

Voto de minerva: um panorama sobre o tema no Brasil

06/09/2006

Orestes, filho de Clitemnestra e Agamenon, viu a morte de seu pai pelas mãos de Egisto, amante de sua mãe. Ao tornar-se adulto, sob as ordens de Apolo e consideráveis apelos de Electra, Orestes matou Clitemnestra e seu amante. Perseguido pelas Eríneas, não pode se refugiar, sendo submetido a julgamento em Atenas. Como a decisão era tomada por 12 cidadãos, a votação terminou empatada. Diante de empate, Minerva (ou Atena), deusa da sabedoria, proferiu seu voto, desempatando o feito e poupando a vida de Orestes. Eis a razão da expressão voto de minerva[1].

Em recente julgamento pelo Cade — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, problema análogo ao da mitologia ocorreu. Pela primeira vez, a maneira pela qual o conselho delibera foi contestada no Judiciário. Diversamente do Conselho de Cidadãos de Atenas, o plenário do Cade é formado por sete membros, sendo, no caso de empate, o voto do presidente o sétimo voto. Acontece, eventualmente, por motivos vários, que este quorum não se dá com os referidos sete membros. Isso explica a prerrogativa do presidente votar duas vezes, quando do seu voto sobrevier empate.

A Lei 8884, de 1994, que institui o Cade, prevê em seu artigo 8º:

“Artigo 8º — Compete ao Presidente do Cade:

(...)

II – presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário;

(...)”.

Parece claro que a lei atribui uma prerrogativa dupla ao presidente do conselho: votar sempre e em caso de empate votar novamente com o voto de qualidade. Ora, a palavra inclusive não traz imprecisão na interpretação. Segundo o dicionário Houaiss, o vocábulo referido significa “de modo inclusivo, sem exclusão”. Outro aclamado dicionário define o termo de maneira parecida (Novo Aurélio Século XXI). Deste modo, caberá ao presidente votar, sem exclusão do voto de qualidade. Se a lei desejasse outro tratamento que não conferisse esse dever[2], teria empregado outra palavra, por exemplo, apenas (v.g. caberá apenas o voto de qualidade). Em

síntese, nos parece que da simples leitura do dispositivo legal, além do voto nominal, haverá sempre o voto de desempate.

O núcleo do trabalho é justamente um caso no qual o empate se deu na presença de seis membros, tendo votado o presidente. Este proferiu em seguida um segundo voto, o chamado voto de qualidade. Assim, pretendemos responder algumas perguntas básicas sobre o tema. Teria a lei conferido, cumulativamente ao voto nominal, um voto de qualidade ao presidente? Como o Cade vem interpretando isso? Seria a norma do artigo 8º, II, da Lei 8.884/94, inconstitucional, por violar o princípio democrático do “*one man, one vote*”? Como os diversos órgãos colegiados da administração pública decidem? Existe previsão em seus estatutos? Como os tribunais consideram o voto de qualidade do presidente (de turma, seção, etc.), quando ele já votou, porém o placar continua empatado, ou seja, este também possui o voto nominal?

As conclusões e respostas ao proposto no parágrafo anterior serão inseridas ao longo do trabalho, que se valerá da análise de atos normativos que tragam em seu bojo referência ao voto de qualidade nas mais diversas formas, da análise de jurisprudência e do uso da doutrina [3] que de alguma maneira aborde o assunto.

Aspectos constitucionais do voto de qualidade

Um problema não menos importante e necessário é saber se o voto de qualidade, no molde traçado pela Lei 8.884/94, é condizente com os preceitos constitucionais.

O termo voto, no sentido clássico de expressão democrática, vem inserido no artigo 14 da nossa lei fundamental. Neste, há uma clara distinção entre o conceito de voto e de sufrágio, conforme expõe José Afonso da Silva:

“As palavras ‘sufrágio’ e ‘voto’ são empregadas comumente como sinônimas. A Constituição, no entanto, dá-lhes sentidos diferentes, especialmente no seu artigo 14, por onde se vê que o sufrágio é universal e **o voto é direto, secreto e tem valor igual** para todos. A palavra ‘voto’ é empregada em outros dispositivos, exprimindo a **vontade em um processo decisório**.”[4] (grifo nosso)

Para o referido autor, sufrágio é direito público subjetivo, de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal, constituindo a instituição fundamental da democracia representativa[5], enquanto voto é “ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio”[6].

O constitucionalista faz a distinção acima referida e vai adiante, ao afirmar que a palavra voto está expressa em outros dispositivos, como a expressão da vontade em um processo decisório,

nada se confundindo com o significado tradicional inserido no artigo 14. Daí infere-se a existência de dois tipos de votos, um como direito, secreto e com valor igual a todos (ligado ao princípio democrático) e outro que exprime a vontade, como técnica deliberativa. Disto concluir-se-ia pela constitucionalidade do voto de qualidade nos moldes da Lei 8.884/94 (voto de qualidade + voto ordinário), uma vez que o voto do conselho serve para exprimir uma vontade, preservando o princípio democrático.

Para chegarmos a esta distinção, são necessárias algumas definições.

O voto como função democrática

A democracia[7], conforme ensina Norberto Bobbio[8], possui, como uma das linhas gerais de desenvolvimento, o alargamento gradual do direito ao voto e sua conseqüente valorização, já que inicialmente era restrito a uma exígua parte dos cidadãos, com base em diferentes critérios (cor de pele, sexo, renda, propriedade, etc.). Não há como se negar também que uma das regras fundamentais da democracia seja o voto sem distinções e de valor igual para todos os membros de determinada sociedade. Daí que o voto proveniente do princípio democrático “*one man, one vote*”[9], que tem a igualdade de valor como ditame, é “ato político que materializa, na prática, o direito público subjetivo de sufrágio”[10].

