

## A Lei 13.088/20 e o fim do voto de qualidade no Carf



**Hugo Segundo**

professor e doutor em Direito

Em um passado historicamente não tão distante assim, reis, faraós, czares,

imperadores, chefes de tribo, detinham a função de resolver conflitos surgidos entre seus súditos, os membros da coletividade por eles liderada. Essa função, aliás, nós humanos partilhamos com os “alfas” de outros grupos de mamíferos, como chimpanzés e lobos. Também entre eles o chefe, dentre outras coisas, tem a função de dirimir conflitos e pacificar o grupo, mantendo-o coeso.

Naturalmente que o tal soberano, em sociedades cada vez maiores, não tinha como resolver sozinho, por sua própria conta, todos os conflitos. A atribuição passou gradualmente a ser delegada a pessoas de sua confiança, seus subordinados. Só no caso de alguma insatisfação diante da solução encontrada por tais subordinados haveria recurso ao soberano, devolvendo-se a ele (daí o nome do “efeito” dos recursos, até hoje?) o papel de julgar o conflito.

Não é preciso muita imaginação para concluir que tais subordinados, conquanto preparados e muito bem intencionados, não teriam como julgar adequadamente questões nas quais os interesses do próprio soberano estivessem diretamente envolvidos. Na melhor das hipóteses, se as julgassem contra esses interesses, perderiam o posto. Deixariam de ser “de confiança”. Isso quando não perdiam a cabeça. Às vezes literalmente.

Nessa ordem de ideias, no lento processo de tentativa e erro seguido pela Vida na Terra, desde o seu surgimento, e que com a inteligência humana passou a ser aplicado também às instituições sociais, quando as sociedades humanas cansaram dos abusos de seus chefes, idealizaram, dentre outras coisas, figuras como a separação de poderes e a legalidade. Junto delas se criaram, também, as garantias da magistratura, como consequência necessária. Para que o juiz possa, se for o caso, julgar contra os interesses do chefe, se este ou outros subordinados seus não tiverem seguido o que a lei determina.

A leitora então pode estar pensando, agora, ter havido um erro no site do Conjur. Não tratava o título deste artigo de “voto de qualidade”? Sim, tratava. É do que trata o artigo. Fruto da conversão em lei da Medida Provisória 899/2019, a Lei 13.988/2020 disciplina, no plano federal, o instituto da transação tributária, previsto genericamente no art. 171 do Código Tributário Nacional.

Quando de sua aprovação, contudo, um assunto rapidamente roubou a atenção até então dedicada apenas à transação: a extinção do “voto de qualidade”, levada a efeito pelo art. 28 da citada lei. A partir de agora, nos processos administrativos de controle interno da legalidade do crédito tributário, quando houver empate nos julgamentos levados a efeito por órgãos colegiados, a questão deverá ser decidida favoravelmente ao contribuinte.

Rapidamente surgiram vozes a protestar duramente contra a alteração. Mesmo o controle concentrado de constitucionalidade foi provocado, com a propositura de ADIs impugnando a validade do dispositivo. Apontam-se, basicamente, invalidades de cunho material e formal. Os vícios materiais decorreriam de uma suposta violação ao interesse público e à presunção de validade do ato administrativo. Suscita-se, ainda, uma quebra da igualdade, pois o contribuinte pode, perdedor no processo administrativo, provocar o Poder Judiciário, faculdade que não assiste à Fazenda Pública.

Quanto aos vícios formais, eles consistiriam, em suma, no fato de a extinção do voto de qualidade ser um “jabuti”, fruto de um contrabando legislativo. Diria respeito a matéria diversa da tratada originalmente na medida provisória. Isso supostamente levaria à invalidade formal da norma, havendo inclusive precedente do STF nesse sentido.

Tais argumentos já foram examinados por Igor Mauler Santiago, em primoroso artigo publicado aqui no Conjur há poucas semanas, cujas conclusões subscrevemos sem ressalvas ([clique aqui](#)). Talvez ainda haja espaço, contudo, para reflexões adicionais.

Primeiro, vale lembrar que o voto de qualidade não é o mesmo que um mero “voto de desempate”, como existe em alguns Tribunais, e em órgãos administrativos fiscais de determinados Estados e Municípios. No voto de desempate, tem-se a atuação do Presidente do órgão, que até o empate não profere juízo algum quanto ao julgamento, limitando-se a conduzir a sessão. Se não houver empate, o Presidente simplesmente não vota. No caso do “voto de qualidade”, que a Lei 13.988/2020 aboliu, a situação é diferente: a composição do órgão é par, incluindo-se o Presidente. Na hipótese de, com o voto do Presidente, que o profere por último, verificar-se o empate, seu voto passa a ter “peso duplo”, o que leva ao desempate no sentido do entendimento por ele manifestado. Parece o mesmo que o voto de desempate, mas não é, pois há, no voto de qualidade, maltrato à regra da igualdade entre os julgadores, diante de alguém que preside, conduz, sempre vota, e ainda pode fazê-lo duas vezes, em notória influência sobre os demais. É evidente, ainda, que o “segundo” voto do Presidente terá sempre e necessariamente o mesmo teor do primeiro. Isso não ocorre no caso de autêntico voto de desempate, quando o Presidente só vota uma vez e só se houver empate, situação que torna possível tanto o desempate dar-se em um sentido, como em outro, pelo menos em tese.

