

## Agora no Carf o empate é pro contribuinte. E daí?



**Fernando Facury Scaff**  
Tributarista e professor

O Congresso Nacional, exercendo sua função legislativa (pode parecer

redundante, mas é sempre bom reafirmar), durante o trâmite da MP 899 que tratava da transação tributária (veja [aqui](#)), em sua conversão na Lei 13.988/20 introduziu o artigo 28 (artigo 19-E), estabelecendo que:

“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.”

Trata-se de uma novidade relativa. Há muito tempo defendo que em caso de empate a decisão deveria ser *pro contribuinte*, na mesma linha doutrinária que determina o *in dubio pro réu* no processo penal. Isso decorre da semelhante estrutura inquisitorial que liga o processo tributário administrativo ao processo penal, e que tem origem no início dos tempos, com o mítico voto de Minerva, sobre o qual escrevi nesta **ConJur** em 2013 (veja [aqui](#)), com indicação bibliográfica mais remota e completa.

Na verdade, o que se denomina de voto de qualidade no Carf está incorreto, pois naquele tribunal o que se pratica é o voto duplo, pois, sendo paritária sua composição, um mesmo julgador vota duas vezes. Esse julgador é o presidente de cada órgão fracionário, que é um conselheiro indicado pelo Fisco federal (artigo 25, parágrafo 9º, Decreto 70.235/72). Logo, havendo empate, o entendimento desse julgador será computado duas vezes. O que a nova norma estabelece é que essa pessoa não votará duas vezes, pois, havendo empate, o contribuinte é eximido da exigência fiscal que lhe está sendo imputada, sem que seja necessário acrescer um novo e fictício voto duplo ao julgamento. Havendo empate, o contribuinte sairá vencedor – tal como ocorreu com Minerva. Observe-se que a situação do empate nos tribunais judiciais, e até mesmo no Cade, é completamente diferente do que existia no Carf, como já expus em outro texto[1].

Alguns advogados de contribuintes apontam que teria sido melhor simplesmente afastar a incidência de



multas, em caso de empate, sendo mantida a cobrança sobre o principal da dívida. É um bom ponto, porém ultrapassado, pois a nova norma foi aprovada em sentido diverso. Isso lembra Camões: “Cesse tudo o que a Musa antiga canta, que outro valor mais alto se alevanta.” Logo, Inês é morta e devemos analisar a nova norma que exonera completamente a incidência.

Até aqui é jogo jogado, pois, transformada em lei, está valendo. E atende reivindicações dos contribuintes desde quando foi criado o Conselho de Contribuintes, órgão que deu origem ao Carf.

Muitas associações fiscais apresentaram notas repudiando a novidade. A do Fomacate informa que se está diante da “inversão da primazia do interesse público” (veja [aqui](#)). Os conselheiros fazendários ameaçaram fazer uma renúncia fiscal coletiva e alegam que escritórios de advocacia já orientam seus clientes para buscar obter no Judiciário a retroatividade da decisão (veja [aqui](#)). O Sindifisco Nacional (veja [aqui](#)) aponta que isso representará décadas de retrocesso. Até mesmo o ministro Sérgio Moro alegou que, com esta decisão o combate à corrupção será prejudicado, ameaçando sua mais famosa criação, a "lava jato" (veja [aqui](#)).

Por outro lado, como reação, o Conselho Federal da OAB se manifestou favoravelmente à nova medida (veja [aqui](#)). Surgiram também manifestações de repúdio às ilações de favorecimento indevido aos contribuintes, como se a vitória destes sempre decorresse de relações espúrias, como se vê no documento da Aconcarf, associação que congrega os conselheiros representantes dos contribuintes (veja [aqui](#)), e em uma manifestação da Subseccional da OAB de Pinheiros, na capital de São Paulo (veja [aqui](#)), esta pedindo esclarecimentos oficiais à presidência do Carf sobre tais insinuações.

Deve ter havido outras manifestações de lado a lado que escaparam de meu radar.

O fato é que a comunidade está em pé-de-guerra, com muitas dúvidas sobre as reações que seguirão, bem como sobre a operacionalização dos julgamentos após esta nova norma. É sobre esses pontos que pretendo tratar, sem nenhuma pretensão de estar certo, mas tentando trazê-los ao debate e buscar prever as reações que certamente virão.

A nova norma é autoaplicável? Sim, de imediato. O artigo 14 do CPC determina que as normas processuais são aplicáveis imediatamente aos processos em curso. E o artigo 15, também do CPC, determina a aplicação supletiva e subsidiária dessa codificação aos processos administrativos.

A nova norma tem efeito retroativo? Não. A Constituição veda a modificação de atos jurídicos perfeitos (artigo 5º, XXXVI). Logo, os atos que se completaram sob a égide da norma anterior, estão perfeitos, e não podem ser desfeitos. O artigo 14 do CPC também aponta para a irretroatividade da nova norma processual. Logo, o temor apontado na nota dos conselheiros fazendários não tem fundamento jurídico.

