



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

MEMORIAL DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
BRASIL

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.399, 6.403 e 6.415

RELATOR: EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO

PAUTA – SESSÃO VIRTUAL (DIA 2/4) – LISTA 301-2021-MAM



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

I – O OBJETO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

Trata-se de três ações diretas de inconstitucionalidade impugnando o art. 28 da Lei nº 13.988/2020, originado da conversão da Medida Provisória nº 899/2019 (Projeto de Lei de Conversão nº 2/2020), que acresceu o art.19-E à Lei nº 10.522/02, com o seguinte teor:

“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.”

Em termos práticos, o dispositivo em questão substituiu a técnica de julgamento que era anteriormente utilizada para definição dos casos em que havia empate no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) - voto de qualidade do presidente do colegiado, obrigatoriamente representante da Fazenda Nacional - por outra - julgamento resolvido a favor do contribuinte, com exoneração do crédito tributário.

As três ações diretas de inconstitucionalidade possuem um núcleo idêntico, variando, entre elas, com maior ou menor importância, as causas de pedir.

II – PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE E AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA A IMPEDIREM O CONHECIMENTO DAS ADI 6.403 E 6.415

De largada, cabe pontuar, especificamente quanto às **ADI 6.403** e **ADI 6.415**, que devem elas ser extintas.

Com efeito, na **ADI 6.403**, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, o CFOAB fez ver, em seu pedido de ingresso como *amicus curiae*, aludindo ainda a precedentes da Corte, a impossibilidade de um partido político afastar-se de seu dever de coerência entre a postura na votação do ato normativo impugnado e a posterior impugnação da mesma norma perante esse Supremo Tribunal Federal.

Já na **ADI 6.415**, ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – ANFIP, o CFOAB, em seu ingresso nos autos, ponderou, além da ilegitimidade da ANFIP para a propositura de ações diretas como essas em análise (precedente: ADI 6.240/DF-MC, Celso de Mello) eis que a ANFIP representa apenas parcela de categoria funcional, não ter ela título jurídico algum que a autorize discutir o voto de qualidade no CARF, o qual se qualifica como uma **modalidade de julgamento**. Nesta forma de julgamento não se identifica – certamente não no aspecto jurídico – prejuízo algum aos Auditores-Fiscais da Receita Federal. O que a norma



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

determina é que, havendo empate, prevalecerá a orientação favorável ao contribuinte. Destacou, ainda, o CFOAB:

*O que a presente ação não revela é que a decisão a favor do Fisco e que a ANFIP qualifica como afrontosa à ordem jurídica representa, **isso sim**, um interesse meramente **financeiro** dos auditores-fiscais, mais especificamente no cálculo do famigerado Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira, que se encontra regulado na Lei 13.464/2017 e que, curiosamente, a própria lei afasta como vencimento e como base de contribuição previdenciária.*

III – MÉRITO: A SOLUÇÃO PRECONIZADA PELA NORMA IMPUGNADA – MERA TÉCNICA DE JULGAMENTO NO ÂMBITO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS – CARF

Quanto ao mérito, é necessário pontuar que as inconstitucionalidades formal e material apontadas nas ações diretas nada mais representam do que uma tentativa de tornar esse Supremo Tribunal Federal uma instância revisora de uma decisão perfeitamente legítima do Congresso Nacional, a qual estabeleceu um critério de julgamento no âmbito CARF.

É disso, basicamente, do que se trata: uma **técnica de julgamento**. Por outro lado, nada na norma permite concluir que se esteja no campo reservado à lei complementar, como quer fazer crer a ADI 6.403. Trata-se de regra procedimental direcionada ao processo administrativo fiscal, nunca norma geral em matéria tributária.

