



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CFOAB, serviço público dotado de personalidade jurídica própria e forma Federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com sede em Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob nº 33.205.451/0001-14, por seu **Presidente, Claudio Pacheco Prates Lamachia** (doc. anexo), vem, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados signatários, com instrumento procuratório específico incluso (doc. anexo) e endereço para intimações no SAUS Qd. 05, Lote 01, Bloco M, Brasília-DF, endereço eletrônico aju@oab.org.br, amparado nos arts. 102, inciso I, alínea “a”, e 103, inciso VII da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei n. 9.868/99, ajuizar a presente

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

em face do **CONGRESSO NACIONAL**, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, e da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes, Órgãos responsáveis pela elaboração da **Lei Ordinária n. 11.941/2009** (doc. anexo), cujo art. 25 alterou a legislação tributária federal para incluir o §9º no artigo 25 do Decreto n. 70.235/72¹, especificamente da expressão “*que, em caso de empate, terão o voto de qualidade*”, pelos seguintes fundamentos:

¹ “§ 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.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

I – DOS LIMITES DA PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – EXPRESSÃO “QUE, EM CASO DE EMPATE, TERÃO O VOTO DE QUALIDADE.”, CONTIDA NO § 9º, DO ARTIGO 25 DO DECRETO 70.235/72, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.941/2009:

A presente Ação Direta de Inconstitucionalidade tem por objeto a análise, por parte desta Suprema Corte, da expressão contida no § 9º do art. 25 do Decreto n. 70.235/72, “*que, em caso de empate, terão o voto de qualidade*”, cuja redação foi conferida pela Lei Federal n. 11.941/2009.

Essa regra estabelece que, sobrevindo empate nos julgamentos levados a efeito no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (quer seja em suas Turmas Ordinárias, quer seja na Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF), o voto do Presidente – que vota ordinariamente em qualquer julgamento – prevalece (voto de qualidade).

Eis o teor do dispositivo ora acoimado de inconstitucional:

“(…)

LEI Nº 11.941, DE 27 DE MAIO DE 2009.

Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei no 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nos 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nos 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei no 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nos 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Fiscais, os Decretos nos 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências.

(...)

Art. 25. O Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“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.*

(...)” (grifos da transcrição)

Conforme será abordado de forma mais detalhada adiante, o texto legal supracitado confronta princípios constitucionais, como o da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como está em franca contrariedade ao artigo 112 do Código Tributário Nacional - CTN.

Desse modo, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade, no exercício de sua competência legal de defensor da cidadania e da Constituição (Artigo 44, inciso I, da Lei 8.906/94), propõe a presente ação, visando a declaração de inconstitucionalidade da expressão contida no § 9º do art. 25 do Decreto n. 70.235/72, “*que, em caso de empate, terão o voto de qualidade*”.

II – DO MÉRITO:

II.1 – DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE:

O CARF é o órgão vinculado ao Ministério da Fazenda - MF responsável pela fase recursal do contencioso administrativo federal, cuja missão institucional é “*assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários*”.

Exatamente para resguardar a independência e imparcialidade dos julgamentos, todos os órgãos a ele pertencentes são compostos, de forma paritária, por conselheiros representantes dos contribuintes e do órgão fazendário (quatro para cada),



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

sendo incumbida a um membro desta última categoria a função de Presidente de Turma (art. 14 do RICARF)².

Importante ter sob os olhos a missão, visão e valores do CARF, algo que, longe de representar uma quimera, é um compromisso daquele Tribunal com os administrados:

***Missão:** Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários.*

***Visão:** Ser reconhecido pela excelência no julgamento dos litígios tributários.*

***Valores:** Ética, transparência, prudência, impessoalidade e cortesia.
(<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/index.jsf>)*

Ocorre que, em afronta a princípios constitucionais, como o da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade e, inclusive, em contrariedade às finalidades institucionais do próprio Conselho, **o dispositivo impugnado confere ao Presidente de Turma, por força do já citado artigo 25, § 9º do Decreto n. 70.235/72, a prerrogativa de proferir, além do voto ordinário, o voto de qualidade.**

Assim, valendo-se desta prerrogativa, os Presidentes de Turma (**necessariamente** representantes da Fazenda Nacional) têm proferido voto e, em um segundo momento, revertido o resultado do julgamento com novo voto (outro), quase sempre em desfavor dos contribuintes.

