



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 36.608

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0033821-63.2021.8.26.0000

Comarca: São Paulo

Suscitante: 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Interessados: Textil Rossignolo Ltda, Presidente da Câmara Superior do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, Estado de São Paulo, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB e Estado de São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade suscitado pela C. 6ª Câmara de Direito Público nos autos da Apelação Cível nº 1045718-43.2020.8.26.0053, em que figuram como apelante TEXTIL ROSSIGNOLO LTDA, e como apelada a FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. No processo principal, a empresa Textil pediu a concessão de segurança para **reconhecimento de nulidade do AIIM n. 4.106.408-2**, esclarecendo (a) que questionou a validade da autuação pelas vias administrativas, apresentando impugnação, Recurso Ordinário e pedido de retificação do julgado; (b) que, por último, interpôs **Recurso Especial** perante a **Câmara Superior** do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (TIT); (c) que oito juízes votaram pelo **não conhecimento**, e oito juízes votaram pelo **conhecimento do Recurso Especial**, resultando empatado o julgamento; (d) que, entretanto, prevaleceu a tese do **“não conhecimento do recurso”**, em razão do **“voto de qualidade”** atribuído ao Presidente da Câmara, que votou no mencionado sentido. Alega que esse critério de desempate é incompatível com o princípio da isonomia e com a regra do artigo 112 do Código Tributário Nacional.

Em primeira instância, a segurança foi denegada (fls. 2489/2492).

Inconformada, a impetrante interpôs recurso, pedindo a reforma da decisão (fls. 2496/2515).

No julgamento da apelação, a C. 6ª Câmara de Direito Público apontou a inconstitucionalidade **“do artigo 61, da Lei nº 13.457/09, por ferir diretamente os princípios insculpidos no art. 5º, incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal”** (fl. 2560).

Estabelecida essa prejudicial, suscitou-se o presente



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

incidente de inconstitucionalidade em razão da **cláusula de reserva de plenário** prevista no art. 97 da Constituição Federal e objeto da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, com as considerações de fls. 2632/2640, opinou pelo **acolhimento da arguição** para declarar a inconstitucionalidade da expressão “**Em caso de empate, prevalecerá o voto de qualidade do Presidente da Câmara**”, contida na parte final do artigo 61 da Lei Estadual n. 13.457/2009.

Atendendo requerimento da Fazenda do Estado, o despacho de fl. 2676, **com base no artigo 950, § 1º, do Código de Processo Civil**, deferiu a cientificação das “pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado”, sobrevindo, então, as manifestações de fls. 2689/2699, do Governador do Estado, e de fls. 2701/2712, do Presidente da Assembleia Legislativa do Estado, ambos defendendo a validade do dispositivo impugnado.

Seguiram-se novas manifestações da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 2720/2721) e da autora (fls. 2769/2774), insistindo no acolhimento da arguição.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pediu e obteve sua intervenção no feito, na condição de “**amicus curiae**” (fls. 2782/2789 e 2797), delimitado seus poderes à apresentação de memoriais e documentos (artigo 138, § 2º, do Código de Processo Civil).

É o relatório.

Versam os autos sobre controle de constitucionalidade pela via difusa ou incidental, tendo por objeto a parte final do artigo **61 da Lei Estadual n. 13.457, de 18 de março de 2009**, com a redação dada pela **Lei Estadual n. 16.498, de 18 de julho de 2017**, redigido da seguinte forma, com destaque em negrito:

“Artigo 61. As decisões das Câmaras serão tomadas por maioria de votos dos juízes presentes. **Em caso de empate, prevalecerá o voto de qualidade do Presidente da Câmara**”.

A Câmara suscitante entende que esse critério de desempate viola o princípio da imparcialidade, ao atribuir duplo voto ao Presidente da Câmara:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“APELAÇÃO. Mandado de segurança. Pretensão anulação de AIIM, em razão do não conhecimento do recurso interposto em instância administrativa, pelo **voto de qualidade aplicado naquele julgamento**, de modo que o empate seja interpretado a seu favor. Sentença de denegação da ordem. Pretensão de reforma. QUESTÃO PREJUDICIAL. Voto de qualidade previsto na Lei Estadual nº 13.457/09. Procedimento adotado para o julgamento de recursos no TIT que dispôs em seu art. 61 que as decisões das Câmaras serão tomadas por maioria de votos dos juízes presentes e, em caso de empate, prevalece o voto de qualidade do Presidente da Câmara. Inconstitucionalidade. **Duplo voto que vicia o julgamento**. Ausência de previsão em nosso ordenamento. Ferimento ao princípio da imparcialidade (art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF). Questão prejudicial que deve ser apreciada pelo C. Órgão Especial. Cláusula de Reserva de Plenário. Inteligência do Art. 97, caput, da Magna Carta e Súmula Vinculante n.º 10. Remessa ao C. Órgão Especial” (Apelação Cível n. 1045718-43.2020.8.26.0053, Rel. Desª Silvia Meirelles, j. 03/05/2021).

