquente e limitadora para demonstrar que “tomar parte” de órgão, atividade, procedimento ou ato **jamais poderia significar que apenas os particulares** (estranhos aos quadros do Poder Público) **pudessem ser inteiramente responsáveis pelo conteúdo do ato administrativo e de seu mérito** (objeto e motivo), sobretudo dos atos discricionários.

Mas parece que as coisas no Brasil de hoje exigem que se comprove o óbvio, o notório e até o já provado. Por isso, vale recordar aqui algumas lições abalizadas sobre este tema.

O primeiro aspecto diz respeito aos próprios limites ontológicos da participação política em órgãos da Administração Pública. O direito de participação política não pode redundar em delegação da função a particulares, pois não se trata de hipótese que comporte delegação (a atividade de lançar e cobrar é plenamente vinculada, conforme determinam os artigos 3º e 142 do Código Tributário Nacional).

Essa determinação deriva, atualmente, do texto constitucional (art. 37, inciso XXII), pois atividade de revisão administrativa de lançamentos tributário é realizada no âmbito da Administração Pública, sendo necessário que haja pelo menos a participação de um agente público, no conjunto de votos do colegiado que reforma um ato administrativo fiscal (lançamento tributário), como se verá no item abaixo.

Portanto, a possibilidade de que o empate (com votos exclusivos da bancada dos contribuintes) resulte em cancelamento de lançamentos tributários, afronta os limites impostos pela própria Constituição e pelo Código Tributário Nacional, que exerce função de lei complementar às normas fundamentais.

O segundo aspecto que impede que se distorça a participação política em captura dos julgamentos do CARF (em caso de empate com votos unidos entre os dos conselheiros dos contribuintes) se radica na defesa do Poder Público **contra a captura de órgãos estatais e contra a cooptação de agentes públicos por interesses privados ou particulares**.

Esta é uma luta histórica, que visa impedir o controle do Poder estatal por oligarquias e por grupos de interesses, fora dos instrumentos político-democráticos e institucionais-administrativos, públicos e transparentes. Como assinala Marçal Justen Filho a captura se dá *“quando há distorção do interesse público em favor do interesse privado, motivada pela enorme pressão do poder econômico das empresas*

reguladas e de grupos de interesses”²³.

No caso em análise, a autorização de controle da manifestação de vontade do órgão público (CARF) foi enfiado na própria lei formal, revelando que a captura se imiscuiu no próprio legislativo e na norma editada, permitindo o controle da vontade do órgão estatal – ainda que episódico ou casuístico – quando do julgamento de determinados casos pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais federal.

Portanto, resta claro que a transformação da paridade classista no CARF, a ponto de permitir que os representantes das Confederações Econômicas e Sindicais possam, unidos e sozinhos, cancelar atos de lançamento tributário, resulta em absurda distorção do princípio da participação política como instrumento da democracia semidireta, caracterizando evidente permissão para a captura do interesse público, por força do controle da formação da vontade do “órgão público” a partir de manifestações exclusivas de particulares.

III.B) VIOLAÇÃO DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, QUE EXIGE ATOS PLENAMENTE VINCULADOS DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA O LANÇAMENTO OU PARA A SUA REVISÃO ADMINISTRATIVA. INCOMPATIBILIDADE COM O MODELO REPUBLICANO ADOTADO PELA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. EXEMPLO DE EMERSÃO DO “FEUDALISMO TARDIO” BRASILEIRO.

Diante dos fatos acima narrados, pode-se constatar que, em pouco mais de dois anos de vigência da norma que alterou o efeito do empate nos julgamentos do CARF (Conselho Administrativo de Recurso Fiscais), em suas Turmas e na Câmara Superior de Recursos Fiscais, é corriqueira a anulação de atos administrativos de lançamento tributário por votos proferidos apenas por conselheiros dos contribuintes, consagrando o chamado “voto de bancada”.

Ainda que tal fato (ainda) não estivesse ocorrendo, a simples possibilidade de que particulares possam, em conjunto, prolatar um ato “administrativo” de controle ou revisão de outro ato administrativo anterior, de autoria

²³ Cf. Marçal Justen Filho. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética: 2002, p. 369.

exclusiva de um agente público, atentaria contra o regime de direito público vigente para a Administração Pública no país, sob a Constituição de 1988.

Com efeito, o CARF e o CSRF são órgãos administrativos que integram a Administração Pública Federal. A formação da vontade do órgão não pode ser exclusivamente delegada, ainda que episodicamente, a particulares que não detenham investidura em cargo público, com os requisitos próprios da carreira de auditor fiscal ou similar.

