



LEGITIMIDADE DO VOTO DE QUALIDADE

In dubio pro contribuinte

Fernando Facury Scaff

Professor de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo – USP

Livre Docente e Doutor pela USP.

Advogado, sócio de Silveira, Athias, Soriano de Melo, Guimarães, Pinheiro & Scaff - Advogados

O que é o voto de qualidade no CARF?

- Decreto 70.235/72:
- Art. 25, §9º: Os cargos de Presidente das Turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais, das câmaras, das suas turmas e das turmas especiais serão ocupados por conselheiros representantes da Fazenda Nacional, que, em caso de empate, terão o voto de qualidade, e os cargos de Vice-Presidente, por representantes dos contribuintes.

Âmbito de utilização: direito material ou direito sancionatório?

- CTN, art. 112. *A lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto:*
 - I - à capitulação legal do fato;
 - II - à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos;
 - III - à autoria, imputabilidade, ou punibilidade;
 - IV - à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

Âmbito de utilização: direito material ou direito sancionatório?

- Utiliza-se em caso de dúvida na aplicação do direito sancionatório em matéria tributária a norma do *in dubio pro reo*, ou, no caso específico, *in dubio pro contribuinte*.
- Havendo empate, o *voto de qualidade* deverá ser necessariamente dado em prol do contribuinte ou do Estado?
- O que os Tribunais Administrativo-Tributários fazem é voto de qualidade ou *voto duplo*?

Origem mitológica do *Voto de Qualidade*

- Peça de teatro *Eumênides*, de Ésquilo, representada pela primeira vez 458 anos antes de Cristo.
- Orestes mata a mãe, a qual, antes, havia matado seu pai.
- Perseguido pelas deusas *Fúrias*, pede absolvição por ter agido para vingar a morte de seu pai, cometida pela mãe.

Origem mitológica do *Voto de Qualidade*

- Levado à presença de Minerva, deusa da sabedoria, ela cria e convoca um tribunal de 500 pessoas (Aerópago) dentre os habitantes da cidade de Atenas para julgar o acusado, e menciona “Serei a última a pronunciar o voto, e o somarei aos favoráveis a Orestes. Para que este vença, basta que os votos se dividam igualmente”.

Origem mitológica do *Voto de Qualidade*

- O julgamento acabou empatado e a deusa Minerva sequer votou, pois, havendo empate, ocorreria automaticamente a absolvição do acusado.
- Surge daí a expressão “voto de minerva” que é a regra usada nos órgãos colegiados para decidir um processo em caso de empate e que no Brasil foi assumida pela legislação com o nome de “voto de qualidade”.

Voto de Qualidade: Voto de Minerva ou Voto Duplo?

- Voto de *Qualidade*:
 - Voto de Minerva nas matérias acusatórias: Sequer é proferido, pois havendo empate, a decisão é *pro acusado*.
 - Voto de Minerva nas matérias não acusatórias: Apenas um voto.
 - Voto Duplo: O julgador vota duas vezes, para empatar e desempatar.
 - CARF: o chamado *voto de qualidade não é Voto de Minerva*. Trata-se de rotineiro Voto Duplo.

Voto de Minerva Penal

- Em matéria penal, por exemplo, é conhecido o aforisma do *in dubio pro reo*, fazendo com que o Estado (representado pelo Ministério Público) deva comprovar além de qualquer dúvida razoável a culpa do acusado, para condená-lo. Havendo empate na decisão, o réu é absolvido.

Como se desempata uma votação no STF

- 11 Ministros no Pleno, e dividido em duas Turmas, cada qual com 5 membros.
- Atribuições do Presidente: “proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa” (art. 13, IX, RISTF).

Como se desempata uma votação no STF

- O uso do voto de qualidade do Presidente do STF no Plenário só ocorre quando:
 - A composição do Tribunal contiver claros, seja por ausência de nomeação, seja por problemas de saúde ou agenda;
 - Quando algum Ministro não puder julgar em face de impedimento ou suspeição;
 - Não se possa aguardar a recomposição do quórum do Tribunal em face da urgência da matéria em julgamento.

Como se desempata uma votação no STF

- Em breve síntese: a regra geral para o desempate no STF é:
 1. Aguardar o Ministro ausente;
 2. Apenas na composição fracionária, convocar um Ministro de outra Turma;
 3. Nos casos de habeas corpus, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu ou acusado (Minerva);
 4. Somente quando o Regimento Interno não prever outra solução, o Presidente exercerá voto *de qualidade*, o que indica que a hipótese de sua utilização é remota, até mesmo em face da composição ímpar da Corte Constitucional.

Como se desempata uma votação no STF

- RE 631.102/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa.
- 10 Ministros, todos presentes, faltava a nomeação do 11º, empatou a votação.
- Registra-se no voto do então Presidente do STF, Ministro César Peluso:
 - (...) não tenho vocação para déspota. (...) De modo que, só sendo um déspota, eu teria de impor ao Tribunal essa solução, que não é de um segundo voto, ou que não seria de um segundo voto, como está previsto em outras decisões, mas que simplesmente adota o teor do voto do Presidente como o teor da decisão.” (julgamento em 27/10/10 e publicado em 20/06/11).
- Cerca de 30 dias após, nos ED, proferiu Voto Duplo.

Como se desempata uma votação no STJ

- Compete ao Presidente proferir, no Plenário e na Corte Especial, o voto de desempate (art. 21, VI, RISTJ).
 - Nos casos da Corte Especial, o Presidente não proferirá voto, exceto
 - “I - nos casos em que o julgamento depender de quórum qualificado para apuração do resultado”,
 - II - em matéria administrativa; e
 - III - nos demais casos, quando ocorrer empate” (art. 175, RISTJ).