Mas o fato é que todas essas inconveniências do voto de qualidade nunca haviam levado à decretação de sua inconstitucionalidade. Ou mesmo a tanto inconformismo como agora se verifica. Dizia-se situada a questão dentro da zona de liberdade ou de conformação do legislador infraconstitucional. A questão, porém, é que o mesmo pode ser dito agora: por igual motivo, não há qualquer inconstitucionalidade no fim do voto de qualidade.

Nem toda norma que nos desagrade, ou que adota solução que não nos parece a mais acertada, é, só por isso, inconstitucional. Os argumentos invocados pelos críticos da Lei 13.988/2020, de que o Fisco não pode ir ao Judiciário, enquanto o contribuinte sim, e de que o ato administrativo presume-se válido, presunção que no empate deveria militar pela sua manutenção, e não pelo seu afastamento, são pontos que podem ser colocados em um debate legislativo sobre a conveniência da alteração. Não em um debate judicial sobre sua constitucionalidade.

Não há, com efeito, no texto constitucional, uma imposição de que o empate em órgãos administrativos seja resolvido em prol da Fazenda Pública. Tampouco de que, no caso de dúvida (e o empate objetivamente indica essa dúvida, senão na mente de cada julgador, claramente no órgão formado pelo conjunto), os lançamentos devam ser mantidos, cabendo ao contribuinte, se quiser, levar a disputa ao Judiciário. *Na dúvida sobre se um ato é ilegal, deve-se praticá-lo e quem achar ruim que “judicialize”?* Isso não se nos afigura correto, sendo de resto o motivo pelo qual o Poder Judiciário está praticamente inviabilizado com uma quantidade absurda de processos, a maioria deles tendo a Fazenda Pública como parte. É preciso mudar essa cultura, em vez de apenas se defender genericamente o uso de “métodos alternativos” de solução de conflitos.

O fato é que a Constituição não obriga a que a dúvida objetiva, verificada no órgão cuja composição está dividida ao meio quanto à legalidade de uma cobrança, seja resolvida em favor da manutenção da exigência. Não há, pois, invalidade material alguma.

Quanto a esse ponto, adicione-se que nem sempre conselheiros oriundos dos quadros do Fisco votam contra o Fisco, e vice-versa, não sendo raro conselheiros indicados por entidades representativas de classes de contribuintes votarem em favor da Fazenda. Todos estão sujeitos aos humores do chefe, e o que muda, entre conselheiros indicados pelo Fisco, e por contribuintes, além do *background*, que lhes confere horizontes hermenêuticos diferentes, enriquecendo as discussões tanto fáticas quanto jurídicas, é o regime jurídico que lhes é aplicável. Em suma, as garantias que eles têm para julgar conforme considerem correto, mesmo desagradando o Fisco.

Agora ficou claro o motivo de se ter acrescido uma pitada de História ao início deste texto. Conselheiros de ambas as origens, se decidirem contra o Fisco em questões relevantes, correm o risco de não serem reconduzidos. E, no caso dos oriundos dos quadros do Fisco, há sempre a possibilidade de, encerrado o período no CARF, passarem a exercer função talvez menos interessante, em uma fronteira distante ou em um aeroporto movimentado, abrindo malas de passageiros cansados, até como forma de castigo pela excessiva independência revelada durante sua passagem pelo órgão julgador.



Some-se a isso o fato de que os Conselheiros que são servidores fazendários efetivos recebem um adicional de produtividade que de algum modo é reflexo dos autos que mantêm, ao passo que os indicados por contribuintes devem dedicar-se exclusivamente ao ofício, sendo-lhes vedadas outras atividades, mas se adoecerem, ou se, Conselheiras, ficarem grávidas, e em virtude disso deixarem de comparecer às sessões, simplesmente deixam de receber, não havendo nenhuma segurança no âmbito trabalhista ou remuneratório.

