




ABDF 2019
IV CONGRESSO
INTERNACIONAL
DE DIREITO TRIBUTÁRIO
DO RIO DE JANEIRO
Em homenagem ao Professor
Ricardo Lobo Torres




COMO É TRATADO O EMPATE NAS DECISÕES JUDICIAIS


Fernando Facury Scaff
scaff@silveiraathias.com.br



Por que estudar sob esse ângulo?



- Relativo esgotamento dos argumentos processuais administrativos.
- Ampliação do debate para a teoria do Direito.
- Discussão sobre isonomia, em face do paralelismo das formas.



- Pressuposto básico:

O processo administrativo fiscal possui a mesma estrutura do processo acusatório penal.

- O PAF se inicia com uma peça acusatória, o Auto de Infração ou ato administrativo semelhante, no qual se *imputa* ao *contribuinte* a *acusação* de ser devedor de certa quantia ao Fisco.
- Cabe ao contribuinte se defender da *dívida (acusação)* que lhe é imputada, *além de qualquer dúvida razoável*.



- Fonte do raciocínio: Origem ancestral do Tribunal do Júri:
- Peça teatral de Ésquilo, denominada Eumênides (458 a.C.).
 - Orestes mata a mãe (Clitenestra) por ter traído seu pai (Agammenon).
 - É perseguido pelas *Fúrias*, deusas da vingança, que buscam matá-lo.
 - Minerva, deusa da Justiça, intercede em favor de Orestes e atribui aos homens o direito de julgar seus iguais.
 - Ela organiza um júri, composto por 500 pessoas e declara que, *havendo empate*, o voto dela, que somente ocorrerá nesta hipótese, será automaticamente pela absolvição de Orestes.
 - Ocorre o empate e Orestes é absolvido, sem que a deusa Minerva precise sequer pronunciar seu voto.
 - Daí surgem as seguintes Instituições: o Tribunal do Júri, o voto de Minerva e o *in dubio pro reo*.




- Daí a importância do estudo desse assunto em razão de sua origem e na teoria do Direito, visando demonstrar que as regras adotadas pelo Poder Judiciário em caso de empate, devem ser também adotadas em casos de *acusação de dívida*, através do processo administrativo fiscal.
- Os princípios informativos do PAF estão alinhados com os princípios do processo penal, conforme o CTN:
 - 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.



- É preciso ter cautela entre:
 - *Voto duplo*: O mesmo julgador vota duas vezes.
 - *Voto de Minerva*: Havendo empate, surge o voto desempatador, obrigatoriamente em favor do acusado.
 - *Voto de desempate*: Havendo empate, o julgador vota de acordo com as provas dos autos. Usado em matérias não-acusatórias.
 - Ver também o que é “voto de qualidade”, no CARF e no STF.



- 
- Como julgam os Tribunais Superiores no Brasil em caso de empate?
 - STF
 - STJ
 - 2º TFR
 - 3º TRF
 - TJSP



Supremo Tribunal Federal



Supremo Tribunal Federal



- **Sessões do Plenário:**

- Compostas por 11 (onze) Ministros; e
- O Presidente do Tribunal apenas vota em caso de empate (art. 13, IX, do RISTF):

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



Supremo Tribunal Federal



- **Sessões do Plenário:**

- Regra excepcional 1:
- Art. 146. Havendo, por ausência ou falta de um Ministro, nos termos do art. 13, IX, **empate** na votação de matéria cujas soluções dependam de maioria absoluta, considerar-se-á julgada a questão proclamando-se a solução contrária à pretendida ou à proposta.
 - Ou seja, em caso de matéria não-acusatória, o demandante perde.
- Exceto se:
 - Parágrafo único. No julgamento de habeas corpus e de recursos de habeas corpus proclamar-se-á, na hipótese de empate, a decisão mais favorável ao paciente.
 - Ou seja, havendo matéria acusatória, o autor vence.



Supremo Tribunal Federal



- **Sessões do Plenário:**

- Regra excepcional 2:
 - Impedimento do Presidente por ser autoridade coatora:
 - Art. 205, 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 seu voto produzir empate, observar-se-á o seguinte:
 - II – havendo votado todos os Ministros, salvo os impedidos ou licenciados por período remanescente superior a três meses, prevalecerá o ato impugnado.
 - Ou seja, havendo matéria não-acusatória, o impetrante perde.



Supremo Tribunal Federal



- **Sessões das Turmas:**

- Compostas por 5 (cinco) Ministros.
- O Presidente da Turma sempre terá direito a voto (art. 150, do RISTF).
- Porém, havendo **empate**:
 - §3º Nos habeas corpus e recursos em matéria criminal, exceto o recurso extraordinário, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente ou réu.
 - Ou seja, o impetrante vence.





Superior Tribunal de Justiça



Superior Tribunal de Justiça

- **Sessões do Plenário:**
 - Compostas por 33 (trinta e três) Ministros;
 - O Presidente do Tribunal apenas vota em caso de desempate (art. 21, VI, do RISTJ).
- **Sessões da Corte Especial:**
 - Compostas por 15 (quinze) Ministros; e
 - O Presidente do Tribunal apenas vota em caso de desempate (art. 21, VI, do RISTJ).
 - Exceção (art. 175, do RISTJ):
 - O Presidente do Tribunal vota ordinariamente apenas em três casos:
 - (i) nos casos em que o julgamento depender de quórum qualificado para apuração do resultado;
 - (ii) em matéria administrativa;
 - (iii) nos demais casos, quando ocorrer empate.