Neste sentido a previsão do inciso XXII do artigo 37 da Carta da República de 1988:

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 e, também, ao seguinte:

(...)

*XXII - as **ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, EXERCIDAS POR SERVIDORES DE CARREIRAS ESPECÍFICAS**, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.*

Esta vedação se torna ainda mais rígida quando estamos diante de revisão de obrigação tributária, cuja realização é plenamente vinculada, da mesma forma como é o ato de lançamento, por força do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

A revisão voluntária ou “de ofício” prevista no Código Tributário Nacional para o lançamento tributário exige que ela seja realizada por uma outra instância administrativa, o que afasta a possibilidade de que o ato seja revisto, cancelado, extinto, nulificado ou anulado por manifestação decorrentes da exclusiva vontade de representantes dos contribuintes.

Agentes indicados pelo setor privado e com vínculos apenas

colaborativos, honoríficos ou não-estatutários não estão intitulados a praticar ato administrativo simples, complexo ou composto por sua exclusiva deliberação.

O mandato de Conselheiro de Contribuinte não se equipara ao vínculo funcional e à submissão correicional plena, próprio dos chamados “funcionários de carreira”.

Caso se admita tal hipótese, poderão os representantes dos contribuintes reformar **TODO E QUALQUER ATO DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO** realizado por agente fiscal federal – bastando que unifiquem suas manifestações (votos) em cada uma das sessões de julgamento do CARF.

Por fim, cumpre assinalar que, ao prescrever, no caso de empate de julgamento no colegiado paritário, a resolução do litígio administrativo exclusivamente em favor do contribuinte, artigo 28 da Lei nº 13.988/20 suprime a presunção de legitimidade do ato de lançamento tributário justamente nas hipóteses de incertezas e dificuldades de maiores complexidades reveladas na interpretação da legislação tributária.

Como assinala o Professor Heleno Taveira Torres, em artigo sobre o tema:

*“Manter o voto de qualidade com efeitos de extinção do crédito tributário, **unicamente em favor do contribuinte, representa clara inconstitucionalidade material, PELO PREJUÍZO À PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, corolário do princípio da legalidade a que se sujeita a Administração Pública (artigo 37, caput, da Constituição Federal)**”.*

III.C) TRANSMUTAÇÃO DOS CONSELHEIROS DOS CONTRIBUINTES EM “MAGISTRADOS”, PELA POSSIBILIDADE DE ELES PRÓPRIOS, SEM A PARTICIPAÇÃO DE QUALQUER AGENTE FISCAL, POSSAM ANULAR OU CANCELAR UM LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO (ATO ADMINISTRATIVO). VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO PARA O RECRUTAMENTO DE MAGISTRADOS (INCISO I, ART. 93, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988).

Dessa forma, os **Conselheiros dos Contribuintes** estariam a atuar

como se fossem **juízes**, com poder de decisão final sobre o destino dos atos tributários, e não apenas como coadjuvantes colaborativos da formação da vontade do órgão administrativo ou como cidadãos participantes da atividade superior da Administração Pública Tributária – no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Portanto, além da transformação de um órgão administrativo em uma espécie de agência executiva tributária, retirando-o do âmbito do Poder Executivo para um limiar paraestatal, haveria, também, questões acerca de recrutamento desses juízes, pois não respeita o concurso público e tampouco a isonomia.

Neste sentido, a advertência de Reinhold Zippelius:

“As estruturas oligárquicas não se podem evitar pura e simplesmente nas modernas comunidades altamente organizadas. Seria por isso irrealista aderir à ilusão de uma sociedade livre de domínio. Parece, no entanto, digno de consideração moderar tanto quanto possível as elites de poder, controla-las, vinculá-las à vontade de toda a comunidade e mantê-las abertas a todos os que a elas queiram ter acesso e nelas fazer a respectiva carreira”²⁴.

Como já se revelou acima, 81% (oitenta e um por cento) das indicações de Conselheiros privados estão historicamente capturadas por três únicas Confederações Setoriais, revelando não só a sua baixa generalidade e manifesto déficit democrático nas escolhas, mas, sobretudo, o seu antagonismo ao princípio republicano e ao princípio da impessoalidade, que devem reger o recrutamento de magistrados no Brasil.

Neste sentido a regra constitucional vigente:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação

²⁴ ZIPPELIUS. Reinhold. *Op. Cit.* p. 221.

