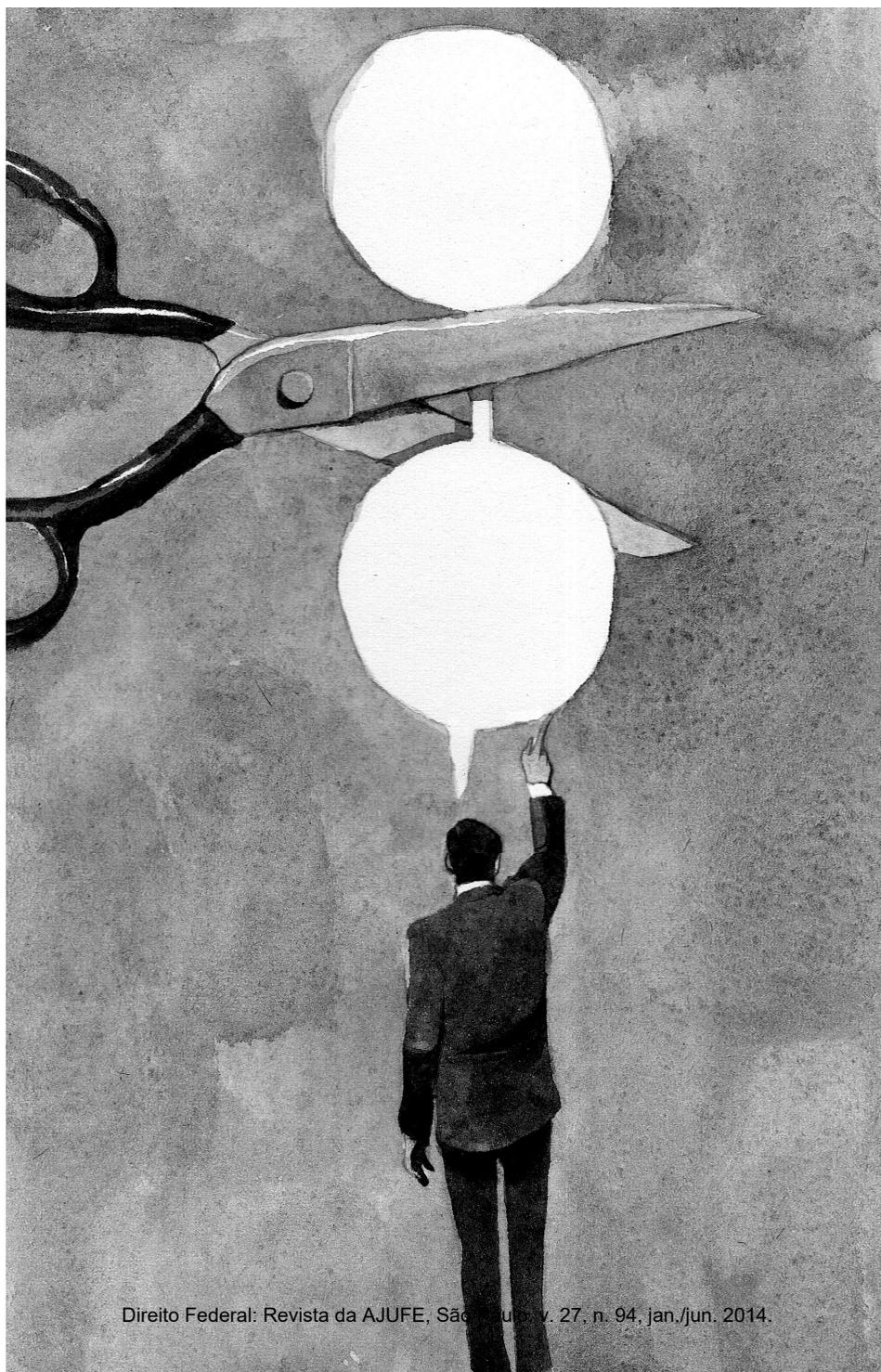


*Da ofensa do voto duplo aos princípios
constitucionais da igualdade e do Estado
Democrático de Direito*



Fábio Martins de Andrade

Doutor em Direito Público pela UERJ,
mestre pela UCAM e advogado

Sumário: Introdução – Violação ao princípio da isonomia – Ensaio jurisprudencial – Violação ao princípio democrático – Possíveis alternativas – Conclusão.

Resumo: O estudo busca analisar a ilegitimidade do voto duplo proferido pelo presidente das turmas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais nos casos de empate no cômputo dos votos à luz dos princípios constitucionais da igualdade e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Voto duplo – Voto de qualidade.

