**N.º 442/2018 – SFCONST/PGR**
**Sistema Único nº 339.754/2018**

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.731/DF**
**REQUERENTE:** Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
**INTERESSADO(S)**: Presidente da República
Congresso Nacional
**RELATOR:** Ministro Gilmar Mendes

Excelentíssimo Senhor Ministro Gilmar Mendes,

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 25-§ 9º DO DECRETO 70.235/1972, COM REDAÇÃO DA LEI 11.941/2009. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. JULGAMENTOS DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF). PREVISÃO DE VOTO DE QUALIDADE AO PRESIDENTE DAS TURMAS, EM CASOS DE EMPATE. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA LEGAL PARA DETERMINAR A PREVALÊNCIA, EM CASOS DE EMPATES, DA TESE MAIS FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE, SEM APLICAÇÃO DO VOTO DE DESEMPATE. ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. MÉRITO. COMPOSIÇÃO DO CARF. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGUNDA INSTÂNCIA DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL. REPRESENTAÇÃO PARITÁRIA DE REPRESENTANTES DA FAZENDA PÚBLICA E DE CONTRIBUINTES. NECESSIDADE DE MECANISMO DE DESEMPATE DE VOTAÇÕES. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA, À RAZOABILIDADE E À PROPORCIONALIDADE.**

**1. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, que não tem função legislativa, implementar critérios de desempate em julgamentos administrativos de recursos fiscais no âmbito de órgão da administração pública federal.**

**2. Não invade a esfera reservada à lei complementar pelo art. 146 da Constituição da República a previsão legal de voto de**



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

**qualidade como critério de desempate em julgamentos de processos administrativos fiscais no âmbito das turmas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF).**

**3. Voto de qualidade constitui critério político de desempate de votações comumente adotado em órgãos deliberativos de composição colegiada, que não representa, por si, afronta aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade.**

**- Parecer pelo não conhecimento ou, sucessivamente, pela improcedência do pedido.**

## I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra expressão contida no art. 25-§ 9º do Decreto 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, com redação dada pelo art. 25 da Lei 11.941, de 27 de maio de 2009.

Este é o teor do dispositivo (destaque às disposições questionadas):

> **Lei 11.941/2009**
>
> 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. […]."

O requerente afirma que a previsão de voto de desempate em julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) a representantes da Fazenda Pública, os quais já votam ordinariamente, acarreta prejuízos aos contribuintes e perda de independência e imparcialidade do órgão. A medida violaria os princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade. Aduz que o voto de qualidade apenas poderia ser proferido no caso de julgamentos em que não tenha votado o presidente. Sob outro prisma, sustenta a inconstitucionalidade formal da norma, por seguir critério distinto do previsto no



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

artigo 112 do Código Tributário Nacional[1], o que representaria invasão do campo reservado a lei complementar.

Adotou-se o rito do art. 12 da Lei 9.868/1999 (peça 12).

O Congresso Nacional trouxe informações sobre o processo legislativo da norma, a qual se originou da Medida Provisória 449/2008 e foi processada dentro dos trâmites constitucionais. Asseverou ser de cunho eminente infraconstitucional a discussão relativa ao voto de desempate dos presidentes de turmas do CARF (peça 17).

A Presidência da República defendeu a constitucionalidade do dispositivo questionado. Sustentou não decorrer do texto constitucional, explicita ou implicitamente, o direito de contribuintes terem sua interpretação prevalecente, em caso de empate de votos em tribunal administrativo no processo fiscal. Não caberia ao Supremo Tribunal Federal criar regra nesse sentido, sob pena de atuar como legislador positivo. Observou que as discussões travadas no CARF não restringem ou limitam o acesso ao Judiciário, quando desfavoráveis aos contribuintes, mas fazem coisa julgada administrativa quando contrárias ao Fisco. Por acarretarem extinção do crédito fiscal (CTN, art. 156-IX), tais julgamentos levariam à impossibilidade de rediscussão da sua juridicidade perante o Judiciário, por iniciativa da Fazenda Pública. Esclarece que o art. 112 do CTN refere-se apenas à dúvida na interpretação da lei tributária de natureza penal e que o crédito tributário, objeto de julgamento no CARF, possui conteúdo mais amplo, não se restringindo às penalidades pecuniárias decorrentes de infrações tributárias. A seu ver, o CTN "não pretendeu, em absoluto, estender a chamada 'interpretação benigna' para o tributo em si, mas sim, restringiu essa interpretação, apenas e tão somente, para as infrações tributárias e para as consequentes penalidades tributárias, ou seja, para os créditos relativos ao direito penal-tributário" (peça 19).

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, por implicar atuação do Judiciário como legislador positivo. No mérito, manifestou-se pela improcedência, na linha das informações da Presidência da República (peça 21).

É o relatório.

1 "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."



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

## II

De início, postula o requerente que a Corte, por meio da declaração de inconstitucionalidade de expressão contida no art. 25-§ 9º do Decreto 70.235/1972, determine que, em caso de empate em julgamentos realizados no CARF, seja aplicada a regra do art. 112 do Código Tributário Nacional, nos seguintes termos (p. 16 da inicial):

> (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 tais casos, em punição do contribuinte, que é o objetivo desse tipo de multa.

No ponto, o conhecimento do pedido encontra óbice no fato de a providência buscada pelo requerente importar alteração substancial de sentido e, consequentemente, surgimento de normas novas, absolutamente desvinculadas da vontade original do legislador.

Não se desconhece que "a eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador".[2] Gilmar Ferreira Mendes, em obra doutrinária, tampouco vê dificuldade em que a Corte Constitucional profira decisão interpretativa com eficácia aditiva. Lembra casos em que o Supremo Tribunal Federal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, proferiu decisão manipulativa de efeitos aditivos, na expressão empregada pela Corte Constitucional italiana, agregando conteúdo normativo à lei e modificando o sentido do texto.[3]

Lucas Catib de Laurentiis pondera que conferir à Suprema Corte o poder de alterar todo o sentido idealizado inicialmente pelo legislador ordinário na elaboração das normas infraconstitucionais acabaria por extinguir o próprio controle de constitucionalidade. Observa, com razão:

> [...] ao realizar operações interpretativas que, tal qual a interpretação conforme a Constituição, contêm um potencial transformador do sentido normativo dos textos legislativos, o Tribunal Constitucional não pode se desvincular da vontade, subjetiva ou objetiva, expressada pelo legislador, mesmo que esta vontade seja inequivocamente inconstitucional.