A despeito das ponderações da Fazenda do Estado, do Presidente da Assembleia Legislativa e do Governador do Estado, entendo que o presente **incidente de arguição de inconstitucionalidade** deve ser julgado procedente.

Segue transcrição dos principais dispositivos que interessam ao desfecho do incidente, principalmente do artigo 61 (objeto da impugnação).

LEI ESTADUAL N. 13.457/2009.

Artigo 56 - O Presidente e o Vice-Presidente do TIT, bem como os Presidentes e Vice-Presidentes das Câmaras Julgadoras, serão designados por ato do Coordenador da Administração Tributária, referendado pelo Secretário da Fazenda.

Artigo 57 - A Câmara Superior será composta por 16 (dezesesseis) juízes, sendo 8 (oito) juízes servidores públicos e 8 (oito) juízes contribuintes, nomeados na forma desta lei.

§ 1º - As sessões da Câmara Superior serão presididas pelo Presidente do TIT e na sua ausência pelo Vice-Presidente.

§ 2º - A Câmara Superior será composta por juízes distintos daqueles que compõem as demais câmaras.

§ 3º - Os juízes da Câmara Superior serão escolhidos dentre os que tenham integrado o Tribunal por ao menos 2 (dois) mandatos.

Artigo 59 - As Câmaras Julgadoras, em número de até 20 (vinte), a ser estabelecido em regulamento, serão compostas, cada uma delas, de 2 (dois) juízes servidores públicos e 2 (dois) juízes contribuintes,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nomeados na forma desta lei.

Artigo 60 - A substituição e o preenchimento de vagas nas Câmaras serão disciplinados na forma do regulamento.

Artigo 61 - As decisões das Câmaras serão tomadas por maioria de votos dos juízes presentes. **Em caso de empate, prevalecerá o voto de qualidade do Presidente da Câmara.**

Artigo 64 - Os juízes servidores públicos, todos portadores de título universitário, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre servidores da Secretaria da Fazenda e Procuradores do Estado, especializados em questões tributárias, indicados pelo Secretário da Fazenda.

Artigo 65 - Os juízes contribuintes, todos portadores de título universitário, de reputação ilibada e reconhecida especialização em matéria tributária, com mais de 5 (cinco) anos de efetiva atividade profissional no campo do Direito, inclusive no magistério e na magistratura, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre os indicados pelas entidades jurídicas ou de representação dos contribuintes.

DECRETO ESTADUAL N. 54.486/2009

Artigo 19 - Compete ao Presidente do Tribunal de Impostos e Taxas:

...

§ 2º - Quando o Presidente do Tribunal não for integrante da classe de Agente Fiscal de Rendas, o Vice-Presidente o será, cabendo a este, então, o exercício das competências referidas no parágrafo anterior.

Artigo 33 - A Câmara Superior será composta por 16 (dezesseis) juízes, sendo 8 (oito) juízes servidores públicos e 8 (oito) juízes contribuintes.

§ 1º - As sessões da Câmara Superior serão presididas pelo Presidente do Tribunal e na sua ausência pelo Vice-Presidente.

§ 2º - **A Câmara Superior será composta por juízes distintos daqueles que compõem as demais câmaras.**

Artigo 36 - As sessões serão realizadas com a presença mínima de:

I - **12 (doze) juízes, tratando-se de sessão da Câmara Superior;**

II - **3 (três) juízes, tratando-se de sessão das Câmaras Julgadoras.**

Artigo 37 - O julgamento de cada processo inicia-se com a exposição, pelo juiz relator, do relatório e do voto, seguindo-se os debates e a votação.

Parágrafo único - As decisões de Câmara serão tomadas por maioria, sendo computados apenas os votos dos juízes presentes à sessão, que deverão ser proferidos por escrito em sequência ao voto do juiz relator, **votando por último o juiz que presidir o**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

juízo, cujo **voto de qualidade prevalecerá em caso de empate**.

Artigo 41 - Os juízes servidores públicos, todos portadores de título universitário, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre servidores da Secretaria da Fazenda e Procuradores do Estado, especializados em questões tributárias, indicados pelo Secretário da Fazenda.

Artigo 42 - Os juízes contribuintes, todos portadores de título universitário, de reputação ilibada e reconhecida especialização em matéria tributária, com mais de 5 (cinco) anos de efetiva atividade profissional no campo do Direito, inclusive no magistério e na magistratura, serão nomeados pelo Governador do Estado, dentre os indicados pelas entidades jurídicas ou de representação dos contribuintes.