Essa afirmação é corroborada pelos dados apresentados em matéria publicada recentemente pelo jornal Valor Econômico³. Segundo a reportagem, dos processos julgados entre janeiro e maio deste ano, 95% dos casos submetidos ao voto de qualidade foram decididos de modo desfavorável aos contribuintes, isto é, dos 110 acórdãos publicados, apenas seis foram desempatados de forma contrária aos interesses do fisco nacional.

Ao adotar a sistemática de voto duplo para o não provimento de recurso interposto pelo contribuinte ou provimento de recurso de ofício interposto pela Fazenda Nacional, o tribunal administrativo deixa de atender aos princípios da

² “Art. 14. Os presidentes e os vice-presidentes das Câmaras serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e os representantes dos Contribuintes.
Parágrafo único. O presidente e o vice-presidente das turmas ordinárias serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e dos Contribuintes que as compõem.”

³ **Valor Econômico**, Legislação e Tributos, **Justiça cancela julgamentos com voto de qualidade**, São Paulo, 15 de julho de 2016.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

razoabilidade e da proporcionalidade (art. 5º, LXXVIII, CF/88), na medida em que se utiliza de procedimentos discriminatórios e arbitrários para proferir seu julgamento.

Como de conhecimento, a constitucionalização do princípio do devido processo legal (*due process of law*) tem por finalidade resguardar a garantia fundamental de todo cidadão de que o poder estatal, no exercício de suas funções e manifestações, respeitará, obrigatoriamente, a proporcionalidade e razoabilidade entre os meios adotados e os fins almejados, de maneira a resguardar os direitos e garantias fundamentais.

Todavia, não é que se verifica na disposição em apreço.

A duplicidade do voto proferido pelo Conselheiro Presidente, sobretudo levando-se em conta ser ele representante do Fisco, coloca em xeque a missão da instituição, qual seja, julgar, de forma imparcial e justa, os litígios administrativos fiscais que tenham por objeto a apuração da incidência de tributos administrados pela Receita Federal do Brasil (dentre eles, os autos de infração, os processos de restituição e compensação, os recursos voluntários, de ofício e especiais).

Outrossim, resta evidentemente questionável a constitucionalidade dessa previsão, uma vez que o voto duplo do Conselheiro Presidente, representante da Fazenda Nacional, passa a servir aos desígnios de uma das partes, ou seja, o Fisco.

Registre-se que, seguindo essa mesma linha de raciocínio, o Ministro Marco Aurélio, quando do julgamento do **AI nº 682.486/DF**⁴, ao examinar a constitucionalidade do art. 8º, II, da Lei n. 8.884/94⁵, que atribuía a prerrogativa de voto duplo ao Presidente do CADE nas deliberações da autarquia, explanou:

“O deslinde do importante caso submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ocorreu mediante manifestação de dupla vontade – dupla no sentido de duplo voto – do Presidente do órgão, contrariando-se, a meu ver, parâmetros constitucionais, princípios implícitos na Carta 1988. Não consigo, diante das balizas da Constituição, dita ‘cidadã’ por Ulysses Guimarães, concluir que alguém possa ter o poder tão grande de provocar um empate e, posteriormente, reafirmando a óptica anterior, dirimir esse mesmo empate.” (Grifamos).

Na mesma oportunidade, o Ministro Carlos Britto questionou:

⁴ O recurso culminou por não ser conhecido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ante a falta de prequestionamento da matéria constitucional.

