

**EXMO. DR. CONSELHEIRO SECCIONAL CONSELHO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SEÇÃO MINAS GERAIS**

Relator: Dr. Daniel Vilas Boas

Assunto: Limitações ao Exercício da Advocacia – Impedimento x Incompatibilidade para o exercício da profissão – Conselhos Administrativos

Ilmo. Sr. Dr. Conselheiro,

Considerando a inclusão da consulta sobre o tema em epígrafe na pauta de julgamento da sessão plenária desse Egrégio Conselho a serem realizada em março de 2016, os consulentes, neste ato, pedem vênias para apresentar **MEMORIAIS DE JULGAMENTO** no intuito de contribuir com o debate e a exata compreensão da matéria sob análise.

FATOS

1. É de conhecimento público que a denominada operação “Zelotes” realizada pela Polícia Federal no início de 2015 deflagrou prática de corrupção no âmbito do CARF. Na oportunidade, os conselheiros supostamente envolvidos eram, na sua maioria, oriundos da Receita Federal do Brasil.
 2. Em razão do ocorrido, o então Ministro da Fazenda formulou consulta ao Conselho Federal da OAB questionando a (im)possibilidade de advogado militante funcionar como conselheiro no CARF.
 3. Para surpresa, alterando posicionamento anterior, foi publicado no dia 26 de maio de 2015 acórdão proferido em Consulta formulada ao Conselho Pleno da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual concluiu pela incompatibilidade, e não pelo impedimento, tal como posicionamento anterior.
2. A propósito, o acórdão em tela apresentou a seguinte resposta ao questionamento então formulado pelo Senhor Ministro da Fazenda:

“O advogado, conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, representante dos contribuintes, indicado pelas confederações representativas de categorias econômicas de nível nacional ou por centrais sindicais, incorre na incompatibilidade prevista no art. 28,11, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, em face do quanto previsto no Decreto n. 8.441/2015?

Resposta: Sim, a incompatibilidade é clara e resulta do que dispõe o art. 28, II, do Estatuto da Advocacia e da O A B.”

3. Ato contínuo, o Conselho Federal redirecionou às seções estaduais a competência para deliberar sobre referidas limitações no âmbito dos conselhos administrativos fiscais estaduais e municipais.

4. A decisão citada teve repercussão muito negativa sob o ponto de vista de duas perspectivas. Na primeira, o momento não era oportuno para mudar entendimento. No meio de importante crise de corrupção, a decisão tomada naquele momento, indubitavelmente enfraqueceu toda a classe, até mesmo porque para o público em geral, a decisão poderia ser vista como reconhecimento de culpa pelo ilícito praticado. Na segunda, exurgiu grande celeuma no meio jurídico, uma vez que veio de encontro à posição já firmada pelo Conselho Federal e Conselhos Estaduais da Ordem dos Advogados, que era a de impedimento.

É importante ressaltar que a presença de advogados nos Conselhos em Minas Gerais já é uma tradição, até mesmo porque há décadas os advogados ocupam – e com destaque – a importante função.

Não só no âmbito tributário. Os advogados ocupam vagas de conselheiros nas juntas que julgam multas de trânsito, na Junta Comercial, nos comitês de política urbana etc.

Em regra, os advogados são respeitados e, muitas das vezes, seguidos, em razão da presunção óbvia do conhecimento jurídico e técnica.

Como prova disso, o CC/MG e o CART (Docs. 01 e 02) endereçaram cartas ao Presidente da OAB/MG assinalando a importância dos advogados nestes Conselhos.

Sendo assim, se até os órgãos apontam a relevância da presença dos advogados com Conselheiros, entendemos que não será a OAB/MG que decidirá em sentido contrário. Porque se assim o for, grande retrocesso e esvaziamento ocorrerão nestes órgãos, o que repercutirá negativamente para o advogado: (i) que perderá espaço para trabalhar adequadamente nestes órgãos, até mesmo por perda de motivação, tendo em vista que, evidentemente, a falta de conselheiro técnico, reduzirá substancialmente a chance de se alcançar a justiça; (ii) toda a sociedade que não terá mais direito a um devido e justo processo administrativo.