Abstract: *The study assesses de illegitimacy of the double vote given by the presidente of the Chambers of the Administrative High Court of Appeals in cases of tied votes under the perspective of the constitutional principles of equality and Rule of Law.*

Keywords: *double vote – Casting vote.*

1. Introdução

O voto duplo adotado pelo Regimento Interno do CARF, também denominado “voto cumulativo”, viola expressamente a norma constitucionalmente insculpida no caput do artigo 5º da Constituição da República acerca da igualdade de todos perante a lei, e também a própria essência do princípio republicano do Estado Democrático de Direito, determinado no artigo 1º da nossa Lei Maior.

Quando do julgamento de Recurso Voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, face ao empate de votos (3 x 3),

aplica o presidente da turma, o artigo 54 do Anexo II do Regimento Interno.¹

Ocorre que, tal prerrogativa eiva-se de máculas indelévels. Com efeito, é atribuída apenas aos presidentes das turmas do CARF e, por conseguinte, somente aos Conselheiros representantes da Fazenda Nacional. Além disso, confere apenas a um cidadão que compõe determinada turma do CARF (conselheiro), um tratamento flagrantemente diferenciado, uma condição especial, ou um poder maior do que cada um dos seus pares. Esse cidadão, votando, é capaz de provocar um empate quando somado aos demais votos dos membros integrantes do colegiado, e em seguida, “resolver” esse mesmo empate com o cômputo duplo de seu voto, ao arpeio do postulado da igualdade que deve ser permanentemente observado pela Administração Pública, especialmente em suas manifestações, atos e decisões.

Ainda que o Regimento atribuisse ao representante dos Contribuintes o voto duplo, o resultado seria do mesmo modo incompatível com a Constituição Federal, vez que, em um ordenamento jurídico calcado nos princípios norteadores da igualdade ou da isonomia e do Estado Democrático de Direito, não há como se admitir válida uma decisão que, com o voto duplicado de um dos julgadores, modifica e define (distorce) o resultado de um julgamento sobre o qual paira dúvida pelo colegiado acerca da regra a ser aplicada, dúvida essa configurada inequivocamente pelo empate na votação ordinária.

Isso porque uma das aplicações do princípio fundamental da igualdade é exatamente evitar ou impedir as situações que possam produzir tratamento diferenciado em relação a pessoas que se encontram em situações idênticas.

2. Violação ao princípio da isonomia

Em realidade, inquina-se a aplicação de norma regimental que, violando o postulado da igualdade, atribui ao conselheiro presidente um poder maior do que aquele conferido aos demais julgadores do mesmo órgão e na mesma

¹ Eis a dicção do dispositivo: “Art. 54. As turmas ordinárias e especiais só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade”.

assentada na hipótese de empate no julgamento.²

O alcance do conceito de igualdade e, portanto, a identificação, ou não, de sua violação, pode ser evidenciada com maior facilidade se examinada à luz das situações concretas que surgem no cotidiano da sociedade, e que podem provocar sérios gravames de ordem moral e material se não forem corrigidas ou evitadas tempestivamente.³

Como se vê, a doutrina brasileira converge no sentido de que o princípio da igualdade impede que determinada norma institua fatores de discriminação entre seus destinatários, tal como faz o Regimento Interno do CARF, que atribui peso diferente ao voto de um determinado conselheiro (presidente, nomeado pelo ministro da Fazenda, não eleito por seus pares, e sempre representante da Fazenda Nacional), em detrimento dos demais conselheiros, cujos votos acabam por gozar de um valor notoriamente menor.

Willis Santiago Guerra Filho corrobora a incompatibilidade entre o princípio da isonomia e a concessão de privilégios a quem quer que seja (*in casu*, ao presidente da turma julgadora no CARF).⁴

2 O eminente Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, ao proferir voto no Mandado de Injunção nº 58 (publicado no DJ de 19/04/1991), explicita o exato alcance desse princípio fundamental, especialmente no que diz respeito ao Poder Público, ao doutrinar que: “O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA, 55/114), sob duplo aspecto: o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade”.

3 Cf. CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 55-58.

4 O jurista esclarece que: “Essa incompatibilidade entre a isonomia e a concessão de privilégios vem expressa, por exemplo, na própria definição dada pelo constituinte lusitano ao princípio, no inc. II, art. 13º da CRP, após enunciá-lo no inc. I. Daí que, para um dos mais autorizados exegetas do texto constitucional português – não só por ser Catedrático de Direito Constitucional em Lisboa, mas também por ter sido Deputado-Constituinte em 1976 –, o Prof. Jorge Miranda (1988, p. 240), ‘o sentido primário do princípio é negativo: consiste na vedação de privilégios e discriminações’, definindo, em seguida, privilégios, como ‘situações de

Resta evidente que o cômputo duplicado do voto de um dos conselheiros que compõem o órgão colegiado competente para decidir caracteriza injusto privilégio e discriminação em relação aos demais.

