

ATIVIDADES PRIVATIVAS DA ADVOCACIA: ATUAÇÃO NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

É clássica a enunciação constitucional de que “o advogado é essencial à administração da justiça” (art. 133).

O STF entende que a expressão “justiça” deve ser entendida como Poder Judiciário, concluindo que “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição” (Súmula Vinculante nº 05).

Registra, além disso, que mesmo no campo judicial a regra constitucional admite exceções, desde que baseadas em princípios eminentes, como o acesso à justiça e a proteção dos hipossuficientes (Pleno, ADI nº 1.539/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, DJ 05.12.2003).

Assim, malgrado a afirmação peremptória do art. 1º, I, do EAOAB de que “são atividades privativas da advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais”, ressalvada apenas a impetração de habeas corpus (§ 1º), as exceções vão muito além, podendo-se citar:

- o art. 9º da Lei nº 9.099/95, que dispensa a presença de advogado em causas de até vinte salários mínimos nos Juizados Especiais;
- o art. 10 da Lei nº 10.259/2001, segundo a qual “as partes poderão designar (...) representantes para a causa, advogados ou não”, no âmbito dos Juizados Especiais Federais;
- os arts. 791, *caput*, e 839, *a*, da CLT, que outorgam *jus postulandi* ao reclamante nas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho, ressalvadas a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência daquela Corte Superior (Súmula nº 425 do TST).

O presente parecer trata da situação inversa: pode a legislador federal, atento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, impor a representação da parte por advogado em processos administrativos tributários?

Entendemos que sim, em linha com o voto vencido do Min. CELSO DE MELLO na proposta de revogação da já citada SV nº 5. Para S. Exa.:

“... o Estado (...) não pode, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer pessoa, exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LV)...”

Cabe acrescentar que, tanto quanto as sanções impostas nos processos administrativos disciplinares, o tributo – inabilitações, indenizações e multas – constituem deveres gravosos que decorrem de *“uma relação de polaridade conflitante entre o Estado, de um lado, e o indivíduo ou agentes públicos, de outro”*.

Mais adiante, expressa o Ministro a sua opinião de que o contraditório e a ampla defesa supõem necessariamente a defesa técnica, *“sempre assegurado o patrocínio por Advogado”*.

As razões não bastaram, é certo, para convencer o STF de que a própria Constituição exige a presença de advogado no contencioso administrativo, mas decerto legitimam eventual decisão do legislador federal que imponha a defesa técnica nesse âmbito.

A regra, tanto quanto a aplicável ao campo judicial, visará primordialmente ao interesse do cidadão confrontado com exigências e censuras das autoridades públicas, e não ao interesse corporativista dos advogados.

Deveras, o caráter altamente especializado das discussões processuais e de mérito travadas no contencioso administrativo tributário supera muito a capacidade de entendimento do leigo, ainda que se trate de pessoa de alta qualificação intelectual em outra área e com pleno domínio sobre os fatos em análise e as regras técnicas de sua própria atividade.

Basta pensar em questões como prescrição, conflitos de leis no tempo, direito a não produzir prova contra si mesmo ou eficácia temporal das decisões para compreender-se a justeza da afirmação.

A vedação desse terreno para profissionais de outras formações encontra respaldo no art. 22, I, da Constituição, que atribui à União competência privativa para legislar sobre direito processual, bem como nos seguintes dispositivos da Carta:

“Art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

“Art. 170, parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Para a implementação da proposta aqui formulada, bastaria a alteração de dois comandos do EAOAB, a saber:

- a inclusão do seguinte inciso no art. 1º:

“III – a postulação aos órgãos do contencioso administrativo tributário federal, estadual e municipal.”

- o acréscimo da seguinte expressão no art. 2º, § 2º:

*“Art. 2º, § 2º. No processo judicial e administrativo, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*.”*

É o parecer.

São Paulo, 12 de setembro de 2018.

BRENO DIAS DE PAULA
Presidente da Comissão de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB

IGOR MAULER SANTIAGO
Membro da Comissão de Direito Tributário do Conselho Federal da OAB