⁵ Atualmente, artigo 10, inciso II da Lei 12.529/2011.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“[...] um homem, um voto. [...] Quem decide é a maioria. Os órgãos públicos podem decidir ignorando o princípio da majoritariedade? Esse princípio é mais do que nudular, medular da democracia. Pode um dirigente de uma autarquia votar duas vezes? *Vossa Excelência lembrou: ele compôs a igualdade – a votação estava 3 a 2 para a agravante -, então, ele conseguiu empatar, e ele mesmo desempatou. Isso é democrático, é republicano, é coerente com a Constituição?*”
(Grifo nosso).

O Poder Executivo, portanto, teria agido de forma muito mais harmônica com a Constituição Federal se adotasse o modelo instituído pelo Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, neste Supremo Tribunal Federal, no caso de ausência de um membro do órgão julgador.

É dizer, mesmo nesta Corte o Presidente somente tem a prerrogativa de proferir “voto de qualidade” em hipóteses excepcionais, basicamente quando houver ausência de ministro em virtude de impedimento/suspeição ou vaga/licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o ministro licenciado (artigo 13, inciso IX)⁶.

Há tempos, o sempre Ministro Célio Borja, ao abordar a questão, elucidava:

“conforta-se no exemplo do Poder Judiciário: quando têm voto nos órgãos colegiados, seus presidentes não cumulam o de desempate. Nas Turmas do Supremo Tribunal Federal, o Ministro que as preside terá sempre direito de voto (RISTF, art. 150, caput)⁷. Mas, ocorrendo empate, adia-se a decisão, até tomar-se o voto do Ministro que esteve ausente (art. 150, §1º). Se, por mais de um mês, persistem a ausência, o impedimento, a licença ou a vaga, convoca-se Ministro de outra Turma, mas não se recorre ao voto de qualidade (art. 150, §2º). Nas sessões do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Presidente da Corte não proferirá voto, salvo nas espécies taxativamente

⁶ “Art. 13. São atribuições do Presidente:

(...)

IX – proferir voto de qualidade nas decisões do Plenário, para as quais o Regimento Interno não preveja solução diversa, quando o empate na votação decorra de ausência de Ministro em virtude de:

a) impedimento ou suspeição;

b) vaga ou licença médica superior a trinta dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o Ministro licenciado.”

⁷ “Art. 150. O Presidente da Turma terá sempre direito a voto.

§ 1º Se ocorrer empate, será adiada a decisão até tomar-se o voto do Ministro que esteve ausente.

§ 2º Persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença de Ministro da Turma, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro da outra, na ordem decrescente de antiguidade.

§ 3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

enumeradas; nas demais matérias, ele vota somente quando ocorrer empate, salvo nos pedidos de habeas corpus em que o empate equivale a concessão da ordem. Portanto, o Presidente somente desempata nos processos em que não tem outro voto”.

Indubitável, portanto, a inconstitucionalidade ora arguida.

II.2 – DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VIOLAÇÃO AO ARTIGO 112 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL – INVASÃO DE COMPETÊNCIA OUTORGADA À LEI COMPLEMENTAR (ARTIGO 146, INCISO III, ALÍNEA “B” DA CRFB/88) – A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO CONTRIBUINTE”:

Em hipótese de empate no julgamento, deve prevalecer o princípio do *in dubio pro contribuinte* disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional - CTN⁸, uma vez que diretriz de aplicabilidade de todas as normas sancionatórias no campo do Direito Tributário.

Em outras palavras, na medida em que o dispositivo indicado como inconstitucional segue critério radicalmente diverso daquele do artigo 112 do CTN, ou seja, lei ordinária em confronto com lei complementar, o que se tem é uma clara inconstitucionalidade também nesse aspecto, uma vez que se trata de uma lei ordinária ingressando em âmbito temático de lei complementar.

No caso, o artigo 112 do CTN tem status de lei complementar, porquanto vocacionado a dispor sobre obrigação e lançamento tributário.