O fato de o artigo 112 do Código Tributário Nacional dispor que, existindo duas interpretações possíveis que afetem a aplicação ou gradação de sanções tributárias, seja adotada aquela cujo resultado seja mais benéfico ao contribuinte (mesmo que porventura se entenda que a outra interpretação poderia ser “mais adequada” ou “melhor”), **relação alguma tem com uma solução legislativa de como se dará o julgamento do contencioso administrativo fiscal**. A norma tida por inconstitucional, em boa verdade, prestigia o CTN, não o contrapõe.

É sempre necessário destacar a inviabilidade de se potencializar o contencioso constitucional a ponto de, **por razões de conveniência**, acoimar uma norma de inconstitucional. Uma escolha legítima do Congresso Nacional não se apresenta como suscetível de controle judicial, seguramente não quando a norma nada agride o texto constitucional ou, mais especificamente, direitos fundamentais. A norma apontada como



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

inconstitucional representa, apenas e tão somente, uma escolha do Congresso Nacional por uma entre várias concretizações política e juridicamente viáveis.

Defende-se, ainda, a plena constitucionalidade da norma pretérita que previa o voto de qualidade como critério de desempate de deliberações em órgãos deliberativos de composição colegiada paritária.

Nada obstante a constitucionalidade, ou não, da norma anterior, o fato é que uma alteração normativa nada mais é do que uma opção político-legislativa exercida pelo Congresso Nacional, atuando dentro de suas competências constitucionais, que implica no seu poder-dever institucional de evoluir o ordenamento jurídico, inclusive com base em suas conclusões sobre as experiências com as normas existentes.

Vale lembrar que a norma em questão foi **(a)** aprovada após extenso debate democrático no processo legislativo; **(b)** validada por uma maioria absoluta em ambas as casas, suficiente até mesmo para aprovação de leis complementares; e **(c)** sancionada pelo chefe do Poder Executivo (aquele que supostamente teve sua competência usurpada).

É antidemocrático e autoritário tentar evitar que o desejo da sociedade venha a ser refletido utilizando como meio o reconhecimento de sua inconstitucionalidade com base na alegação (que mais se amolda, como aqui se dá, a uma opinião) de que a norma anterior era legítima (deixando assim, implícito, que ela é melhor que a atual). O Poder Judiciário não pode se prestar ao papel de chancelador deste tipo de tentativas, em que uma parte tenta impor a sua visão de mundo após não alcançar sucesso no foro apropriado (Legislativo).

Na ADC 42/DF, aliás, o Ministro Fux fez uma ponderação que se aplica, com precisão cirúrgica, ao caso em análise. Disse Sua Excelência naquela oportunidade:

Transformar o púlpito deste Plenário em um muro das lamentações para os insucessos perante os demais Poderes seria um perigoso atentado ao nosso modelo de produção do direito, pautado no debate e na expertise dos órgãos investidos desta função pelo voto.

O racional repetido nas ações diretas de que o voto de qualidade (técnica anterior) seria um legítimo critério político de desempate de votações em órgãos deliberativos de composição colegiada paritária, na tentativa (aparente) de contrapô-la com a norma atual, não deve prosperar, sobretudo porque eventual constitucionalidade da técnica anterior não tem o condão de, por si só, tornar a nova técnica eivada de inconstitucionalidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

IV – O EFETIVO TEMA DA MEDIDA PROVISÓRIA 899/2019 – AUSÊNCIA DE “CONTRABANDO LEGISLATIVO” OU “EMENDA JABUTI”

Um outro aspecto de mérito conjunto às ações é a extrapolação do objeto da Medida Provisória 899/2019, tendo sido a emenda proposta ao texto original (do que decorreu a norma impugnada) um “contrabando legislativo” ou uma “emenda jabuti”. Basta, entretanto, analisar o objeto da medida provisória para concluir pelo total equívoco do argumento: *“otimizar a cobrança do crédito tributário, diminuindo a litigiosidade administrativa e judicial para permitir a concentração de esforços e recursos da Administração Tributária”*.

