
NOTA TÉCNICA - PROCADE

DAS TÉCNICAS REGIMENTAIS PARA
SOLUCIONAR DISPERSÃO DE VOTOS EM
JULGAMENTO DO PLENÁRIO

Leonardo Sousa de Andrade

ASSUNTO: Aplicação do artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

I – RELATÓRIO.

1. Trata-se de consulta sobre a aplicação do artigo 82 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), formulada pelo Exmº Sr. Presidente desta autarquia federal.
2. É o relatório. Passa-se, agora, à análise, com fundamento no artigo 10, inciso I, da Lei nº 8.884/1994.

II – ANÁLISE.

A) NOÇÕES GERAIS SOBRE A DISPERSÃO DE VOTOS, BEM COMO SOBRE AS TÉCNICAS SUGERIDAS PARA REMEDIÁ-LA

3. Quando compete a um órgão colegiado julgar determinado caso, o resultado do julgamento é a conjugação das manifestações individuais dos membros votantes.
4. Caso não se alcance a unanimidade na votação, o pronunciamento do órgão colegiado será, em regra, aquele que houver sido adotado pela maioria dos membros.
5. Verificando-se um empate entre dois posicionamentos discordantes sobre uma determinada questão, freqüentemente se encontra, na lei ou no regimento interno do órgão colegiado, a previsão de que o impasse será resolvido por um dos integrantes (em geral, o presidente). O voto proferido pelo membro incumbido do desempate é chamado de *voto de qualidade* ou de *voto de Minerva*¹.
6. É comum que, até o surgimento do impasse, o membro encarregado de solucioná-lo não tenha participado da votação ou não estivesse autorizado a fazê-lo. No entanto, nada obsta que uma disposição legal ou regimental preveja que o membro incumbido do desempate possa votar novamente, a fim de que um dos posicionamentos atinja a maioria. É o exercício cumulativo do voto de qualidade com o de voto regular.
7. Ao longo do julgamento, também podem surgir, no âmbito do órgão colegiado, três ou mais posicionamentos discrepantes sobre a mesma questão, sem que nenhum deles consiga reunir os votos da maioria dos julgadores presentes (ainda que se lance mão do voto de qualidade).

¹ Esta última expressão remete ao voto de desempate que a deusa grega Palas Atena (conhecida, entre os romanos, como Minerva) proferiu no julgamento do atrida Orestes — um dos episódios da tragédia *As Eumênides*, a última da trilogia *Orestéia*, de autoria de Ésquilo (525 - 456 a.C.).

Como a deusa não havia participado do julgamento até a ocorrência do empate, há quem sustente que a expressão “voto de Minerva” não se aplica aos casos em que a lei ou o regimento interno admite o exercício cumulativo do voto de qualidade com o do voto regular. Trata-se, no entanto, de uma pura questão terminológica, sem maiores repercussões práticas. Afinal, se previsto pela lei, o exercício cumulativo de voto de qualidade com o do voto regular (isto é, a duplicidade de voto de um dos membros do colégio judicante) é válido — conforme decidiu a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 966.930/DF.

8. Os franceses denominam tal fenômeno de *partage*, enquanto que os espanhóis o chamam de *discordia*². No Brasil, FREDIE DIDIER JÚNIOR e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA falam em *dispersão de votos*³.

9. A divergência entre os votos dos membros do órgão colegiado pode ser *quantitativa* ou *qualitativa*.

10. Suponha-se que os cinco membros que compõem um órgão colegiado qualquer, embora concordem que a parte deva ser condenada, não entrem em acordo quanto ao valor da condenação: o primeiro membro a proferir voto fixa o valor da condenação em R\$ 200,00 (duzentos reais); o segundo, em R\$ 700,00 (setecentos reais); o terceiro, em R\$ 100,00 (cem reais); o quarto, em R\$ 1.000,00 (mil reais); e o quinto, em R\$ 900,00 (novecentos reais). Eis um exemplo de *divergência quantitativa*.

11. Foram concebidos dois expedientes para remediar as divergências quantitativas: o *sistema da continência* e o *sistema da média aritmética*.

12. Nas palavras de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, o *sistema da continência* consiste em verificar qual das quantidades fixadas nos diferentes votos se acha *contida* no menor número de pronunciamentos suficientes para compor a maioria⁴.