Registre-se, ademais, que este tratamento diferenciado ocorre exatamente na situação de maior acirramento da controvérsia em torno da questão jurídica posta sob julgamento, isto é, quando o entendimento do órgão julgador cinde-se em porções igualitárias através do empate dos votos.

3. Ensaio jurisprudencial

Acerca da impossibilidade de prolação de voto duplo pelo presidente, cabe registrar o entendimento do E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região⁵ sobre a interpretação do seu próprio Regimento Interno em causa que versou sobre tema administrativo do referido tribunal (referente aos serventuários):

“Note-se que embora o inciso VIII do art. 21 do Regimento Interno diga que o presidente proferirá voto de qualidade, trata-se evidentemente de voto de desempate. Isto, aliás, ficou consignado no acórdão embargado (fls. 65/66).

Penso não ser possível, em julgamento judicial, que qualquer julgador profira dois votos na mesma causa e no mesmo julgamento.

No caso, o ilustre presidente, com o seu primeiro voto, empatou a votação. Logo a seguir ele mesmo proferiu voto de desempate. Tenho como irregular e descabido esse procedimento. Primeiro, porque o § 1º do art. 148 do Regimento Interno é claro em dizer que se o presidente tiver de votar, e houver possibilidade de se tornar par o número de julgadores, o de menor antiguidade

vantagem não fundadas’, e discriminações, por seu turno, como ‘situações de desvantagem” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003. p. 134).

5 Embargos de declaração em MS nº 2005.02.01.014093-6; UF: RJ; Órgão Julgador: Plenário; Data da decisão: 14/06/2007; Documento: TRF-200169188; DJU - Data: 16/08/2007 - Página: 95; Relatora: Desembargadora Federal Vera Lucia Lima – g.n.

não votará. Ocorre que no julgamento deste mandado de segurança, excluindo-se o presidente, o número de votantes era ímpar, tanto que o presidente votou empatando e, depois, votou desempatando. Segundo, porque se o presidente votou, por se tratar de questão constitucional, como lhe permite o regimento, não poderia ter votado o julgador de menor antiguidade. Isto deveria ter sido verificado antes de iniciar a votação. Como o presidente, ao votar pela primeira vez, provocou o empate na votação, deveria ter sido suspenso o julgamento para aguardar-se o voto dos Desembargadores Federais que estavam ausentes naquela sessão (ou pelo menos de alguns deles) que eram nada menos do que 8 (oito), conforme consta do acórdão (fls. 65/66).

O que não pode, no meu entendimento, é o presidente votar duas vezes, pois isto não tem amparo legal. Aliás, isto desequilibra, evidentemente, a votação e, conseqüentemente, compromete o resultado do julgamento. Eu diria até que desequilibra a 'balança' da Justiça, fazendo-a pender para um dos lados sem a indispensável equidade e neutralidade que lhe são inerentes.

Note-se que o próprio Código de Processo Civil contém mecanismos que evidenciam a necessidade de preservar-se o resultado absolutamente isento dos julgamentos.

Assim é que está impedido de votar o juiz que tenha proferido a sentença em primeira instância (art. 134 - III); o que tenha atuado anteriormente no processo como advogado ou membro do Ministério Público (art. 134 - II e IV). Nas sessões de julgamento, quando dois julgadores forem parentes, o que primeiro votar tornará impedido o outro (art. 136).

Ora, com muito mais razão não pode um mesmo julgador "julgar" duas vezes o mesmo caso.

A hipótese é, pois, de nulidade absoluta do julga-

mento, passível, como se viu, de ser declarada em sede de embargos de declaração. (...)”.

Eis a ementa do acórdão em foco:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRESIDENTE DA SESSÃO DE JULGAMENTO. VOTO DUPLO PARA DESEMPATAR. IMPOSSIBILIDADE (REGIMENTO INTERNO, ARTS. 21 – VIII e 148).

1 - São cabíveis embargos de declaração para apreciar alegação de nulidade processual.

2 - Tendo o presidente do tribunal votado no julgamento do mandado de segurança originário, por se tratar de matéria constitucional e, com o seu voto, provocado empate na votação, não poderia proferir novo voto, já agora para desempatar o julgamento.

3 - No sistema processual pátrio não há previsão de que o mesmo julgador possa proferir dois votos em um mesmo julgamento (mesmo processo), pois a prerrogativa que tem o presidente da Corte de proferir voto de desempate só é cabível quando a votação, sem que o presidente tenha votado, chega a ele empatada.

4 - Tanto isto é verdade que o Código de Processo Civil contém mecanismos que impedem até mesmo quem já tenha atuado no processo de participar de novo julgamento. Assim é que estão impedidos de participar do julgamento no tribunal o juiz que tenha proferido sentença em primeira instância (art. 134 - III); quem já tenha atuado nos autos como advogado ou membro do Ministério Público (art. 134 – II e IV). Além disso, nas sessões de julgamento, quando dois julgadores forem parentes, o que primeiro votar tornará impedido o outro (art. 136).