O critério do artigo 112 do CTN não é novo no ordenamento. Ao contrário, é regra secular no direito público, como é o *in dubio pro reo* do direito penal, que é pedra de toque do sistema penal acusatório. Havendo dúvida razoável, tanto que há um empate no julgamento, a decisão a prevalecer é aquela favorável ao acusado.

Marcos de Aguiar Villas Bôas, em artigo publicado no site Consultor Jurídico⁹, expõe a questão de forma precisa, inclusive com indicação à aplicação desse princípio no direito estrangeiro:

⁸ “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.”

⁹ <http://www.conjur.com.br/2015-dez-21/villas-boas-in-dubio-pro-contribuinte-aumenta-eficiencia-estatal>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“O in dubio pro contribuinte não é uma regra aplicável a todo julgamento, nem que vá determinar o resultado da maioria dos processos tributários, pois há elementos suficientes para construir as normas em mais de 90% dos casos concretos. O in dubio pro contribuinte deve ser aplicado quando houver dúvidas muito fortes sobre a interpretação (legislativa, jurisprudencial, fática etc.) a ser escolhida para construir a norma aplicável a determinado caso e, ao mesmo tempo, quando se esteja tratando de um contribuinte de boa fé. O contribuinte que foge às regras do cooperative compliance deve receber tratamento distinto. É assim em vários países. É assim nas nossas vidas. O fisco deve ser o melhor possível para aquele que com ele colabora. No caso daquele que lhe ludibria, que age de forma desidiosa, o Estado deve alterar sua forma de ação, mostrando o seu poder de imposição e, apenas nessa situação, deverá agir de forma vertical.

Na solução de casos difíceis, a prova da má fé do contribuinte, comum em processos tributários, deve inverter a chave do in dubio pro contribuinte para um in dubio pro fisco. O cidadão deve ter uma proteção do seu direito fundamental até o momento em que ele aja de forma decente, dentro das regras do cooperative compliance. Se ele sair da linha, deve sofrer todo o peso da lei, deixando, inclusive, de gozar do peso inicial em favor do seu direito fundamental de propriedade em situação de forte dúvida interpretativa.

Não há como estabelecer uma regra fixa e clara do in dubio pro contribuinte, pois nada no direito é totalmente fixo e claro. O direito é um fenômeno interpretado. A comunicação jurídica impõe um processo de apreensão dos sentidos pela sociedade, destinatária das normas jurídicas, que são mensagens.

Numa análise de custos versus benefícios, o in dubio pro contribuinte mais ajuda do que atrapalha, pois a insegurança do direito é inerente a ele. Havendo uma regra de solução de casos muito difíceis, permite-se criar certa padronização e redução de imprevisibilidade.

Os operadores sabem que, se a tomada de decisão não puder ser definida pelos meios corriqueiros de interpretação, aquele que soluciona as controvérsias não irá simplesmente decidir pela norma aplicável ao seu gosto, de acordo com o seu humor no dia, nem segundo seus valores próprios ou seus interesses. Ele deverá decidir utilizando a norma residual que impõe, em caso de grande dúvida, uma decisão em favor daquele que tem o direito fundamental de manter consigo sua riqueza e sua renda.

As formas de aplicação dessa regra seriam mais bem definidas no dia a dia dos julgamentos, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelos órgãos unificadores de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

entendimentos dos conselhos administrativos. Os argumentos constitucionais em favor do in dubio pro contribuinte são fortes, apesar de a norma não estar expressa no texto. O artigo 112 do CTN, por outro lado, permite tranquilamente a construção de uma regra expressa de in dubio não apenas para sanções, mas para todos os casos em que se discuta uma suposta infração tributária e em que haja diferentes decisões possíveis suportadas em fortes fundamentos. No Canadá, o in dubio pro contribuinte vem sendo aplicado com frequência[5] pelo menos desde o ano de 1985[6], quando a Suprema Corte do país decidiu que, se o tributo não estiver explícito, se houver incerteza ou ambiguidade, a decisão deverá ser pela interpretação favorável ao contribuinte. Importante observar que o caso não dizia respeito a sanção, mas à possibilidade de dedução de despesas, incorridas por uma mineradora na aquisição de um terreno, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (corporate income tax)[7].

