

O voto de qualidade no Carf e o voto do ministro Barroso na ADI 6399

Tratei anteriormente sobre o voto de qualidade no Carf e suas inconstitucionalidades, motivo pelo qual dirijo o leitor a uma coluna que escrevi em 2013 ([aqui](#)) e a uma do Gustavo Brigagão, em 2016 ([aqui](#)). A norma que regia a matéria foi alterada, passando a vigorar a regra do *in dubio pro contribuinte* ([aqui](#)). Foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade pelo procurador-geral da República (ADI 6.399), pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB) (ADI 6.403) e pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip) (ADI 6.415). Os processos tramitam no Plenário Virtual do STF anexados à ADI 6.399, que já recebeu dois votos, tendo o ministro Alexandre de Moraes pedido



O voto do ministro Marco Aurélio, pelo provimento das ADIs ([aqui](#))

), já foi comentado anteriormente ([aqui](#)).

O objeto desta coluna é a análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso, que divergiu do entendimento do ministro Marco Aurélio, tendo votado pelo improvimento das Adis adotando seguinte tese de julgamento: *"É constitucional a extinção do voto de qualidade do presidente das turmas julgadoras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), significando o empate decisão favorável ao contribuinte. Nessa hipótese, todavia, poderá a Fazenda Pública ajuizar ação visando a restabelecer o lançamento tributário"*.

O voto do ministro Barroso, como de hábito, é profundo e erudito, e posiciona muito bem a questão em debate, ao identificar que o objeto das ADIs não é a compatibilidade ou não do voto de qualidade com a Constituição, mas a da novel norma que o proíbe em certas hipóteses, fixando um novo critério para os julgamentos em que resultar empate.

Aponta o ministro, corretamente, que o voto de qualidade atribui ao presidente de turma julgadora o poder de proferir dois votos: um ordinário e outro de desempate, o que aponta para uma sistemática de duvidosa constitucionalidade: 1) em face da composição paritária do Carf, entre representantes da Fazenda e do Fisco; 2) em razão de sua subordinação ao Ministério da Economia, o que indica sua integração à estrutura de uma das partes no processo; e que 3) tal voto de desempate é prerrogativa exclusiva do presidente das turmas julgadoras, posição sempre ocupada por representante do Fisco. Esses aspectos indicam uma posição de desequilíbrio, violando, diria, a paridade de armas necessária em cada disputa processual.

Em face desse quadro, a nova norma decidiu mudar a sistemática de desempate, proibindo o voto de qualidade, que é duplo na mesma pessoa representante do Fisco, atuando o Poder Legislativo dentro de sua margem de discricionariedade normativa.

Com isso, passa a prevalecer o princípio do *in dubio pro contribuinte*, como critério de desempate, o que privilegia o amplo espectro constitucional de proteção de direitos e garantias fundamentais do contribuinte contra eventuais excessos cometidos pelo Estado.

Posicionou-se o ministro Barroso frontalmente contra o entendimento esposado pelo ministro Marco Aurélio, que havia votado pelo provimento das ADIs tomando por base a existência de "jabutis" inseridos pelo Congresso durante o trâmite legislativo da norma, faltando *pertinência temática* quanto ao assunto originalmente tratado pela medida provisória convertida em lei. Em seu voto, o ministro Barroso não vislumbrou tal "jabuti" em face dos precedentes apontados em face do julgamento sob análise.

No mesmo tom afastou a alegação de falha no trâmite legislativo, pois foi exarado parecer no âmbito da comissão mista que apreciou o projeto, de forma antecedente à sua apreciação pelo Congresso Nacional, *"não havendo nenhuma norma constitucional que imponha o retorno a esse órgão em caso de alteração de redação"*. O voto privilegiou a autonomia do Poder Legislativo quanto a esse aspecto.

O brilhante voto do ministro Barroso só não merece aplausos irrestritos quando adentra em tópico absolutamente *extra petita*, e que, na verdade, se reveste de uma *recomendação legislativa*, pois incabível na esfera jurisdicional. Entende o ministro ser necessário prever a *"possibilidade de a Fazenda ajuizar ação em caso de empate (...) visando a restabelecer o lançamento tributário"*. Seria uma *"medida necessária para resguardar o equilíbrio das relações entre o Fisco e o contribuinte"*.

Eis o ponto em que reside o problema, exposto na parte final de sua proposta de tese de julgamento: *"Nessa hipótese, todavia, poderá a Fazenda Pública ajuizar ação visando a restabelecer o lançamento tributário"*.

Como operacionalizar isso se não for pela via legislativa? Coloque-se, caro leitor, na posição de um procurador da Fazenda Nacional ao redigir a petição inicial de uma ação anulatória de uma decisão que decorra de um empate no julgamento administrativo no Carf, logo, desonerando o contribuinte do pagamento do tributo. Quem estará no polo passivo? O contribuinte que venceu a demanda contra um órgão administrativo do próprio Fisco? Não lhes parece um tanto esquizofrênica a ideia? É necessário haver *legislação* que regule a matéria, sendo insuficientes as normas do

Código de Processo Civil (CPC).

É evidente que o voto aponta para uma hipótese de o STF agir como *legislador positivo*, o que é vedado pela doutrina e pela jurisprudência da própria corte em incontáveis precedentes, validando a separação de poderes insculpida em nossa Constituição.

Além disso, o ordenamento jurídico vigente já regula a matéria, como se vê no artigo 45 do Decreto 70.235/72, que possui *status* de lei ordinária: "*No caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio*".

Observe-se ainda que tal medida ampliará a litigiosidade, ao invés de a reduzir, na exata contramão das medidas que foram adotadas pela medida provisória editada e convertida na Lei 13.988/2020, que permite a adoção do instituto da *transação* em matéria tributária. O Carf se tornará, assim, mais um *tribunal de passagem* das decisões que desaguarão no STJ ou no STF, a depender do alcance da matéria em debate. E, com isso, a tão almejada *segurança jurídica* vai para o brejo.

Esse aspecto do excelente voto do ministro Barroso *não deve ser mantido* no decorrer do julgamento que, se espera, passe a tramitar pelo Plenário normal, permitindo que haja sustentação oral e debates *online*, em face da pandemia, e não pelo Plenário Virtual, instrumento no qual as sustentações orais são gravadas e os votos apenas depositados no site, sem debates efetivos entre as partes e os julgadores.

Nesse sentido, retirando a frase final da proposta de tese encaminhada pelo ministro Barroso, o julgamento ficará irrepreensível: "*É constitucional a extinção do voto de qualidade do presidente das turmas julgadoras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), significando o empate decisão favorável ao contribuinte*".

Bem houve o ministro Alexandre de Moraes em pedir vista dos autos. Alvíssaras.

Date Created

26/07/2021