5 - No caso, como estavam ausentes da sessão, justificadamente, alguns membros do tribunal, o correto teria sido suspender-se o julgamento, aguardando-se a próxima sessão para colher os votos deles.

6 - Embargos de declaração do Ministério Público Federal acolhidos para declarar-se nulo o julgamento. Embargos de declaração da União prejudicados”.

O mandado de segurança foi impetrado originariamente no Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região. O Ministério Público opôs Embargos de Declaração sustentando a nulidade do julgamento que concedeu a segurança em favor dos Impetrantes em razão de interpretação equivocada do art. 21, inciso VIII, do Regimento Interno do TRF/2ª Região.⁶

Além dessa regra, há outra, prevista no art. 148, § 1º, do mesmo Regimento Interno, que a legitima, desde que interpretada adequadamente.⁷

Da leitura dos trechos acima destacados do referido acórdão, verifica-se que a terminologia “voto de qualidade” nessas situações deve ser tratada como verdadeiro “voto duplo”.

Nesse sentido, o voto de qualidade é prolatado quando, chegando ao presidente a questão empatada, cabe-lhe, com a prolação de um único voto, desempatar o julgamento e proclamar o resultado final. Verifica-se, por conseguinte, que realmente assim não há adoção do famigerado “voto duplo”.

No caso destacado, foi afastada a aplicação do voto duplo, previsto no inciso VIII do art. 21 do RITRF/2ª Região, quando computado duas vezes no julgamento e reconhecida a sua legitimidade quando aplicado como “voto de desempate” (computado apenas uma vez no julgamento).

6 Eis o teor do dispositivo em questão: “Art. 21. São atribuições do presidente: (...). VIII – Proferir, nos julgamentos do Plenário e do Órgão Especial, voto de qualidade e votar quando a questão for de natureza constitucional”.

7 Eis a dicção do dispositivo em referência: “Art. 148. Concluído o debate oral, o presidente tomará os votos do relator e do revisor, se houver. Após, dará a palavra aos outros juízes que se lhe seguirem na ordem de antiguidade decrescente, para que profiram voto no tempo máximo de 15 (quinze) minutos ou peçam vista. § 1º Se o presidente tiver de votar, por estar vinculado ao processo, e em consequência se tornar par o número de julgadores, deixará de votar o vogal de menor antiguidade”.

O Colendo Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal, em lapidar decisão, cujo relator foi o eminente ministro Carlos Velloso, interpretou o princípio constitucional da igualdade perante a lei, invocando e confirmando a lição do maior dos constitucionalistas brasileiros, Rui Barbosa, evidenciando a procedência e a atualidade da seguinte lição:

“Tratando-se de isonomia e de igualdade ou desigualdade entre as pessoas, nunca é demais citar brilhante frase do inolvidável Rui Barbosa em sua ‘Oração aos Moços’ quando destaca:

‘tratar com desigualdade a iguais ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real’.⁸

Em acórdão proferido pela E. 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal decorrente do exame do Agravo Regimental no AI nº 682.486, o ministro Marco Aurélio proferiu voto no seguinte sentido:

“(…) É possível que em um Colegiado, o cidadão, favelável como outro qualquer, como nós também somos, profira um voto, e, neutralizando-se os votos ante o empate dos demais integrantes do colegiado, ele venha a decidir isoladamente? **O voto de qualidade, para mim, ele acaba por consubstanciar a existência de um superórgão. Não consigo, diante das guaridas da Constituição dita cidadã por Ulisses Guimarães, concluir que alguém possa ter um poder tão grande de provocar empate, votando, e posteriormente reafirmando a ótica anterior, dirimir esse mesmo empate**” (grifamos).

8 Acórdão do Recurso Extraordinário nº 236.604-7 PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 06/08/1999, Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, Dialética, nº 49, outubro de 1999, p. 165 a 169. O trecho transcrito encontra-se na p. 168 – g.n.

Na mesma assentada, o ministro Ayres Britto, assim, em resumo, se manifestou:

“É possível conferir ao agente estatal que faz parte de uma autarquia federal, da cúpula de uma autarquia federal, a duplicidade de voto, o voto em dobro, o voto dúplice?

(...)

Isso precisa ser confrontado com a natureza jurídica da autarquia federal CADE e com a natureza jurídica do cargo titularizado pelo prolator do voto em dobro.

(...)

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 passa de vista o sistema de comandos da Constituição, alvitra esse princípio da República desde o artigo 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 estava no preâmbulo da Constituição, onde efetivamente está, e volta a ser mencionado na cabeça do artigo 5º.