2 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.371.

3 MENDES & BRANCO, obra citada, p. 1.370-1.375.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> Assim, **quando for constatada a desconformidade entre a vontade do legislador e a Constituição, não haverá outro caminho que não o da declaração de inconstitucionalidade do texto questionado**. Afinal, não é dado às Cortes Constitucionais ignorar os desígnios do legislador democrático, convertendo inconstitucionalidades inequívocas em constitucionalidades frágeis.[4]

Luiz Guilherme Marinoni assim também entende:

> Quando a norma tem apenas um sentido, visivelmente inconstitucional, não há lugar para interpretação conforme. Ademais, **a interpretação conforme não pode ser utilizada para conferir à norma resultado distinto do desejado pelo legislador** ou uma regulação diversa. Portanto, dois são só requisitos da interpretação conforme: respeito à expressão literal do texto legal e respeito ao fim buscado pelo legislador.[5]

Admitir irrestritamente que o Judiciário preencha o sentido da norma ou lhe atribua sentidos "apropriados", a seu critério, diversos daqueles que se possam comportar nos limites da expressão linguística do texto significaria, em última análise, aceitar que juízes substituam a função legislativa, o que seria ofensivo ao princípio da divisão funcional dos poderes e à harmonia e independência que entre eles deve existir.

Ainda que haja espaço para adicionar conteúdo a determinada norma jurídica em controle concentrado de constitucionalidade, a aplicação proposta na ação importaria a criação de normas absolutamente incompatíveis com a intenção original do legislador. Com base em alegada inconstitucionalidade, o requerente deseja que o Supremo Tribunal Federal crie outra norma, como legislador positivo, diversa da discutida e aprovada pelo Congresso Nacional.

Dessa maneira, o pedido não deve ser conhecido, por impossibilidade jurídica.

## III

Caso se supere a preliminar, deve-se julgar improcedente o pedido.

O art. 146 da Constituição da República exige a adoção da espécie normativa lei complementar para a normatização relativa a (i) conflitos de competência tributária entre os entes federativos; (ii) limitações constitucionais ao poder de tributar; (iii) normas gerais em

4 LAURENTIIS, Lucas Catib de. *Interpretação conforme a Constituição:* conceitos, técnicas e efeitos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 117.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.139.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

matéria tributária, notadamente, (iii.1) definição, fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; (iii.2) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária; (iii.3) adequado tratamento tributário a ato de sociedades cooperativas; e (iii.4) tratamento diferenciado a empresas de pequeno porte e microempresas.

Além destas matérias, foram também inseridas no âmbito da lei complementar a instituição de regime único de arrecadação de impostos e contribuições dos entes federativos (CR, art. 146, parágrafo único); o estabelecimento de critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência (art. 146-A); e a instituição de empréstimos compulsórios por parte da União (art. 148).

Em nenhuma das hipóteses referidas se enquadra o regramento do art. 25-§9º do Decreto 70.235/1972, com redação da Lei 11.941/2009. Conforme observa Leandro Paulsen, não cuidou a norma geral de direito tributário – Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional) – de regular o procedimento relativo ao processo administrativo fiscal, mas se limitou a dispor sobre questões periféricas nessa seara[6]. O art. 151-III do CTN prevê expressamente a regulação do processo tributário administrativo por lei específica.

A expressão "normas gerais em matéria de legislação tributária" contida no art. 146-III CR, embora veicule conceito jurídico indeterminado, pode ser essencialmente compreendida como modalidade de "lei nacional dirigida, indistintamente, ao legislador dos entes políticos — União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios — de forma isonômica".[7] A respeito, enfatiza Sacha Calmon Navarro Coelho que normas gerais em matéria de legislação tributária "são normas sobre como fazer normas, em sede de tributação". Segundo este:

> […] as normas gerais de direito tributário, veiculadas pelas leis complementares, são eficazes em todo território nacional, acompanhando o âmbito de validade especial destas e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas, em matéria de tributação.[8]

6 PAULSEN, Leandro, *Curso de direito tributário completo*, 4. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 514.
7 CRUZ, Diniz Ferreira da. *Lei complementar em matéria tributária*. São Paulo: Bushatsky, 1978, p. 44-45.
8 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: sistema tributário. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 132.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

Portanto, norma geral em matéria de legislação tributária é a que se destina a unificar o sistema tributário nacional, de modo que, seja o tributo federal, estadual ou municipal, o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota, os elementos que compõem a obrigação tributária, a prescrição, a decadência e demais aspectos relacionados à norma tributária obedecerão a regime geral que visa, na sua essência, a evitar desarmonia no sistema tributário.

Editado sob a égide do Ato Institucional 5/1968, o Decreto 70.235/1972 foi recepcionado pela Constituição de 1988 como lei ordinária e trouxe disciplina relativa ao processo administrativo fiscal, que "abrange todo o procedimento de fiscalização e de autuação (a ação fiscal) e o processamento da impugnação e dos recursos (a fase litigiosa)"[9].

Ao contrário do que afirma o requerente, não há incompatibilidade entre o dispositivo questionado do decreto e o art. 112 do CTN. São diversos os âmbitos de incidência das normas. O dispositivo da lei complementar tributária que se reputa ofendido contém norma geral de interpretação de leis que definam infrações tributárias ou cominem penalidades. Incide o critério exegético nele previsto no caso de dúvidas quanto a determinados aspectos dessas leis, tais como a capitulação do fato, a natureza ou circunstâncias materiais da infração, a extensão de seus efeitos, entre outros. Dirige-se a todos os julgadores em matéria fiscal, ainda que representantes da Fazenda Pública. Já o art. 25-§ 9º do Decreto 70.235/1972 traz regra procedimental relativa ao desempate em julgamentos de processos administrativos fiscais no âmbito do CARF. Sua aplicação, por si só, não implica contrariedade ao art. 112 do CTN, devendo o presidente da turma ao proferir voto de qualidade, observar os critérios interpretativos do CTN.