Segundo José A. da Silva, o voto é uma função também, mas não em nome do Estado, pois o eleitor não é um órgão deste. É uma função da soberania popular, na medida em que traduz o instrumento de atuação desta. Conforme ensina Dalmo de Abreu Dallari, é “uma função que justifica sua imposição como um dever”[11].

Já que ao longo do tempo foi se entendendo democracia como um método ou um conjunto de regras de procedimento para a constituição de um governo e para a formação das decisões políticas[12], o voto passou a ser parte integrante da democracia como um instrumento político de exercício do direito de sufrágio, mais precisamente no tocante a capacidade de eleger do cidadão.

Meirelles Teixeira é claro ao dizer que o voto deve estar revestido de eficácia política, pois é a função efetiva da soberania popular. Esta eficácia política está condicionada a dois requisitos fundamentais: personalidade (o próprio titular deve votar, sendo o voto intransferível) e a liberdade de voto (votar em quem desejar, como desejar, mesmo que isso implique em não votar em algum candidato específico, ex. vota em branco).

Colocado estes conceitos, é possível agora demonstrar porque existem dois tipos de voto e porque o voto proferido por um conselho administrativo em nada se parece com o voto no sentido democrático.

Voto como ato administrativo e vontade decisória

Como define a própria lei do Cade, este é, apesar do caráter judicante, uma autarquia. Assim possui capacidade de auto-administração, especialização dos fins e possui personalidade jurídica pública.

“Sendo pessoa jurídica, ela é titular de direito e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente que a instituiu; sendo pública, submete-se ao regime jurídico de direito público, quanto à criação, extinção, poderes, prerrogativas, privilégios e sujeições. **Em resumo, apresenta as características das pessoas públicas (...)**”[13].

Assim, seus atos são atos administrativos, nos termos e condições válidas a todos os atos administrativos. Eles são as declarações do Estado, na imagem da administração direta ou indireta, no exercício de prerrogativas públicas, “manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento (...)”[14]. Como as deliberações do Plenário do Cade são atos administrativos, estão sujeitas às regras concernentes aos atos e aos princípios da administração pública.

Não julgamos necessário neste trabalho adentrar na discussão se o ato/decisão do conselho é vinculado ou discricionário, ou se seria misto. Afirmamos apenas que o ato deve estar pautado pela legalidade[15], ou seja, as decisões do Cade devem respeitar o disposto na Lei 8.884/94, sob pena de serem reformadas pelo Poder Judiciário[16].

Estes dados corroboram com a tese do professor José Afonso da Silva de que existe outro tipo de voto, não apenas aquele decorrente do próprio conceito de democracia:

- a) O voto do conselho exprime a “vontade em um processo decisório”[17];
- b) O voto do conselho não é ato político, é ato administrativo;
- c) O voto do conselho não materializa na prática o direito público subjetivo de sufrágio, pois nada se assemelha com a capacidade de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal por parte do cidadão;
- d) O voto do conselho não é uma função da soberania popular. É, na realidade, uma função pública, decorrente da administração pública;
- e) O voto do conselho não deve estar revestido de eficácia política, a própria composição do colegiado, conferindo mandato a seus membros expõe o objetivo de separar a autarquia de “influências políticas”. O voto aqui é revestido de eficácia legal;
- f) O voto do conselho não possui a característica de “liberdade de voto” trazida no tópico anterior. Na realidade, os conselheiros devem pautar pela legalidade, tendo a lei como parâmetro para suas decisões, não pura e simplesmente seus anseios.

Destarte, o voto no sentido democrático deve ter valor único e ser considerado apenas uma vez. Quando o mote são os votos exprimindo a vontade em processo decisório, como no caso do Cade, nada impede que em episódios excepcionais o presidente vote com o voto de qualidade e com o voto ordinário, pois o princípio democrático estaria resguardado. Na realidade, o

presidente do conselho, ao ser investido no cargo, exerce uma função pública, trabalha com fundamento nos princípios gerais da administração e tem em seus atos a presunção de legitimidade, ou seja, na “qualidade de todo ato administrativo ser tido como verdadeiro e conforme o direito”[18]. Há a presunção de que aquele voto não está uivado de vício e se o for, caberá ao judiciário anular tal decisão.

Um retrato dos atos normativos referentes à voto de qualidade[19]

A idéia deste capítulo é traçar um panorama do tratamento dado ao voto de desempate pelos diplomas legais. Em um primeiro momento, serão expostos os resultados de uma pesquisa sistemática, no banco de dados de legislação do site <http://www.planalto.gov.br>. A segunda etapa será apontar a incidência do voto de desempate nos regimentos internos de todos os tribunais superiores e Tribunais Regionais Federais, além de alguns Tribunais de Justiça, selecionados aleatoriamente. O terceiro e não menos importante passo será trazer alguns outros diplomas, que não foram abrangidos pela pesquisa.

Levantamento sistemático

O primeiro passo foi escolher os meios de trabalho. Pela sua acessibilidade, o canal escolhido foi a internet. Limitamos a busca no site da Presidência, situado no domínio <http://www.planalto.gov.br>, pois este apresenta, em tese[20], todas as leis federais e decretos presidenciais em vigor no país[21]. Usando o mecanismo de busca do Google, inserimos as expressões “voto de qualidade”, “voto de desempate” e “voto de minerva”[22], consideradas sinônimas, e compilamos o resultado. Destas, apenas diplomas já revogados foram cortados[23], chegando a um total de 98 diplomas legais com referência aos termos indicados[24].

