



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

São Paulo, 15 de maio de 2015.

Com muita honra, atendendo ao pedido da mui Digna Diretoria do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, na pessoa do Excelentíssimo Presidente – Dr. José Horácio Halfaged Rezende Ribeiro e na pessoa do Excelentíssimo Diretor – Dr. Diogo L. Machado de Melo - aceitei o desafio de emitir uma Opinião Legal acerca do recém editado Decreto 8.441/2015, que dentre outros, instituiu a gratificação de presença aos Conselheiros indicados pelos Contribuintes do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda – CARF.

Em seu pedido de Opinião Legal foi me solicitado que respondesse aos seguintes questionamentos suscitados pela Digna Diretoria desta Nobre Instituição:

- 1) Há alguma ilegalidade ou constitucionalidade no Decreto nº 8.441/2015 a ser identificada?
- 2) Há incompatibilidade (ou impedimento) entre o exercício da advocacia e a função de juiz do tribunal administrativo fiscal? A incompatibilidade se estende aos integrantes do Escritório do juiz de tribunal administrativo convocado?

Em razão do pouco tempo para poder perfilhar todo o caminho que me leva para apresentar ilegalidades e constitucionalidades no referido Decreto, vou indicar o sumário da Opinião, para, em seguida, tratar, ainda que de forma breve, dos temas suscitados.

- a) Contexto da edição do Decreto.
- b) Breves considerações sobre o histórico do CARF.
- c) A importância da paridade nos órgãos administrativos de julgamento
- d) O Decreto 8.441/2015 como decreto regulamentador e não como decreto autônomo
- e) O Decreto 8.441/2015, naquilo que procurou regulamentar, extrapolou os limites da lei e daí, por consequência, é ilegal. O Decreto ao trazer aos Conselheiros dos



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Contribuintes as limitações previstas na Lei 12.813/2013 extrapolou a sua competência, além de gerar desigualdade entre Conselheiro dos Contribuintes e Conselheiros Fazendários.

- f) O Decreto 8.441/2015 trouxe disparidades entre os julgadores oriundos da representação fiscal e da representação dos contribuintes, o que gera a sua inconstitucionalidade, ainda que indireta.
- g) O Decreto 8.441/2015 e a sua referência à Lei 8.906/1994. Decreto regulamentador e os limites da lei que regula. Extrapolação dos limites. Illegalidade.
- h) Impedimento e Incompatibilidade para advocacia por advogados que compõem órgão julgador. Precedente do Supremo Tribunal Federal que impõe diretrizes de interpretação. Impedimento parcial do advogado e não da sociedade para advogar. Impedimento pessoal do advogado para advogar em causas que tramitam no Órgão a que pertence o Tribunal do qual faz parte.
- i) Conclusões – respostas objetivas às questões formuladas.

Estabelecido o sumário, passarei a trabalhar, individualmente, os itens enumerados.

a) O contexto da edição do Decreto 8.441 de 29 de abril de 2015.

Relevante para o exame do Decreto que seja colocado o contexto de sua edição.

Em 26 de março de 2015 tornou-se pública a Operação da Polícia Federal, denominada “Zelotes” que tem por objetivo apurar eventuais crimes cometidos junto ao antigo Conselho de Contribuintes e atual CARF.

De acordo com as notícias veiculadas na imprensa, há fortes indícios de que houve a participação de funcionários, Conselheiros e ex-Conselheiros do CARF para que fossem negociados os resultados de julgamentos vultosos.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. S.", is placed here.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

O CARF, até então um órgão desconhecido da maior parte da sociedade, passou a ser alvo de contínuas discussões e opiniões.

Dentre estas discussões veio à tona do tema de advogados que possuem seus escritórios e militam na área tributária figurarem como Conselheiros representantes dos contribuintes.

A partir da publicidade dada à Operação Zelotes e em razão dos fatos relevantes nela apontados, várias medidas foram tomadas pelo Ministério da Fazenda: i) houve a suspensão das sessões de julgamento do CARF até que fossem feitas alterações na estrutura do Órgão, ii) foi constituído pelo Ministro da Fazenda um Grupo de Trabalho para apresentar uma nova proposta de regimento; e iii) foi elaborado um Código de Ética no CARF.

A proposta de Regimento foi apresentada à sociedade em 24 de abril e tal proposta foi colocada para Consulta Pública que se encerrou no dia 11 de maio.

Observe-se, desde logo, que na citada Proposta de Regimento, não houve mudanças significativas que trouxessem novo impedimento ou qualquer hipótese remota de incompatibilidade do Conselheiro representante dos contribuintes com a advocacia.