Este triste episódio legislativo brasileiro sobre o qual o STF ora se debruça revela uma escancarada emergência do latente “feudalismo tardio” nacional, que ainda remarca o DNA juspolítico do país. **Aliás, o Brasil seria o primeiro caso no mundo moderno ocidental em que um ato administrativo (e logo um lançamento tributário) pode ser anulado ou cassado por particulares, sobretudo se considerado que os empoderados a tal privilégio são os próprios destinatários (empresas/contribuintes) do ato (tributo) impugnado!**

A regra que transforma o empate em órgão administrativo paritário, composto apenas por agentes públicos e por agentes dos contribuintes, representa uma inegável afronta ao princípio republicano e outros, ínsitos à Administração Pública, como os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, como se verá em item próprio mais abaixo. Mas aqui merece destaque a violação do princípio do concurso público.

III.D) DESNATURAÇÃO DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO EM TRIBUNAL JUDICIÁRIO, SEM AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DA TAXATIVIDADE JUDICIÁRIA CONSTITUCIONAL.

Como já se pode constatar dos efeitos da mudança em foco, ela promove não apenas a “privatização” da formação da vontade do órgão administrativo, transformando os Conselheiros em magistrados.

Com efeito, a alteração acarreta também uma evidente **desnaturaçã**o do Conselho de Contribuintes em uma espécie de Tribunal, deslocando-o para fora do âmbito da Administração Pública Federal ao forjar um tipo esdrúxulo de *Entidade Para-Estatal e Para-judiciária* capaz de, mediante decisão exclusiva dos representantes indicados (lista tríplice) por entidades classistas de setores econômicos e sindicais, reformar e cancelar atos administrativos e lançamentos tributários.

Ainda que a solução seja possível, em tese, ela demandaria alterações nas regras constitucionais.

Isto porque a Constituição de 1988 é taxativa quanto à disciplina dos Tribunais e espécies de Justiça no país, delimitando-a em razão da pessoa (Federal) e

em razão da matéria (trabalhista, v.g.). Não há previsão de uma Justiça Tributária, fora do Poder Judiciário Federal ou dos Tribunais Estaduais e seus graus de piso (que representam a chamada “Justiça Comum”).

Portanto, a alteração só poderia ser consagrada no nosso ordenamento jurídico mediante prévia alteração da Constituição de 1988, de modo que é forçoso concluir que também se verifica inconstitucionalidade da alteração legislativa em análise, por afronta a organização do sistema judiciário disciplinado pela própria Constituição vigente.

III.E) VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO, BEM COMO DOS DEMAIS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RETORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CARTA DE 1988.

Apesar de pouco estudado entre nós, o princípio republicano exige que a coisa pública seja tratada e respeitada dentro do espaço público. Não pode ser apropriada ou passível de captura, mesmo episódica, por interesses privados ou particulares.

O saudoso Professor Celso Lafer sublinhava no artigo denominado *O Significado de República* a ênfase do conceito na sua relação com o bem público, o qual não podia “***jamais ser confundido com o interesse particular, pois esse sim é a antítese da Coisa Pública***”²⁵.

No mesmo sentido a percuciente anotação de Paulo Márcio Cruz e Sérgio Antonio Schmitz, na monografia “Sobre o Princípio Republicano”:

*“Há que se ressaltar a mudança de percepção quanto à Coisa Pública, que no último quartel do Século XX abandonou o figurino individualista típico da modernidade e adotou contornos coletivos e difusos muito intensos, ou seja, a existência do espaço público deveria deixar de estar a serviço do individualismo burguês para servir como corolários da consecução do bem comum”*²⁶.

²⁵ In: Estudos históricos, vol. 2, n. 4, p. 214-224, Rio de Janeiro, 1989.

²⁶ In: Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 13, n. 1, p. 43-54, Brasília: NEJJ jan-jun 2008, p. 44.

No presente caso, fica claro que a lei não pode delegar a particulares a possibilidade deles, sozinhos, reformarem ou cancelarem o lançamento fiscal, sem o concurso de um agente público no conjunto dos votos proferidos.

O “voto da bancada” dos contribuintes, unânime, que resultar em empate capaz de rever ou cancelar lançamento tributário, sempre significará a captura da formação da vontade do órgão administrativo por particulares, cuja única qualificação é serem representantes classistas de setores econômicos e sindicais.

A afronta recrudescer diante da disciplina legal do ordenamento pátrio, que afirma ser a atividade fiscal plenamente vinculada à Administração Tributária, exclusiva de servidores de carreira (artigo 37, XXII da Constituição) e indelegável (artigo 3º e 142 do CTN).