O Canadá é um país com o 11º maior PIB do mundo, atrás, portanto, do Brasil (7º), porém com o 8º melhor Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do planeta no ano de 2014, enquanto o Brasil estava no 79º lugar. O Canadá é um dos países com melhor qualidade de vida do mundo e tem uma economia bastante saudável.

Para o Canadá alcançar esse nível de qualidade de vida, como não poderia ser diferente, o país construiu um dos melhores sistemas tributários do mundo[8], pois a tributação tem grande parte de responsabilidade na distribuição de riqueza, renda e oportunidades dentro da sociedade. Juntamente com outras instituições que precisam ser desenhadas para democratizar a produção e o consumo de modo a criar um ambiente de alta qualidade de vida, a tributação exerce papel fundamental nessa empreitada.

Não entendam errado. O Canadá não é um país com tributação baixa. Ela chega a mais de 50% no Imposto de Renda da Pessoa Física[9], apesar de estabelecer um ambiente melhor para os negócios com uma tributação bem menor do que a média na pessoa jurídica[10]. Deste modo, um país extremamente desenvolvido vem aplicando há algumas décadas o in dubio pro contribuinte em casos-limite, aqueles muito difíceis, mesmo apesar de ter uma tributação com carga considerável.

Outros países, como os Estados Unidos[11], também vêm adotando o in dubio pro contribuinte para os casos tributários no quais haja forte dúvida. A Polônia, que já vinha aplicando o in dubio jurisprudencialmente, está indo mais longe e incluindo uma regra específica na sua legislação, que começará a valer em 2016. Ela é direcionada para casos em que há dúvidas sobre a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

interpretação do direito aplicável a um caso tributário, mas não à interpretação dos fatos[12].

O in dubio pro contribuinte é, como visto, uma regra jurídica que pode trazer inúmeros benefícios à tributação. Ela pode facilitar a vida de todos os envolvidos, inclusive do fisco, que terá maiores condições de prever, de antemão, qual será o entendimento dos órgãos julgadores sobre determinado assunto. Isso motivará o legislador a produzir textos normativos de maior qualidade e incentivará o fisco a não utilizar interpretações muito forçadas com o fim de arrecadar mais.”

No âmbito desta Corte, por exemplo, presente empate quanto à condenação de réu, vale referir passagem do voto da **Ação Penal 470/MG**, especialmente as seguintes palavras do então Ministro Presidente Ayres Britto:

“Senhores Ministros, agora, em continuidade de julgamento, alcançamos a fase da dosimetria e o que me cabe é passar a palavra, pela ordem, à Sua Excelência o Ministro-Relator Joaquim Barbosa.

Entretanto, a título de questão de ordem, eu gostaria de encaminhar a votação ou o entendimento de que, em caso de empate, prevalece a tese da absolvição do réu. Prevalece a absolvição do réu, em caso de empate, porque ela exprime ou se revela como projeção do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, além disso seja porque o conceito do Plenário e do próprio Tribunal, como unidade decisória - o acórdão é do Colegiado -, quer o Tribunal estaticamente considerada na Constituição e nas leis, quer dinamicamente considerado, ele, Tribunal, há de permanecer uno. E o fato é que, diante do empate, o Tribunal se vê dividido, e não na posse da sua inteireza, da sua unidade; unidade que somente se obtém pela aplicação do princípio constitucional da majoritariedade, que é o princípio constitucional da maioria dos votos de cada julgador.

Portanto, eu resolvo a questão de ordem no sentido de que, em caso de empate, a proclamação do resultado é pela absolvição do réu.”