A nova norma atinge os julgamentos em curso? Sim. Suponhamos que tenha havido um julgamento no qual se aplicou ou não a regra antiga do voto de qualidade, e tenham sido interpostos embargos de declaração, ainda não apreciados. Neste caso a nova regra será aplicada, caso haja empate na votação.

A nova norma se aplica também aos processos de manifestação de inconformidade? Aqui a dúvida reside na literalidade do novo texto, pois menciona sua aplicação aos casos de “determinação e exigência



do crédito tributário”. Uma interpretação reducionista levaria a crer que nestes casos não há uma “exigência de crédito tributário”, pois o contribuinte estaria buscando validar uma compensação realizada, que foi indeferida; logo, não haveria um “crédito tributário” em jogo. Como mencionado, trata-se de uma interpretação caolha, pois se trata do mesmo procedimento de acerto do crédito fiscal, apenas com o sinal trocado. Assim, a nova norma é plenamente aplicável também nestes casos.

Essa alteração vale para todos os níveis federativos? Não. A alteração realizada apenas alcança o âmbito federal, cuja matéria é regulada pelo Decreto 70.235/72, já vastamente alterado. Estados e municípios já podiam adotar esta mesma providência, e, agora, podem ter um incentivo a mais para o fazer.

Outras dúvidas surgirão, mas foram estas que me chegaram aos ouvidos nesses primeiros dias de vigência dessa novidade.

Quais os principais riscos que se pode vislumbrar com a adoção dessa medida?

Um deles é a adoção do voto em bloco, isto é, todos os conselheiros representantes dos contribuintes passarem rotineiramente a votar em um sentido, oposto ao de todos os conselheiros fazendários. Isso dependerá da dinâmica das relações no Carf. As primeiras manifestações advindas do Fisco não foram adequadamente elegantes para com os representantes dos contribuintes, pois buscam impingir-lhes a pecha de parciais, para dizer o mínimo. Isso só vai exacerbar os ânimos e elevar a temperatura no órgão. Parto do pressuposto que todos os escolhidos para esse encargo, de ambos os lados, são conselheiros honestos e qualificados. Se surgirem suspeitas de irregularidades, de quem quer que seja, devem ser apuradas, sem espetacularização, como já ocorreu com nefastas consequências. Exacerbar diferenças de origem na composição do Carf só acarretará a péssima adoção do voto em bloco como rotina.

Por outro lado, a Unafisco já patrocinou a apresentação de emendas parlamentares à MP 952 (veja [aqui](#)) visando o fim da paridade no Carf (emenda 53) e o voto de qualidade (emenda 54). Trata-se de uma solução imediatista, que busca alterar o ordenamento jurídico recém aprovado, sem ao menos testar sua aplicação. Será que os efeitos da nova norma serão assim tão prejudiciais quanto se quer fazer crer? Vamos testar sua aplicação por um período e verificar se os temores se apresentam em concreto, ou são apenas pesadelos que desaparecem tão logo acordamos. A conferir.

O fato é que, para os representantes do Fisco, o novo regramento do “voto de qualidade” foi um jabuti, isto é, uma norma que foi inserida de forma irregular em um texto normativo. Ocorre que a movimentação da Unafisco é no mesmo sentido. Nos dois casos não vejo infringência à Lei Complementar 95/98, artigo 7º, II: “A lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”. Tanto a MP 899 quanto a MP 952 tratam de matéria tributária, e só por um preciosismo técnico é que se poderia alegar a infringência mencionada – a MP 899 tratava de transação tributária (transformada na Lei 13.988/20) e a MP 952 trata de prorrogação de prazo de pagamento de tributos incidentes sobre os serviços de telecomunicações. Esse debate me lembra uma frase atribuída a Otto von Bismarck, ministro responsável pela unificação alemã no século XIX: “Os cidadãos não poderiam dormir tranquilos se soubessem como são feitas as salsichas e as leis”. Tudo isso decorre de um jogo de forças políticas que se consubstanciam em normas jurídicas, respeitadas os trâmites legalmente previsto – o que vem ocorrendo nestes casos.



Vamos testar a nova norma. Quem sabe isso não acabe fortalecendo o Carf, importantíssimo órgão de origem quase centenária? (veja [aqui](#))

[1] Fernando Facury Scaff, *Processo Fiscal, Princípio Inquisitivo e Teoria da Prova ou Por que a Execução Fiscal deve ter como Legislação Subsidiária o CPP e não o CPC*, Grandes Questões Atuais do Direito Tributário. Rocha, Valdir de Oliveira (org.). SP: Editora Dialética, 2010.

**Date Created**

20/04/2020