

VOTO DE QUALIDADE NO CARF: REFLEXOS NO DIREITO SANCIONATÓRIO E NO DIREITO PENAL

Edmar Oliveira Andrade Filho

edmar@arlaw.com.br

MULTA AGRAVADA E CRIME FISCAL

- Decreto n. 2.730/1998:
- Art. 2º. Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se:
 - I - mantida a imputação de multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento;
 - II - aplicada, administrativamente, a pena de perdimento de bens, estiver configurado em tese, crime de contrabando ou descaminho.

VOTO DE QUALIDADE QUE MANTÉM MULTA AGRAVADA - 1

- Vejamos o diz a doutrina:
- Tal decisão vulnera materialmente a lei e a Constituição por que: (a) aplica a norma que dispõe sobre a multa qualificada sem que tenha sido comprovada a ocorrência do dolo; (b) faz tábula rasa do art. 112 do CTN, que consagra a interpretação benigna; (c) desacata a Constituição que consagra o princípio da presunção de inocência, que exige certeza da ocorrência do fato delituoso para legitimar a aplicação de penalidade, e que têm aplicação em qualquer instância em que se manifesta o *jus puniendi*.
- Havendo o Tribunal, em primeira votação, chegado ao impasse, cabe ao presidente, como titular do direito de voto de qualidade, decidir a questão de ordem que surge em decorrência do empate e proferir voto de desempate que será sempre favorável ao réu. O presidente da Turma, ou do órgão especial, diante de casos de empate perde a discricionariedade técnica e o direito de repetir o voto (que, por acaso, tenha sido desfavorável ao acusado); enfim, a ordem jurídica lhe impõe o indeclinável dever de votar em favor do acusado, proferindo juízo de absolvição com base no art. 386 do Código de Processo Penal (adotado por analogia), ou, no caso, a aplicação de pena menos repressiva e que não tenha repercussão penal. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito Penal tributário*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 173.

VOTO DE QUALIDADE QUE MANTÉM MULTA AGRAVADA - 2

- Mais da doutrina:
- Ora, se a decisão do tribunal chegou a um empate, parece claro que não houve consenso sobre a infração que foi imputada ao acusado; por isso, do ponto de vista material, a decisão contraria o devido processo legal em razão da deficiente formação da culpa, que é um elemento legitimador do *jus puniendi* em qualquer instância ou jurisdição.
- Se a maioria numérica dos juízes, analisando os fatos, não se convenceu de que a infração decorre de conduta dolosa, como é exigível nas hipóteses de aplicação de pena exacerbada, então esta não pode ser aplicada em razão da ofensa à norma que a prevê. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Análise de casos sobre aproveitamento de ágio: IRPJ e CSLL. Ágio interno: o protagonismo exacerbado das normas contábeis. Planejamento tributário e fraude. Pressupostos para aplicação de multa qualificada. Multa qualificada e voto de qualidade. Coordenação: Marcelo Magalhães Peixoto e Maurício P. Faro. 1. ed. São Paulo: MP, 2016, p. 191).*

VOTO DE QUALIDADE QUE MANTÉM MULTA AGRAVADA - 3

- Aplica-se, por analogia, o mandamento contido no Código de Processo Penal
- Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
 - I - estar provada a inexistência do fato;
 - II - não haver prova da existência do fato;
 - III - não constituir o fato infração penal.
- Critério reitor: acima de dúvida razoável.

VOTO DE QUALIDADE E INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL -1

- Vejamos a doutrina – uma vez mais:
- **Se há empate** acerca da pertinência (juridicidade) do lançamento tributário como um todo, parece claro que existiram pontos de vistas distintos acerca da qualificação dos fatos ou da aplicação da norma que teria sido violada pelo acusado segundo o entendimento das autoridades fiscais encarregadas de lavrar o auto de infração. **Essa circunstância permite cogitar que, em casos como este, a interpretação adotada pelo sujeito passivo pode ser considerada razoável, ou seja, pode ser enquadrada na moldura do direito posto, e, por essa razão, tem mérito jurídico que não foi desconstituído pela maioria dos votantes.**
- **Se caracterizada a interpretação razoável, caberia sim, uma reparação em favor daquele que teve um direito violado, mas jamais um castigo; no Direito Tributário esta reparação é exigência de Lei, pois a pena não exclui a obrigação de solver o crédito tributário legitimamente constituído. A adoção de uma interpretação razoável afasta antijuridicidade da conduta na medida em que ela é incompatível a agressão (dano ou perigo) de um bem alheio; assim, se há dúvida sobre a ocorrência do fato delituoso ou sobre as circunstâncias em que ocorreu, o réu (o acusado) deve ser favorecido e ficar livre de penalidades.** (*Análise de caso*, p. 189-190).

VOTO DE QUALIDADE E INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL-2

- Vejamos a doutrina:
- Quando alguém deixa de cumprir um dever jurídico porque adotou uma interpretação razoável, ele não deveria, em princípio, sofrer uma sanção. Caberia sim, uma reparação em favor daquele que teve um direito violado, mas jamais um castigo.
- Em causa está o cerne do princípio da boa fé ou da “vontade conforme ao direito”. (ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 70).