Deste primeiro referencial, temos: 16 leis (16,3%), quatro medidas provisórias (4%) e 78 decretos (79,5%). Da leitura do material, é possível perceber clara distinção entre dois grupos de regulamentação: aquelas que claramente distinguem o voto de qualidade ou voto de desempate do voto ordinário, dando esta prerrogativa dupla ao diretor ou presidente do conselho e aquelas que conferem apenas a prerrogativa do voto de desempate ao presidente ou diretor do conselho (ato normativos sem distinção entre voto de qualidade e voto comum)[25]. Dos 98 diplomas, 36 (36,7%) fazem esta distinção (tal qual, ou de maneira parecida com a Lei 8.884/94), enquanto 62 (63,2%) não fazem. Dos 36 nos quais existem diferenciações, existem apenas três leis (8,3%), sendo o restante decreto (91,6%), enquanto dos 62 nos quais não existe esta distinção entre votos, 13 são leis (20,9%), quatro medidas provisórias (6,4%) e 45 são decretos (72,5%).

Destes números, já podemos concluir dois fatos. Em primeiro lugar, pelo número levantado e pela restrição estabelecida, ou seja, pelo enfoque dado apenas na esfera federal, excluindo estados e municípios[26], o tema deste trabalho é algo bastante referido na legislação existente. Em segundo lugar, a Lei 8.884/94 não trata do tema voto de qualidade de maneira inovadora e isolada, pois outros diplomas tratam da matéria de maneira semelhante, nos termos a seguir

[27]:

“Artigo 9º — As reuniões do Conselho de Administração instalar-se-ão com a presença de, pelo menos, quatro de seus membros e suas deliberações serão tomadas por maioria absoluta dos votos, **cabendo a seu Presidente, além do voto como membro, o voto de desempate**” [28]

“Art. 26. São atribuições do Reitor:

(...)

f) convocar e presidir o Conselho de Administração e Finanças, a Assembléia Universitária e o Conselho Universitário, **com direito de voto, além do de desempate;**

(...)”[29]

“Artigo 15 — A composição do conselho fiscal, integrado por no máximo quatro membros, será paritária entre representantes de patrocinadores e de participantes e assistidos, cabendo a estes a indicação do conselheiro **presidente, que terá, além do seu, o voto de qualidade**” [30]

“Artigo 4º — O Conselho Deliberativo terá o mandato de três anos, coincidente com o mandato da Diretoria da Confederação Nacional da Agricultura, que terá o seu Presidente nato:

(...)

§2º Cada conselheiro terá direito a um voto em plenário, cabendo ao Presidente, **além do seu, o voto de qualidade**”[31]

“Artigo 32 — O Conselho de Administração e a Diretoria Executiva reunir-se-ão com a presença da maioria de seus membros, mediante convocação do Presidente ou de qualquer deles.

(...)

§2º Em todos os casos, o **Presidente da Petrobrás, além do voto pessoal, terá o de desempate**”[32]

“Artigo 3º — O CNTb tem a seguinte estrutura:

(...)

§3º **As Câmaras serão presididas pelo Ministro de Estado do Trabalho, cabendo-lhe, além do voto normal, o voto de qualidade**”[33]

“Artigo 17 — Ao Presidente do CNPq incumbe:

(...)

III – convocar e presidir as sessões do Conselho Deliberativo, **com direito ao voto de qualidade, além do voto comum;**

(...)[34]

“Artigo 17 — O Conselho Consultivo tem a seguinte composição:

(...)

§2º O Presidente do Conselho Consultivo, **além do voto normal, terá também o de qualidade**”[35]

“Artigo 19 — O Conselho de Administração e a Diretoria Executiva instalar-se-ão e deliberarão com a presecção da maioria de seus membros, votando o Presidente e o Diretor, que **também terão voto de qualidade**, respectivamente, no Conselho de Administração e na Diretoria Executiva”[36]

“Artigo 17 — O Conselho deliberará quando presentes três quartos de seus membros, e as deliberações serão tomadas por maioria simples, **cabendo ao Presidente também o voto de qualidade**”[37].

Em suma, o Cade não é o único órgão da administração pública colegiada que atribui ao presidente a prerrogativa de proferir o voto duas vezes, em caso de empate proveniente de seu voto ordinário (voto ordinário + voto de qualidade).

Regimentos dos tribunais[38]

A análise se concentra nos regimentos internos dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior Eleitoral e alguns Tribunais de Justiça (TJ-GO, TJ-BA, TJ-MT, TJ-MS, TJ-PA, TJ-RJ, TJ-SP, TJ-RO, TJ-RS, TJ-MG, TJ-PR e TJ-SC) [39].

Todos os regimentos se parecem muito. Na grande maioria, atribuem apenas o voto de qualidade ao presidente, não cumulando o voto de desempate com o ordinário, assim nos TRFs [40], STF, STJ, TSE e TJs. Uma resposta a este tratamento é a de que nos tribunais é possível convocar outro julgador, de outra turma ou seção em casos de empate. Mesmo assim, isto não é absoluto. Encontramos passagens que provam isto. O STM prevê a possibilidade de voto de desempate para seu presidente no caso de matérias administrativas:

“**Artigo 67** — O Presidente não participará da discussão e não proferirá voto, salvo:

I - nas declarações incidentais de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público;

II - em matéria administrativa.

