

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA ____ VARA
FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL**

UNAFISCO NACIONAL – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, inscrita no CNPJ sob o nº 50.586.247/0001-00, com sede na Avenida Ipiranga, 1.267, 13º Andar, Capital do Estado de São Paulo, CEP:01039-907, com endereço eletrônico no e-mail: juridico@unafisconacional.org.br, por meio do seu representante legal o Sr: Mauro José Silva, inscrito no CPF nº954.928.877-34, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento na Lei 7.347/85, artigo 1º, incisos V e VIII, propor:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face da **UNIÃO**,
representado por um
dos seus
advogados, podendo
ser citado no
endereço conhecido
por esta serventia,

nos termos dos artigos e das razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

EMENTA:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONHECIMENTO E PROCESSAMENTO DA PRESENTE AÇÃO. AUTORA QUE PREENCHE O REQUISITO DA LEGITIMIDADE ATIVA. TUTELA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA ORDEM ECONÔMICA. PERTINÊNCIA TEMÁTICA QUE GUARDA RELAÇÃO COM OS OBJETIVOS INSTITUCIONAIS DA AUTORA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE NÃO PRETENDE SUBSTITUIR O MANEJAMENTO DE POSSÍVEL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUSA DE PEDIR QUE CIRCUNSCREVE A ILEGALIDADE ARTIGO 28 DO REGIMENTO INTERNO DO CARF. NOMEAÇÃO PARA AS VAGAS DOS

**CONSELHEIROS (CONTRIBUINTES)
DO CARF. FORMA DISCRICIONÁRIA
DE PREENCHIMENTO DAS VAGAS
QUE OFENDE O ESTATUTO
CONSTITUCIONAL. TUTELA DE
INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS
VIOLADOS PELA ILEGALIDADE DO
ARTIGO 28 DO REGIMENTO
INTERNO DO CARF. DISPOSITIVO
NORMATIVO QUE OFENDE
PRINCÍPIOS COMEZINHOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.
NOMEAÇÃO DOS CONSELHEIROS
DOS CONTRIBUINTES QUE NÃO
ATENDE O PRINCÍPIO DA
IMPESSOALIDADE, MORALIDADE E
INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA. NOMEAÇÃO DOS
CONSELHEIROS DO CARF
ORIUNDOS DOS CONTRIBUINTES
QUE PRECONIZA A
DISCRICIONARIEDADE E
ILEGALIDADE.**

**DA ADEQUAÇÃO DO INSTRUMENTO PROCESSUAL E
DA LEGITIMIDADE DA UNAFISCO**

A presente ação tem como objeto a tutela de

interesse transindividual, consubstanciado na proteção ao patrimônio público e à ordem econômica, dos efeitos do artigo 28 do Regimento Interno do CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), que determina a forma de seleção dos conselheiros representantes dos contribuintes que integram o órgão.

O dispositivo infralegal em questão, ao definir o processo de escolha destes contribuintes atenta contra os princípios da administração pública, insculpidos na Carta da República, causando danos ao patrimônio e ao interesse público.

Assim sendo, cabe pontuar que a possibilidade de ação civil pública para proteção do erário já é assentada pela jurisprudência pátria, ainda que não expressamente prevista na Lei 7.347/85, e sumulado na Súmula nº 329 do STJ.

“Agravo regimental. Agravo de instrumento. Processo Civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público. Proteção do patrimônio público. Acusação de improbidade administrativa e enriquecimento ilícito contra ex-prefeito. Tribunal de origem decidiu a lide no mesmo sentido da jurisprudência deste Sodalício.

Conforme restou consignado na decisão agravada, não há, no acórdão recorrido, qualquer omissão, contradição ou obscuridade, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida. Dessa forma, não foi malferido o artigo 535, inciso II, do Estatuto Processual Civil.

No que concerne especificamente ao mérito do presente recurso, oportuna a adoção do entendimento

exarado no seguinte julgado: “a despeito de ser a ação civil pública, em razão de suas finalidades sociais, preponderantemente condenatória, implicando na obrigação de fazer ou não fazer, **esta Corte tem-na admitido para defesa do erário**. Precedentes” (REsp n. 78.916-SP, Rel. Min. Castro Meira, DJ 6.9.2004). Agravo regimental improvido.”

(AgR-AI nº. 517.098-SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, J: 16/06/2005, DJ: 08/08/2005)

Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de controle dos atos administrativos por meio da ação civil pública sempre que estes se desviem dos princípios constitucionais da administração pública, insculpidos no artigo 37, da CF, acarretando prejuízos aos interesses transindividuais:

Ação civil pública. Legitimidade. Ministério Público. Lesão à moralidade pública.

1. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/1988, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como custos legis (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).

2. A Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37 da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da

administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

3. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

4. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, a fortiori, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

(...)

8. Os interesses mencionados na LACP acaso se encontrem sob iminência de lesão por ato abusivo da autoridade podem ser tutelados pelo mandamus coletivo.

9. No mesmo sentido, se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atingem o interesse difuso, passível é a propositura da Ação Civil Pública fazendo as vezes de uma Ação Popular multilegitimária.

10. As modernas leis de tutela dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LACP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral etc.

11. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público

enquadram-se na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público a demandar em juízo acerca dos mesmos.

12. Recurso especial desprovido

(REsp nº 173.414-MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 26/04/2004)

Nestes termos, ressalta-se, portanto, a possibilidade de alegação de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir – e não de pedido –, como no caso em análise, visto que se trata de controle de constitucionalidade incidental.

Nesse sentido,

"PROCESSUAL ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DE ESPÉCIE NORMATIVA. CABIMENTO. 1. O acórdão recorrido acolheu a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois entendeu que a Ação Civil Pública está sendo utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade.

2. O Ministério Público do Estado de Minas Gerais defende o direito de discutir incidentalmente a inconstitucionalidade de espécie normativa no âmbito da Ação Civil Pública, nos caso como na espécie em análise. É que a ação teria sido proposta com o objetivo de condenar o requerido na obrigação de fazer consistente em restabelecer na Comarca de Governador Valadares a assistência médica hospitalar e odontológica de modo integral e eficiente incluindo os atendimentos médico-hospitalares, os exames clínicos,

exames de mamografia e raio-X, serviços farmacêuticos e programa IPSEMG-Família. Essa pretensão apenas será obtida se forem reconhecidas as ilegalidades dos decretos ou, incidentalmente, a inconstitucionalidade das normas em questão.

3. Na trilha da jurisprudência do STF, o STJ admite que a inconstitucionalidade de determinada lei pode ser alegada em ação civil pública, desde que a título de causa de pedir - e não de pedido -, como na espécie em tela, pois, neste caso, o controle de constitucionalidade terá caráter incidental.

Precedentes. 4. Recurso especial provido."

(REsp 1.326.437/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013.)

Assim sendo, deve ser ultrapassada o óbice de possível alegação de utilização do presente instrumento processual para controle concentrado de constitucionalidade.

Por fim, cabe demonstrar a legitimidade da entidade Autora para o feito.

A legitimidade ativa em sede de ação civil pública não se limita à atuação do Ministério Público. As associações civis têm legitimidade para atuarem no feito, conforme previsão do artigo 5º, V, da Lei 7.347/85, que determina os seguintes requisitos para estes legitimados: **a)** esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; **b)** inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à

livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nestes termos, deve-se demonstrar o enquadramento da Autora como legitimada à propositura de presente demanda.

A Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – UNAFISCO NACIONAL - fundada em 13 de maio de 1978, é uma associação civil, classista, tendo como objetivo central em congregar e representar, no território nacional, os associados vinculados à Entidade, independentemente do local de seu domicílio ou de sua residência, na defesa de seus direitos e interesses, em qualquer nível, ficando expressamente autorizado para intervir e praticar todos os atos na esfera administrativa, judicial ou extrajudicial na defesa dos associados, bem como atuar na proteção ao patrimônio público e à ordem econômica.

A Associação é integrada pelos servidores da carreira Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil, Ativos, Aposentados e Pensionistas destes servidores falecidos do Ministério da Fazenda.

Entre os objetivos institucionais da Associação, previstos no artigo 3º, do Estatuto Social, estão:

XI. promover o fortalecimento da economia nacional e da Secretaria da Receita Federal do Brasil e suas atribuições, bem como nos assuntos relacionados às atividades inerentes ao cargo de Auditor Fiscal da

Receita Federal, **promover a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.**

Assim, nos termos do que determina a Lei da Ação Civil Pública, a Autora cumpre os requisitos elencados acima: está constituída há mais de 01 ano e tem entre suas finalidades a tutela dos direitos difusos compreendidos na proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio público.

Cabe salientar, ainda, que os Auditores Fiscais da Receita Federal compõem a estrutura do CARF, atuando como conselheiros representantes da Fazenda, razão pela qual os assuntos atinentes ao órgão são de interesse da categoria representada pela entidade Autora.

Finalmente, ressalta-se que deve ser afastada qualquer manifestação de inadmissibilidade da presente ação civil pública, tendo em vista que não se discute matéria envolvendo tributos, contribuição previdenciária ou Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a teor do artigo 1º, § único, da Lei nº 7.347/1985.