Como se desempata uma votação no STJ

- Já o Presidente de cada Seção terá *apenas* o voto de desempate (art. 24, I, RISTJ).
 - O uso no STJ fica mais próximo do *voto de Minerva*, pois a deusa da sabedoria não votava ordinariamente, mas apenas em caso de empate.

Como se desempata uma votação no STJ

- Em breve síntese, no STJ, a regra geral é semelhante à do STF, com a característica que, em alguns casos, o Presidente não vota ordinariamente, apenas exercendo o voto de qualidade.
- Assim, em caso de empate no STJ:
 - Aguarda-se o Ministro ausente;
 - Convoca-se um Ministro de outra Turma (só na sessão das Turmas);
 - Só se remanescer empatado é que o Presidente do Colegiado dará o voto de desempate, exceto nos habeas corpus, em que deve prevalecer a decisão mais favorável ao Réu.

Voto Desembargador Federal Souza Prudente, do 1º TRF

- Caso "CADE" – MAS nº 2005.34.00.032899-7/DF.
- Como se vê, o voto cumulativo, atribuível a presidente de órgão da Administração pública, no Brasil, em função judicante, agride os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e a própria essência do princípio republicano, no Estado Democrático de Direito.
- O "voto cumulativo", que se não confunde com o "voto desempate" ou de minerva, instalou-se na "praxis" administrativa, por força do regime de exceção, em total afronta aos postulados constitucionais da República Federativa do Brasil, que inscreveu a igualdade, como direito e garantia fundamental (Cf., art. 5º, caput), na formação estrutural do Estado Democrático de Direito.
- O malsinado "voto cumulativo", inegavelmente, aniquila a figura do juiz natural, constitucionalmente estabelecido, e que nunca deve desgarrar-se do postulado da igualdade, no exercício da tutela jurisdicional do Estado.

A fase processual administrativo-fiscal é acusatória

- O processo administrativo-fiscal se inicia com uma “acusação”, o Auto de Infração.
- Se a Administração Tributária, que possui tão grande poder na análise e julgamento de seus próprios atos fiscalizatórios, não consegue maioria ordinária para sua deliberação, ensejando o uso do *voto duplo* para o desempate do processo, não se pode atribuir à CDA a mesma força que aos demais títulos executivos.
- E agora, com o protesto?

É usual o voto duplo no CARF?:

- Valor Econômico, 06/06/16 (Mattos Filho Advogados):
 - Dentre 1.050 casos julgados pela Câmara Superior do Carf, em 370 ocorreu empate e apenas seis decisões foram favoráveis aos contribuintes.

Precedentes específicos judiciais contra o voto duplo

- MS 001304460.2015.4.03.6105, Campinas, 8ª Vara. (Advocacia Lunardelli)
 - Assunto: PIS e COFINS importação sobre remessas de royalties para o exterior.
 - DRJ/SP manteve o AI
 - CARF manteve o AI, por voto de qualidade (duplo). 1ª Turma Ordinária, 2ª Câmara, 3ª Seção.
 - CSRF não conheceu do recurso.
 - Debate: Contrato de transferência de tecnologia (contribuinte) ou assistência técnica e prestação de serviços (Fisco)?
 - Se não foi contratada assistência técnica, como fazer prova negativa?
 - Contrato registrado no INPI – boa fé.
 - Nenhum debate no CARF sobre os fatos, apenas sobre a interpretação contratual e os documentos não individualizados.
- Concedida a Segurança para cancelar o CT. “Por exigência do princípio da legalidade e da justiça tributária, o ônus da prova da ocorrência do fato jurídico tributário em sua inteireza é do fisco, cabendo ao contribuinte, na busca da desconstituição da exigência (...) Por outro lado, a interpretação da hipótese de incidência deve dar-se à luz do fato e não apenas abstratamente no plano normativo.”

Precedentes específicos judiciais contra o voto duplo

- 2ª. Vara DF, Tutela Antecipada (proc. 041376-24.2016.4.01.3400) Juiz Federal Charles Renaud Frazão de Moraes em 25/07/2016:
 - Em sede de interpretação dos julgamentos no colegiado administrativo do CARF, a regra que deve prevalecer é aquela prevista no art. 112, inciso II do CTN, eis que se instalou naquele órgão julgador verdadeira dúvida quanto aos fatos em discussão e seus efeitos legais no tocante à inclusão na base de cálculo das exações do PIS e CONFINS no tocante aos valores transferidos a terceiros.
 - Não há que se falar em voto de qualidade do presidente do colegiado (CARF), que estaria votando duas vezes sem previsão legal e contrariamente ao desiderato do legislador do CTN, que procura beneficiar o contribuinte na aplicação da lei diante da dúvida quanto ao alcance dos seus institutos.

Em síntese:

- Em síntese: havendo empate nos processos administrativo-fiscais, considera-se que a Administração Pública não conseguiu comprovar acima de qualquer dúvida razoável a conduta irregular do contribuinte, o que levaria à sua validação. Ou seja, *in dubio pro contribuinte*.
 - Em caso de dúvidas fáticas, deve haver o afastamento completo da imposição tributária, pois o Estado não foi capaz de comprovar, além de qualquer dúvida razoável, a materialidade da obrigação de pagar o tributo.
 - Em caso de dúvidas acerca do correto enquadramento legal, seria validada a conduta do contribuinte, afastando a pretensão fiscal.
 - Havendo dúvida, deveria haver ao menos o afastamento da multa (voto vencido Processo Administrativo 16682.721139/2012-41, Rafael Pandolfo).



Obrigado!

Fernando Facury Scaff
scaff@silveiraathias.com.br
www.silveiraathias.com.br