No Congresso Nacional, o dispositivo que alterava a sistemática de resolução de desempates no âmbito do CARF foi entendido como tematicamente pertinente e juridicamente legítimo, já que ele efetivamente atuava para diminuição de litígios tributários e na melhora das relações entre contribuintes e Fazenda Nacional (uma necessidade para que qualquer autocomposição seja viável), por 50 votos a favor (maioria absoluta superior a 61%) e 28 contra, conforme notas taquigráficas anexas.

O CFOAB fez ver, em sua manifestação de *amicus curiae*, (a) o real objetivo da Medida Provisória nº 899/2019; (b) a tramitação de seu Projeto de Lei de Conversão no Congresso Nacional, com amplo e efetivo debate sobre a constitucionalidade, pertinência temática e correção da norma em questão; e (c) as expressas e sucessivas manifestações do próprio Poder Executivo (editor da norma originária) reconhecendo que a alteração da sistemática de resolução de empates estava alinhada com o tema tratado pela Medida Provisória em questão.

As multicitadas ADI 5.012 e 5.127, no que explicitaram a compreensão da Corte sobre as “emendas jabuti” ou “contrabando legislativo”, cuidaram de hipótese bem diversa. Lá, os dispositivos (a) não eram do mesmo “gênero” do direito dos dispositivos originários da Medida Provisória, (b) tampouco convergiam ao objetivo que justificou a necessidade e relevância da edição desse excepcional instrumento pelo Poder Executivo.

A alteração na sistemática de julgamento fiscal que, inclusive, tende a reduzir os litígios tributários judiciais, tem efetiva e inquestionável pertinência temática com a Medida Provisória nº 899/2019, já que tratam do mesmo instituto jurídico (**extinção do crédito tributário**), e ainda porque também funciona como **incentivo** à transação tributária, como será doravante demonstrado, por dois motivos.

A mudança da regra do voto de qualidade funciona como um autêntico complemento da norma idealizada anteriormente, que aprimora a eficácia da lei editada



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

em comparação com a norma originária, absolutamente dentro das hipóteses de uso legítimo pelo Congresso Nacional do seu Poder de Emenda sobre as Medidas Provisórias (art. 62, §12 da Magna Carta). Essa é a única conclusão que se pode chegar da análise dessa medida provisória e dos standards constitucionais estabelecidos por esse Supremo Tribunal Federal.

V – A USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ARTIGO 84, INCISO VI DA CRFB) NA EDIÇÃO DA NORMA EM QUESTÃO

Um novo argumento das ações está preordenado a uma suposta usurpação da iniciativa privada do Presidente da República. O erro da tese é de simplicidade solar. Com efeito, não houve (a) **qualquer** interferência na estrutura ou na competência do CARF mas, exclusivamente, a imposição de uma técnica procedimental de julgamento administrativo que, evidentemente, pode ser editada pelo Congresso Nacional e não está sujeita a qualquer reserva de iniciativa (até porque não haveria porque assim ser) e (b) inexistiu sequer a criação de uma despesa, houve apenas uma alteração nas condições de validação das pretensões de futura receita tributária por meio de lançamentos e que foram questionados na esfera administrativa pelos contribuintes.

Nada obstante a jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal há muito considere superada a validade do Enunciado nº 5 da Sumula da Corte (entre uma multiplicidade de precedentes, ADI 1.197, Celso de Mello), o fato é que o próprio Presidente da República não constatou – sequer minimamente – a invasão de competência que a inicial tanto faz questão de apontar. Não poderia mesmo fazê-lo, porquanto não se está no campo reservado à competência privativa, a qual deve ser interpretada restritivamente de sorte a não tolher a competência do Poder Legislativo.

VI – A INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE VEICULAÇÃO DO IMPACTO ECONÔMICO

É inegavelmente correto afirmar que, a partir da Emenda Constitucional nº 95/2016, qualquer proposta de alteração legal que compreenda “*anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado*” deve conter obrigatoriamente a estimativa de impacto financeiro no curso do processo legislativo, sob pena de inconstitucionalidade.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Contudo, **tal exigência de validade adicional não se aplica ao dispositivo sob análise**, em razão deste não abarcar renúncia de receita de qualquer natureza, por não conceder incentivo fiscal de qualquer natureza, menos ainda alterar as normas matrizes das exigências tributárias para reduzir a competência tributária quantitativa ou qualitativa passível de imposição pelo fisco federal.

