



Texto publicado quinta, dia 7 de março de 2013

ARTIGOS

Empate em processo administrativo afasta punição



POR VINÍCIUS BRANCO

Os desdobramentos da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470 (vulgo “Mensalão”) não se fizeram sentir apenas no âmbito criminal, irradiando importantes efeitos também em outras áreas do direito. A análise desses efeitos é de enorme importância não apenas sob o ponto de vista acadêmico, mas também prático.

Exemplo disso pode ser encontrado na discussão da questão da presunção da inocência do réu, que deve prevalecer em caso de empate na votação dos membros do colegiado. Recorde-se que por ocasião do emblemático julgamento, o STF decidiu acertadamente, por maioria de seus membros, pela impropriedade do uso de voto de qualidade para solução da controvérsia.

Antes de abordar o mérito da questão, oportuna se faz a distinção entre o voto de Minerva e o voto de qualidade, usualmente previstos nos regimentos das cortes judiciais e administrativas, e frequentemente confundidos.

Voto de Minerva é aquele proferido pelo presidente da corte apenas quando ocorre empate entre os demais membros. Nesses casos, em sendo o colegiado necessariamente composto por um número ímpar de julgadores, cabe ao presidente votar, para dirimir o impasse.

Já o voto de qualidade é exercido quando a decisão do presidente da corte, somada à dos julgadores divergentes, resulta em empate. Nesses casos, o voto dele tem peso duplo, ou seja, vale por dois, como forma de solucionar o dilema provocado por um número idêntico de votos.

A legitimidade do voto de qualidade sempre foi objeto de intensa polêmica, sobretudo na órbita do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, cujo regimento contempla expressamente seu exercício, assegurando ao seu presidente —cuja indicação é privativa da Fazenda— o voto de qualidade, além do ordinário.

Controvérsias à parte, ao se deparar com a questão durante incidente processual ocorrido ao longo do julgamento do mensalão, o STF entendeu, por maioria de votos, que em matéria penal deve prevalecer o princípio da presunção da inocência (*in dubio pro reo*) sempre que a votação terminar em empate.

Esse princípio também se aplica ao campo do Direito Tributário, encontrando-se insculpido no artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Pois bem. Considerando que a exigência de multa qualificada nos lançamentos de ofício pressupõe a prática de crime contra a ordem tributária, impositiva a extensão da interpretação do STF aos casos da espécie, porquanto inseridos no campo do Direito Penal Tributário.

Assim, havendo empate entre os julgadores de processo administrativo que verse sobre a imposição de multa qualificada, o contribuinte acusado pela prática de delito deve ser inocentado, excluindo-se a penalidade por ausência de certeza quanto à culpabilidade.

Essa interpretação vale também para a simples multa moratória, pois o Supremo Tribunal Federal já consolidou, há muito, o entendimento de que a aplicação de multas em processo tributário se dá de forma indissociável de seu caráter punitivo. Isso vale também

para aplicação de penalidades cuja finalidade seja aparentemente ressarcitória.

Esse reiterado posicionamento deu ensejo à Súmula 565, segundo a qual essa espécie de multa constitui pena administrativa. Do voto proferido no julgamento do STF em que se debateu a natureza da multa moratória, extrai-se a seguinte passagem:

“O escopo das multas e penas pecuniárias não está em produzir para o erário um lucro que o indenize do prejuízo que sofreu, mas o de impor ao transgressor um mal, uma pena, um dano, que seja o correspectivo jurídico da sua conduta ilícita. Se assim não fosse, a lei se limitaria a obrigar o inadimplente a pagar o tributo que não pagou, cujo montante, no máximo, poderia ser aumentado dos juros.” (RE 79.625-SP, julgamento em 13/8/75, Tribunal Pleno, DJ 08-07-1976 PP, Rel. Ministro Cordeiro Guerra).

Dado o caráter punitivo da multa aplicada no âmbito do processo tributário —seja de ofício ou de mora, qualificada ou não—, deve ela ser afastada na situação em que se verifica igualdade do número de votos proferidos pelos julgadores, prevalecendo nesse caso o princípio da presunção da inocência.

VINÍCIUS BRANCO é sócio de Levy & Salomão Advogados.