O único valor jurídico que é duas vezes mencionado na cabeça do artigo 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 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 se a estruturação deles obedeceria ao princípio democrático: um homem, um voto. E há outro elemento conceitual da democracia que me parece nesse caso e que

não pode ser ignorado. A democracia se rege pela coisa mais insita, mais inerente a ela, que é a majoritariedade.

(...)

Os órgãos públicos podem decidir ignorando o princípio da majoritariedade? Esse princípio mais que modular da democracia? Pode um dirigente de uma autarquia votar duas vezes? Vossa Excelência lembrou: ele compôs a igualdade - a votação estava em 3 a 2 para a Agravante -, então, ele conseguiu empatar, e ele mesmo desempatou. Isso é democrático, é republicano, é coerente com a Constituição?" (grifamos).

Registre-se, por oportuno, que apesar dos esforços dos ministros Marco Aurélio e Ayres Britto, a 1ª Turma do STF não logrou afetar a discussão ao Pleno, em razão da ausência de prequestionamento da matéria constitucional naqueles autos.⁹

4. Violação ao princípio democrático

A título de reforço da lógica democrática, notadamente diante das palavras acima anotadas e proferidas pelo ministro Ayres Britto no sentido de que a igualdade entre os cidadãos prestigiada na Lei Maior é expressa no que se refere ao direito de voto, constituindo, assim, importante postulado básico do sistema constitucional, vale recordar os exatos termos do artigo 14 da Constituição Federal, que afirma: "*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei*".

9 Eis a sua ementa: "CONSTITUCIONAL. VOTO VENCIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VOTO DE QUALIDADE. FUNDAMENTO EM NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. REMESSA AO PLENO. INDEFERIMENTO. REGIMENTAL IMPROVIDO. I - O presquestionamento requer que, na decisão impugnada, haja sido adotada explicitamente a tese sobre a matéria do recurso extraordinário. II - Se, no acórdão recorrido, apenas o voto vencido, isoladamente, tratou do tema constitucional suscitado no RE, não se tem por configurado o prequestionamento. Precedentes. III - O Tribunal de origem decidiu a questão relativa ao voto de qualidade com base em normas infraconstitucionais, o que torna inviável o recurso. IV - Indeferimento de questão de ordem no sentido de se remeter o caso ao Pleno. V - Agravo regimental improvido".

A disposição acima transcrita faz alusão à sistemática por intermédio da qual o povo exercerá o poder, como, aliás, está expressamente previsto no parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal. No entanto, as linhas gerais do regime democrático apontam que o voto, em regra, deve ser igual para todos.

Com efeito, essa igualdade consiste, no plano político, exatamente no impedimento de que o cidadão possa votar mais de uma vez em um mesmo candidato, na mesma eleição, ou ainda de se atribuir, em um regime democrático, um valor diferenciado a um ou outro cidadão em razão de qualquer critério que seja.

Trata-se, como bem lembrou o ministro Ayres Britto, da aplicação do princípio democrático norte-americano “um homem, um voto” (*one man, one vote*). O voto igualitário reflete o vetor da isonomia (art. 5º, caput, da CF), pois cada um dos cidadãos brasileiros tem a mesma importância política.

A título ilustrativo, a constitucionalidade da atribuição de pesos diferenciados a votos de eleitores foi debatida diversas vezes na Suprema Corte norte-americana, cujos julgados, como bem destacou o ministro Joaquim Barbosa quando do voto que proferiu nos autos do Recurso Extraordinário nº 631.102, referente ao Caso “Ficha Limpa” – Jader Barbalho, são fonte de inspiração das nossas instituições.

Emblemático, nesse sentido, foi o julgamento no caso *Reynolds versus Sims*, quando restou consagrada a adoção naquele vizinho do norte do princípio “um homem, um voto”:

“Em *Gray v. Sanders*, 372 US 368, decidimos que o sistema unitário distrital da Geórgia, aplicável nas eleições primárias do Estado, era inconstitucional, já que resultaria na diluição do peso dos votos de determinados eleitores meramente em razão do lugar onde eles moram. Depois de indicar que a Décima Quinta e a Décima Nona Emendas proíbem um Estado de sobrepesar ou diluir votos com base em raça ou sexo, afirmamos:

Como, então, uma pessoa pode receber duas ou dez vezes o poder de voto de outra pessoa em uma eleição estadual simplesmente porque ela vive em uma área

rural ou porque ela vive no condado rural menor? Uma vez que a unidade geográfica para a qual um representante deve ser escolhido seja designada, todos os que participam nas eleições devem ter um voto igual – independente de sua raça, independentemente do seu sexo, independentemente da sua ocupação, [377 U.S. 533, 558], independentemente da sua renda, e onde quer que sua casa se encontre nessa unidade geográfica. Isso é exigido pela Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda. O conceito de ‘nós, o povo’ sob a Constituição não visualiza preferenciais classes dos eleitores, mas a igualdade entre aqueles que atendam às qualificações básicas. A ideia de que cada eleitor é igual a cada eleitor no seu Estado, quando ele lança o seu voto em favor de um dos vários candidatos concorrentes, é base para muitas das nossas decisões.