Parágrafo único. Em caso de empate na votação o Presidente:

I - proclamará a decisão mais favorável ao paciente, réu ou indiciado, nos casos de Hábeas Corpus, de matéria criminal, de Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato e de processo oriundo de Conselho de Justificação;

II - proclamará a manutenção do ato impugnado no caso de Mandado de Segurança.

III - desempatará, proferindo voto de qualidade, no caso de matéria administrativa”.

Ainda mais amplo é o regimento do TST ao conferir esta prerrogativa ao presidente ou ao ministro que o substitua nesta função, mesmo não se valendo dos termos “voto de qualidade” e “voto de desempate”:

“Artigo 121 — Na ocorrência de empate nas sessões do Tribunal Pleno, da Seção Administrativa e das Seções Especializadas, **prevalecerá o voto proferido pelo Presidente do Tribunal** ou pelo Ministro que o estiver substituindo.

(...)

Artigo 123 — A votação será iniciada com o voto do Relator. O Presidente adotará votação simbólica se não houver divergência; **ocorrendo esta, prosseguirá colhendo votos a partir do Ministro mais antigo presente à sessão.**

§ 1º O Presidente ou o Ministro que o estiver substituindo **votará por último**, salvo se for o Relator do processo.

§ 2º Nenhum Ministro poderá eximir-se de votar, salvo nas hipóteses de impedimento e de suspeição ou de não ter assistido ao relatório ou participado dos debates”.

Os TRTs são regidos de maneira geral pela CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, que se referem ao tema da seguinte maneira:

“Artigo 672 — Os Tribunais Regionais, em sua composição plena, deliberarão com a presença, além do Presidente, da metade e mais um do número de seus Juízes, dos quais, no mínimo, 1 (um) representante dos empregados e outro dos empregadores.

(...)

§ 2º— Nos Tribunais Regionais, as decisões tomar-se-ão pelo voto da maioria dos Juízes presentes, ressalvada, no Tribunal Pleno, a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público (art. 116 da Constituição).

§ 3º — O Presidente do Tribunal Regional, excetuada a hipótese de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público, somente terá voto de desempate. **Nas sessões administrativas, o Presidente votará como os demais Juízes, cabendo-lhe, ainda, o voto de qualidade.**

§ 4º — No julgamento de recursos contra decisão ou despacho do Presidente, do Vice-Presidente ou do Relator, ocorrendo empate, prevalecerá a decisão ou despacho recorrido”.

Mesmo nos TJs existem casos de voto de qualidade cumulado com voto ordinário. Os regimentos internos dos TJs do Pará e de Rondônia prevêm sobre as Comissões de Concurso para a Magistratura:

“Artigo 172. (...)

(...)

§2º — A Comissão decidirá pelo voto da maioria absoluta dos seus componentes, cabendo ao seu presidente, também, o voto de desempate”[41]

“Artigo 36 — As decisões da Comissão de Concurso serão tomadas por maioria de votos, cabendo ao seu Presidente, também o voto de desempate”[42].

Além do Cade não ser o único órgão da administração pública colegiada a atribuir ao presidente a prerrogativa de proferir o voto de minerva e o voto ordinário na mesma deliberação, tribunais, mesmo que em minoria, o fazem conforme demonstrado. Isso legitima ainda mais a estrutura decisória do conselho.

Atos normativos esparsos[43]

Os tópicos anteriormente expostos já são suficientes para as conclusões que serão tiradas deste capítulo. A título exemplificativo, trazemos neste ponto outros atos normativos que julgamos importantes para o mapeamento do voto de qualidade.

A administração pública, na figura de seus órgãos, empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias, confere dupla prerrogativa ao presidente ou diretor de determinado conselho deliberativo, em casos diferentes daqueles já apresentados. Assim no BNDES — Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (“Artigo 16. (...) §1º As deliberações da Diretoria serão tomadas por maioria de votos e registradas em atas, cabendo ao Presidente, além do voto ordinário, o de qualidade”[44]) e no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP (“Art. 6º. (...) §4º O Presidente do CNPC terá direito a voto nominal e de qualidade”[45]).

Ainda neste sentido, chama atenção o Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que confere prevalência do voto proferido pelo Relator em caso de empate nas comissões (seu voto será computado novamente para efeitos de desempate — voto de qualidade proferido pelo relator)[46]. Em contrapartida, no Senado, o presidente em qualquer hipótese terá apenas o voto de desempate[47].

Em outros conselhos, como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, compete à respectiva Presidência, nas sessões plenárias, proferir voto somente em caso de empate.

Conclusões

Afirmar que a Lei 8.884/94 confere apenas a possibilidade de um voto ao presidente do Cade é caminhar contra uma tendência normativa (há uma praxis na administração, o que explica a quantidade de decretos e leis no mesmo sentido)[48]. Fica claro, das demonstrações, que existem dois enfoques ao voto de desempate. Em um atribuem-se duas prerrogativas ao presidente, diretor ou figura semelhante, ou seja, o voto ordinário e em casos de empate o voto de qualidade.

No outro modelo, o presidente vota apenas uma vez, quando houver empate. A opção por um ou outro modelo é feita no momento da elaboração da disposição normativa que trata do assunto, não no momento de aplicação do referido diploma. Não há o que interpretar quando a lei é clara e direta ao atribuir determinada prerrogativa ao presidente. Uma vez demonstrada a constitucionalidade deste instituto, se um juiz instituísse a não aplicação, ele estaria legislando, pois mudaria completamente a concepção da norma. Se na Lei 8.884/94 ou em qualquer ato normativo semelhante o legislador (ou alguém atribuído de elaborar determinado ato normativo) desejasse conferir apenas o voto de qualidade ao presidente, teria feito, como fez em outros diplomas.