Por essas razões, não há falar em invasão da esfera própria de lei complementar.

## IV

Tampouco se verificam os apontados vícios materiais.

O voto de qualidade constitui um critério político de desempate de votações comumente adotado em órgãos deliberativos de composição colegiada. A questão da

9 *Idem*, p. 515.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

compatibilidade constitucional do instituto no âmbito de um tribunal de natureza administrativa foi inicialmente apreciada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de agravo regimental no AI 682.486/DF.[10] Em causa estava disposição legal que conferia a prerrogativa ao presidente do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) responsável pelo julgamento de infrações à ordem econômica.

Conquanto o tema de fundo não tenha sido conhecido no referido precedente, por ausência de prequestionamento da matéria, os Ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Ayres Britto expuseram considerações sobre a possível inconstitucionalidade (inteiro teor do acórdão, pp. 16-18 e 33-36):

> **Ministro Marco Aurélio**
>
> Surge outro aspecto, ligado à natureza da matéria. Pergunta-se: habita o mesmo teto dos novos ares constitucionais democráticos o voto de minerva? É possível que, em um Colegiado, o cidadão, falível – como outro qualquer, e assim também nós o somos –, profira um voto e, neutralizando-se os votos ante o empate verificado, venha a decidir, fazendo-o, no campo republicano e democrático, isoladamente? O voto de qualidade, para mim, acaba por consubstanciar a existência de um superórgão.
>
> Quando o Plenário apreciou o Mandado de Segurança nº 26.264-4/DF, impetrado contra ato do Conselho Nacional do Ministério Público, prevaleceu o entendimento segundo o qual o Procurador-Geral da República – penso que, em termos de envergadura do cargo, Sua Excelência está em patamar superior ao alusivo à Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica –, no âmbito do Conselho Superior do Ministério Público, após participar de votação, verificado o empate quanto à promoção de membros do Ministério Público, não poderia votar mais uma vez e desempatar.
>
> Ora, diante desse contexto, desses contornos, não estamos, aqui, a nos defrontar com um tema a merecer o julgamento no Colegiado – e, quem sabe, até no Colegiado Maior: o Plenário – do próprio recurso extraordinário, viabilizando-se a sustentação da tribuna e a manifestação do Ministério Público como fiscal da lei? Penso que sim.
>
> E há mais: em situação concreta, no Supremo, verificado o empate, não houve a prevalência do voto do Presidente à época, ministro Octavio Gallotti – o caso Collor, quando se convocaram integrantes do Superior Tribunal de Justiça para completar-se o julgamento. Entendo que o extraordinário a que o agravo de instrumento, desprovido pelo relator, visa imprimir trânsito está a merecer a chegada ao Supremo. Vamos abrir o embrulho e ver o que realmente tem nesse recurso extraordinário.
>
> E digo que, de início, prevalece a verdade formal constante no acórdão impugnado. O deslinde do importante caso submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ocorreu mediante manifestação dupla de vontade – dupla no sentido de duplo voto – do Presidente do órgão, contrariando-se, a meu ver, parâmetros constitucionais, princípios implícitos da Carta de 1988.

10 STF. Primeira Turma. AI-AGR 682.486/DF. Rel.: Min. Ricardo Lewandowski. 18/12/2007. DJe 47, 14/3/2008.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

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 óptica anterior, dirimir esse mesmo empate.

[…]

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – E o Relator, ao fundamentar o seu voto, esgrimiu matéria constitucional. E disse que a lei ofenderia, tanto quanto o regimento, os princípios constitucionais da isonomia (**caput** do art. 5º), o princípio republicano, a razoabilidade, a proporcionalidade e o estado democrático. E isso foi contra-abatido pelos votos vencedores.

[…]

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO – Tudo aqui me parece muito lógico, muito simples até de equacionamento jurídico.

O CADE é uma autarquia federal, uma pessoa jurídica de direito público.

Para que o Relator do regional se contrapusesse à validade do art. 8º, II, da lei, teria que esgrimir, agitar teses constitucionais. E a tese é essa: é possível conferir a um agente estatal que faz parte da cúpula de uma autarquia federal, a duplicidade de voto, o voto em dobro, o voto dúplice? Disse o Relator, o eminente Desembargador Federal Souza Prudente, que não, e o fez com argumentos constitucionais, como não poderia deixar de ser. E que fundamentos foram esgrimidos pelo eminente Desembargador Federal, vencido naquela oportunidade? Disse ele: restaram malferidos a isonomia, a razoabilidade, a proporcionalidade, o estado democrático e o princípio republicano. Isso precisa ser confrontado com a natureza jurídica da autarquia federal CADE e com a natureza do cargo titularizado pelo prolator do voto em dobro.

O que me parece subjazer, do ponto de vista da tecnicalidade, a essa nossa discussão, ainda no plano do prequestionamento? Por que se falou de República? Porque a República é constituída não de súditos, mas de cidadãos, regidos todos pelo princípio da igualdade. Quando se vê a Constituição num plano sistemático – e já dizia Juarez Freitas, eminente administrativista e teórico do direito do Rio Grande do Sul: ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação –, quando se passa em revista o sistema de comandos da Constituição, avulta esse princípio da República desde o art. 5º da Constituição, cuja voz de comando inicial é essa:

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,..."

Igualdade, aliás, que já estava no preâmbulo da Constituição, como efetivamente está, e volta a ser mencionada na cabeça do art. 5º.

O único valor jurídico que é duas vezes mencionado na cabeça do art. 5º é o da igualdade, que é da mais entranhada essência da República. Por que ele falou de estado democrático de direito? Porque a Constituição, desde o art. 14, consagrou o princípio: um homem, um voto.