DA ISENÇÃO DE RECOLHIMENTO DE CUSTAS JUDICIAIS

A Lei 7.347/85, preconiza, em seu artigo 18:

Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

Assim, conforme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, nas ações civis públicas as associações são isentas de recolhimento de custas. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. ALEGADA ISENÇÃO NO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS JUDICIAIS NO ÂMBITO DO STJ POR SE TRATAR DE ASSOCIAÇÃO AUTORA QUE PROPÔS AÇÃO CIVIL PÚBLICA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 18 DA LEI N.7.347/1985 (LACP) E 87 DA LEI N. 8.078/1990 (CDC). APLICAÇÃO DO ARTIGO 111 DO CTN PARA AFASTAR, EM PRINCÍPIO, A ALEGADA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE LEI ESPECÍFICA, NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE DISPONHA SOBRE O RECOLHIMENTO DE CUSTAS NESSE TIPO DE INCIDENTE PROCESSUAL. TRIBUTO NÃO DEVIDO PARA IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. RESCISÓRIA. VALOR DA AÇÃO PRINCIPAL ATUALIZADO MONETARIAMENTE. BENEFÍCIO ECONÔMICO. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA JULGADA IMPROCEDENTE.

1. Ante a necessidade de conferir às regras de isenção tributária interpretação restritiva (art. 111 do CTN), as disposições dos arts. 18 da Lei n.

7.347/1985 e 87 da Lei n. 8.078/1990 só impediriam o adiantamento das custas judiciais em ações civis públicas, em ações coletivas que tenham por objeto relação de consumo e na ação cautelar prevista no art. 4º da Lei n. 7.347/1985, não tendo o condão de obstar a antecipação das custas nos demais tipos de ação, como, por exemplo, em ações rescisórias ou em incidentes processuais.

2. Como a impugnação ao valor da causa não consta na Tabela "B" da Lei n. 11.636/2007, lei específica que dispõe sobre as custas judiciais devidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, não se pode exigir o recolhimento das custas judiciais nesse tipo de incidente processual.

3. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, em sede de ação rescisória, o valor da causa, em regra, deve corresponder ao da ação principal, devidamente atualizado monetariamente; exceto se houver comprovação de que o benefício econômico pretendido está em descompasso com o valor atribuído à causa, hipótese em que o impugnante deverá demonstrar, com precisão, o valor correto que entende devido para a ação rescisória, instruindo a inicial da impugnação ao valor da causa com os documentos necessários à comprovação do alegado.

4. Impugnação ao valor da causa julgada improcedente.

(Pet 9.892/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/02/2015, DJe 03/03/2015) **(Grifo Nosso)**.

Assim sendo, pugna pelo recebimento da presente

ação com a isenção de recolhimento de custas processuais.

**DA AUSÊNCIA DE INTERESSE FINANCEIRO DO PEDIDO.
INVIABILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR DA
CAUSA EXATO PARA AÇÃO.**

O §8º do artigo 85 do Código de Processo Civil, dispõe que, quando a parte deduzir em juízo pretensões baseadas em pedidos genéricos, poderá estabelecer um valor inestimável à demanda, comprometendo-se a complementar o valor das custas em virtude de eventual liquidação ou cumprimento do julgado.

É o que fará a entidade requerente adiante, dando um valor inestimável para a presente causa, porque, no atual momento, não há como antever ou quantificar as consequências da presente demanda.

Nessas hipóteses, é lícita a formulação de pedido genérico *ex vi* do disposto no inciso II, do §1º do artigo 324, do Código de Processo Civil.

DOS FATOS

A Autora propõe a presente ação civil pública tendo como finalidade a tutela de interesse transindividual, consubstanciado na proteção ao patrimônio público e à ordem econômica, dos efeitos do artigo 28 do Regimento Interno do CARF, que apresenta nítida afronta aos princípios administrativos ao definir a forma de escolha dos conselheiros

representantes dos contribuintes do órgão.

Destaca-se que o artigo 28 do Regimento Interno do CARF preconiza a seguinte ordem na escolha dos conselheiros do CARF, vejamos:

“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.**

§ 1º As centrais sindicais, com base no art. 29 da Lei nº 11.457, de 2007, indicarão conselheiros, representantes dos trabalhadores, para compor colegiado com atribuição de julgamento de recursos que versem sobre contribuições previdenciárias elencadas no inciso IV do caput do art. 3º.” *[g.n.]*

O dispositivo supramencionado foi editado (atual redação dada pela Portaria MF nº 153, de 2018) e mantido em vigor até os dias atuais pelas autoridades competentes, a nosso ver, em flagrante desconformidade com os princípios insculpidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, mais especificamente os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e o inciso II do mesmo artigo, relativamente à necessidade de concurso público, ao determinar que a escolha dos conselheiros representantes dos contribuintes será realizada a partir de candidatos indicados

pelas confederações representativas de categorias econômicas.