Essa fragilização da posição de ambos, cada uma à sua maneira, faz com que posicionamentos em favor do contribuinte não sejam tomados de maneira confortável, a indicar que, em uma questão, se se verificar o empate, a probabilidade de que a exigência seja de fato indevida é incrivelmente maior do que o contrário. Ou seja: se o subordinado do chefe, mesmo com todos os riscos, ousa dizer que ele não tem razão, ou se o órgão chega pelo menos a um empate em torno disso, a possibilidade de isso ser verdade é enorme. Gigantesca. Tão grande ou talvez maior que a de uma decisão unânime do STJ envolvendo apenas interesses de dois particulares, sem o mais remoto impacto ou reflexo na vida ou nas carreiras dos Ministros.

Isso põe por terra o argumento relacionado à presunção de validade do ato administrativo, que, aliás, no caso do lançamento, ocorre apenas quando da inscrição em dívida ativa (CTN, art. 204), algo que somente ocorre depois do julgamento pelo CARF, convém lembrar.

Em suma, tudo o que se diz contra o fim do voto de qualidade poderia, quando muito, embasar discussão política em torno de uma reforma no processo administrativo tributário. Não a inconstitucionalidade material do art. 28 da Lei 13.988/2020.

Quanto aos alegados vícios formais, tampouco há inconstitucionalidade.

Como registra o já referido artigo de Mauler Santiago, o precedente invocado pelo STF cuidava de alteração jabuti em medida provisória relacionada ao Programa Minha Casa Minha Vida, na qual se inseriram disposições destinadas a extinguir a profissão do técnico em contabilidade. Além de os assuntos serem totalmente diversos, o grupo afetado, os técnicos em contabilidade, e seus representantes legislativos, não tiveram qualquer oportunidade de participar ou influir no processo, pois nem sabiam que aquela disposição estava a ser votada no meio de uma norma dedicada ao programa social referido.

Não foi o que se deu com a Lei 13.988/2020: primeiro porque a lei trata de transação, forma não apenas de extinção do crédito tributário, mas de terminação de litígios. Tal como as decisões do CARF, que também encerram litígios. Estimular o uso da transação e evitar de levar ao Judiciário questões de legalidade duvidosa, que passam a ser resolvidas em prol do contribuinte ainda na via administrativa, são medidas convergentes com um mesmo objetivo: reduzir a litigiosidade tributária e a carga de processos levados ao Judiciário.



Em outros termos, nada mais razoável, nesse âmbito, que tratar na lei oriunda da MP também da regra que dispõe a respeito dos efeitos do empate no processo de controle da legalidade do crédito, que também é uma forma de resolução de litígio e de extinção do crédito tributário. Como se isso não bastasse, diversamente do caso dos técnicos em contabilidade, no caso da MP 899/2019, a lei oriunda da sua conversão, onde supostamente se inseriu o jabuti, foi posteriormente examinada, e sancionada (poderia ter sido vetada!) pelo Presidente da República, Chefe do Executivo, do qual fazem parte o Ministério da Economia, e o CARF. Situação muito, muito diferente, a tornar inaplicável o precedente.

Por outro lado, se a Constituição tem algumas regras expressas “anti-jabuti”, como a constante do art. 150, § 6º, da CF/88, não faz sentido considerar que tais práticas estariam vedadas de maneira ampla e irrestrita. Não pudesse, nunca, uma lei tratar de um assunto e ver-se inserido em seu corpo disposição para tratar de outro, qual o sentido da proibição constante do já citado art. 150, § 6º, da CF/88? Afinal, não seriam só as regras concessivas de isenção, anistia ou remissão, mas quaisquer outras.

Em verdade, além de chamar a atenção para a necessidade de aprimoramentos no processo tributário, notadamente no administrativo, a extinção do voto de qualidade suscita uma discussão da maior importância: qual o efeito da dúvida, da hesitação, da incerteza, da indefinição, presente objetivamente em órgãos da Administração Tributária relativamente à própria procedência da cobrança que se pretende levar a efeito? Na dúvida, empurra para a frente e o contribuinte que se vire, levando ao Judiciário o problema? Ou, na dúvida, não se exige, pois a diminuição do patrimônio do sujeito passivo, como fruto de uma exação tributária, demanda uma certeza razoável a respeito da validade da exigência?

É preciso mudar essa cultura, de manter exigências de validade duvidosa e transferir sempre ao Judiciário a tarefa de as invalidar. Além de desigual, pois nem todos têm fôlego para prosseguir na discussão, e de asoberbar desnecessariamente juízes e tribunais, a medida é covarde: não se assumem responsabilidades, as quais são sempre dos juízes. “Para se preservar”, autoridades chegam mesmo a cometer os maiores absurdos, e até aconselham suas vítimas a procurar a tutela jurisdicional para resolvê-los. Nesse contexto, o *in dubio pro contribuinte* da Lei 13.988 é um pequeno mas importante passo rumo à correção dessa visão, que, embora equivocada, permeia toda a sociedade brasileira.

#### Date Created

06/05/2020