> "Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:"

Quando cuidou até de partido político, que é pessoa jurídica de direito privado, a Constituição não deixou de dizer que a estruturação deles obedeceria ao princípio democrático: um homem, um voto. E há outro elemento conceitual da democracia que me parece presente nesse caso e não pode ser ignorado: a democracia se rege pela coisa mais ínsita, mais inerente a ela, que é a majoritariedade. Democracia não é o governo da totalidade, é



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> o governo da maioria. Quem decide é a maioria, ainda que mínima. Ontem, na Venezuela, por menos 1%, o projeto do governo, do Chefe do Poder Executivo, foi derrotado, porque democracia é o governo da maioria. A majoritariedade é definidora da democracia. Quem decide é a maioria.
>
> Os órgãos públicos podem decidir ignorando o princípio da majoritariedade? Esse princípio é mais do que nodular, 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 agravante –, então, ele conseguiu empatar, e ele mesmo desempatou. Isso é democrático, é republicano, é coerente com a Constituição?
>
> […] Volto a dizer, uma das partes é uma entidade jurídica de direito público, é uma autarquia federal. É possível compatibilizar decisões no âmbito dessa autarquia a partir da contrariedade ao princípio majoritário que é essencialmente, medularmente, democrático?

Todavia, precedentes posteriores discutiram a aplicação do mecanismo em julgamentos do próprio Supremo Tribunal Federal, prevalecendo entendimento diverso. Prevista no art. 13-IX do Regimento Interno do STF[11], a prerrogativa do voto de qualidade foi objeto de análise nos recursos extraordinários 630.147/DF[12] e 631.102/PA[13], diante de empates em que se encontrava vaga uma das cadeiras na Corte, por ausência de indicação do ocupante pelo Presidente da República.

Voltavam-se os recursos contra decisões do Tribunal Superior Eleitoral que aplicaram a chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010) para indeferir registros de candidatura aos cargos de Governador do Distrito Federal e de Senador da República, respectivamente. No RE 630.147/DF, não se chegou a um acordo quanto à legitimidade constitucional do voto de qualidade do Presidente, conforme se verifica nos seguintes trechos dos debates (inteiro teor do acórdão, pp. 322-340):

> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Neste caso, nós temos um resultado prático que significa que temos cinco votos que negam provimento aos recursos e cinco votos que lhes dão provimento.
>
> A Corte deve agora decidir qual é o resultado que deve ser proclamado.
>
> […]

11 "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."

12 STF. Plenário. RE 630.147/DF. Rel.: Min. Ayres Britto. Redator p. acórdão: Min. Marco Aurélio. 22/9/2010. DJe 230, 5/12/2011.

13 STF. Plenário. RE 631.102/PA. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. 27/10/2010. DJe 117, 20/6/2011.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, somente um aspecto. Gostaria de saber em que situação concreta de julgamento poderá ser aplicado o inciso IX do artigo 13 do Regimento Interno?

[…]

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Matéria infraconstitucional, Ministro.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Infraconstitucional não vem pra cá.

[…]

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Onde está dito que prevalece o voto de Vossas Excelências, que formam o bloco dos cinco?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não há voto para reformar e não há voto para manter o acórdão. Há empate.

[…]

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, surgiu a pérola: no caso de empate, não prevalece a corrente na qual estiver o Presidente, mas prevalece a decisão. É interessante. Vamos emprestar a este julgamento a mesma regra que emprestamos ao *habeas corpus*!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Perdão, Ministro, perdão. O Presidente, neste caso, é um Ministro do Supremo. Não tem um voto com peso específico superior aos demais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eu não estava na sessão quando a maioria aprovou a emenda regimental, Excelência!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - A Maioria Regimental foi aprovada com essa ressalva, exatamente em homenagem ao princípio da reserva de Plenário, do artigo 97. Nós não íamos dar, com todo respeito, um cheque em branco ao Presidente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, nós não estamos chegando a nenhum consenso, vamos colher o voto de cada um e ver se é possível apurar, pela decisão do Plenário, qual é o resultado do julgamento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) - Mas qual é a intenção de Vossa Excelência se houver novo empate? Vossa Excelência pretende desempatar?

[…]

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Ministro, vamos partir do seguinte pressuposto: eu não tenho nenhuma vocação para déspota, nem acho que o meu voto valha mais do que qualquer dos outros Ministros, porque, se valesse, cinco Ministros não teriam discordado do meu voto!

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – Excelente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Se substituir o empate, e desde que o eminente Ministro Presidente já afirmou que não irá exercer a prerrogativa de proferir o voto de qualidade, a única solução será suspender-se e aguardar-se a nomeação e posse do novo Ministro.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aguardemos a leitura pela sociedade.
>
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A mim me parece que é a única solução viável. Não há outra.
>
> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Eu concordaria com essa solução se, ao mesmo tempo, nós revogássemos, imediatamente, o dispositivo do Regimento que dá voto de qualidade ao Presidente.
>
> O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - De forma casuística, em cima do caso concreto.
>
> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Por que? Porque é inconstitucional.
>
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Não há nenhum impedimento para declarar isso depois, Ministro.