Como será explorado mais adiante, as inconstitucionalidades presentes na redação do artigo 28 do Regimento Interno do CARF acarretam prejuízos ao patrimônio público e à ordem econômica, incentivando a concorrência desleal e o planejamento tributário abusivo, tendo como ferramenta o processo administrativo fiscal.

Acrescenta-se, ainda, que apesar de a forma de seleção dos conselheiros do CARF, representantes dos contribuintes, por si só, demonstrar nítida violação aos preceitos constitucionais, tal cenário tornou-se mais crítico com uma recente alteração legislativa que modificou a dinâmica dos julgamentos no órgão – o artigo 28, da Lei 13.988, de 2020, inseriu na Lei 10.522, de 2002, o artigo 19-E, extinguindo o voto de qualidade em caso de empate nos processos administrativos de determinação e exigência de crédito tributário, no âmbito do CARF.

Diante disso, não resta outra opção que não seja o ajuizamento da presente ação civil pública em face a tutela dos basilares constitucionais que devem ser preservados no âmbito da atuação da Administração Pública.

DO DIREITO

VI.1. Da violação aos princípios da administração pública – art. 37, CF

De acordo com o e. Ministro Alexandre de Moraes, “a administração pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a **consecução dos interesses coletivos**”, e para assegurar a consecução de tais interesses é norteada por princípios, determinados na Constituição e de observância obrigatória.

Assim, giza a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, “caput”, o seguinte:

“**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 da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência [...]”

É importante considerar que a Constituição Federal de 1988 consagrou princípios e regras que, por simples incidência, devem inviabilizar práticas de favorecimento pessoal fundadas em laços políticos e/ou afetivos, uma vez que a dogmática constitucional atual confere plena eficácia aos princípios por ela exarados.

Frise-se, princípio vem do latim *principium* e tem vários significados no ordenamento jurídico. Por um lado, quer dizer base inicial, fonte, nascedouro, alicerce, começo, início, origem, ponto de partida; por outro lado, regra a seguir, norma, que são ideias fundamentais, valores básicos da sociedade, com a função de assegurar a estabilidade da ordem jurídica e a continuidade e igualar o sistema jurídico.

Para o Supremo Tribunal Federal, os princípios

constitucionais:

“(...) não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, mas consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial.”

Os princípios constitucionais são de observância obrigatória para a Administração Pública, de modo que qualquer ato ou medida que possa contrariá-los devem ser perseguidos e não podem continuar a produzir seus efeitos, sob pena de evidente estado de ilegalidade.

Outrossim, a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade publicidade e eficiência.

Partindo dessa premissa, é possível vislumbrar que a medida adotada pelo Regimento do CARF, o qual em seu artigo 28, determinou que a escolha dos conselheiros representantes dos contribuintes seja realizada a partir de candidatos indicados em lista tríplice pelas confederações representativas de categorias econômica e centrais sindicais destoava completamente os basilares abroquelados pela Carta Magna.

O referido dispositivo, inegavelmente, padece de inconstitucionalidade, por vício material, ao violar o artigo 37, caput, da Constituição Federal, especificamente os **princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa**. O inciso II do

mesmo artigo, relativamente à **necessidade de concurso público**, ao determinar que a escolha dos conselheiros representantes dos contribuintes será realizada a partir de candidatos indicados pelas confederações representativas de categorias econômicas.

Em síntese, a adoção dos critérios estabelecidos pelo artigo delineado implica na burla aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, uma vez que, as indicações em lista tríplice elaborada pelas Confederações, além de envolver fatores políticos, objetivam interesses diretos ou indiretos da Confederação e das empresas por ela representadas, capazes de influenciar em certas tomadas de decisões, afastando, por fim, o interesse público, que deve ser resguardado.

Conforme manifestado, tanto o princípio republicano, quanto os princípios da moralidade e da impessoalidade estão expressamente previstos no art. 37, da Constituição Federal, impondo aos agentes públicos o dever de boa administração, estando a ele ínsitos o dever de honestidade, boa-fé e vinculação ao interesse público.

O princípio da impessoalidade se fundamenta no princípio da isonomia e exige tratamento igualitário entre todos os indivíduos.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua de forma precisa o princípio da impessoalidade:

“Nele se traduz a ideia de que a administração tem que

tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen­to­sas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.”