Portanto, o esvaziamento destes órgãos poderá acarretar numa outra drástica situação: a judicialização imediata do contencioso, sobrecarregando ainda mais o Poder Judiciário, o que, certamente, não é o objetivo da OAB/MG.

5. É de se prestigiar a posição esta que sustentava a aplicação do impedimento previsto pelo inciso I do art. 30 da Lei 8.906/94:

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I – os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;”

5. Diante dessa mudança radical de posicionamento, e, considerando as demais regras atinentes às prerrogativas e limitações ao exercício da advocacia, coloca-se sob apreciação desse Egrégio Plenário que tipo de restrição haveria à atividade dos advogados ocupantes das referidas atribuições.

6. Vale observar que a decisão do Conselho Federal acima referida, encontra-se suspensa face à oposição de embargos de declaração ainda não julgados.

7. Será então demonstrado que as premissas de validade adotadas para a fundamentação da resposta dada àquela consulta implicam tão somente o impedimento ao conselheiro representante dos contribuintes, quanto ao exercício da advocacia no âmbito do conselho ao qual esteja vinculado e face à Fazenda Pública que o remunere.

8. Vale ressaltar, ainda, que a discussão em torno do tema reverberou em face à edição do Decreto 8.441 de 29 de abril de 2015, o qual discorria acerca das restrições ao exercício de atividades profissionais aplicáveis aos representantes dos contribuintes no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a gratificação de presença de que trata a Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971.

9. Não se pode assim dissociar o novo entendimento adotado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da fixação de remuneração atribuída ao membro classista do CARF; uma vez que este foi o único elemento legislativo ou regulamentador que sofreu alguma modificação capaz de motivar a radical alteração de entendimento quanto à matéria¹.

DO DIREITO

I. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE, NOS TERMOS DO ART. 28 DA LEI No 8.906/94.

10. Assim, dispõe o art. 28, II, da Lei no. 906/94:

“Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades: (...) II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas,

¹ Portanto, somente no último ano o CARF passou a remunerar os conselheiros classistas. A remuneração, ai sim, ensejaria o enquadramento da incompatibilidade.

Entretanto, o Estado de Minas Gerais e Municípios (Belo Horizonte, Contagem etc.) não tem condições financeiras para remunerar – muito menos remunerar de forma justa – o advogado/conselheiro classista. Isso é público e notório.

dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta;”

11. A redação em tela poderia gerar dúvidas quanto a sua aplicabilidade aos conselheiros representantes dos contribuintes, especialmente, tratando-se de advogados regularmente inscritos nos quadros da OAB.

Os amantes da interpretação literal sugeririam que os advogados que funcionam como conselheiros julgam e, nos termos do art. 28, restaria presente a incompatibilidade.

Ora, nobre Conselheiro Seccional, se a interpretação literal preponderar, questiona-se: se a OAB é uma autarquia, tal como sempre defendemos e de acordo com entendimento do STF, o Conselho ou o TED poderiam realizar julgamentos e aplicar sanções? Pela literalidade, a resposta seria negativa.

Daí porque exsurge a necessidade de fazer interpretação sistemática do nosso Estatuto da OAB.

Em sendo assim, especificamente ao que se trata do caso, o único preceito legal que disciplina a restrição à advocacia nos casos vertentes encontra-se no Estatuto mais precisamente em seu art. 30, I, quando trata dos impedimentos. Confira-se:

“Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;”.

Para reforçar o argumento, a propósito, a interpretação das disposições encartadas pelo art. 28 foram mitigadas através do Regulamento Geral, quando no art. 8º mitiga a aplicação do dispositivo:

“Art. 8º. A incompatibilidade prevista no art. 28, II do Estatuto, não se aplica aos advogados que participam dos órgãos nele referidos, na qualidade de titulares ou suplentes, como representantes dos advogados.