13. Primeiramente, é preciso colocar os votos em ordem decrescente, tomando-se como parâmetro os valores constantes de cada um deles. No exemplo anteriormente dado, os votos seriam ordenados da seguinte maneira: R\$ 1.000,00 (mil reais); R\$ 900,00 (novecentos reais); R\$ 700,00 (setecentos reais); R\$ 200,00 (duzentos reais); e R\$ 100,00 (cem reais).

14. Uma vez ordenados os votos, parte-se daquele que indicou a maior quantidade e vai-se descendo na escala, até atingir o número de votos superior à metade do total. No exemplo anteriormente dado, parte-se de R\$ 1.000,00 (mil reais) e vai-se descendo na escala, até chegar ao terceiro voto. Afinal, três é o menor número de votos superior à metade do total.

15. Prevalecerá, então, o *quantum* fixado no último voto necessário para atingir a maioria. No exemplo anteriormente dado, R\$ 700,00 (setecentos reais). Isto porque o julgador que fixou o valor da condenação em R\$ 1.000,00 (mil reais) e o julgador que o fixou em R\$ 900,00 (novecentos reais) não discordam que a parte seja condenada a pagar R\$ 700,00 (setecentos reais).

16. Em outras palavras, se a maioria dos julgadores está de acordo com o *quantum* de R\$ 700,00 (setecentos reais), entende-se por que este é o valor que deverá prevalecer.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume 5 (Arts. 476 a 565). 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 651; ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 347; DIDIER JÚNIOR, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3 (Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais). 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2009. p. 554.

3 Op. cit., p. 554.

4 Op. cit., p. 651.

17. Observe-se que o montante de R\$ 700,00 (setecentos reais) está *contido* no montante de R\$ 900,00 (novecentos reais), bem como no de R\$ 1.000,00 (mil reais). Daí advém o nome do sistema.

18. O *sistema da média aritmética* consiste em somar as quantidades constantes de cada voto e, em seguida, dividir o total pelo número de julgadores. O resultado desta última operação é o valor que deverá prevalecer.

19. No exemplo anteriormente dado, somam-se R\$ 1.000,00 (mil reais), R\$ 900,00 (novecentos reais), R\$ 700,00 (setecentos reais), R\$ 200,00 (duzentos reais) e R\$ 100,00 (cem reais), chegando-se a um total de R\$ 2.900,00 (dois mil e novecentos reais). Em seguida, divide-se o total por cinco (número de membros do órgão colegiado). O resultado desta última operação — a saber, R\$ 580,00 (quinhentos e oitenta reais) — é o montante que prevalecerá.

20. Imagine-se, agora, um julgamento ao longo do qual dois dos cinco membros do órgão colegiado votam no sentido de que a parte praticou uma conduta à qual é cominada uma sanção grave; outros dois membros se manifestam no sentido de que a parte praticou uma conduta à qual é cominada uma sanção leve; e o último se pronuncia no sentido de que a parte não praticou uma conduta punível. Eis um exemplo de *divergência qualitativa*.

21. No que concerne às divergências qualitativas, três foram as técnicas propostas para o impasse: o *sistema da supervotação*, o *sistema da opção coata* e o *sistema da exclusão*.

22. Segundo o *sistema da supervotação*, convocam-se membros de outros órgãos colegiados para participarem do julgamento, em número suficiente para solucionar o impasse⁵.

23. Consoante o *sistema da opção coata*, procede-se a uma nova votação, e, na persistência do impasse, os julgadores adeptos dos posicionamentos menos votados são obrigados a aderir a uma das correntes mais numerosas, a fim de que uma destas se torne majoritária⁶.

24. De acordo com o *sistema da exclusão*, põe-se em votação, entre todos os posicionamentos discordantes, apenas dois, escolhidos aleatoriamente. Exclui-se o que for vencido e procede-se a uma nova votação entre outro posicionamento e aquele que se sagrou vencedor na primeira votação. Repete-se tal procedimento sucessivamente, até que só restem dois posicionamentos discrepantes. Faz-se, então, a última votação, prevalecendo o posicionamento que reunir o maior número de votos⁷.

25. À minguia de uma disposição legal genérica, cabe aos regimentos internos dos órgãos colegiados prever soluções para a dispersão de votos, seja a qualitativa, seja a quantitativa⁸.

5A propósito, confirmam-se: ASSIS, op. cit., p. 348; MOREIRA, op. cit., p. 652.