A obrigatoriedade em questão não se aplica para normas com viés exclusivamente procedimental, já que estas não têm o condão de, **por si só**, afetar diretamente a arrecadação tributária e, ainda que se pudesse tentar prever seus efeitos indiretos na arrecadação, estes estariam sempre restritos à esfera da incerteza e da suposição, condicionados à conjunção de diversos outros fatores e normas pré-existentes.

É o caso da norma impugnada, que está contida no contencioso administrativo de segunda instância (ou seja, em momento posterior à determinação da exigência tributária) e se limita a introduzir uma nova sistemática de desempate em julgamentos ocorridos no CARF. A alteração legislativa, individualmente, não tem condição de produzir qualquer efeito orçamentário direto e, por tal razão, não está englobada pela exigência disposta no art. 113 do ADCT.

VIII – A EVENTUAL MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO, CASO A NORMA SEJA DECLARADA INCONSTITUCIONAL

Vigindo desde 2020, o artigo 19-E da Lei 10.522/2002, com a redação dada pela Lei 13.988/2020, norteou diversos julgamentos realizados no CARF, muitos deles já acobertados pela preclusão administrativa.

Tudo justifica, portanto, até pela necessária segurança jurídica e na remota possibilidade de os pedidos das ações diretas serem julgados procedentes, que esse Supremo Tribunal Federal **module** os efeitos da decisão, ressaltando-se os julgamentos realizados no CARF, nos quais se aplicou, como técnica de julgamento, o artigo 19-E da Lei 10.522/2002.

IX – A PERSPECTIVA DO CFOAB NO JULGAMENTO DAS PRESENTES AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A Ordem dos Advogados do Brasil tem o dever de **acompanhar** os Senhores Conselheiros na sua atuação no CARF e **colaborar** para que a missão institucional do CARF seja alcançada, qual seja, “*Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios.*”, participando da própria **composição** e **funcionamento** do CARF¹.

A vivência da OAB no CARF permite-lhe afirmar, sem qualquer sombra de dúvida, que o dispositivo tido como inconstitucional apenas atende aos melhores intentos constitucionais. As violações apontadas nas iniciais mais não são do que alegações de inconstitucionalidade reflexa ou direcionadas a princípios, princípios usados pelos autores para fazer prevalecer um suposto direito da Fazenda Pública.

Diante de tudo o que foi exposto nessas ações diretas de Inconstitucionalidade, devem elas ser julgadas integralmente improcedentes, diante da ausência de qualquer mácula de inconstitucionalidade formal e material no art. 28 da Lei nº 13.988/2020, fruto da mais absoluta e legítima atuação legislativa e cujo conteúdo é absolutamente regular e compatível com a Constituição da República.

Brasília (DF), 25 de março de 2021


Felipe de Santa Cruz Oliveira Scaletsky

Presidente do Conselho Federal da OAB

OAB/RJ 95.573


Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais

OAB/DF 18.958


Luiz Gustavo A. S. Bichara

Procurador Especial Tributário do Conselho Federal da OAB

OAB/DF nº 21.445

¹ Consoante o Anexo III do Regimento Interno do CARF - DA ESTRUTURA, FINALIDADE E FUNCIONAMENTO DO COMITÊ DE ACOMPANHAMENTO, AVALIAÇÃO E SELEÇÃO DE CONSELHEIROS (CSC), a Ordem dos Advogados do Brasil tem assento e voto no referido Comitê (artigo 2º, inciso VI do Capítulo II, Seção I do Anexo III).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'MRM'.

Matheus Reis e Montenegro
Procurador-Adjunto Tributário do Conselho Federal da OAB
OAB/RJ nº 166.994