Prosseguindo, dissemos que ‘não há nenhuma indicação na Constituição no sentido de que endereço ou profissão proporcione um meio válido para a distinção entre os eleitores no interior do Estado’”.

E, finalmente, concluiu: “A concepção de igualdade política a partir da Declaração de Independência, até o discurso Gettysburg de Lincoln, para as Emendas Quinze, Dezesesseis e Dezenove, pode significar apenas uma coisa – uma pessoa, um voto”.¹⁰

10 Traduzimos livremente o texto e grifamos a partir dos seguintes trechos originais: In *Gray v. Sanders*, 372 U.S. 368, we held that the Georgia county unit system, applicable in statewide primary elections, was unconstitutional since it resulted in a dilution of the weight of the votes of certain Georgia voters merely because of where they resided. After indicating that the Fifteenth and Nineteenth Amendments prohibit a State from overweighting or diluting votes on the basis of race or sex, we stated:

‘How then can one person be given twice or ten times the voting power of another person in a statewide election merely because he lives in a rural area or because he lives in the smallest rural county? Once the geographical unit for which a representative is to be chosen is designated, all who participate in the election are to have an equal vote - whatever their race, whatever their sex, whatever their occupation, [377 U.S. 533, 558] whatever their income, and wherever their home may be in that geographical unit. This is required by the Equal Protec-

Como se vê, o voto igualitário reflete o vetor da isonomia que alicerça o nosso ordenamento jurídico, com a previsão expressa no caput do art. 5º da Constituição da República, atribuindo a cada cidadão de um Estado Democrático de Direito a mesma importância política. Ora, com muito mais razão, como bem lembrou o ministro Ayres Britto, é adotada, em nossos órgãos julgadores colegiados, a definição de que justo e constitucional em uma escolha ou julgamento é atribuir o mesmo valor ao voto de cada um (cidadão ou julgador).

Cumpre registrar que, em outra situação, o E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região adotou entendimento no sentido de que a prolação de mais de um voto por um mesmo julgador é ilegítima.

Veja-se o que manifestou a Exma. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, relatora da Apelação Cível nº 2000.34.00.045920-6/DF, em seu voto:

“No âmbito administrativo, da decisão que julgou procedente a ação fiscal, a empresa impetrante apresentou recurso voluntário. Por maioria de votos, a 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, presidida pelo Conselheiro Marcos Vinicius Neder de Lima, deu parcial provimento ao recurso em 25/02/1997 (fl. 225).

Interposto recurso especial de divergência pela empresa, o mesmo Conselheiro, Marcos Vinicius Neder de Lima, em novembro de 1997, por despacho, negou-lhe seguimento (fl. 267).

A apelada, inconformada com o despacho 202-08.957, formulou pedido de reexame, encaminhado à 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, ten-

tion Clause of the Fourteenth Amendment. The concept of ‘we the people’ under the Constitution visualizes no preferred class of voters but equality among those who meet the basic qualifications. The idea that every voter is equal to every other voter in his State, when he casts his ballot in favor of one of several competing candidates, underlies many of our decisions. Continuing, we stated that ‘there is no indication in the Constitution that homesite or occupation affords a permissible basis for distinguishing between qualified voters within the State.’ And, finally, we concluded: ‘The conception of political equality from the Declaration of Independence, to Lincoln’s Gettysburg Address, to the Fifteenth, Seventeenth, and Nineteenth Amendments can mean only one thing - one person, one vote’ (Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=377&invol=533#t36>>. Acesso em: 09.05.2012).

do como relatora a Conselheira Luiza Helena Galante de Mourão, que reformou o despacho da lavra do Conselheiro Presidente da 2ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, admitindo o processamento do Recurso Especial de Divergência.

No Plenário da Câmara Superior de Recursos Fiscais, colegiado que o referido conselheiro compõe, participante da sessão de julgamento, ficou assentada a não admissão do recurso especial (fls. 280-281).

O art. 14 da Portaria 538/1992, que aprovou o Regimento Interno do Segundo Conselho de Contribuintes, estabelece o impedimento dos conselheiros e procuradores de participar do julgamento dos recursos em que tenham sido atuantes nos processos; praticado ato decisório na 1ª instância; interesse econômico e financeiro, direto ou indireto; parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, interessados no litígio (fl. 302).

A Portaria 540/1992 aprovou o Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais. No art. 13, estão previstas as hipóteses de impedimento dos conselheiros e, entre elas, a prática de ato decisório na primeira instância (fl. 308).