6 Em sentido semelhante: ASSIS, op. cit., p. 348; MOREIRA, op. cit., p. 652.

7 Em sentido semelhante: ASSIS, op. cit., p. 349; MOREIRA, op. cit., p. 653.

8 É o que ensina ARAKEN DE ASSIS (op. cit., p. 349), tendo em mente a legislação processual civil.

26. À luz destas premissas, passar-se-á ao estudo do artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

B) O ARTIGO 82 DO REGIMENTO INTERNO DO CADE.

27. Por força do artigo 49 da Lei nº 8.884/1994 e do artigo 81 do Regimento Interno do CADE, os julgamentos realizados no âmbito desta autarquia federal dependem de um *quorum* de cinco Conselheiros aptos a votar, sendo as deliberações tomadas pela maioria.

28. Em decorrência disso, quando a sessão de julgamento conta com a presença de cinco Conselheiros aptos a votar, o Plenário só poderá proferir um acórdão se houver convergência de, pelo menos, três votos. Por sua vez, caso estejam presentes seis ou sete Conselheiros aptos a votar, são necessários, no mínimo, quatro votos convergentes.

29. Ocorrendo um empate entre dois posicionamentos, o Presidente do CADE — conquanto já houvesse proferido seu voto regular — poderá lançar mão do voto de qualidade. Se uma das correntes, por causa do voto de qualidade, alcançar a maioria, *tollitur quaestio*; será este o posicionamento que prevalecerá.

30. Por outro lado, se nenhum dos posicionamentos, mesmo após o exercício do voto de qualidade, obtiver o sufrágio da maioria, é o caso de aplicar o artigo 82 do Regimento Interno do CADE — que trata da *dispersão de votos* nos julgamentos realizados pelo Plenário desta autarquia federal e indica quais técnicas deverão ser empregadas na solução do impasse.

31. Eis o que dispõe o artigo 82 do Regimento Interno do CADE, *in verbis*:

Art. 82. Se os votos forem divergentes, de modo a não haver maioria para qualquer solução, reabrir-se-ão os debates, colhendo-se novamente os votos.

§ 1º Se, em relação a uma única parte do pedido, não se puder formar a maioria, em virtude de divergência quantitativa, o Presidente disporá os diversos votos, com as quantidades que cada qual indicar, em ordem decrescente de grandeza, prevalecendo a quantidade que, com as que lhe forem superiores ou iguais, reunir votos em número suficiente para construir a maioria.

§ 2º Em havendo divergência qualitativa, o Presidente poderá adotar uma das seguintes providências, conforme recomendarem as circunstâncias:

I — na hipótese de os votos se dividirem entre mais de duas interpretações, proceder-se-á a segunda votação, restrita à escolha de uma entre as duas interpretações anteriormente mais votadas; e/ou

II — se na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas, três ou mais opiniões se formarem, serão as soluções votadas duas a duas, de tal forma que a vencedora será

posta em votação com as restantes, até fixar, das duas últimas, a que constituirá a decisão.

32. Observa-se que o artigo 82, § 1º, do Regimento Interno do CADE adotou o *sistema da continência* para remediar as *divergências quantitativas*.

33. Nada custa mostrar novamente como funciona o sistema da continência, dando como exemplo, dessa vez, o julgamento em um processo administrativo de apuração de infração à ordem econômica.

34. Suponha-se que, neste julgamento, haja sido unânime que uma das sociedades empresárias investigadas incorreu em infração à ordem econômica, porém tenha ocorrido uma *dispersão de votos* em relação à penalidade a ser aplicada. Repetida a votação, a *dispersão de votos* subsiste: o Conselheiro Relator fixou a multa em 12% do valor do faturamento bruto no último exercício; dois Conselheiros a fixaram em 25%; outros dois Conselheiros a fixaram em 20%; e os dois últimos a fixaram em 15%. Ainda que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se alcançarão os quatro votos necessários quando estão presentes sete Conselheiros aptos a votar.

35. A fim de solucionar o impasse, é preciso ordenar os votos em ordem decrescente, de acordo com os percentuais constantes em cada um deles. Nesta situação hipotética, a ordem seria a seguinte: 25% (dois votos), 20% (dois votos), 15% (dois votos) e 12% (um voto).