No mesmo sentido, vejamos os ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“O princípio da impessoalidade deve ser visto sob dois principais pontos, o primeiro diz respeito à finalidade do ato ao ser exercido deve visar sempre a satisfação da coletividade, e, segundo trata da vedação da promoção pessoal do administrador à custa das realizações da Administração Pública.”

O princípio em tela tem entendimento assentado na jurisprudência pátria, sendo forma de tutela dos interesses públicos nos atos da administração público, preservando-os de qualquer caráter de privilégios aos administrados. Nesse sentido, o e. Ministro Celso de Mello, em seu voto no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.814-2/RJ, afirmou que:

“Um dos grandes vetores subordinantes da ação do poder público, revestido de dignidade constitucional, é aquele que se reflete no princípio da Impessoalidade, erigido pela Carta Federal de 1988 como instrumento destinado a dar concreção à cláusula isonômica, cuja finalidade político-jurídica mais expressiva consiste em impedir e em obstar que prevaleçam, na prática

administrativa, quaisquer espécies de privilégios.” [g.n.]

(MS nº 21.814-2/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, J: 14 abr. 1994, DJ: 10 jun. 1994)

Da análise dos contextos e princípios delineados, é possível concluir a vedação de favorecimento pessoal no acesso às funções públicas, exigindo-se a regra geral do concurso público.

Sobre a necessidade de concurso público para provimento de cargos, cabe ressaltar que a função de conselheiro, representante dos contribuintes, não se enquadra na exceção prevista no artigo 37, II da Constituição Federal: não se trata de cargo em comissão declarado em lei – o Decreto 70.235, de 1972, que embasa o Regimento Interno (RI) do CARF em nenhum momento dispõe sobre esta natureza jurídica do cargo de conselheiro –tão pouco é cargo de livre nomeação e exoneração pelo chefe do Poder Executivo – a designação é realizada pelo Ministro de Estado da Fazenda, como determina o artigo 40, do RI CARF e os conselheiros cumprem mandato por tempo pré-determinado.

Fabício Macedo Motta, ao comentar o artigo 37, II, da Constituição, explica quais situações não estão abrangidas pelo ditame constitucional:

“As funções públicas não precedidas de concurso público ou porque somente podem ser ocupadas por servidores efetivos (concurados, obviamente, nos termos do art. 37, inciso V), em se tratando de funções de confiança, ou porque a realização do concurso

poderia obstar a proteção temporária de interesse público excepcional (art. 37, inciso IX).”

Define ainda, em sua lição, a importância de se preservar tal regra constitucional:

“Dessa forma, fica clara a importância do concurso público, enquanto procedimento administrativo indispensável à eficácia do direito fundamental de disputar, em igualdade de condições, os cargos e empregos públicos. Nesse diapasão, **mais do que um direito objetivo de se disputar certames, reconhece-se a existência de um dever público de realizá-los, de forma isonômica, sempre que o interesse público o exigir.**” [g.n.]

Não há qualquer fundamento que caracterize a seleção de conselheiros representantes dos contribuintes como uma das exceções constitucionalmente previstas, portanto o provimento dos cargos de conselheiros dos contribuintes deveria sujeitar-se à regra: realização e aprovação dos candidatos em concurso público.

Ademais, é importante ressaltar que os conselheiros representantes dos contribuintes recebem gratificação de presença, nos termos dispostos no Decreto 8.441, de 2015. Esta gratificação é paga por meio de recursos públicos e, em janeiro de 2018 somou uma despesa bruta de R\$ 925.608,54.

A necessidade de concurso público para preenchimento de cargos públicos já foi objeto de diversas demandas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. A ADI nº

123-0, julgada em 1997, traz a seguinte ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ENSINO PÚBLICO. DIRETORES DE ESCOLAS PÚBLICAS: ELEIÇÃO: INCONSTITUCIONALIDADE. Constituição do Estado de Santa Catarina, inciso VI do art. 162.

I. É inconstitucional o dispositivo da Constituição de Santa Catarina que estabelece o sistema eletivo, mediante voto direito e secreto, para escolha dos dirigentes dos estabelecimentos de ensino. **É que os cargos públicos ou são providos mediante concurso público, ou, tratando-se de cargo em comissão, mediante livre nomeação e exoneração do Chefe do Poder Executivo, se os cargos estão na órbita deste (C.F., art. 37, II, art. 84, XXV).**

II. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

(ADI nº 123-0/SC, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, J: 03 fev. 1997, DJ: 12 set. 1997.)

Na referida ação, o voto do e. Ministro Marco Aurélio explica que os cargos em comissão “são cargos para preenchimento, de início, por livre iniciativa do Poder que administra o Estado, e também cargos que viabilizam a chamada “demissão ad nutum” dos ocupantes”.