Em 1998, foi editada a Portaria Ministerial 55, que aprovou os Regimentos Internos da Câmara Superior de Recursos Fiscais e dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Está disposto, em ambos, o impedimento dos conselheiros de participar do julgamento dos recursos em que tenham sido atuantes nos processos e que tenham praticado ato decisório na 1ª instância (arts. 13 e 15, fls. 316 e 335, respectivamente).

O entendimento firmado na sentença quanto à afronta ao Regimento Interno da Câmara Superior está correto, pois o mesmo conselheiro atuou em três fases do processo administrativo fiscal.

Contrariamente ao alegado nas razões recursais da União, está flagrante o óbice regimental quanto à participação do Conselheiro, Marcos Vinicius Neder de Lima, no julgamento do pedido de reexame.

Do parecer do representante do MPF, destaco que restou configurada ofensa ao princípio da imparcialidade. Da mesma forma que é vedado ao juiz exercer jurisdição no processo em que tiver funcionando como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão (art. 252, CPC), é razoável que tal interpretação seja estendida aos processos administrativos¹¹.

Ora, se a prolação de dois ou mais votos pelo mesmo julgador, em diferentes instâncias de julgamento, ofende o princípio da imparcialidade, é certo que também a prolação de dois votos por um julgador em uma única assentada igualmente ofende o referido princípio.

Cabe ainda lembrar que, nas associações e em conselhos diversos, a igualdade de direitos conduz a que cada um seja titular de um voto. Nas sociedades, diversamente, mas mantendo viva a chama da igualdade, os votos poderão ser contados segundo o valor das quotas de capital. Aqui, particularmente, o tratamento diferenciado justifica-se, uma vez que, tendo a sociedade finalidade exclusivamente econômica, a possibilidade de influenciar em seus destinos será diretamente proporcional ao capital nela investido.

Não há, pelo que se pode depreender, como indicar um critério apto a justificar a flagrante desigualdade imposta pelo artigo 54 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, justamente entre os seus próprios integrantes, permitindo que a apenas um deles, e nesse ponto não importa se representante da Fazenda Nacional ou dos Contribuintes, seja dado provocar o empate e, na sequência imediata, seja dado o privilégio de definir (distorcer) o resultado do julgamento, fazendo prevalecer uma suposta “maioria”, quando essa, na realidade, não se verificou, na medida em que foi alcançado empate no cômputo dos votos

¹¹ AMS 200034000459206, desembargadora federal Maria do Carmo Cardoso, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 04/12/2009 - g.n.

prolatados pelos membros integrantes do órgão colegiado.

Falta, desse modo, correlação lógica entre o fato adotado como *discrímen* – a circunstância de ser presidente de uma das turmas do CARF – vaga esta que nunca é concedida a um representante dos contribuintes em um tribunal administrativo que se diz paritário – e a discriminação feita: cômputo duplicado de voto.

Em respeito ao princípio da igualdade e de outros postulados constitucionais, a legislação interna dos órgãos colegiados administrativos deveria estabelecer mecanismos capazes de solucionar conflitos desse tipo.

5. Possíveis alternativas

Cuidando-se especificamente do CARF, é importante registrar que não há outra previsão regimental que possa solucionar o embaraço do empate no cômputo dos votos sem a adoção da espúria sistemática do voto duplo. Não existe, por exemplo, disposição que determine, antes mesmo da injusta adoção do voto duplo, a convocação de outro conselheiro, ainda que presidente de outra turma, ou sorteado dentre os conselheiros substitutos, para proferir o voto de desempate necessário à proclamação do resultado final. Em suma, outro conselheiro julgador, cujo peso de sua manifestação pelo voto seja exatamente igual ao de seus pares.

É esta “criatividade normativa” que evolui para os fins de se evitar – no exercício da prestação jurisdicional emanada dos tribunais – as violações dos postulados constitucionais da igualdade, devido processo legal, juiz natural, razoabilidade, dentre outros, amplamente percebida e presente nos Regimentos Internos dos tribunais.

Nesse sentido, a título de se demonstrar que, diferentemente do que ocorre no âmbito do CARF, é possível a todos os colegiados a adoção de normas internas que busquem preservar a melhor prestação jurisdicional, sendo oportuno destacar as seguintes regras regimentais, no âmbito dos Tribunais Superiores da República.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, constam diversas regras que trazem critérios capazes de solucionar a delicada questão do empate no cômputo dos votos.

Em caso de empate em votação de uma das turmas do STF – na qual o presidente sempre tem direito a voto – adia-se a decisão até tomar-se o voto do ministro que esteve ausente (art. 150, § 1º). Ausente por mais de um mês, convoca-se ministro da outra turma, na ordem decrescente de antiguidade (art. 150 § 2º). Há exceção no caso de empate em julgamento de *habeas corpus* e recursos em matéria criminal (exceto recurso extraordinário), em que prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu (art. 150 § 3º).

