



Fábio Andrade: No Carf, voto de qualidade é ofensa a princípios

O arcabouço normativo constante no Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), aprovado pela Portaria 256/09 do ministério da Fazenda, dispõe que:

“ANEXO II

DA COMPETÊNCIA, ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DOS COLEGIADOS

TÍTULO I

DOS ÓRGÃOS JULGADORES (...)

CAPÍTULO II

DA PRESIDÊNCIA, COMPOSIÇÃO E DESIGNAÇÃO

Seção I

Dos Presidentes

Art. 11. A presidência do CARF será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional. (...)

Art. 12. A presidência das Seções e das Câmaras será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional.

§ 1º. O presidente de Seção acumula a presidência de uma das Câmaras da Seção.

§ 2º. O vice-presidente da Seção será designado dentre os vice-presidentes das Câmaras que a compõem.

§ 3º. O vice-presidente da Câmara será designado dentre os conselheiros representantes dos contribuintes. (...)

Art. 14. Os presidentes e os vice-presidentes das demais Câmaras da Seção serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e os representantes dos contribuintes.

§ 1º. O presidente e o vice-presidente de Câmara acumulam, respectivamente, a presidência e a vice-presidência de uma das turmas ordinárias da correspondente Câmara.

§ 2º. O presidente e o vice-presidente das turmas ordinárias, não presididas pelos presidentes de Câmara serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes que as compõem.

§ 3º. A presidência e a vice-presidência das turmas especiais será exercida, respectivamente, por conselheiro representante da Fazenda Nacional e dos contribuintes, escolhido dentre os seus membros ou, excepcionalmente, entre os conselheiros titulares das turmas ordinárias.

(...)

Art. 54. As turmas ordinárias e especiais só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade” (g.n.).

Verifica-se da perfunctória leitura dos dispositivos acima transcritos que a presidência do Carf e de cada um dos seus órgãos colegiados julgadores (como Câmaras e Turmas) é sempre exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional. Além disso, as suas deliberações são tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.



Daí percebe-se que, em um tribunal administrativo que se pretende paritário no seu funcionamento, consta expressa e injustificável discriminação entre as funções dos presidentes de cada órgão colegiado julgador (sempre representantes da Fazenda Nacional) e seus vice-presidentes (sempre representantes dos contribuintes), na medida em que os primeiros detêm a competência para prolatar o chamado “voto duplo”.

Desse modo, verifica-se claramente que há uma discriminação não razoável e desproporcional entre os representantes dos cargos oriundos da Fazenda Nacional e dos contribuintes, razão pela qual deve ser rechaçado aos olhos da Constituição da República.

Com efeito, ao adotar a sistemática do voto duplo para o não provimento de eventual recurso voluntário do contribuinte ou provimento do recurso de ofício da Fazenda Nacional, o tribunal administrativo deixa de atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade, consubstanciado no texto Constitucional pátrio na cláusula do *substantive due process of law* tem por objetivo impedir o Estado de formular discriminações arbitrárias e caprichosas.

É sabido que a constitucionalização do princípio do devido processo legal (*due process of law*) representa hoje a consagração de uma garantia fundamental dos indivíduos contra o poder estatal em todas as suas manifestações. Não menos correta é a constatação de que o devido processo legal foi assumindo outra dimensão, passando a conter também uma dimensão material (*substantive due process of law*), consagrando a exigência da atuação racional e proporcional do Estado, de tal sorte a assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias individuais.^[1]

Em outras palavras, o atual Estado Democrático de Direito exige, por força do princípio do *substantive due process of law*, que os atos normativos estatais contenham um mínimo de razoabilidade e proporcionalidade.

Isso traduz real princípio que objetiva limitar eventuais atos arbitrários, sobretudo quando se trata de norma disciplinadora de direitos e garantias fundamentais, como ocorre quando no julgamento de um processo administrativo que pretende ser imparcial se verifica o cômputo duplicado de voto de um só conselheiro, especialmente levando-se em conta que não há qualquer alternância nessa atribuição, a despeito da pretensa configuração paritária do órgão julgador.

Ora, processo justo é aquele que obedece ao devido processo legal, com observância dos direitos e garantias individuais assegurados, pautado na razoabilidade e na proporcionalidade, o que efetivamente não se verifica na hipótese em foco, qual seja, o cômputo duplicado do voto proferido pelo conselheiro presidente da turma julgadora, especialmente se considerarmos que ele sempre e necessariamente é representante da Fazenda Nacional, consoante dispõem os dispositivos regimentais anteriormente citados.



Para que se atenda ao requisito do devido processo legal não é possível que uma norma estabeleça tratamento diferenciado entre os indivíduos (no que se inserem, evidentemente, os conselheiros integrantes do Carf, atuantes no processo a eles submetido). Frise-se: para atender ao princípio do devido processo legal, é imprescindível que o julgamento seja realizado de forma rigorosamente imparcial.^[2]

Neste aspecto é que se verifica a ilegitimidade do cômputo duplicado do voto do conselheiro presidente, necessariamente representante da Fazenda Nacional, já que, sob qualquer ângulo que se analise a questão, não há qualquer motivo plausível, razoável ou proporcional para a adoção da sistemática do voto duplo (ou de qualidade) visando a solução de um processo administrativo no âmbito do Carf, principalmente tendo-se em conta que se trata de um órgão com funcionamento supostamente paritário, o que, em última análise, tem por objetivo garantir a imparcialidade do julgamento.

Além dos ensinamentos doutrinários, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre procurou repudiar a atuação estatal destituída de razoabilidade, como se pode observar da conclusão do acórdão proferido na ADI-MC nº 1.407/DF, em que foi relator o ministro Celso de Mello:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, **que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.**

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (D.J. de 24.11.2000, Seção 1, p. 86 –g.n.).