A necessária realização de concurso público para preenchimento de cargo público também restou assentada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 539.224, cuja ementa transcreve-se infra:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO.

1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores.

2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026).

4. In casu, o acórdão recorrido assentou: EMENTA: REMESSA OFICIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONSELHO PROFISSIONAL. NÃO ADSTRIÇÃO À EXIGÊNCIA DE

CONCURSO PÚBLICO, PREVISTA NO ART. 37, II, DA CF. PROVIMENTO. I – Os conselhos profissionais, não obstante possuam natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia das profissões. Conclusão em que se aponta por carecerem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta supervisão ministerial mitigada (art. 1º, Decreto-lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União. II – Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do estado, únicas qualificáveis como longa manus deste. III – Remessa oficial provida. Pedido julgado improcedente.

5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

(RE nº 539.224/CE, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, J: 22 mai. 2012, DJe: 18 jun. 2012).

Ora, como já mencionado, os conselheiros do CARF, representantes dos contribuintes, não são enquadrados como cargos em comissão e, por não se submeterem a concurso público, conforme preconiza a Constituição Federal, exercem função pública, remunerada, de forma ilegítima, por violação ao art. 37, II da CF.

Trata-se, portanto, em vício no ingresso do cargo público, mediante desvirtuamentos no preenchimento

das funções dos Conselheiros, acarretando, em última instância, prejuízos diretos ao patrimônio público, ao interesse público, compreendido em todos os atos da administração, e à ordem econômica, por favorecer setores econômicos restritos e específicos.

Nesse sentido, é importante trazer à colação o relatório de auditoria nº 2015043061 realizado em 2016, de forma conjunta entre TCU e CGU, que destacou a concentração de conselheiros dos contribuintes vinculados a 3 confederações:

“(...) 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.”

A indicação de conselheiros continua a ser dominada por confederações empresariais: em agosto de 2018, dos 82 conselheiros representantes dos contribuintes, 79 foram indicados pelas confederações e apenas 03 eram indicação das centrais sindicais.

Salienta-se, ainda, que as indicações das centrais sindicais estão restritas à participação nos julgamentos de matéria previdenciária. Portanto, é correto afirmar que a representação dos contribuintes no CARF trata-se, na verdade, de representação das empresas – e, mais especificamente, daquelas empresas que compõem os setores econômicos mais influentes.

As listas triplas elaboradas pelas Confederações e o que elas representam – burlam todos os princípios ora

delineados e não se mostram compatíveis com o princípio da imparcialidade e com a isenção de ânimo que os Conselheiros devem possuir para o bom desempenho de suas respectivas missões institucionais.

Destarte, dada a missão que constitucionalmente foi dada ao Poder Judiciário que consiste na regulação de comportamentos contrários à ordem constitucional, requer a suspensão das sessões do CARF e, por consequência, seja reconhecida a ilegalidade da forma de provimento dos cargos dos conselheiros (contribuintes), tendo em vista a manifesta violação dos princípios constitucionais.

VI.2. Do perfil dos julgamentos no CARF e o voto de qualidade

Conforme mencionado alhures, a presente ação é proposta no contexto de alteração na dinâmica dos julgamentos do CARF, promovida pela Lei 13.988, de 2020, que extingue a aplicação do voto de qualidade em caso de empate, nos julgamentos dos processos administrativos de determinação e exigência do crédito tributário, resolvendo-se o conflito automaticamente em favor do contribuinte.

Tal contexto torna ainda mais urgente o fim da paridade no órgão, visto que a extinção do voto de qualidade privilegia o interesse privado em detrimento do interesse público; ainda, potencializa o risco de corrupção, como pontuado pelo TCU no Relatório de Auditoria TC 038.047/2019-5 (**Doc. Xx**).

Neste ponto cabe ressaltar o perfil dos julgamentos

no CARF: de acordo com informações contidas no relatório do TCU acima referido, os créditos tributários decididos por voto de qualidade têm valor 3,6 vezes maior que os demais, ou seja, os conflitos que envolvem créditos tributários de valor mais alto são aqueles que recebem interpretações mais antagônicas, o que pode ser explicado pelo planejamento tributário agressivo envolvido nesses casos.

De acordo com dados obtidos pela Unafisco Nacional, por meio da Lei de Acesso à Informação (**Doc. XX**), em 2019, 82% dos recursos da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF) decididos a favor da Fazenda Pública com crédito tributário de valor acima de R\$ 1 bilhão, foram por voto de qualidade. Esta proporção vai sendo reduzida, conforme o valor dos créditos tributários discutidos diminuem de valor.