O processo acabou extinto por perda de objeto, em 22 de setembro de 2010. No julgamento do RE 631.102/PA, diante de novo empate, a Corte voltou a apreciar propostas de solução do impasse pela regra do art. 13-IX do RISTF. Discorreu, então, o Ministro Celso de Mello, sobre o voto de qualidade do Presidente da Corte (inteiro teor do acórdão, pp. 292-293):

> Há, ainda, um segundo critério passível de utilização por esta Corte.
>
> Refiro-me ao voto de qualidade de que Vossa Excelência dispõe, Senhor Presidente, como prerrogativa inerente ao cargo que ora titulariza (RISTF, art. 13, IX).
>
> Entendo que o voto de qualidade somente não poderia ser utilizado em situações, inocorrentes no caso, em que se impusesse pronúncia de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, não, porém, quando se tratasse de reconhecer a incompatibilidade de certa decisão judicial (como a emanada do TSE) com o texto da Constituição.
>
> Desejo enfatizar, neste ponto, por necessário que a Emenda Regimental nº 35/2009, ao introduzir a norma inscrita no inciso IX do art. 13 do RISTF, contemplou hipótese de verdadeira maioria ficta, produzida pelo exercício, sempre excepcional, do voto de qualidade atribuído ao Presidente do Supremo Tribunal Federal.
>
> É certo, no entanto, que essa técnica de votação (e de decisão), necessária para definir situações insuperáveis de empate (ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 146 e no art. 205, parágrafo único, inciso II, ambos do RISTF), não se mostrará compatível com a cláusula de reserva de plenário fundada no art. 97 da Constituição, pois referida cláusula constitucional exige, para efeito de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, maioria absoluta real dos membros do Tribunal, não permitindo, por isso mesmo, que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato estatal resulte de maioria ficta.
>
> Essa, porém, não é a situação que se registra nos autos, pois a corrente que dá provimento ao presente recurso extraordinário não declara a inconstitucionalidade de qualquer regra inscrita na LC n– 135/2010, limitando-se, tão somente, a reconhecer que foi inconstitucional a interpretação que o E. Tribunal Superior Eleitoral deu a referido diploma legislativo.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> De qualquer maneira, no entanto, esse segundo critério pode ser afastado, pois o eminente Senhor Presidente desta Corte já afirmou que não pretende valer-se dessa especial prerrogativa.

Na ocasião, o Min. Joaquim Barbosa posicionou-se pela inconstitucionalidade do dispositivo regimental (inteiro teor do acórdão, p. 304):

> Senhor Presidente, faço aqui uma pequena alteração na conclusão do meu voto para aderir à proposta do Ministro Celso de Mello, que chega aos mesmos resultados no caso concreto. Mas, a minha preferência é pela aplicação do artigo 146.
>
> E, caso essa questão volte a aflorar, em primeiro lugar, eu proporia, mais uma vez, que o dispositivo do Regimento Interno, artigo 13, inciso IX –, fosse revogado porque é "chapadamente inconstitucional, como diria o nosso Ministro Sepúlveda Pertence.

A seu turno, os Ministros Dias Toffoli, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski admitiram a possibilidade de aplicação do voto de qualidade pelo Presidente da Corte, desde que não incidente a hipótese de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República (inteiro teor do acórdão, pp. 305-309):

> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: […]
>
> Senhor Presidente, já votei no sentido do adiamento do julgamento.
>
> Não encontro solução regimental, e, portanto, não vejo outro critério que não o do inciso IX do artigo 13: a solução da decisão por parte do Presidente para proferir o voto de desempate.
>
> […]
>
> O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR) – Mas, Ministro Toffoli, o artigo 13, inciso IX, cria uma situação de artificialidade: confere dois votos a um Membro deste Tribunal. Isso é um absurdo.
>
> O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A Emenda Regimental nº 35/2009, ao introduzir a norma inscrita no inciso IX do art. 13 do RISTF, contemplou hipótese de verdadeira maioria ficta, produzida pelo exercício, sempre excepcional, do voto de qualidade atribuído ao Presidente do Supremo Tribunal Federal. É claro que essa técnica de votação (e de decisão), necessária para definir situações insuperáveis de empate (ressalvados os casos previstos no parágrafo único do art. 146 e no art. 205, parágrafo único, inciso II, ambos do RISTF), não se mostrará compatível com a cláusula de reserva de plenário fundada no art. 97 da Constituição, pois referida cláusula constitucional exige, para efeito de declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, maioria absoluta real dos membros do Tribunal, não permitindo, por isso mesmo, que a declaração de inconstitucionalidade de qualquer ato estatal resulte de maioria ficta.
>
> […]
>
> O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – […]



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> Também ousaria dizer que o inciso IX do artigo 13, isoladamente considerado e aplicado para a matéria infraconstitucional, é legítimo, é válido, e pode ser utilizado mormente em situações de emergência, quando não haja outra solução. Mas, quando se trata de matéria constitucional, este inciso IX não pode ser aplicado sob pena de franca colidência com o artigo 97 da Carta da República.

O Min. Gilmar Mendes trouxe relevantes considerações sobre a constitucionalidade do voto de qualidade como critério político de desempate de votações em órgãos colegiados (inteiro teor do acórdão, pp. 315-320):

> Aí vêm as alternativas que se colocam: artigo 13, IX, e o artigo 146. Os dois foram pensados, Presidente, para essa situação de impasse, que passamos a viver continuadamente a partir de casos de ausência extensiva, extensa, alongada de Colegas por razões as mais variadas.
>
> Passou-se, então, a ver a necessidade de uma solução. É diferente do que se faz em várias Cortes no mundo? Vamos encontrar soluções as mais diversas. Há sistemas que consagram que, em caso de empate – e há modelos específicos, inclusive, pela conformação do Tribunal – mantém-se o ato impugnado, seja ele um ato judicial ou um ato legislativo.
>
> O modelo alemão é fácil de ver, porque cada senado, assim chamado, cada câmara, que é um tribunal como um todo, tem oito juízes. Então, a hipótese de empate é praticamente da rotina, especialmente nos casos amplamente controvertidos; o caso americano, também; a Corte de Haia já prevê o voto de qualidade do Presidente; a Corte constitucional italiana já prevê nesses casos de empate o voto de qualidade, excetuado na hipótese de matéria criminal, porque, aí, tal como nós, a solução é mais favorável. Portanto, não se dá ao Presidente essa possibilidade. Veja que é uma necessidade de decisão.
>
> Inconstitucionalidade por quê? Não há aqui nenhuma inconstitucionalidade no critério, questões de conveniência quanto ao processo decisório, questões ligadas a uma cultura do processo decisório. O que não se quer é que subsista o empate; pelo menos, que se atribua efeito ao empate, como nós fizemos e, rotineiramente, hoje, aplicamos em matéria criminal de *habeas corpus*.
>
> Então, inconstitucionalidade por quê? Não se trata de obter a declaração de inconstitucionalidade pela via do voto de qualidade. Não é disso que se cuida, até porque, nesse ponto, o 146 foi muito claro, ao dizer que, havendo empate, a pretensão será denegada; portanto, quando houver a exigência de maioria absoluta. Quando é que há exigência de maioria absoluta? A exigência de maioria absoluta ocorre quando precisamos declarar a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade a lei. Neste caso, a norma regimental resolveu de forma adequada. Pedida a declaração de inconstitucionalidade para que se assegure uma pretensão, e houve empate, e não há outra forma de resolver, rejeita-se a pretensão. Foi isso que se consagrou.
>
> […]
>
> Eu não vejo, Presidente, não acolhida a proposta de adiamento, como não aplicar o voto de qualidade. O voto de qualidade pode ser, eventualmente, inconveniente, mas não há nenhuma base para dizer que é inconstitucional, até porque não se está dando ao Presidente o voto de qualidade para declarar a constitucionalidade ou não de lei. É outra situação. É apenas para decidir o caso concreto, para que não façamos mistura quanto a aspectos fáticos.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