§ 1º Ficam, entretanto, impedidos de exercer a advocacia perante os órgãos em que atuam, enquanto durar a investidura”.

13. Em adição, aos argumentos até aqui expendidos, não se pode perder de vista a posição consolidada e firmada historicamente pelo CFOAB, que em diversas oportunidades se manifestou com clareza sobre o tema, considerando justamente as eventuais restrições aplicáveis aos conselheiros em questão.

É o que definiu a resposta de Consulta no 0002/2004/OEP, assim ementada:

“CONSULTA. MEMBROS DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. ARTIGO 28, II, DO ESTATUTO DA OAB. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DO DIPLOMA. INCOMPATIBILIDADE INEXISTENTE.

I - O integrante do Conselho de Contribuintes não recebe remuneração fixa por sua atuação no colegiado, devendo manter-se em atividade profissional para sua subsistência.

II - Ofende o princípio da proporcionalidade vedar-se a uma só categoria profissional o acesso ao Conselho, notadamente àquela que, por sua formação técnica, apresenta-se como a mais habilitada para analisar questões referentes a tributos federais.

III - O artigo 28, inciso II, do Estatuto da OAB e da Advocacia deve ser interpretado de acordo com comandos constitucionais maiores, evitando-se que sua aplicação venha a malferir princípios de isonomia e justiça.

IV - Ao membro do Conselho de Contribuintes não se aplica a incompatibilidade para a advocacia, restando somente impedido de atuar em processos administrativos fiscais perante o próprio Conselho, bem como de patrocinar causas judiciais cujo conteúdo possa ser objeto de apreciação por parte daquele Colegiado.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por maioria de 14 votos (AC, AL, MG, MT, PA, PB, PR, RN, RO, RS, SC, SP, SE, TO) a 4 (AM, BA, MS, PE), vencido o Relator, em responder a consulta nos termos do voto do Conselheiro Marcelo Lavocat Galvão (AC), afastando a incompatibilidade para o exercício profissional do advogado que integra, na qualidade de membro, o Conselho de Contribuintes. Brasília, 21 de fevereiro de 2005. Aristóteles Atheniense, Presidente. Marcelo Lavocat Galvão, Relator p/ acórdão. DJ, 17.06.2005, p. 1141/1142, 2005”.

14. Em semelhante sentido caminham as respostas às consultas no 49.0000.2013.007132-1/OEP e 49.0000.2014.003359-3/OEP.

EMENTA n. 0156/2013/OEP: CONSULTA. ADVOGADO INDICADO COMO MEMBRO DO TRIBUNAL DE IMPOSTOS E TAXAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. EXIGÊNCIA DE CONHECIMENTO EM DIREITO TRIBUTÁRIO.

INDICAÇÃO DE ENTIDADES JURÍDICAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 28, II, DO ESTATUTO DA OAB. INCOMPATIBILIDADE AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DO ADVOGADO QUE POSTULA A NULIDADE DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS COM VOTO DE ADVOGADOS INTEGRANTES DO COLEGIADO.

I - O integrante do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo tem que possuir conhecimento comprovado em direito tributário e não recebe remuneração fixa por sua atuação no colegiado, devendo manter-se em atividade profissional para sua subsistência.

II - Em que pese o teor da norma, o artigo 28, inciso II, da Lei nº 8.906/94 não se aplica a advogados que integram, de forma temporária e não remunerada, o Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, máxime quando indicados por entidades representativas da advocacia, devendo ser observada, todavia, a limitação imposta pela legislação à atuação profissional dos juízes que compõem aquele colegiado. Aplicação do precedente firmando na Consulta nº 002/2004-OEP.

III - O artigo 28, inciso II, do Estatuto da OAB e da Advocacia deve ser interpretado de acordo com comandos constitucionais maiores, evitando-se que sua aplicação venha a malferir princípios de isonomia e razoabilidade.