Esta possibilidade afronta os valores que infundem o PRINCÍPIO REPUBLICANDO e são destacados pelo festejado constitucionalista português, o Professor Jorge Miranda, na sua obra *Ciência Política*, entre os quais merecem destaque os seguintes:

*a) A configuração de todos os cargos de Estado, políticos e não políticos, em termos de um estatuto jurídico **traduzido em situações funcionais**, E NÃO EM DIREITOS SUBJETIVOS STRICTO SENSU OU, MUITOS MENOS, EM PRIVILÉGIOS.*

(...)

f) Após o exercício dos cargos, a não conservação ou a não atribuição aos antigos titulares de direitos não conferidos aos cidadãos em geral (e que redundariam em privilégios).

A permissão legal de que o voto de bancada privada possa anular lançamentos tributários ainda afronta os princípios da impessoalidade e moralidade administrativas, pois se está permitindo assim que julgadores vinculados a algumas entidades possam decidir causas de outras categorias ou de cidadãos comuns, em vínculo classista ou setorial.

IV) CONCLUSÃO E PEDIDOS

Isto posto, a ABRASF – Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais requer a sua admissão como *amicus curiae*, pelas razões acima expendidas, **sendo ADMISSÃO TARDIA autorizada em diversos casos dessa Suprema Corte**, diante da gravidade da matéria *sub judice* e da legitimidade e importância institucional da defesa exercida por esta Associação em prol dos interesses dos Municípios-Capitais brasileiros.

Requer, de plano, **SEJA O PRESENTE DESTACADO E RETIRADO DO JULGAMENTO EM PLENÁRIO VIRTUAL**, EM RAZÃO DA SUA IMPORTÂNCIA CONSTITUCIONAL E NACIONAL PARA TODAS AS ADMINISTRAÇÕES TRIBUTÁRIAS DAS TRÊS ESFERAS FEDERATIVAS, sendo então afetado ao Plenário por Videoconferência, asseguradas às partes e aos terceiros interessados a oportunidade de apresentar as suas respectivas sustentações orais, bem como eventuais esclarecimentos de fato e questões de ordem.

Ao final, requer sejam julgadas procedentes as Ações Diretas de Inconstitucionalidade epigrafadas, tanto no aspecto formal, quanto material, uma vez que:

- 1) **A gênese e a evolução do Conselho de Contribuintes federal**, atualmente designado como Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), demonstra a sua significativa **apropriação por interesses corporativos, sobretudo dos principais setores econômicos do país**, valendo lembrar que:
 - a) O Conselho foi criado como concessão e contrapartida às oligarquias da “República Velha” para que aceitassem a introdução do imposto de renda no Brasil (1924);
 - b) Ao longo dos anos, a composição paritária foi decantada como exemplo institucional da “participação política” dos cidadãos (contribuintes), mas, na verdade, o *Relatório de Auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU) de nº 2015043061* revela que **81% (oitenta e um por cento) dos conselheiros dos “contribuintes” foram indicados por**

- apenas 3 Confederações poderosas:** CNI (Confederação Nacional da Indústria), CNC (Confederação Nacional do Comércio) e CNF (Confederação Nacional das Instituições Financeiras), não sendo verdadeiros *representantes da coletividade dos contribuintes ou dos cidadãos*;
- c) Esta forte influência dos setores privados de maior poder econômico no âmbito do CARF foi exposta no histórico acima alinhado (inclusive nos escândalos revelados pela operação Zelotes), confirmando ser este **mais um exemplo do oligarquismo típico do “feudalismo tardio” brasileiro**;
- 2) A possibilidade de revisão ou cancelamento de ato de agente público (lançamento tributário e decisão administrativa de primeira instância), por força de manifestação oriunda do simples alinhamento de votos dos conselheiros integrantes da “bancada dos contribuintes”, pode gerar o empate de votação, sendo exemplo único no mundo em que uma **classe ou grupo de particulares** (representantes privados de setores classistas, econômicos ou sindicais), **passa a poder controlar a formação da vontade de um órgão estatal**;
- 3) Esta **situação inusitada só encontra paralelo histórico nas imunidades e privilégios estamentais e feudais, típicos dos períodos medievais**, em que as leis gerais e as cortes comuns eram excepcionadas em favor de baronatos, grupos, guildas e corporações, que podiam julgar, eles próprios, suas causas e interesses;
- 4) As raízes medievais do Brasil alimentam estes movimentos e, por isso, devem ser coibidas, em respeito a uma **Constituição que se quer republicana**;