Superior Tribunal de Justiça

- **Sessões da Corte Especial (RISTJ):**
 - Art. 175. O Presidente (do Tribunal) não proferirá voto, salvo:
 - I - nos casos em que o julgamento depender de quorum qualificado para apuração do resultado;
 - II - em matéria administrativa;
 - III - nos demais casos, quando ocorrer empate.
- **Sessões das Seções Especializadas:**
 - Compostas por 10 (dez) Ministros;
 - O Presidente da Seção (Ministro mais antigo) apenas vota em caso de desempate (art. 24, I, do RISTJ).



Superior Tribunal de Justiça

- **Sessões das Turmas Especializadas:**
 - Compostas por 5 (cinco) Ministros;
 - O Presidente da Turma (Ministro mais antigo) terá participação na condição de relator, revisor ou vogal (art. 25, I, do RISTJ).
 - Exceção:

Art. 181. A decisão da Turma será tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros.

§ 4º No habeas corpus e no recurso em habeas corpus, havendo empate, prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

 - Ou seja, em caso acusatório, *in dubio pro reo*.



Superior Tribunal de Justiça

- Em caso de **Agravo Regimental em Matéria Penal**:
 - Art. 258. ...
 - §4º Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate.
 - Não consta como será a decisão, mas, por se tratar de matéria penal, deverá ser *in dubio pro reo*.
- Em caso de **Agravo Interno** (não penal):
 - Art. 259. ...
 - §7º Se a decisão agravada for do Presidente da Corte Especial ou da Seção, o julgamento será presidido por seu substituto, que votará no caso de empate.
 - Voto liberado, pois matéria não-acusatória.



Tribunal Regional Federal da 3ª Região e da 2ª Região



Tribunal Regional Federal da 3ª Região

- **Sessões do Plenário:**
 - Compostas por 43 (quarenta e três) Desembargadores Federais;
 - Regra: O Presidente do Tribunal não proferirá voto;
 - Exceção (art. 158, do RITRF3):
 - O Presidente não proferirá voto, exceto:
 - I - em matéria constitucional;
 - II - em matéria administrativa;
 - III - nos demais casos, quando ocorrer empate, ressalvado o disposto nos parágrafos seguintes:
 - ➔ • § 1º - Se houver empate nas decisões criminais, o Presidente proferirá voto de desempate, se não tiver tomado parte da votação. Caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.
 - § 2º - Se houver empate no julgamento do agravo regimental, prevalecerá a decisão agravada.
 - ➔ • **Hipótese estranha, pois não admite o *in dubio pro reo* imediato, pois aparenta que o voto poderá ser em qualquer sentido.**
- As sessões do **Órgão Especial**, composto por 18 Desembargadores Federais, segue a mesma linha (art. 158, RITRF3).



Tribunal Regional Federal da 2ª Região

- Regra semelhante é adotada no **2º TRF** (27 Desembargadores Federais):

Art. 155. O Presidente somente proferirá voto:

I - em matéria constitucional;

II - em sede administrativa;

III - quando ocorrer empate, salvo o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1º. Se houver empate nas decisões criminais e se o Presidente não tiver tomado parte na votação, por não haver questão constitucional, proferirá voto de desempate; caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.

§ 2º. Se houver empate no julgamento de agravo interno, prevalecerá a decisão agravada.





Tribunal de Justiça de São Paulo



Tribunal de Justiça de São Paulo

- **Sessões do Tribunal Pleno:**

- Compostas por todos os **360 Desembargadores** do Tribunal;
- Regra: O Presidente do Tribunal não proferirá voto;
- Exceção (art. 153, do RITJSP):

O Presidente do Tribunal não terá voto nas sessões a que presidir, salvo:

I - em matéria constitucional;

II - para os casos de desempate, em qualquer matéria;

III - quando for relator nato de feito de qualquer natureza.



Tribunal de Justiça de São Paulo

- Art. 139 - Se os votos de todos os julgadores forem divergentes quanto à conclusão, o presidente, cindindo o julgamento, submeterá a matéria por inteiro a nova votação.
- §2º **Em matéria criminal**, firmando-se mais de duas correntes sobre a pena aplicável, sem que nenhuma delas alcance a maioria, os votos pela imposição da mais grave serão reunidos aos proferidos para a imediatamente inferior, e assim por diante, até constituir-se a maioria. **Persistindo o empate, o presidente, se não tiver votado, proferirá seu voto; em caso contrário, prevalecerá a decisão mais favorável ao réu.**
- §3º **Em matéria civil**, observar-se-ão as seguintes regras:
 - I - nas ações rescisórias, havendo empate, em preliminar ou mérito, será convocado, para voto, juiz de outro grupo ou órgão julgador, mediante rodízio;
 - II - na uniformização da jurisprudência, havendo empate, caberá ao Presidente da Seção, ou seu substituto, desempatar;
 - III - havendo empate no julgamento de agravos, considerar-se-á mantida a decisão agravada.



Em síntese:

- Em nenhuma hipótese Judicial existe o voto duplo do CARF.
- Decreto 70.235/72, art. 25:
 - 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
 - §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.



Em síntese:

- Há fortes indícios de ***inconstitucionalidade*** na existência de voto duplo, ou seja, a mesma pessoa vota duas vezes, uma para empatar e outra para desempatar?
- A duplicidade de votos é ***inconstitucional***, por ferir o princípio democrático, pois estabelece que ***um homem, um voto***.
- No caso, é dado o direito de ter *dois votos* a um único julgador, investido de competência julgadora administrativa, o que não tem paralelo na estrutura judicial brasileira.
- Não se deve esquecer que o Decreto 70.235 é de 1972, período autoritário brasileiro, onde as preocupações com a democracia não estavam presentes.



Muito Obrigado!

FERNANDO FACURY SCAFF

scaff@silveiraathias.com.br

Rua Armando Penteadó, 352, Higienópolis, São Paulo, SP

Fone: (11) 3667-9949

www.silveiraathias.com.br