Artigo 47 - O Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal, bem como os Presidentes e Vice-Presidentes das Câmaras Julgadoras, serão designados por proposta do Coordenador da Administração Tributária, referendada por ato expedido pelo Secretário da Fazenda.

Artigo 48 - A distribuição dos Juízes titulares pelas Câmaras no início de cada período e as alterações em seu decurso serão efetuadas por ato do Coordenador da Administração Tributária.

Parágrafo único - O ato de que trata o “caput” divulgará, ainda, a ordem de substituição do Presidente e Vice-Presidente entre os juízes titulares da Câmara e a lista de juízes suplentes do Tribunal.

Artigo 49 - A substituição de juízes do Tribunal deverá observar o seguinte:

I - em qualquer hipótese de substituição de juiz do Tribunal, deverá ser observada a paridade existente na câmara entre o número de juízes servidores públicos e de juízes contribuintes;

II - **na ausência temporária de juiz titular da Câmara Superior, ato do Presidente do Tribunal determinará a sua substituição por juiz titular de Câmara Julgadora** ou, na impossibilidade, por juiz suplente, independentemente do requisito estabelecido no § 3º do artigo 33;

III - na ausência temporária de juiz titular de Câmara Julgadora, ato do Presidente do Tribunal determinará a sua substituição por **juiz suplente**;

Vê-se, daí, em primeiro lugar, que as **Câmaras Julgadoras** do Tribunal de Impostos e Taxas, **em número de até 20** (atualmente são 10), **são compostas por 02 juízes servidores e 02 juízes contribuintes** (artigo 59 da Lei Estadual n. 13.457, de 18 de março de 2009, com a redação dada pela Lei Estadual n. 16.498, de 18 de julho de 2017).

Já a **Câmara Superior** será composta de 16 juízes, **também com representação paritária**, ou seja, 08 representantes do fisco e 08



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

representantes dos contribuintes (artigo 57).

E as decisões desses dois órgãos são tomadas por maioria de votos dos juízes presentes (art. 61), com a particularidade (questionada nos autos) de que **“em caso de empate, prevalecerá o voto de qualidade do Presidente da Câmara”** (artigo 61, parte final).

Vale dizer, em caso de empate, o Presidente **profere dois votos**, sendo um **voto ordinário** (juntamente com os demais juízes), e um **voto de desempate** (denominado voto de qualidade), decorrente da técnica introduzida pelo dispositivo impugnado, tudo **em um mesmo julgamento**, o que implica **violação da isonomia** em relação aos demais julgadores, **que votam apenas uma vez**.

Decorre daí o reconhecimento de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, não só por esse fundamento (**referente à quebra de isonomia**), mas também porque o critério adotado **afeta** (ou pode afetar) **a imparcialidade do julgamento**, ao fazer prevalecer o posicionamento de um juiz que (no julgamento empatado) **já manifestou seu posicionamento sobre a questão controvertida**.

Confira-se, nesse sentido, a lição doutrinária de Luís Roberto Barroso:

C) Em resguardo da imparcialidade, o devido processo legal, no Brasil, tal como tradicionalmente interpretado, **não admite que uma pessoa participe mais de uma vez no processo decisório de uma mesma causa**, ainda que em funções distintas. Assim, um juiz não pode atuar, já como desembargador, da revisão do seu próprio julgado. Tampouco pode o membro do Ministério Público, que venha a ser investido em cargo de magistrado, funcionar como juiz da causa em que emitiu parecer. Pela mesma lógica, e com muito mais razão, não pode um julgador votar duas vezes no mesmo julgamento.

D) No contexto de processos administrativos como o que deu lugar ao presente estudo, **atribuir dois votos a um mesmo indivíduo em um órgão judicante esvazia atributo essencial à colegialidade e vulnera a garantia constitucional da imparcialidade** porque: (i) maximiza o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo, **ao conferir influência dupla a uma pessoa na decisão**; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro **e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos constantes dos autos** (“A atribuição de voto duplo a membro de órgão judicante colegiado e o devido processo legal”, Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, São Paulo: 2008, p. 67).

A questão foi bem destacada no parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

“...não se afigura objetivamente consentânea com o comando do devido processo legal disposição normativa que, mesmo que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

hipoteticamente, pode conduzir ao favorecimento de um litigante em detrimento de outro, no julgamento do processo administrativo tributário.

Há outros argumentos que incidem sobre a quaestio iuris colocada em cena.