36. Em seguida, deve-se partir do maior percentual (25%) e descer na escala, até atingir o quarto voto.

37. Preponderará, então, o percentual constante do quarto voto. Na situação hipotética, a multa equivalerá a 20% do valor do faturamento bruto. Afinal, os dois Conselheiros que fixaram a multa em 25% concordam que a multa não poderá ser inferior a 20%. Alinham-se, assim, aos dois Conselheiros que fixaram a multa em 20%. É por isso que este percentual é o que prevalecerá.

38. No que tange às *divergências qualitativas*, o artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE adotou tanto o *sistema da opção coata* (inciso I), quanto o *sistema da exclusão* (inciso II).

39. Uma primeira leitura dos incisos do artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE dá a entender que o sistema da opção coata deverá ser empregado sempre que “os votos se dividirem entre mais de duas interpretações”, ao passo que o sistema da exclusão será adotado apenas quando “três ou mais opiniões se formarem”, “na votação da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas”.

40. É, então, oportuno comparar a hipótese de cabimento do sistema da opção coata (divisão dos votos entre mais de duas interpretações) com a hipótese de cabimento do sistema da exclusão (formação de três ou mais opiniões, no julgamento da questão global, insuscetível de decomposição, ou das questões distintas), a fim de verificar quando um ou outro sistema seria aplicável.

41. Nos termos do artigo 82, § 2º, inciso I, do Regimento Interno do CADE, o sistema da opção coata seria cabível sempre que a votação (evidentemente, sobre uma determinada questão, preliminar ou de mérito,

principal ou acessória) levasse os Conselheiros a se dividirem entre *mais de duas interpretações*. A expressão “mais de duas interpretações” significa “três interpretações, pelo menos”.

42. Em consonância com o artigo 82, § 2º, inciso II, do Regimento Interno do CADE, o sistema da exclusão seria cabível sempre que a votação sobre uma determinada questão (não só a “global”, mas também questões “distintas” dela) implicasse a formação de *três ou mais opiniões* entre os Conselheiros. A expressão “três ou mais opiniões” quer dizer “três opiniões, pelo menos”.

43. Se o inciso I e o inciso II pressupõem a existência de, pelo menos, três posicionamentos na votação, e nenhum deles trata de uma categoria específica de questão sobre a qual surgiu a divergência qualitativa, conclui-se que a hipótese de cabimento do sistema da opção coata e a do sistema da exclusão equivalem entre si.

44. Sendo equivalentes as hipóteses de cabimento, o sistema a ser adotado para remediar a divergência qualitativa ficará a critério do Presidente desta autarquia federal (em conformidade com o artigo 82, § 2º, do Regimento Interno do CADE). Caberá ao Presidente avaliar qual é o sistema mais conveniente e oportuno, sem perder de vista a maneira como se desenhou o impasse. É isso o que quer dizer a expressão “conforme recomendarem as circunstâncias”.

45. Para ilustrar como as circunstâncias podem influenciar a escolha do sistema a ser adotado, imagine-se a seguinte *dispersão de votos* no julgamento de um ato de concentração de que participem seis Conselheiros: dois votam no sentido da aprovação do ato sem restrições; outros dois votam no sentido da aprovação do ato com determinada restrição de ordem estrutural; e os dois últimos votam no sentido da aprovação do ato com determinada restrição de ordem comportamental. Mesmo que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se alcançarão os quatro votos necessários.

46. No presente exemplo, o Presidente não poderá tomar a providência prevista pelo artigo 82, § 2º, inciso I, do Regimento Interno do CADE. Isto porque o sistema da opção coata compele os partidários das teses minoritárias a aderir a uma das correntes majoritárias. Ocorre que, no exemplo dado, os votos se repartiram *igualmente* entre os três posicionamentos. Não existem Conselheiros adeptos de opiniões minoritárias, muito menos posicionamentos majoritários a que pudessem aderir.

47. Sendo assim, para solucionar o impasse, restaria apenas o sistema da exclusão.

48. Isso quer dizer que seriam escolhidos aleatoriamente dois dos três posicionamentos discordantes (por exemplo, aprovação sem restrições e aprovação com restrição de ordem comportamental). Colocam-se em votação os dois posicionamentos escolhidos, excluindo-se o que for vencido (por exemplo, aprovação sem restrições). Procede-se a uma nova votação entre o posicionamento vencedor (aprovação com restrição de ordem comportamental) e o posicionamento remanescente (aprovação com restrição de ordem estrutural). Aquele que reunir a maioria nesta última votação é o que prevalecerá.