Uma coisa é declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Para isso, a Constituição, desde 1934, exige maioria absoluta. Está em João Mangabeira, explicando como que se deu essa mudança. Isso trata do tema da maioria absoluta.

Outra coisa é declarar a eventual incompatibilidade – nem vou usar o termo "inconstitucionalidade" – entre uma decisão e a Constituição, uma decisão judicial. Para isso, nós podemos funcionar com seis; nós podemos decidir. E é disso que se cuida.

[…]

Portanto, Presidente, deixando isso muito claro, para que não haja essa confusão, eu estou caminhando no sentido da aplicação da norma que lhe dá o voto de qualidade. Pode ter inconvenientes, como têm também os outros critérios. Todos os outros critérios têm inconvenientes. Só se chega a esse impasse porque precisa se decidir, mas todos têm realmente inconvenientes.

Imaginem como isso é recebido pela parte? Falamos muito em prestação jurisdicional. E é a parte que está pedindo prestação jurisdicional. Como isso repercute para a parte, se nós, decidindo o caso concreto, negamos com um desses artifícios e, daqui a pouco, reconhecemos esse direito com uma outra composição? Muito provavelmente vamos ter de conviver com ações rescisórias, por exemplo.

Eu entendo as questões de ordem prática; não sou obtuso a ponto de não alcançá-las. Mas, se fosse para buscar um outro critério, Ministro Marco Aurélio já esboçou. Se se trata de analogia – porque é disso que estamos falando; nós estamos decidindo afastar a regra do inciso IX do artigo 13 e aplicar, então, por analogia –, por que não aplicar, então, a regra do *habeas corpus* que dá o empate para quem, eventualmente, está buscando o reconhecimento do direito? Igualmente plausível. Igualmente plausível. Vejam, portanto, com o mesmo peso, como sente o indivíduo que tem no empate, perante uma Corte, uma matéria que era pacífica, que era decidida por unanimidade, vem para o Supremo Tribunal Federal, provoca essa discussão e termina empatado? E diz-se assim: "Ah, você perdeu porque o julgamento terminou empatado".

Vejam o reflexo que isso tem. E quero me abstrair do caso concreto. Estou a falar da repercussão do caso em tese. Nós temos bons argumentos. Precisamos decidir. Daqui a pouco, par ou ímpar, jogar dado, qualquer coisa, jogar uma água, chamar um mago, sei lá, qualquer coisa engraçada, mais inspirada. Mas, dizer que o critério do voto de qualidade é inconstitucional! O que é inconstitucional? Não se está dando voto para o Presidente declarar a inconstitucionalidade de lei! Não é disso que se cuida! É apenas um critério, tanto é que duas Cortes do maior relevo – a Corte Internacional de Haia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos – adotam esse critério do voto de qualidade! Agora, é inconstitucional! É uma inconstitucionalidade espiritual.

Desculpe, Presidente, realmente, a gente não pode brigar com os fatos. Nós temos que respeitar o senhor fato. Depois, podemos chegar às conclusões, as mais desaguisadas possíveis. Afora, respeitemos os fatos. Então declaração de inconstitucionalidade é declaração de inconstitucionalidade de norma.

Eu reconheço o voto de qualidade de Vossa Excelência. E, aí, eu proponho uma outra alternativa: se é para buscar a analogia, poque é disso que se está falando, com todo o sentimento de injustiça que isso pode provocar, que se determine a aplicação da norma alternativa, a do *habeas corpus*. Se é para estender, que se estenda *in bonam partem*, num outro aspecto, que também é um critério. E será respeitoso do texto constitucional. Se se trata apenas de uma tecnologia de decisão, parece-me que é isso que se recomenda.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> Veja Vossa Excelência, portanto, que o tema é complexo, mas é fundamental deixar assente que o voto de qualidade que hoje se assegura a Vossa Excelência nada tem de inconstitucional, que é um critério comumente usado inclusive em Cortes Constitucionais e em Cortes de Direitos Humanos, e que Vossa Excelência não está votando duas vezes para declarar a inconstitucionalidade de lei. Essa hipótese é lá do 146 e está sendo resolvida no sentido da mantença do ato. São hipóteses que são distintas, muito claras.