No mesmo sentido, embora no campo do processo administrativo sancionador, caminhou o Superior Tribunal de Justiça - STJ, como se vê da ementa do **RMS 24.559/PR**, relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 3/12/2009, DJ-e 1/2/2010):

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

2. A teor dos arts. 615, § 1º. e 664, parág. único do CPP, somente se admite o voto de qualidade - voto de Minerva ou voto de desempate - nos julgamentos recursais e mandamentais colegiados em que o Presidente do órgão plural não tenha proferido voto quantitativo; em caso contrário, na ocorrência de empate nos votos do julgamento, tem-se como adotada a decisão mais favorável ao acusado.

3. **Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado.**

4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1º. e 664, parág. único do CPP, inobstante o duto parecer ministerial em sentido contrário.

O voto de qualidade, enfim, tem pertinência nas situações em que, **não tendo votado o Presidente do órgão**, o resultado da votação esteja empatado. A não ser assim, o Presidente das Turmas terá um poder indevido, o que afronta o princípio constitucional da isonomia entre os conselheiros.

Neste sentido, aliás, foi a compreensão da Excelentíssima Senhora Juíza Federal Edna Márcia Silva Medeiros Ramos, Titular da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, como se vê do seguinte trecho da decisão liminar proferida no Processo n. 1002068-27.2017.4.01.3400:

“No caso, entendeu-se que o voto de qualidade seria uma espécie de voto dúplice, que conferiria ao presidente o poder de, após votar e, restado empatado, votar novamente, promovendo o desempate. Todavia tal interpretação não pode ser mantida, por violar frontalmente os mais basilares princípios democráticos de direito.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O Estado Democrático, cuja instituição foi um dos principais objetivos visados pelos Constituintes de 1988, que o elevou à condição de pedra fundamental da República Federativa do Brasil, com referência inclusive no preâmbulo da Carta Magna, tem como fundamento básico a igualdade. Tal princípio, por óbvio, se propaga para os órgãos colegiados de decisão, nos quais não se pode admitir que um dos membros tenha o poder de voto maior que dos outros, com aptidão até mesmo para modificar completamente o resultado da opinião expressa pela maioria. Ora, o voto de qualidade, ou voto de Minerva é reservado para aquelas situações em que, não tendo votado o presidente do órgão, o resultado da votação esteja empatado. Nestas condições, cabe ao presidente desempatar, através de seu único voto, pois nem de longe tal faculdade pode significar o poder do presidente votar duas vezes, induzindo o empate (já que sem sua intervenção a orientação por ele escolhida não seria vitoriosa) e, após, garantir a prevalência do seu entendimento pelo uso do “voto de qualidade”. Aceitar tal entendimento, significa, na prática, que quase todas as questões polêmicas, que gerem entendimentos divergentes, sejam decididas unicamente pelo Presidente, já que este somente não teria o poder de decidir, inclusive modificando o resultado do julgamento quando a diferença de votos fosse superior a dois votos. Numa diferença de apenas um voto, o que não é difícil num colegiado pequeno, especialmente nos casos mais polêmicos, acabaria sempre prevalecendo a posição do Presidente, num rematado e claro descumprimento do princípio democrático. Ademais, ainda que assim não fosse, isto é, ainda que se admitisse que pudesse o Presidente votar duas vezes, esse estranho voto de “qualidade” serviria unicamente para decidir qual orientação prevaleceria, e nunca para formar a maioria qualificada, que necessita de quatro conselheiros, não podendo o presidente ser contado como se ‘fosse dois’.”

JUAREZ FREITAS, sobre o princípio da proporcionalidade, afirma:

"o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos".

Assim, deve-se observar o princípio da proporcionalidade sob o aspecto da proteção e como limitador de liberdade de atuação do legislador em eger valores que acarretarão graves mazelas à coletividade, dentre eles, comprometer o acesso à Justiça.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No mesmo sentido, J.J CANOTILHO elucida que a consagração expressa do chamado princípio da proporcionalidade "**proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais**".

Eis, a propósito, o magistério de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (1989, p. 238):

“A idéia [SIC] de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Ensaios de teoria constitucional. Fortaleza: Imprensa Universitária [UFC]).

O princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade, como prefere o direito norte-americano; ou da proibição de excesso como também é denominado pelos alemães) **tem aplicação na aferição da constitucionalidade das leis.**

Não pode o dispositivo em questão estabelecer que um mesmo Conselheiro, apenas porque Presidente de turma, tenha o poder ditatorial de, presente um empate na votação (votação essa na qual este mesmo conselheiro proferiu voto, importante novamente enfatizar o ponto), decidir neste ou naquele sentido.

Portanto, tem-se que a norma ora impugnada se mostra incompatível com as diretrizes jurídicas estabelecidas na Constituição Federal, visto que demasiadamente desproporcional e violadora do princípio da isonomia, além de sua inconstitucionalidade formal, porquanto em desconformidade com a solução preconizada pelo artigo 112 do CTN em situações tais.

III – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR:

Por fim, convém, nesta oportunidade, demonstrar que todos os pressupostos autorizadores da concessão de medida cautelar, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, estão presentes, de modo que a **suspensão imediata da aplicabilidade do referido dispositivo** é medida imprescindível a afastar a incidência de danos irreparáveis os quais estão os contribuintes sendo impostos com a vigência desta norma revestida pela inconstitucionalidade.

Com efeito, bem visto que o voto de qualidade, no CARF, tem se tornado a regra (não a exceção, como é o caso), decorre daí um excesso de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

judicialização, indo de encontro ao objetivo daquele Tribunal Administrativo, que é resolver, de forma imparcial, o contencioso tributário.

O CARF, importante enfatizar, não pode ser um órgão de passagem ou um chancelador de autuações fiscais. Uma tal situação equivale a ter um excesso de demanda do Poder Judiciário, que será, sempre e sempre, chamado a se manifestar sobre todo e qualquer assunto submetido ao contencioso administrativo. A excessiva judicialização de questões tributárias a ninguém interessa, menos ainda ao Poder Judiciário, que já se encontra assoberbado de demandas.

Em tempos de soluções extrajudiciais, como a mediação e a arbitragem, o ideal é que as questões tributárias sejam enfrentadas, **com imparcialidade**, por Tribunais Administrativos de altíssimo nível e qualificação técnica, até por estarem este bem mais aparelhados para a análise de peculiaridades fiscais e contábeis.

O CARF não pode ser uma pantomima. Ele, conforme antes indicado, tem como missão “*Assegurar à sociedade imparcialidade e celeridade na solução dos litígios tributários*”. De nada adiantará ter essa missão se, na prática, vem adotando procedimentos espúrios, como é o voto de qualidade, se tornando, pois, um validador cego de autuações fiscais.

O que é pior, além disso, como já apontado, é abarrotar o Poder Judiciário de tantas ações judiciais quantas forem as autuações fiscais submetidas a um contencioso administrativo incapaz de julgar com imparcialidade e com olhos voltados, única e exclusivamente, para o direito.

Não são interesses arrecadatórios o que deve buscar o Estado. O fim primordial do Estado é o interesse público primário.

Assim, fundamental é que esta Corte Suprema venha a **deferir o pleito liminar** ora requisitado, de modo a promover a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado pela presente ação.

Conforme preconizado na Lei n. 9.868/99¹⁰, diante de hipóteses em que restar demonstrado o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, bem como presente a irreparabilidade do dano, é possível a concessão de medida liminar.

¹⁰ Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

(...)

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

No caso em apreço, não há dúvidas sobre a existência do *periculum in mora*, uma vez que se multiplicam os julgamentos tomados pelo voto de qualidade, os quais estão sendo objeto de judicialização, prejudicando o já assoberbado Poder Judiciário, no caso específico, a Justiça Federal.

De outra feita, os aspectos jurídico-constitucionais suscitados anteriormente reforçam a plausibilidade jurídica do pedido, bem como a demonstração, ainda que em sede de juízo perfunctório, da inconstitucionalidade da aludida expressão contida no Decreto n. 70.235/72, sendo despiciendo, nesta oportunidade, reiterar os elementos técnico-jurídicos já explanados anteriormente.