Em 30 de abril, em pleno curso do procedimento de consulta pública à proposta do Regimento do CARF, foi publicado o Decreto 8.441/2015 que tem o seguinte conteúdo:

DECRETO Nº 8.441, DE 29 DE ABRIL DE 2015

Dispõe sobre as 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.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 1º da Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971, art. 6º, parágrafo único, alínea “a”, do Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 48 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e art. 10 da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013,

DECRETA:

Art. 1º O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, órgão colegiado judicante, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, é



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

constituído, paritariamente, por representantes da Fazenda Nacional e dos contribuintes, na forma da legislação.

§ 1º Os conselheiros representantes dos contribuintes no CARF estão sujeitos às restrições ao exercício de atividades profissionais em conformidade com a legislação e demais normas dos conselhos profissionais a que estejam submetidos, observado, em qualquer caso, o disposto no art. 10 da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

§ 2º As restrições a que se refere o § 1º incluem a vedação ao exercício da advocacia contra a Fazenda Pública federal, nos termos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

§ 3º O conselheiro, sem prejuízo de outras exigências legais e regulamentares, firmará compromisso de que observará durante todo o mandato as restrições a que se refere este Decreto, ficando sujeito às sanções previstas na legislação.

Art. 2º A gratificação de presença estabelecida pela Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971, devida exclusivamente aos conselheiros representantes dos contribuintes no CARF, corresponderá à sexta parte da remuneração do cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS nível 5, conforme estabelecido na Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007, por sessão de julgamento.

§ 1º Serão remuneradas pela gratificação de presença de que trata o caput até, no máximo, seis sessões de julgamento por mês.

§ 2º Para a caracterização da presença de que trata o caput, deverá ser comprovada a participação efetiva na sessão de julgamento, na forma estabelecida em ato do Ministro de Estado da Fazenda.

Art. 3º O pagamento da gratificação de presença de que trata o art. 2º fica condicionado à existência de dotação orçamentária e autorização específica na Lei Orçamentária Anual.

Art. 4º O Ministro de Estado da Fazenda expedirá normas complementares para o cumprimento do disposto neste Decreto.

Art. 5º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 29 de abril de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA

Joaquim

Nelson Barbosa

Vieira

Ferreira

ROUSSEFF

Levy

A mera leitura do Decreto já faz o intérprete verificar que ele colide com a Proposta de Regimento, uma vez que traz impedimentos maiores ao previsto naquele ato.

Ademais, resta indubitável que a pretensão deste ato regulador é de afastar do CARF o advogado militante na área tributária federal, desconstituindo, desta forma, como será melhor explicitado nos próximos itens, a paridade necessária ao referido Tribunal, pelo formato nele proposto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Joaquim Nelson Barbosa".



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

b) Breves considerações sobre o histórico do CARF.

Para a análise da questão aqui proposta merece que seja feito um rápido histórico da existência do então Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda até o atual CARF.

A criação do Conselho de Contribuintes surgiu com o Decreto nº 16.580 de 04 de setembro de 1924 que criou um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, com competência para julgamento de recursos referentes ao Imposto sobre a Renda, cujos cinco membros seriam escolhidos entre contribuintes do comércio, indústria, profissões liberais e funcionários públicos, todos de reconhecida idoneidade e nomeados pelo Ministro da Fazenda. O Conselho de Contribuintes do Imposto de Renda no Distrito Federal, foi o único a ser instalado, iniciou seu funcionamento em 14 de setembro de 1925.

Ou seja, há quase 90 anos existe um órgão do Ministério da Fazenda que tem por objeto julgar processos administrativos fiscais em segunda instância.

Este órgão SEMPRE foi composto por membros oriundos do serviço público e por membros indicados pela sociedade civil.

Com as alterações sofridas ao longo do tempo, em especial a alteração da sua estrutura que ocorreu em 2009, passando a ser o atual CARF, não foi alterado o sistema paritário para a sua composição.

A Lei 11.941/2009, em seu artigo 48 indica o CARF como órgão paritário.

E, este dado é importante, porque mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a promulgação do Estatuto da Advocacia por meio da Lei 8.906 de 1994, não houve qualquer óbice para que advogados militantes pudessem atuar como Conselheiros do Tribunal, possibilitando, desta forma, que o órgão permanecesse paritário e tivesse sua paridade confirmada pela citada Lei 11.941/2009 que neste item não sofreu qualquer questionamento por instituições públicas ou privadas.