Também se manifestaram pela constitucionalidade da regra os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso (inteiro teor do acórdão, pp. 327 e 336):

> **Ministro Marco Aurélio**
>
> Presidente, hoje me defrontei com um artigo no Correio Braziliense citando situações, no âmbito internacional, relativamente a Tribunais reconhecidos pelo Brasil, em que existe o voto de qualidade. Não participei – estive ausente – da sessão em que se aprovou, para inserção no Regimento Interno, a regra. Mas, se tivesse participado, e já havia me manifestado assim, votaria a favor dessa regra, entendendo-a como a revelar a prevalência não do duplo voto do Presidente, mas da corrente, no caso de empate, a que integrado o Presidente da Corte.
>
> **Ministro Cézar Peluso**
>
> Eu, com o devido respeito, tenho para mim que é fora de dúvida que qualquer solução aviltada no caso, qualquer que seja a alternativa adotada para o solucionar será sempre uma solução ficta, como, na assentada do RE nº 630.147, já disse que era uma decisão artificial. E, de fato, o é. Por quê? Simplesmente pelo fato óbvio de que não há maioria que decidiu. A solução aqui é recorrer a uma ficção, isto é, é como se houvesse uma maioria que existiu; não há. Mas, como temos de aplicar, porque a maioria entendeu que deve aplicar algum critério para definir o teor do julgamento, então nós vamos ter uma decisão ficta, sim, mas que prevalecerá como tal.
>
> […]
>
> Então, temos que escolher algum critério, e o Tribunal aventou este critério.
>
> Nenhum dos critérios lembrados, a meu ver tirando o do artigo 13, é insuscetível de discussão; nenhum deles.
>
> O do artigo 13, inciso IX, eu não aplicaria ao caso, como não apliquei no caso anterior, dizendo que não tenho vocação para déspota, e de fato não o tenho, e disse-o diante do inusitado fato de que a maioria da Corte, que aprovou por unanimidade essa emenda regimental, não aceitava o voto do Presidente! Noutras palavras, eu não posso sequer invocar essa norma regimental para proclamar o resultado, porque a maioria, que aprovou essa norma regimental, não aceita essa decisão. De modo que, só sendo um déspota, eu teria de impor ao Tribunal essa solução, que não é de um segundo voto, ou que não seria de um segundo voto, como está previsto em outras decisões, mas que simplesmente adota o teor do voto do Presidente como o teor da decisão.
>
> A mim me parece, com o devido respeito, que essa norma nada tem de inconstitucional, é apenas opção legislativa no plano das normas de caráter regimental.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

Naquela assentada, acabou decidindo a Suprema Corte aplicar, por analogia, o art. 205, parágrafo único, inciso II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal,[14] para manter o ato impugnado. Em sede de embargos de declaração, opostos com pedido de efeitos infringentes, o Supremo Tribunal Federal aplicou, enfim, a regra do voto de qualidade do art. 13-IX do RISTF[15]:

> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, tenho em mãos um requerimento do Sr. Jader Fontenelle Barbalho que diz respeito ao RE nº 631.102, em grau de julgamento de embargos de declaração, com petição de que Vossas Excelências já têm conhecimento, uma vez distribuída antecipadamente cópia, e em que o requerente pede que o Plenário encerre o julgamento dos embargos de declaração, aplicando o artigo 13, inciso IX, letra "b", do Regimento Interno.
>
> Consulto o Plenário para saber se está de acordo com a proposta.
>
> O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, permito-me lembrar-lhe que, quando da última assentada, exatamente na sessão plenária em que julgamos os embargos a que se refere Vossa Excelência, manifestei o meu ponto de vista no sentido de que o caso era de aplicação do artigo 13 do Regimento Interno, salvo engano, inciso IX; ou seja, embora votando contra a pretensão do Sr. Jader Fontenelle Barbalho no julgamento dos embargos, diante do empate, eu já entendia, desde aquela ocasião, que Vossa Excelência estava autorizado a fazer uso da norma regimental de desempate.
>
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – É verdade. Lembro-me bem de que Vossa Excelência fez essa observação.
>
> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência até avisou que havia comunicado em *gaim* para o Presidente.
>
> O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Mas como o Plenário, naquela oportunidade, não se pronunciou, estou colhendo agora essa manifestação. E não podemos ouvir o eminente Relator, porque Sua Excelência está de licença médica, de modo que vou encerrar o julgamento proclamando o resultado: o Tribunal deliberou encerrar o julgamento com a aplicação do artigo 13, inciso IX, letra "b", do Regimento Interno, acolhendo os embargos e atendendo, por conseguinte, ao requerimento agora apresentado. Ficará com o acórdão, para Relator, o Ministro Dias Toffoli, de quem foi o primeiro voto nesse sentido.

14 "Art. 205. Recebidas as informações ou transcorrido o respectivo prazo, sem o seu oferecimento, o Relator, após vista ao Procurador-Geral, pedirá dia para julgamento, ou, quando a matéria for objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal, julgará o pedido.
Parágrafo único. O julgamento de mandado de segurança contra ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho Nacional da Magistratura será presidido pelo Vice-Presidente ou, no caso de ausência ou impedimento, pelo Ministro mais antigo dentre os presentes à sessão. Se lhe couber votar, nos termos do art. 146, I a III, e V, e seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:
I – não havendo votado algum Ministro, por motivo de ausência ou licença que não deva perdurar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto;
II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado."

15 STF. Plenário. Emb. decl. no RE 631.102/PA. Rel.: Min. Joaquim Barbosa. Red. do acórdão: Min. Dias Toffoli 14/12/2011. DJe, 2/5/2012, inteiro teor do acórdão, pp. 46-47.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

Diante do quanto exposto nesses precedentes, pode-se extrair algumas balizas norteadoras do exercício legítimo do voto de qualidade. De plano, enquanto opção político-legislativa de caráter procedimental, a medida não é, por si, inconstitucional. Entretanto, a sua aplicação deve ter, na medida do possível, caráter excepcional, conforme assentou o Ministro Celso de Mello. Isso porque o voto de qualidade produz uma decisão por maioria ficta, o que vai contra o ideal majoritário que, em uma democracia, deve prevalecer.