Portanto, do cotejo entre a segurança processual e reversibilidade da medida liminar, bem como ponderando o menor risco, **requer-se o deferimento do pleito liminar**, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.868/1999, **no sentido de suspender, liminarmente, a eficácia da expressão “que, em caso de empate, terão o voto de qualidade”**, contida no artigo 25, § 9º do Decreto n. 70.235/72, com redação conferida pela Lei n. 11.941/2009, devendo ser aplicada a regra do artigo 112 do Código Tributário Nacional – CTN, na forma e na extensão explicitados no pedido a seguir formulado.

IV – DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

a) de início, **a concessão**, por meio de decisão monocrática e sem a intimação dos interessados, **de medida cautelar para suspensão da eficácia da norma impugnada** nos termos do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.868/1999, a ser, oportunamente, submetida ao crivo do Plenário, de modo que, como critério de desempate dos julgamentos realizados no CARF, seja aplicada a regra estabelecida no art. 112 do CTN, nos seguintes termos:

(a.1) havendo dúvida acerca da solução a ser proferida ao caso concreto, tanto que identificada a dúvida pelo empate e vedado o voto de qualidade do Presidente, que prevaleça a interpretação mais favorável ao contribuinte ou, caso assim não se entenda,

(a.2) sejam afastadas as penalidades aplicáveis ao crédito tributário, ou seja, a multa de ofício ou multas regulamentares da mesma jaez, já que não se pode falar, em casos tais, em punição do contribuinte, que é o objetivo desse tipo de multa;

b) a notificação do **CONGRESSO NACIONAL** e do Excelentíssimo Senhor **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, para que, como órgãos/autoridades



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

responsáveis pela elaboração dos dispositivos impugnados, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único, da Lei n. 9.868/99;

c) por conseguinte, que seja ouvida a **Advogada-Geral da União** e, sucessivamente, colhido o Parecer do **Procurador-Geral da República**, nos termos do art. 103, § 1º e § 3º, da CF/88;

d) ao final, a **PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE MÉRITO** para que seja declarada a **INCONSTITUCIONALIDADE** da expressão “*que, em caso de empate, terão o voto de qualidade*”, contida no artigo 25, § 9º do Decreto n. 70.235/72, com redação conferida pela Lei n. 11.941/2009, aplicando-se, em caso de empate, a regra do artigo 112 do Código Tributário Nacional - CTN, conforme toda fundamentação explicitada ao longo desta inicial, nos seguintes termos:

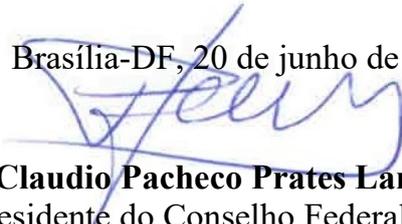
(d.1) havendo dúvida acerca da solução a ser proferida ao caso concreto, tanto que identificada a dúvida pelo empate, vedado o voto de qualidade do Presidente, que prevaleça a interpretação mais favorável ao contribuinte, ou, caso assim não se entenda;

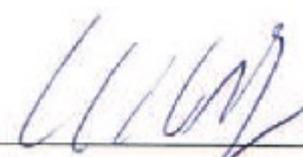
(d.2) sejam afastadas as penalidades aplicáveis ao crédito tributário, ou seja, a multa de ofício ou multas regulamentares da mesma jaez, já que não se pode falar, em casos tais, em punição do contribuinte, que é o objetivo desse tipo de multa.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Termos em que pede deferimento.

Brasília-DF, 20 de junho de 2017.


Claudio Pacheco Prates Lamachia
Presidente do Conselho Federal da OAB


Luiz Gustavo Antônio Silva Bichara
Procurador Tributário Especial do Conselho Federal da OAB
OAB/DF 21.445



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior', written in a cursive style.

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275