Em outro precedente, também da relatoria do ministro Celso de Mello, examinado no Plenário da colenda Suprema Corte, observa-se a seguinte passagem que invoca a necessária razoabilidade e proporcionalidade:

“As normas legais devem observar, no processo de sua formulação, critérios de razoabilidade que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘substantive due process of law’ [...] A exigência de razoabilidade – que visa a inibir e a neutralizar eventuais



abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas – atua, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais” (ADI-MC nº 2.667/DF, D.J. de 12.3.2004, Seção 1, p. 36 – g.n.).

Especificamente acerca dos limites da atuação da Administração Tributária, confira-se, dentre outros, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA – DEVER DE OBSERVÂNCIA, POR PARTE DE SEUS ÓRGÃOS E AGENTES, DOS LIMITES JURÍDICOS IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO E PELAS LEIS DA REPÚBLICA – (...) ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA – FISCALIZAÇÃO – PODERES – NECESSÁRIO RESPEITO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DOS CONTRIBUINTES E DE TERCEIROS.

– Não são absolutos os poderes de que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, **pois o Estado, em tema de tributação, inclusive em matéria de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem, constitucionalmente, aos contribuintes e aos cidadãos em geral.** Na realidade, os poderes do Estado encontram, nos direitos e garantias individuais, limites intransponíveis, cujo desrespeito pode caracterizar ilícito constitucional. (...).

– **Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros”.**[\[3\]](#)

Também a proporcionalidade é princípio constitucional basilar, figurando entre os alicerces do Estado Democrático de Direito, pois a considerar que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição da República, os detentores do poder devem exercê-lo buscando, de um lado, a maximização das aspirações constitucionais (maior efetividade e máxima concretude) e, de outro, o menor ônus aos interesses individuais constitucionalmente resguardados (maior proteção aos direitos e garantias individuais).

No exercício do poder delegado pelo povo, portanto, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, devem observar a proporcionalidade entre os meios utilizados (atos, normas ou decisões) e o fim que se deseja alcançar, que deve necessariamente estar em sintonia com os objetivos constitucionalmente almejados. Em outras palavras, não basta que o ato estatal seja formalizado por meio competente, mas também que seja proporcional “em si mesmo” e em relação aos demais comandos da ordem jurídica.[\[4\]](#)

É intrínseca a ligação, portanto, entre os princípios da igualdade ou da isonomia e o princípio da proporcionalidade, sendo que, na hipótese sob análise (cômputo do voto duplo ou de qualidade na solução de julgamento em processo administrativo), ambos foram flagrantemente violados.[\[5\]](#)

Diante do exposto, surgem como alternativas para fomentar a reflexão duas possibilidades. Uma



consistente na reforma da previsão regimental, com o objetivo de passar a prever um critério adequado para desempate nos julgamentos dos processos administrativos no âmbito do Carf.

A criação de tal regra, por óbvio, escaparia ao abrigo de eventual exame do Poder Judiciário, já que seu novel desenho implicaria, necessariamente, legislar positivamente, o que não é recomendado na esfera judicial.

Outra consistiria na busca pelo litigante prejudicado pela aplicação dos dispositivos citados anteriormente (com o cômputo duplicado do voto na solução do julgamento administrativo) perante o Poder Judiciário do reconhecimento da sua ilegitimidade.

Tal critério choca-se frontalmente com o objetivo constitucional de consagração do Estado Democrático de Direito e flagrantemente desborda ao “despotismo”, como salientou certa vez o então presidente da Suprema Corte nacional, ministro Cezar Peluso, quando viola os elevados princípios constitucionais da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal e da imparcialidade.^[6]

É que, repita-se, não se pode admitir, no ordenamento jurídico pátrio, que o critério para desempate de um julgamento em um órgão supostamente paritário, como pretende ser o Carf, seja o voto duplo de um dos julgadores (conselheiro presidente) e sem possibilidade de qualquer alternância nessa sua atribuição (sempre representante da Fazenda Nacional).

[1] Nesse sentido, cabe conferir: XAVIER, Alberto. *Princípios do processo administrativo e judicial tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 5-6. Além disso, cabe registrar: CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95-99. Acerca do princípio do devido processo legal no Processo Administrativo Tributário, cabe conferir: MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 185-186.

[2] Nesse sentido: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito Processual Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11-13.

[3] **HC82.788/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 12.04.2005, DJU de 02.06.2006 – g.n.**

[4] Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, decorre do princípio da proporcionalidade “a possibilidade de se declarar a inconstitucionalidade da lei em caso de sua dispensabilidade (inexigibilidade), inadequação (falta de utilidade para o fim perseguido) ou de ausência de razoabilidade em sentido estrito (**desproporção entre o objetivo perseguido e o ônus imposto ao atingido**)” (MENDES, Gilmar. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p. 119 – g.n.).

[5] Sobre a relação entre os princípios da isonomia e da proporcionalidade, cabe conferir as lições Larenz, citado pelo Professor Willis Santiago Guerra Filho: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2003. p. 67-68.

[6] A referência foi retirada do trecho em que S. Excia, o então Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso afirmou que: “Eu não tenho nenhuma vocação para déspota e nem acho que meu voto vale mais” (cf. RE 631.102, j. 27.10.2010, voto s/ 2ª proposta, p. 532, a exemplo do que ocorrera na assentada do



RE 630.147). Isso ocorreu quando o Pleno do STF contava com dez integrantes e o julgamento do Caso Ficha Limpa sistematicamente terminava empatado (5×5).

Date Created

09/03/2013