Isto colocado confirma-se também a tese exposta na introdução, de que a palavra inclusive inserida na Lei 8.884/94 tem um sentido de adicionar, se assim não fosse, outro termo teria sido utilizado.

Jurisprudência e voto de qualidade

Este tópico tentará trazer subsídios jurisprudenciais, sejam de órgãos administrativos ou do Poder Judiciário, para um melhor entendimento sobre o tema. Poucas passagens foram encontradas, porém são suficientes para uma visão geral.

É importante frisar também que nenhum método um pouco mais sistemático ou científico foi utilizado para encontrar essas passagens. Na realidade, as ferramentas básicas foram os mecanismos de busca na internet de tribunais e colegiados administrativos.

Cade

Aqui queremos demonstrar que o voto de desempate já vem sendo usado nos moldes estabelecidos pela Lei 8.884/94 dentro do Cade há algum tempo. Para provar isto, selecionamos atas do conselho, nas quais constava o termo voto de qualidade e os membros votantes eram em número par, ou seja, seis, pois o empate implicaria no fato do presidente ter votado nominalmente, sendo cogente para o desempate mais um voto deste (prerrogativa do voto de minerva). Listamos os casos em que o presidente votou mais de uma vez, proferindo o voto de desempate:

AC 08012.001194/00-15

AC 08000.013759/97-98

AC 08012.006472/2001-38

AC 08012.005186/2000-74

AC 08012.008837/99-38

AC 08000.012224/97-45

AC 08012.002878/2005-75

AC 08012.001489/200-18

AC 08012.012223/1999-60

AC 08012.001697/2002-89

AC 08012.004738/2000-27

AC 53500.004183/2000

Outros conselhos administrativos

O sistema utilizado para encontrar decisões em outros conselhos administrativos, nos quais o voto de qualidade tenha sido utilizado tal qual o da Lei 8.884/94, foi o mesmo empregado no tópico anterior. Foram selecionadas atas nas quais os membros votantes eram em número par, contando o presidente, e o empate sempre foi resultante do voto ordinário deste.

Na Comissão de Valores Mobiliários:

- a. Ata da Reunião do Colegiado de 21/09/2004, **item 5**, votaram três diretores e o presidente, com empate. O presidente (Marcelo Fernandez Trindade) proferiu o voto de qualidade, além do voto ordinário;
- b. Ata da Reunião do Colegiado de 30/08/2002, **Processo CVM nº RJ 2001/0134**, votaram três diretores e o presidente, com empate. O presidente (Luiz Leonardo Cantidiano) proferiu o voto de qualidade, além do voto ordinário;
- c. Ata da Reunião do Colegiado de 03/11/2004, **Processo CVM nº RJ 2003/1110**, votaram três diretores e o presidente, com empate. O presidente (Marcelo Fernandez Trindade) proferiu o voto de qualidade, além do voto ordinário.

No Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional[49]:

- a. 165ª Sessão — Recurso 2430 — presentes oito conselheiros. Proferiu voto de qualidade, além do voto normal, o conselheiro Clair Ienite Gobbo;
- b. 166ª Sessão — Recurso 2161 — presentes oito conselheiros. Proferiu voto de qualidade, além do voto normal, o conselheiro Clair Ienite Gobbo.

Poder Judiciário[50]

Quando o enfoque são decisões do Poder Judiciário que discutem o tema, poucas decisões são encontradas. As discussões achadas legitimam o voto de qualidade cumulado com o voto ordinário ou trabalham com esta prerrogativa dupla ao presidente. Transcrevemos algumas passagens, como fundamento da assertiva apresentada acima.

No Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ainda sob a égide do Regimento Interno anterior ao que vige atualmente[51], o presidente, após ter proferido voto ordinário, enunciou:

“O SR. JUIZ ALOÍSIO PALMEIRA: Diante do resultado, estamos com um empate na votação. Deram provimento aos embargos infringentes os Juízes, Carlos Olava, Relator, Assusete Magalhães, Aloísio Palmeira e Luciano Tolentino Amaral e negaram provimento os Juizes Catao Alves, Jirair Meguerian, Carlos Fernando Mathias, e Carlos Moreira Alves, e por disposição regimental, cabe-me exercer o voto de desempate. Nestas circunstâncias, mantenho o meu voto para dar provimento aos embargos infringentes”[52].

Nos embargos de declaração desta decisão, rejeitados, a juíza Maria Edna Fagundes Veloso (relatora convocada) proferiu:

“Assim, à luz da referida regra, não havia qualquer impedimento a que o Presidente da Seção proferisse voto-vogal e, na mesma sessão, havendo empate na votação, proferisse novo voto de qualidade”.

Uma passagem do Tribunal Superior Eleitoral denota determinada característica do voto de minerva:

“O fato de ter o julgamento sido decidido por voto de desempate **não faz com que a decisão** seja inconsistente, ou que **mereça reforma**”[53].