No caso em discussão, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) é um órgão colegiado integrante do Ministério da Fazenda, responsável pelo julgamento administrativo de segunda instância do contencioso administrativo fiscal na esfera federal. Suas seções e Câmara Superior são integradas por turmas, compostas ***paritariamente*** por representantes dos contribuintes e da Fazenda Pública, reservada aos últimos a função de Presidente, ao qual é conferido o voto de qualidade em caso de empates. Nesse sentido, dispõe o Decreto 70.235/1972, com redação da Lei 11.941/2009:

> Art. 25. O julgamento do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete:
>
> […]
>
> II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.
>
> § 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais será constituído por seções e pela Câmara Superior de Recursos Fiscais.
>
> § 2º As seções serão especializadas por matéria e constituídas por câmaras.
>
> § 3º A Câmara Superior de Recursos Fiscais será constituída por turmas, compostas pelos Presidentes e Vice-Presidentes das câmaras.
>
> § 4º As câmaras poderão ser divididas em turmas.
>
> § 5º O Ministro de Estado da Fazenda poderá criar, nas seções, turmas especiais, de caráter temporário, com competência para julgamento de processos que envolvam valores reduzidos, que poderão funcionar nas cidades onde estão localizadas as Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil.
>
> § 6º (VETADO)
>
> § 7º As turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais serão constituídas pelo Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pelo Vice-Presidente, pelos Presidentes e pelos Vice-Presidentes das câmaras, respeitada a paridade.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

> § 8º A presidência das turmas da Câmara Superior de Recursos Fiscais será exercida pelo Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a vice-presidência, por conselheiro representante dos contribuintes.
>
> § 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.
>
> § 10. Os conselheiros serão designados pelo Ministro de Estado da Fazenda para mandato, limitando-se as reconduções, na forma e no prazo estabelecidos no regimento interno. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)
>
> § 11. O Ministro de Estado da Fazenda, observado o devido processo legal, decidirá sobre a perda do mandato dos conselheiros que incorrerem em falta grave, definida no regimento interno.

O problema da frequente incidência do voto de qualidade no âmbito do CARF decorre, sobretudo, de uma característica intrínseca de seus órgãos colegiados, qual seja, a composição paritária. Por não disporem de número ímpar de membros julgadores, as turmas, câmaras e seções do conselho acabam por se encontrar, com certa frequência, diante de ocorrências de empates nos julgamentos, os quais levam à necessidade de utilização do critério do voto de qualidade do Presidente.

Nesse ponto, a solução do problema passaria, inevitavelmente, por uma de duas alternativas: (i) pela alteração do número de membros dos órgãos julgadores, a fim de conferir-lhes composição ímpar, com consequente perda do caráter paritário; ou (ii) pela alteração do critério de desempate escolhido pelo legislador, hipótese em que, assim como no voto de qualidade, a decisão produzida permaneceria uma decisão *artificial* – como se referiu o Min. Cezar Peluso –, posto que não subscrita por uma maioria de julgadores.

Qualquer das soluções, entretanto, demanda a reformulação do modelo legal adotado para o CARF, o que envolve adentrar na esfera de conformação política do legislador democrático. Conforme dito em análise preliminar, por importar atuação como legislador positivo, não há viabilidade de o STF impor diretamente um novo modelo de julgamento para o órgão, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

De resto, a tese de afronta aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade parte do pressuposto de que, por ser proferido pelo Presidente das turmas, escolhido dentre os conselheiros representantes do Fisco, o voto de qualidade nos processos do CARF representaria um desequilíbrio desarrazoado em detrimento dos contribuintes.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

Conforme informações da Presidência da República, a realidade do conselho não se mostra como coloca o requerente, havendo inúmeros casos de votos de qualidade em prol de contribuintes e, mais ainda, de decisões unânimes nesse sentido (peça 19, pp. 35-36):

> 68. Há, ainda, relevante dado que mostra a ausência de fundamento na suposta presunção de suspeição que recairia aos conselheiros do CARF indicados pela Fazenda Nacional. É que essa suspeição, é evidente, não recairia somente sobre os votos de qualidade, mas sobre todos os votos proferidos por aqueles conselheiros ditos suspeitos.
>
> 69. Ocorre que a realidade mostra o reverso. Segundo dados do próprio CARF, constantes de seu relatório de atividades do período de janeiro a agosto de 2016, **a maioria das decisões proferidas por aquele órgão foram favoráveis ao contribuinte, e grande parte delas à unanimidade**. Veja-se:
>
> **Percentual de recursos julgados por recorrente, tipo de recurso e favorecido**

| Tipo de Decisão | Favorecido | | Total |
|---|---|---|---|
| | Contribuinte | Fazenda | |
| **Unanimidade** | 2.122 | 1.905 | 4.027 |
| **Maioria** | 859 | 705 | 1.564 |
| **Qualidade** | 137 | 280 | 417 |
| **Total** | **3.118** | **2.878** | **5.966** |

> 70. Aliás, o mesmo estudo ajuda a delimitar a presente controvérsia, e desanuviar a suposta impressão, que o CFOAB quis emplacar, de que o CARF seria um "validador cego de autuações fiscais". De acordo com o citado relatório, **o voto de qualidade foi utilizado em apenas 417 dos 5.996 recursos apreciados no período, o que representa, tão somente, 7% dos julgamentos realizados pelo órgão**. A grande maioria dos casos foi resolvida por unanimidade entre os conselheiros (4.027 recursos, 67,2% do total), enquanto 26,1% das decisões foram proferidas por maioria de votos (1.564 recursos).
>
> 71. Em suma, quanto o ponto, conclui-se que o voto de qualidade junto ao CARF, não se presta para decidir, sempre, em favor do Fisco, e constitui forma plenamente constitucional – é dizer, isonômica e proporcional – de resolver casos de empate.

Não se verificam, portanto, os alegados vícios de inconstitucionalidade.



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29

## V

Ante o exposto, a Procuradora-Geral da República manifesta-se pelo não conhecimento do pedido ou, sucessivamente, pela sua improcedência.

Brasília, 25 de março de 2019.

**Raquel Elias Ferreira Dodge**
Procuradora-Geral da República

AMO



Documento assinado via Token digitalmente por PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE, em 25/03/2019 14:25. Para verificar a assinatura acesse http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento. Chave 09CE7C1A.11B0BDBF.AFB04BD8.C18DAF29