IV - Na ausência de pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre o tema, devem prevalecer a liberdade e a independência profissionais do advogado, que não pode ser punido por defender em juízo a nulidade de decisões administrativas perpetradas em colegiado composto por juízes que exercem a advocacia.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator, que integra o presente julgado. Brasília, 6 de agosto de 2013. Claudio Pacheco Prates Lamachia - Presidente. Marcelo Lavocat Galvão - Relator. (DOU, S.1, 11.09.2013, p. 115)

CONSULTA N. 49.0000.2014.003359-3/OEP. Assunto: Consulta. Advogados indicados para compor tribunais administrativos. Licenciamento de suas atividades profissionais. Consulente: Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul - FIERGS (Representante Legal: Heitor José Müller). Relator: Conselheiro Federal Elisa Helena Lesqueves Galante (ES). EMENTA N. 030/2015/OEP. CONSULTA. ADVOGADO INDICADO PARA O TRIBUNAL

ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO RIO GRANDE DO SUL. INDICAÇÃO POR ENTIDADES JURÍDICAS. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ARTIGO 28, II, DO ESTATUTO DA OAB. INCOMPATIBILIDADE AFASTADA. I - A Secretaria Estadual da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul encaminhou ofício para a Federação das Indústrias daquele Estado, solicitando a indicação de Bacharéis em Direito para compor o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, com a exigência de que os indicados que exerçam a advocacia procedam ao licenciamento de suas atividades profissionais na forma do 28, II, do EAOAB. II - Incabível a exigência por não enquadrar-se nos casos das incompatibilidades previstas no EAOAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em acolher o voto da Relatora, parte integrante deste, conhecendo e respondendo a consulta. Brasília, 17 de março de 2015. Marcelo Lavocat Galvão. (DOU, S.1, 06.05.2015, p. 79)

16. Por corolário lógico, o próprio Judiciário já por inúmeras vezes se posicionou em relação à matéria, como no julgamento da ADIN 1127-8, e no julgamento da Ação Popular 44120-94.2013.4.01.3400 Seção Judiciária DF.

17. Verifica-se até mesmo a existência de precedentes de julgamento oriundos do Conselho desta mesma Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, quando em resposta a questionamentos atinentes a um dos consulentes ora envolvidos, qual seja o Dr. Antônio Cesar Ribeiro, que possui anotados em seus registros junto a esta colenda casa o impedimento previsto pelo art. 30, I.

18. Em detida análise aos precedentes administrativos e judiciais acima relacionados, observa-se que a interpretação do art. 28, II, da Lei no 8.906/94, deve ser feita de modo sistemático, considerando-se aspectos como:

(i) a incompatibilidade com o exercício da advocacia acaba por fazer com que o profissional se veja privado dos seus meios de subsistência, notadamente, quando não há remuneração fixa em razão das atribuições de julgador;

(ii) conseqüentemente, resta impedido o acesso de tais profissionais à composição destes órgãos colegiados, o que não ocorre com quaisquer outras categorias profissionais – contadores, economistas etc., por exemplo, em clara afronta ao princípio da isonomia;

(iii) essa decorrência é particularmente grave quando se considera que, dada a natureza das matérias em debate no âmbito dos

referidos órgãos (causas tributárias de alta complexidade), são justamente os advogados quem possuem, por formação acadêmica, conhecimento técnico para apreciar os aludidos temas. Afronta-se, assim, o princípio da razoabilidade;

(iv) a afronta a tais princípios se intensifica quando se observa que, dentre os requisitos para assumir as aludidas atribuições, figuram, justamente, o notório conhecimento de direito tributário e, pelo menos, cinco anos de prática efetiva em atividade que demande emprego deste conhecimento;

(v) o art. 28, II do Estatuto, após 22 anos, deixa o anacronismo legislativo e passa ter aplicação como “verdadeira descoberta”, indo de contramão a existência de séria de precedentes aplicando, aos casos semelhantes ao presente, o art. 30, I do Estatuto;

(vi) A literalidade do art. 28, II impede aos Conselheiros da OAB e membros do TED, tendo em vista que a OAB é autarquia, a realizar julgamentos e aplicar eventuais sanções.