Na sessão administrativa do Superior Tribunal Militar do dia 23 de abril de 1997, à luz do Regimento Interno que ainda vigora, estavam presentes 15 ministros, porém apenas 14 participaram desta decisão, incluindo o presidente, que votou ordinariamente. Acontecendo empate, o presidente do STM à época, ministro General Antonio Joaquim Soares Moreira, proferiu voto de desempate:

“Ex positis, na forma do artigo 67, parágrafo único, inciso II do RISTM, o Ministro-Presidente, proferindo voto de qualidade, deferiu a Petição, para anular a Sindicância “in tela”, e,

conseqüentemente, os atos dela decorrentes, por inobservância de formalidades essenciais a ato dessa natureza”[54].

Disto desprende-se que o voto de qualidade cumulado com o voto ordinário (voto duplo) é legitimado pelos tribunais. As poucas decisões encontradas corroboram com o voto de desempate nos padrões da Lei 8.884/94. Além disto, a ausência de discussão sobre a constitucionalidade, legalidade ou cabimento do voto de minerva nos moldes da referida lei, nos leva por derradeiro a entender que este assunto nunca gerou problemas no âmbito da justiça colegiada[55].

Voto de qualidade e maioria absoluta[56]: o caso Cade

Outro problema pouco tratado, porém digno de especial atenção, é a relação voto de qualidade e maioria absoluta. Uma das dificuldades enfrentadas pelo Cade é que suas decisões, para serem tomadas, devem ser por maioria absoluta, com a presença de, ao menos, cinco membros (artigo 49 da Lei 8.884/94). Assim, se o Plenário estiver com uma composição de cinco membros, a maioria absoluta se dá com três votos e estando este com seis ou sete membros, a maioria absoluta se dá com quatro membros. A questão, no Cade, é: o voto de qualidade poderia ser computado para efeitos de se atingir essa maioria, quando o presidente já tiver votado, ou seja, em caso de empate?[57]

Para alcançar uma resposta, partimos de alguns testes hipotéticos que serão devidamente demonstrados[58].

A primeira premissa é a existência de um empate na votação, pois não havendo, a discussão na necessidade ou não do voto de qualidade é inócua. A segunda premissa é a possibilidade das votações do Cade terem mais de duas posições votadas (ex: dois conselheiros votam por uma multa no valor X, um conselheiro voto por uma multa no valor X+1 e três conselheiros votam por uma multa no valor X+2). A terceira e última premissa é a de que este empate seja tal que permita o compute do voto de desempate (uma vez já proferido o voto ordinário — segundo voto — pelo presidente) para se atingir a maioria absoluta (ex: há um empate de 3 x 3 com o voto do presidente, ao se considerar o voto de desempate, teríamos 4 x 3, atingindo a maioria absoluta), pois caso contrário, a decisão não pode ser tomada (artigo 49 *in verbis*: “as **decisões** do CADE **serão** tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros”).

No primeiro teste[59], com composição de cinco membros, a maioria absoluta acontece com três votos. As possibilidades de empate considerando o voto ordinário do presidente são:

- a) 2 x 2 x 1;
- b) 1 x 1 x 1 x 1 x 1.

Nesta primeira avaliação, existem duas possibilidades de empate e apenas na hipótese “a” é possível atingir-se a maioria absoluta.

No segundo teste, com composição de seis membros, a maioria absoluta acontece com quatro votos. As possibilidades de empate considerando o voto ordinário do presidente são:

- a) 3 x 3;
- b) 2 x 2 x 2;
- c) 2 x 2 x 1 x 1;
- d) 1 x 1 x 1 x 1 x 1 x 1.

Na segunda avaliação, existem quatro possibilidades de empate e apenas na hipótese “a” é possível atingir-se a maioria absoluta.

No terceiro teste, com composição de sete membros, a maioria absoluta acontece com quatro votos. As possibilidades de empate considerando o voto ordinário do presidente são:

- a) 3 x 3 x 1;
- b) 2 x 2 x 2 x 1;
- c) 2 x 2 x 1 x 1 x 1;
- d) 1 x 1 x 1 x 1 x 1 x 1 x 1.

Na terceira avaliação, existem quatro possibilidades de empate e apenas na hipótese “a” é possível atingir-se a maioria absoluta.

De todos os resultados possíveis de uma votação do Cade, apenas em três possibilidades o voto de qualidade (mais o voto ordinário) seria utilizado para os fins de tomada de determinada decisão pelo conselho (3x3x1, 2x2x1 e 3x3). Destes, ainda é possível afirmar que, em casos de empate com quorum ímpar (3x3x1 e 2x2x1), o presidente pode determinar que o minoritário vote em uma das outras duas correntes, com mais votos, não sendo necessário o desempate.

Desta análise, inferimos que, para se atingir a maioria absoluta em casos de empate, tendo o presidente já proferido voto, é sempre necessário o voto de qualidade para que a decisão seja tomada. A dúvida que pode surgir é: como este teste se relaciona com a pergunta estabelecida inicialmente se “o voto de qualidade poderia ser computado para efeitos de se atingir essa maioria, quando o Presidente já tiver votado, ou seja, em caso de empate?”.

Como ficou claro ao longo deste trabalho, o artigo 8º inciso II, da Lei 8.884/94 diferencia o voto ordinário do voto de qualidade, conferindo uma prerrogativa dupla ao presidente, permitindo que ele vote duas vezes quando do seu voto provier empate (levando em consideração que ele vote por último). Ao mesmo tempo, o artigo 49 da mesma lei profere que as decisões serão

tomadas pela maioria absoluta dos membros. Na suposição da resposta à pergunta acima ser de que o voto de desempate não pode ficar computado para efeito de cálculo da maioria absoluta, estaríamos ao mesmo tempo anulando o disposto no artigo 8º, inciso II, da Lei 8.884. Isto porque nunca seria possível o presidente se valer da prerrogativa trazida neste preceito normativo para o fim de o conselho tomar a decisão (por maioria absoluta).