O denominado voto de qualidade – também alcunhado de voto cumulativo ou voto em dobro – não se associa aos preceitos cardeais republicano e democrático que, nesse aspecto singular, se baseiam na parêmia one man, one vote, emergindo na norma infraconstitucional inquinada nesta sede uma discriminação refratária à igualdade. Essa ideia, a meu sentir e com o devido respeito a entendimento contrário, percola em todas as sedes e vias de manifestação da vontade estatal, em especial, os órgãos públicos colegiados. A funcionalidade do princípio majoritário, inerente à democracia, em órgão colegiado com composição absolutamente paritária, indica que voto do seu dirigente não pode ser duplicado, sob pena de eliminação da paridade. Em outros termos, o presidente não deve votar senão para desempate” (fl. 2639).

Não custa lembrar, sob esse aspecto, que o Supremo Tribunal Federal admite a razoabilidade como parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais, enfatizando, por exemplo, que **“todos os atos emanados do poder público estão necessariamente sujeitos, para efeito de sua validade material, à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade”**.

É que a exigência do padrão de razoabilidade visa a inibir e a neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas, porque **“a teoria do desvio de poder, quando aplicada ao plano das atividades legislativas, permite que se contenham eventuais excessos decorrentes do exercício imoderado e arbitrário da competência institucional outorgada ao Poder Público, pois o Estado não pode, no desempenho de suas atribuições, dar causa à instauração de situações normativas que comprometem e afetam os fins que regem a prática da função de legislar”** (ADI nº 2667 MC/DF, Rel. Min. Celso de Melo, j. 19/06/2002).

É o posicionamento que deve prevalecer mesmo que nas dez **Câmaras Julgadoras** (número atualmente existente no Tribunal de Impostos e Taxas), os respectivos Presidentes, **titulares do voto de qualidade**, sejam escolhidos em igualdade numérica, com representantes dos **contribuintes presidindo as Câmaras pares**, e representantes do Estado **presidindo as Câmaras ímpares** (critério que tem sido adotado pela Secretaria da Fazenda).

Isso porque os vícios de inconstitucionalidades não podem ser compensados.

O voto de qualidade (**pelo fundamento exposto**) é inconstitucional (e assim deve ser declarado), em princípio, tanto quando beneficia a Fazenda, como quando beneficia o contribuinte.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O que importa é que o critério escolhido (**voto duplo de um dos juízes em um mesmo julgamento**) é incompatível com os princípios da **isonomia, imparcialidade, razoabilidade e proporcionalidade**, sobretudo quando se nota que são 40 juízes (nas Câmaras Julgadoras), além dos 16 que integram a **Câmara Superior**.

Esse fato indica que existem **outras opções** (possíveis e disponíveis) para evitar a utilização do questionado **voto duplo de um mesmo juiz** (no mesmo julgamento). Seria o caso, **por exemplo**, de convocação de outros julgadores, como ocorre, aliás, nas substituições previstas no artigo 49 do Decreto Estadual n. 54.486/2009.

É importante considerar, sob esse aspecto, que tal convocação (para desempate), possível no TIT, **seria inviável no exemplo invocado pelo Presidente da Assembleia Legislativa**, quando (para justificar a validade da norma estadual) se refere à previsão de solução semelhante no Regimento Interno do próprio STF.

Porque na Suprema Corte, o **voto de qualidade**, previsto no artigo 13, **vale apenas para julgamentos do plenário**, e somente quando o empate decorra da ausência (pelos motivos indicados) de algum (ou alguns) dos 11 ministros (inexistindo, nesse caso, outros julgadores para serem convocados), **daí ser incoerente a comparação** (entre o dispositivo impugnado e a regra contida no regimento interno do STF).

Nem se alegue, ademais, que no **Tribunal de Impostos e Taxas**, o Presidente **vota por último** (artigo 37 do Decreto 54.486/2009) e que, por isso, **não seria caso de dois votos**, mas apenas de **um voto final** (com poder de decisão).

Evidentemente, **se o Presidente vota por último**, o empate pressupõe que, **na sua vez de votar**, primeiramente ele profere o voto ordinário (que acarreta o empate); **e só depois** (dentro desse contexto) **efetua o desempate**, exercendo o voto de qualidade, ou seja, vota duas vezes (ou tem seu voto contado em dobro), o que indica **condição de desigualdade** em relação à atuação dos demais juízes.

Ante o exposto, pelo meu voto, julgava **procedente a arguição** para declarar a inconstitucionalidade **incidental** da expressão “**em caso de empate, prevalecerá o voto de qualidade do Presidente da Câmara**”, constante da parte final do artigo **61 da Lei Estadual n. 13.457, de 18 de março de 2009**, com a redação dada pela **Lei Estadual n. 16.498, de 18 de julho de 2017**.

FERREIRA RODRIGUES
Desembargador