- 5) **Em pouco mais de um ano e meio de vigência do artigo 19-E da Lei n. 10.522/2002**, ora impugnado, já se tem notícia do cancelamento no CARF de diversos lançamentos tributários, por força “empates”, alguns decorrentes de manifestação unilateral da “bancada dos conselheiros dos contribuintes”, provocando o **cancelamento de bilhões de reais em créditos tributários federais**;

- 6) A extrapolação da participação política (paritária) do peso dos Conselheiros dos “Contribuintes” no âmbito do CARF para lhes permitir, sozinhos, empatar votações e, com isso, rever, cancelar ou extinguir lançamentos tributários, representa **inegável tredestinação do princípio da participação administrativa**, que não encontra guarida em qualquer norma constitucional na Carta de 1988, cuja democracia semidireta admite e estimula que os cidadãos e coletividades participem dos processos deliberativos e decisórios estatais, mas que jamais possam dominar ou controlar, ainda que de modo pontual ou episódico, a formação da vontade de um órgão público;

- 7) Admitir que um grupo de particulares não investidos em cargo público integrante da Administração Tributária possa desfazer ato de autoridade fiscal sem o concurso de qualquer agente público (ato administrativo composto), afronta as exigências constitucionais e legais que determinam ser a **atividade** de lançamento tributário **indelegável** (art. 3º do Código Tributário Nacional), **plenamente vinculada** (artigo 142 do CTN), **exclusiva de servidor recrutado por concurso público** (artigo 37 inciso II) e **integrante de carreira da Administração Tributária** (artigo 37, inciso XXII da Constituição);

- 8) A permissão engendrada pela inquinada norma para que os Conselheiros dos Contribuintes possam, sozinhos, desconstituir ou declarar nulo lançamento tributário ou ato administrativo-fiscal, transforma tais agentes privados em verdadeiros “magistrados”. Contudo, **jamais poderiam exercer função judicante sem serem integrados ao Poder Judiciário e recrutados mediante prévio concurso de provas e títulos** – sendo o provimento nesta (pretensa) função por simples indicação classista (lista tríplice) e seleção por autoridade administrativa do Poder Executivo, evidente afronta ao inciso I do artigo 93 da Constituição;
- 9) O empoderamento da bancada dos contribuintes para que possa, de per si, empatar julgamentos no CARF e, com isso, cancelar lançamentos tributários, provoca ainda a **desnaturação do Conselho Administrativo em uma espécie de Tribunal** ou de agência paraestatal ou “parajudiciária”, sem que se tenha alterado a Constituição de 1988, que só admite Tribunais que estejam em seu rol taxativo de instituições e sistemas judiciários expressamente previstos para o Brasil – e no qual não se encontra qualquer previsão para um *Tribunal judicante com competência para decidir tributos federais – fora da Justiça Federal de primeiro e segundo graus* (artigos 98 a 109 da Constituição de 1988);
- 10) Resta, por fim, afrontado o **princípio republicano** (artigo 1º da Carta de 1988) e outros princípios retores da organização e do funcionamento da Administração Pública no Brasil (caput do artigo 37 da Constituição), como os **princípios da impessoalidade e moralidade administrativa**, na medida em que se verifica na alteração legislativa *sub oculi* aquilo que Celso Lafer acentuava: *O Significado de República*, se assenta com ênfase na sua relação com o bem público, o qual não pode “**jamais ser confundido com**

o interesse particular, pois esse sim é a antítese da Coisa Pública²⁷.

Caso se acolha os argumentos e fundamentos de inconstitucionalidade formal, a ABRASF **requer a essa Colenda Corte que não deixe de se pronunciar sobre os aspectos materiais ou substancias** do tema submetido ao crivo do STF, a fim de que sejam prevenidas novas iniciativas ou tentativas de direcionar o critério do empate para reformar, cancelar ou extinguir lançamentos tributários realizados por autoridades públicas integrantes da Administração Tributária, realizando atividade plenamente vinculada.

Uma vez deferido o seu ingresso e destacado ou removido o presente caso para julgamento no Plenário por VIDEOCONFERÊNCIA, requer a **ABRASF** lhe seja concedida a oportunidade para apresentar **memoriais de julgamento** e de realizar **sustentação oral** de suas razões, em defesa dos interesses dos Municípios brasileiros, por intermédio de seu procurador devidamente habilitado.

E. Deferimento.

Brasília, 18 de junho de 2020.

RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA

OAB / RJ 81.438 | OAB/DF 58.935

²⁷ *In*: Estudos históricos, vol. 2, n. 4, p. 214-224, Rio de Janeiro, 1989.