Em outras palavras: se não for permitido o computo duplo, jamais haverá ocasião de empate na qual seja necessário o uso do voto de qualidade (além do ordinário) por parte do presidente para que o plenário decida.

A contrário senso é preciso que a resposta à pergunta seja a da possibilidade deste voto valer para efeitos de maioria absoluta. Caso contrário, um preceito da mesma lei adquiriria mais valor que outro, anularia outro, sem lógica nenhuma. A hermenêutica legal ensina que a lei deve ser visualizada de maneira sistemática, de modo a conjugar o disposto nela, e não simplesmente alçar um artigo sobre o outro.

O vocábulo “inclusive” inserido no artigo 8º, já referido, não vem apenas para diferenciar duas qualidades de voto, mas deve ser visto também como complemento ao artigo 49. Se o presidente vota nas tomadas de decisão referidas neste preceito e em caso de empate, seu voto terá um valor maior, nada mais lógico do que considerar este “voto a mais” para chegar na maioria absoluta, caso contrário o presidente nunca proferirá voto de minerva mais o voto ordinário (conforme prevê a lei) de modo a ser efetiva a decisão tomada, transformando em letra morta o inserido no artigo 8º. Seria o mesmo que dizer: a palavra inclusive não gera efeito algum. Estaríamos afirmando que o legislador inseriu o termo sem qualquer finalidade.

Conclusão

Diante de todo o exposto no trabalho, cremos que as respostas às perguntas propostas na introdução foram respondidas e inseridas ao longo do texto. Repeti-las aqui seria redundante.

Percebemos que a lei de fato conferiu cumulativamente ao voto nominal, um voto de qualidade ao presidente, permitindo o voto duplo deste em casos de empate em processo decisório que ele já tenha votado. Dentro do Cade, esta prerrogativa já foi utilizada inúmeras vezes por diferentes composições do conselho. Compreendemos que isto não é inerente apenas ao tribunal administrativo em análise. Outros atos normativos tratam do voto de desempate com o mesmo enfoque, além de terem sido encontradas decisões de outros colegiados que o presidente votou com o voto nominal e o voto de qualidade.

Chegamos também à conclusão de que a norma do artigo 8º, II, da Lei 8.884/94, é constitucional, pois não viola de maneira alguma o princípio democrático do “*one man, one vote*”, por se tratar de expressão da vontade em processo decisório.

Quando acessamos o Judiciário, por meio de jurisprudência e regimentos internos, pouco foi encontrado que parecesse com o procedimento do Cade, porém o suficiente para concluir que não existe qualquer tipo de incompatibilidade do comportamento do conselho com os tribunais.

Em síntese, o voto de qualidade concebido pela Lei 8.884 e aplicado pelo Cade nos moldes aqui trazidos não possui qualquer tipo de vício, sendo legítimo e constitucional.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora Universitária de Brasília;
- _____. *Liberalismo e Democracia*. Brasília: Brasiliense, 2005;
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1991;
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico Q-Z*. São Paulo: Saraiva, 2ª ed., 2005;
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 5ª ed., 2000;
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999;
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Editora Malheiros, 29 ed., 2004;
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 12ª ed., 2000;

- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 14ª ed., 2002;
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005;
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005;
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Lucas de Faria Rodrigues

[1] Também conhecido como voto de desempate ou voto de qualidade. Segundo Maria Helena Diniz, é aquele que compete ao Presidente de órgão colegiado, ou seja, de tribunal, de assembleias, de sociedade ou de entidade, para fins de desempate (Dicionário Jurídico).

[2] É um dever, já que o Presidente exerce uma função pública, sendo o voto consequência desta função. Nos capítulos subseqüentes esta discussão será melhor abordada.

[3] Doutrina para os fins deste artigo significa alguma obra jurídica que trate do tema.

[4] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Pág. 214.

[5] Assim em SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição e Curso de Direito Constitucional Positivo*.

[6] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Pág. 218.

[7] Não é o objetivo deste trabalho discutir a Democracia de forma conceitual, mas apenas seu aspecto “voto”.

[8] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*.

- [9] Máxima democrática, segundo a qual cada pessoa tem direito a um voto.
- [10] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Pág. 218.
- [11] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. Pág. 156.
- [12] BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política.
- [13] PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. Pág. 368.
- [14] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. Pág. 330.
- [15] O princípio da legalidade está previsto no art. 37 da Constituição Federal.
- [16] Princípio do controle judicial dos atos administrativos, art 5º, XXXV da CF. Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*.
- [17] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Pág. 214.
- [18] GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. Pág 67.
- [19] As leis e decretos aqui levantados constam em anexos (anexo I e anexo II).
- [20] Não há bases para afirmar que o *site* possui todas as leis em vigor no país. Assim, assumimos esta premissa apenas para efeitos teóricos.
- [21] A escolha por leis e decretos federais se deve a uma questão de processamento. Não haveria condições logísticas de se levantar leis e decretos estaduais e/ou municipais. Este corte metodológico se refere ao fato do objeto principal do trabalho ter surgido de um problema decorrente de uma lei federal, a lei 8884/94.
- [22] Apesar de inserida, o sistema de busca não encontrou referências em leis ou decretos ao termo “voto de minerva”.
- [23] Consideramos para este efeito as Medidas Provisórias revogas por outras ou quando o artigo que constava “voto de qualidade” ou “voto de desempate” tinham sido revogado por



outra lei ou ato normativo equivalente.