II - DELIMITAÇÕES AO IMPEDIMENTO DA ADVOCACIA, À LUZ DA LEI 8.906/94.

19. O Decreto nº 44.906/08, legislação específica em relação ao Conselho de Contribuintes Mineiro, estabelece no art. 26, limitações à atuação do conselheiro nas seções de julgamento:

Art. 26. O Conselheiro não poderá participar do julgamento do PTA em que tenha:

I - sido autuante, autor da manifestação fiscal ou responsável pelo controle de qualidade da autuação, ou quando qualquer dessas atividades tenha sido exercida pelo seu cônjuge, companheiro ou parente consangüíneo ou afim, em linha reta;

II - participado de diligência ou exercido a função de perito;

III - emitido parecer no exercício da atividade na Assessoria do Conselho de Contribuintes;

IV - subscrito, nos termos do Capítulo IV do RPTA, resposta a consulta formulada pelo sujeito passivo relativa a matéria versada no PTA;

V - interesse econômico ou financeiro, por si, por seu cônjuge ou por parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau;

VI - sido ou ainda seja contabilista, advogado, consultor ou empregado do sujeito passivo;

VII - vínculo, como sócio ou como empregado, com a sociedade de advogados, de contabilistas ou economistas, ou com empresa de assessoria fiscal ou tributária, a que esteja vinculado o mandatário constituído por quem figure como parte no processo; ou

VIII - incorrido, no que for aplicável, nas hipóteses do art. 135 do Código de Processo Civil instituído pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

20. Não há qualquer limitação específica à atividade profissional do advogado.
21. Gera enorme insegurança jurídica, ao passo que altera **substancialmente** o critério de entendimento jurídico adotado pelo CFOAB quanto por esta Seccional até então, que sempre foi pelo **impedimento**, o que se torna mais grave ao analisar que a própria Lei 8.906/94 não sofreu qualquer alteração legislativa na redação de seus artigos 28 e 30, que regulamentam a matéria.
22. Cria precedente perigoso, pois a novel interpretação literal do artigo 28 da Lei 8.906/94 adotada pelo CFOAB terá aplicação não somente aos Conselhos de Julgamento Tributário, mas a todo e qualquer conselho de julgamento de órgão ou autarquia da administração direta ou indireta, solapando inclusive a prerrogativa de julgamento dos pares da advocacia pelo próprio Conselho, pois a OAB, como autarquia federal que é.

CONCLUSÕES

23. Por todo o exposto, conclui-se que a atuação como conselheiro representante dos contribuintes perante os conselhos administrativos estadual e municipais, implicam tão-somente o impedimento por parte do conselheiro representante dos contribuintes, do exercício da advocacia perante o órgão ao qual está vinculado, não havendo fundamento para justificar a ocorrência de incompatibilidade.
24. A adoção de qualquer outro posicionamento importaria em grave ofensa e demérito à toda a classe jurídica e precipuamente aos advogados.
25. A representação dos contribuintes e a forma paritária do Conselho Estadual prevista e definida pela Constituição do Estado de Minas Gerais, buscam manter a paridade e equidade do órgão perante às questões que se apresentam diante dos membros julgadores.
26. A vedação à atuação do advogado em última análise se mostra como medida desigual, tolhendo a participação de toda uma classe profissional (quicá aquela detentora de conhecimentos imprescindíveis ao exercício da função de julgador), acarretando enormes prejuízos à sociedade como um todo.
27. Como se buscou debater ao longo da presente peça, a questão posta transcende os interesses individuais, vindo de encontro às pretensões e garantias de toda uma classe e da sociedade em geral.