Já nos julgamentos do Pleno do STF, a regra geral é que havendo empate na votação de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta, à exceção do julgamento de *habeas corpus*, e seus recursos, quando proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente (art. 146, parágrafo único).

Como atribuições do presidente, cabe 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 30 dias, quando seja urgente a matéria e não se possa convocar o ministro licenciado.

Na hipótese específica de julgamento de mandado de segurança contra ato do presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho Nacional de Justiça será presidido pelo vice-presidente, se lhe couber votar 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 durar por mais de três meses, aguardar-se-á o seu voto; II – havendo votado todos os ministros, salvo os impedidos ou os licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.

Verifica-se, portanto, o caráter residual e subsidiário do voto duplo dentre o amplo elenco de possíveis alternativas para solucionar a questão quando do empate de votos.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sequer consta a previsão que atribui ao presidente a prerrogativa do voto duplo (não constando nem como regra residual e subsidiária).

Em caso de empate em votação de uma das turmas do STJ – na qual o presidente sempre tem direito a voto – adia-se a decisão até tomar-se o voto do mi-

nistro que esteve ausente (art. 181, § 2º). Ausente por mais de um mês, convoca-se ministro da outra turma, na ordem decrescente de antiguidade (art. 181 § 3º e art. 55, parágrafo único). Há exceção no caso de empate em julgamento de habeas corpus e recursos em matéria criminal (exceto recurso especial), em que prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu (art. 181, § 4º).

Já nos julgamentos do Pleno, da Corte Especial ou das Seções do STJ, a regra geral é que o presidente vote somente quando o julgamento depender de quórum qualificado de 2/3 (dois terços) dos membros para apuração do resultado (art. 175, inc. I) ou em caso de empate (art. 21, inc. VI; art. 24, inc. I e art. 175, inc. III).

Nos julgamentos em que haja previsão regimental de voto do presidente, se houver empate – por impedimento de algum dos demais ministros – convoca-se para completar o quórum outro ministro do STJ, por ordem de antiguidade (art. 55 caput), ou juiz convocado de Tribunal Regional Federal (art. 56).

Verifica-se, por conseguinte, no tocante ao RISTF, por exemplo, variados critérios aptos a promover o desempate de determinado julgamento, chegando inclusive ao casuísmo de diferentes situações específicas. Quando do julgamento de turma, de matéria cuja solução dependa de maioria absoluta, de habeas corpus e seus recursos e de ato do presidente do STF ou do CNJ, há diferentes soluções previstas regimentalmente para cada uma dessas hipóteses. Por fim, quando o RISTF não prever solução diversa, o que de plano afasta cada uma das hipóteses anteriormente colocadas, quando o empate decorrer da ausência de ministro nas condições que especifica, aí sim, e somente aí, é que caberá ao presidente proferir o voto de qualidade.

Não obstante, o então presidente do STF, eminente ministro Cezar Peluso, quando o plenário chegou ao empate no julgamento do RE 630.147 (Caso Ficha Limpa – Joaquim Roriz), afirmou expressamente a respeito do voto de qualidade previsto no inciso IX do art. 13 do RISTF: *“Eu não tenho nenhuma vocação para déspota, nem acho que o meu valha mais do que qualquer dos outros Ministros, porque, se valesse, cinco Ministros não teriam discordado do meu voto!”* (pág. 340 do acórdão - julgado em 29/09/2010, DJe-230 Di-vulg 02-12-2011 Public 05-12-2011 Ement Vol-02639-01).

6. Conclusão

Enquanto se percebe a constante preocupação dos tribunais judiciais pátrios para preservar os julgamentos das violações constitucionais já mencionadas, o CARF, por sua vez, anda na contramão em detrimento das garantias individuais.

Diante disso, verifica-se o necessário afastamento da aplicação do art. 54 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, que permite a aplicação do voto duplo, vez que flagrante a violação ao princípio da igualdade previsto no caput do art. 5º e ao princípio do Estado Democrático de Direito, estabelecido no art. 1º, ambos da Constituição da República.

7. Referências bibliográficas

ANDRADE, Fábio Martins de. Dúvida, empate no julgamento e interpretação mais favorável ao contribuinte. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Ed. Dialética, n. 215, ago 2013, p. 88-98.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.

STF - Acórdão do Recurso Extraordinário nº 236.604-7 PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 06.08.1999, in *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, nº 49, outubro de 1999, p. 165 -169.

STF – Acórdão do Recurso Extraordinário nº 630.147-DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 29.09.2010, DJe 02.12.2011.

TRF/1ª Região - AMS 200034000459206, Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, TRF1 - Oitava Turma, e-DJF1 04/12/2009.