Valor do crédito tributário	Total levado à CSRF	Total julgado favorável ao Fisco	Decisões favoráveis ao Fisco (voto de qualidade)	Voto de qualidade favorável ao Fisco/Total de decisões favoráveis ao Fisco	Voto de qualidade favorável ao Fisco/Total de recursos CSRF
Acima de R\$1 bilhão	24	11	9	82%	38%
De R\$500 milhões a R\$1 bilhão	21	17	8	47%	38%
De R\$100 milhões a R\$500 milhões	117	54	24	44%	21%
De R\$20 milhões a R\$100 milhões	270	157	66	42%	24%
De R\$1 milhão a R\$20 milhões	570	476	132	28%	23%
De R\$100 mil a R\$1 milhão	460	484	119	25%	26%
Abaixo de R\$100 mil	958	975	133	14%	14%

Fonte: CARF. Elaboração própria.

As 491 decisões favoráveis à Fazenda por meio do voto de qualidade no âmbito da CSRF, correspondem a um crédito tributário total de R\$ R\$ 38,7 bilhões, sendo R\$ 22,5 bilhões (58% do valor total) de recursos que envolviam créditos tributários acima de R\$ 1 bilhão.

Com a alteração promovida pela Lei 13.988, de 2020, esses recursos seriam julgados automaticamente a favor do contribuinte, o que tem como consequência uma grave perda aos cofres públicos, acarretando, assim, prejuízo ao erário. Frisa-se que estes valores dizem respeito tão somente aos recursos levados à Câmara Superior de Recursos Fiscais; se considerado o total de decisões favoráveis à Fazenda por meio de voto de qualidade, o valor chega a R\$ 60,5 bilhões (em 2019).

Nesta conjuntura, o relatório do TCU traz a seguinte conclusão:

“E aqui reside a preocupação de que a referida alteração legislativa potencialize o risco de corrupção no Carf. De fato, **a mudança da sistemática de julgamento quando dos empates, somada à vultuosidade dos valores que envolve e o consequente poderio econômico dos contribuintes envolvidos tornam os conselheiros representantes dos contribuintes mais suscetíveis ao aliciamento.**

Obviamente, não se está afirmando que os conselheiros representantes dos contribuintes sejam, ontologicamente, mais suscetíveis do que os conselheiros representantes da Fazenda. Todavia, **é**

fato que os conselheiros fazendários, por serem concursados e regidos sob o regime estatutário, gozam de prerrogativas legais que possibilitam o exercício da sua função com maior independência, o que não ocorre com os conselheiros representantes dos contribuintes, que exercem mandato por prazo determinado.

Os conselheiros representantes dos contribuintes estão, ainda, sujeitos a conflito de interesses, uma vez que o vínculo original com a associação que os indicou se mantém durante todo o período do mandato, sem falar nas disparidades de tratamento entre os dois grupos de representantes, especialmente quanto a direitos e remuneração.” [g.n.]

Resta claro, portanto, que a extinção do voto de qualidade coloca mais luz na questão da paridade dos conselheiros do CARF, uma vez que o voto de qualidade – proferido pelo Presidente do CARF, que é representante da Fazenda Pública – era a manifestação da imparcialidade e da garantia de aplicação dos princípios administrativos nos julgamentos do órgão.

Ademais, ressalta-se que não há qualquer justificativa legal ou constitucional para existência de paridade dentro do CARF, considerando que se trata de um órgão de revisão administrativa – ou seja, a Administração Pública revisando seus próprios atos – e que não afasta o exercício da jurisdição quando o contribuinte não concorda com a decisão na esfera administrativa, nos termos destacados pelo Relatório do TCU acima citado.

Por fim, ainda que o fim do voto de qualidade seja objeto de impugnação judicial no Supremo Tribunal Federal, não exclui a necessidade de revisão do Regimento Interno do CARF, e da forma de provimento dos cargos de conselheiros representantes dos contribuintes, para que estejam de acordo com as bases constitucionais impostas à administração pública.

Assim sendo, com vistas à proteção de possíveis prejuízos ao erário e à ordem econômica, conforme tratado acima, requer seja concedida a tutela de urgência, nos termos a seguir aduzidos.

DA TUTELA DE URGÊNCIA

A concessão da tutela de urgência está prevista no art. 300 do CPC. Vejamos:

“**Art. 300.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Nessa linha, cabe à Autora comprovar os requisitos para a concessão da referida tutela de urgência.

Da Probabilidade do Direito

A Operação Zelotes, desencadeada pela Polícia Federal em abril de 2015, desmantelou um esquema de fraudes em julgamentos do CARF, que envolvia conselheiros do órgão que teriam negociado seus votos nos processos julgados, causando um prejuízo à arrecadação estimado em R\$ 6 bilhões.