[24] Todas as referências que o sistema de busca encontrou no *site* estão computadas.

[25] Para os fins desta divisão, consideramos as leis que discriminassem o voto de qualidade especificamente (ex. Decreto nº 5520/05 – art. 20. Ao Presidente do CNPC caberá **somente** o voto de qualidade, nas votações que resultarem em empate) e aquelas que apenas referiam-se ao voto de qualidade, sem nenhuma alusão ao voto comum (ex. Decreto nº 4776/03 – art. 2º (...)) §5º As decisões do CGRBT serão aprovadas pela maioria absoluta de seus membros, sendo que o seu Presidente terá voto de qualidade).

[26] É necessário considerar ainda que disposições regimentais e organizacionais nem sempre são estabelecidas por meio de lei ou decreto, muitas vezes por atos regulamentares próprios.

[27] Escolhemos algumas passagens, a título exemplificativo.

[28] Decreto nº 4749/03, aprova a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções gratificadas do DNIT.

[29] Decreto-lei 9.632, dispõe sobre a equiparação da Universidade Católica de São Paulo.

[30] Lei complementar 108/01, que dispõe sobre as entidades de previdência complementar, mais especificamente seu Conselho Fiscal.

[31] Decreto nº 566/92, que trata do Senar.

[32] Estatuto da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás)

[33] Decreto nº 1617, que dispõe sobre a organização do Conselho Nacional do Trabalho.

[34] Decreto nº 4728, que aprova o estatuto do CNPq.

[35] Decreto nº 3029, que aprova o regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

[36] Decreto nº 4899/03, que altera o estatuto social da ELETRONUCLEAR.

[37] Decreto nº 1935/96, que dispõe sobre a organização e funcionamento do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

[38] Quanto aos regimentos a análise foi feita através da leitura de cada um deles. Aqui não nos valem os mecanismos de busca pela internet.

[39] Os regimentos aqui levantados constam no anexo III

[40] Um caso curioso é o caso do TRF da 1ª região. Quando da análise da jurisprudência, descobrimos um acórdão no qual o Presidente votava nominalmente e posteriormente com o voto de qualidade. Após pesquisa, constatamos que o regimento interno anterior deste TRF (anexo IV), previa o voto de desempate ao Presidente, além do voto ordinário, haja vista que as Seções de julgamento eram compostas por oito juízes (número par) e o Presidente votava. Em conversas, nada científicas, com pessoas que trabalhavam no TRF à época, ficou claro que a mudança no regimento nada tem a ver com aspectos constitucionais, por exemplo por considerarem o voto de desempate inconstitucional, na realidade o que se queria era aumentar o número de Seções devido ao grande número de processos. Por uma questão muito mais logística do que constitucional, a composição passou a ser de sete membros, o que permanece até hoje, não existindo mais o problema do número par de componentes.

[41] Regimento Interno do TJ de Rondônia.

[42] Regimento Interno do TJ do Pará.

[43] Anexo V.

[44] Trecho do art. 16 do Estatuto Social do BNDES.

[45] Trecho do art. 6º da Portaria MJ nº 828/1998 que institui o Conselho Nacional de Política Criminal.

[46] Art. 56 da Resolução nº 17 de 1989, que aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

[47] Resolução nº 93 de 1970, com alteração dada pela Resolução nº 18 de 1989, que estabelecem o Regimento Interno do Senado Federal.

[48] O voto de qualidade nos termos da lei 8884/94 é tão comum porque agiliza a tomada de decisão e impede o *non liquet* da administração. No CADE ainda existe um fator agravante: O Conselho tem prazo para tomada de decisão (60 dias), sob pena de aprovação por decurso de prazo. Não decidir pode implicar sérios prejuízos ao quadro concorrencial brasileiro.

[49] Decreto 1935/96, Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências. “Art. 17. O Conselho deliberará quando presentes três quartos de seus membros, e as deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao Presidente **também** o voto de qualidade”.

[50] Anexo VII.

[51] Vide nota 40, do capítulo 3.

[52] EAC nº 1997.01.00.055731-3/DF, j. 14/09/99, discussão constante das notas taquigráficas.

[53] Recurso Especial Eleitoral nº 16.210, Rel. Ministro Eduardo Alckmin, j. 13/04/2000.

[54] Petição Administrativa nº 068-3/MG, j. 23/04/97.

[55] Esta afirmação não tem fundamentação científica. Pode ser considerada como uma impressão do autor após vasta pesquisa sobre o tema, uma vez que os *sites* dos tribunais superiores foram “revirados” e nada foi encontrado. Para este fim, também desconsideramos as decisões no âmbito penal, que muitas vezes, no caso de empate, devem ser a mais favorável ao réu.

[56] Costuma-se definir maioria absoluta como a metade mais um, dos membros de um conselho, corte, instituição ou algo assemelhado. Vemos como definição mais acertada a seguinte: número inteiro superior a metade dos membros de um de um conselho, corte, instituição ou algo assemelhado.

[57] Para o restante do trabalho chamaremos isto de *computo duplo*.

[58] Algumas hipóteses que serão levantadas possivelmente não acontecem na prática, porém são necessárias para se atingir a resposta ideal.

[59] Os testes são realizados apenas com $Ma \geq 5$, haja vista a necessidade de quorum mínimo de 5 Conselheiros.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2006-set-06/voto_minerva_panorama_tema_brasil/