49. Por outro lado, existem julgamentos em que o Presidente do CADE poderá optar livremente entre o sistema da opção coata e o sistema da exclusão.

50. A título de exemplo, suponha-se a seguinte *dispersão de votos* em um julgamento de ato de concentração de que participem seis Conselheiros: um vota no sentido da desaprovação do ato; dois votam no sentido da aprovação sem restrições; um vota no sentido da aprovação do ato com restrição de ordem comportamental; e os dois últimos votam no sentido da aprovação do ato com restrição de ordem estrutural. Mais uma vez, ainda que o Presidente exerça o voto de qualidade, não se atingirão os quatro votos necessários.

51. Neste exemplo, existem duas correntes majoritárias (aprovação sem restrições e aprovação com restrição de ordem estrutural) e duas correntes minoritárias (desaprovação e aprovação com restrição de ordem comportamental). É possível obrigar os adeptos dos posicionamentos minoritários a aderir a uma das teses majoritárias. Em outras palavras, é cabível o sistema da opção coata.

52. Igualmente é possível colocar em votação dois dos posicionamentos discordantes, excluindo-se o vencido; proceder a uma nova votação entre o vencedor e qualquer dos outros dois, excluindo-se o vencido; e, por fim, pôr em votação os dois últimos, preponderando o que for vencedor. Isso significa que também se mostra cabível o sistema da exclusão.

53. O Presidente do CADE ponderará, então, qual dos dois sistemas se mostra mais adequado.

54. Antes de encerrar a análise do artigo 82 do Regimento Interno do CADE, é bom alertar que a divergência qualitativa entre os votos sempre se refere a uma determinada questão; se, no decorrer do julgamento, forem suscitadas uma ou mais *questões prévias*, estas deverão ser dirimidas em separado. Ademais, por serem logicamente anteriores, deverão ser apreciadas em primeiro lugar.

55. Mais uma vez, ilustre-se com um exemplo: ao apreciar um processo administrativo, os seis Conselheiros presentes na sessão de julgamento manifestam-se da seguinte maneira: dois votam no sentido de que se consumou a prescrição; outros dois votam no sentido de que a conduta, conquanto devidamente comprovada, não constitui uma infração à ordem econômica; e os dois últimos votam no sentido de que a conduta, além de ter sido satisfatoriamente comprovada, configura a infração à ordem econômica tipificada pelo artigo 21, inciso I, da Lei nº 8.884/1994, combinado com o artigo 20, inciso III, da mesma lei.

56. Neste último exemplo, não se pode falar, ainda, de *dispersão de votos*. É que dois Conselheiros votaram no sentido de ter operado a prescrição. Ou seja, não se pronunciaram sobre a comprovação ou não da conduta imputada, tampouco sobre a tipicidade ou não dela. Apenas se manifestaram sobre a punibilidade ou não da conduta, concluindo que a pretensão punitiva estatal se extinguiu. A prescrição é uma questão prévia.

57. Por ser uma questão prévia, a prescrição, uma vez suscitada, deve ser apreciada em separado e em primeiro lugar. Apenas se o Plenário, por

maioria de votos, entender que a prescrição não se consumou, é que deverá deliberar sobre a comprovação ou não da conduta imputada, bem como sobre a tipicidade ou não dela.

58. Por conseguinte, sempre que os Conselheiros suscitarem questões logicamente anteriores àquela que estaria sendo objeto de deliberação, estas questões prévias deverão ser julgadas em primeiro lugar. Apenas se ocorrer uma *dispersão de votos* na apreciação da questão prévia (ou da questão principal, quando a resolução da questão prévia impor seu julgamento), é que se aplicará o artigo 82 do Regimento Interno do CADE.

III – SÍNTESE CONCLUSIVA.

59. Ao longo da presente nota técnica, esta Procuradoria Federal explicou como deveria ser aplicado o artigo 82 do Regimento Interno do CADE (o qual dispõe sobre a dispersão de votos nos julgamentos realizados no âmbito desta autarquia federal) e como são utilizadas as técnicas previstas pela norma regimental para remediar as divergências, quer as quantitativas (sistema da continência), quer as qualitativas (sistema da opção coata e sistema da exclusão).

60. É a resposta à consulta formulada pelo Exmº Sr. Presidente do CADE, que ora submeto à consideração superior.

Brasília (DF), 27 de maio de 2009.

LEONARDO SOUSA DE ANDRADE
Procurador Federal
Matrícula nº 1585395