De acordo com informações divulgadas pela imprensa na época, a investigação se estendia a setenta e quatro processos, que somavam um crédito tributário de R\$ 19 bilhões, envolvendo grandes contribuintes, como bancos, montadoras de automóveis, construtoras, entre outros.

Como consequência da Operação, os julgamentos no CARF ficaram paralisados por aproximadamente seis meses e o órgão passou por algumas mudanças.

Em função da referida Operação, ainda, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito, em 2016, para investigar as denúncias de fraude nos julgamentos do CARF, cujo relatório final aponta temas que foram suscitados nesta exordial, o que leva à conclusão de que não houve mudança substancial na forma de composição do órgão.

Talvez a principal alteração empreendida no órgão foi impedimento de advogados atuarem como conselheiros do CARF. Entretanto, a forma de seleção dos conselheiros representantes dos contribuintes não foi alterada, cabendo majoritariamente às confederações a indicação destes conselheiros – destacam-se aí três confederações, que possuem o maior número de conselheiros atuantes no CARF: Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC), com 22 conselheiros titulares distribuídos nas três seções; Confederação Nacional da Indústria (CNI), com 17 conselheiros; e Confederação Nacional das Instituições Financeira (CNF), com 08 conselheiros titulares distribuídos nas três seções.

Com relação às entidades que representam os trabalhadores, as centrais sindicais, estas indicam conselheiros que atuarão somente nos julgamentos relacionados às contribuições previdenciárias, ou seja, os conselheiros representantes destas entidades encontram-se apenas na composição da Segunda Seção – em 2018 apenas três conselheiros eram indicados das centrais sindicais.

Assim sendo, resta demonstrado que a forma de provimento das vagas dos conselheiros (contribuintes) fere os princípios da administração pública, causando prejuízo ao erário e à ordem econômica, bem como o fato reconhecido trazido pela Operação Zelotes comprova a necessidade da intervenção do Poder Judiciário para preservar e resguardar o melhor interesse da administração pública, ou seja, suspender e cassar atos administrativos inválidos.

Do Perigo de Dano:

O perigo de dano resta consubstanciado principalmente em razão da alteração na dinâmica nos julgamentos do CARF, com a extinção do voto de qualidade, promovida pela Lei 13.988, de 2020 – objeto de impugnação perante o Supremo Tribunal Federal.

Conforme demonstrado no decorrer desta exordial, o fim do voto de qualidade, resolvendo-se o conflito, em caso de empate, automaticamente a favor do contribuinte, somado às irregularidades da paridade entre os conselheiros ora questionadas, tem como consequência um grave dano ao erário,

visto que os julgamentos decididos por voto de qualidade favoráveis à Fazenda somaram R\$ 60,5 bilhões, apenas em 2019.

Desta feita, mostra-se imprescindível a suspensão das sessões de julgamento do CARF e, subsidiariamente, a suspensão de novas nomeações de conselheiros representantes dos contribuintes – tendo em vista que as designações de novos conselheiros segue normalmente –, até que seja apresentado regulamento normativo, que obedeça às disposições constitucionais, para impedir o provimento de cargo de conselheiro de forma ilegal, evitando, assim, o julgamento dos processos administrativos com possível parcialidade e conflito de interesse, como exaustivamente exposto nesta inicial.

Logo, resta demonstrado e comprovado o preenchimento cumulativo dos requisitos legais para a concessão da tutela de urgência perquerida.

PEDIDOS

Por todo exposto, requer:

Que seja deferida a tutela de urgência para suspender todas as sessões de julgamento do CARF e, subsidiariamente, suspender novas nomeações de conselheiros representantes dos contribuintes, até que sobrevenha ato normativo que atenda os princípios basilares que regem a administração pública no que concerne ao provimento de cargo público – conselheiros

(contribuintes);

Que a parte ré seja citada no prazo legal;

Que não seja designada audiência de conciliação;

Que seja o Ministério Público Federal intimado para apresentar promoção, nos termos do artigo 5º, §1º, da Lei 7.347/85;

Que, no mérito, seja julgado procedente o pedido para determinar que a ré promova processo seletivo de acordo com os ditames constitucionais para os conselheiros de contribuintes do CARF, com efeito *ex nunc*, mantendo-se a higidez de todos os julgamentos já proferidos naquele órgão;

A condenação do réu ao pagamento das custas, emolumentos processuais e ônus de sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidos em direito.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília- DF, 25 de novembro de 2020.

CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARÁG
OAB/DF 14.005 - OAB/SP 389.418 - OAB/RJ 214.341

FELIPE TEIXEIRA VIEIRA
OAB/DF 31.718 - OAB/SP 389.419 - OAB/RJ 214.342