Em todos estes anos nunca houve a preocupação de Ministério Público ou outro órgão “fiscalizador” da Lei e da Constituição em questionar tal modelo. Assim ou o modelo



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

funcionou bem até agora e, com a mudança dos tempos não se presta mais a realizar os relevantes serviços, ou tais Instituições deixaram, em todos estes anos de realizar o seu mister.

Ao longo destes quase 90 anos, os Conselhos de Contribuintes e o atual CARF julgaram milhares de processos, sendo que a jurisprudência deste Tribunal foi e é referência tanto para interpretação, pelos contribuintes, da complexa legislação tributária como para o próprio Poder Judiciário, que muitas vezes, em suas decisões, considerou o quanto vinha sendo decidido pelo Tribunal.

Deve ser lembrado que são realizados inúmeros Seminários, Congressos, Cursos a partir dos julgamentos do CARF, dada a sua importância no cenário jurídico nacional.

Ainda, há que se notar, que o Tribunal conta com 107 Súmulas que são de observância obrigatória pelos membros do CARF e dentre elas há Súmulas Vinculantes que, como o próprio nome diz, vinculam toda a administração tributária.

Assim, este órgão julgador, decerto, tem trabalhado com técnica, pois, caso contrário não seria possível uma produção acadêmica, doutrinária, jurisprudencial e normativa como a que ocorreu no decorrer deste percurso.

Estes rápidos dados vêm demonstrar que o Tribunal vem cumprindo o seu papel e, se há problemas que a Operação Zelotes veio verificar, estes são problemas pontuais que jamais podem macular todo o histórico do Tribunal, e mais ainda, não pode fazer transparecer que tais problemas surjam em razão da composição paritária do Órgão com ênfase para a representação dos contribuintes.

Neste sentido cito a notícia veiculada pela "Folha" em 08/05/2015¹ em que informa que o Ministério Público Federal tem por objetivo acabar com a representação dos contribuintes no CARF. Anote-se, para ilustração, parte da notícia, em que grifei os trechos que julguei mais relevantes:

¹ <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/leonardosouza/2015/05/1626206-mpf-pede-a-fazenda-fim-da-paridade-no-carf.shtml>



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

A principal proposta dos procuradores é acabar com o atual formato de composição do conselho, paritário, em que indicados dos contribuintes têm o mesmo poder de voto que os representantes da Fazenda Nacional –auditores da Receita Federal.

O modelo de funcionamento e composição do Carf é único no mundo se comparado a outros tribunais de recursos fiscais. Algo está errado.

"Sempre que há uma crise como essa do Carf, abre-se uma janela de oportunidade para melhorar e fortalecer a instituição pública. A figura do conselheiro privado no Carf é a porta de entrada para a corrupção", disse à coluna o procurador José Alfredo de Paula Silva, um dos integrantes da força-tarefa do MPF, coordenada por Frederico Paiva e integrada também por Raquel Branquinho e Rodrigo Leite Prado.

É de se lamentar que a notícia denota que os Dignos Membros do Ministério Público Federal atribuem aos advogados a conduta que leva às práticas criminosas no órgão, indicando que estes Conselheiros agem com total irresponsabilidade com a nação e com o Estado de Direito.

A partir do lamentável noticiado pode-se concluir que os representantes da Fazenda sempre são honestos e julgam de acordo com a lei e os representantes dos contribuintes – em sua maioria advogados – julgam sempre de acordo com os seus interesses ou interesses dos seus clientes. Novamente a classe dos advogados é aviltada de forma desonrosa, para o que, desde já, entendo que caberia as devidas providências pela Ordem dos Advogados do Brasil para apurar a responsabilidade dos subscritores da notícia.

Como subscritora desta Opinião Legal entendo que é o momento de se repensar a estrutura de julgamento de segunda instância, mas dentro de um conjunto de ações.

O problema tributário surge com a legislação complexa, com o dever único ao contribuinte, no primeiro momento, de interpretar a legislação e se sujeitar a pesadas multas se ocorrer erros nesta interpretação.

O sistema leva a autuações relevantes, em muitos casos, realizadas a partir da interpretação de um Agente Fiscal ou de um Grupo de Agentes que podem determinar o fechamento de uma pessoa jurídica, a insolvência de uma pessoa física.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Este sistema como um todo – da complexidade da legislação, das autuações em massa, dentre outros – leva a uma realidade de mais de 100 mil processos aguardando julgamento no Tribunal Administrativo (CARF), pois deve ser considerado que mesmo em casos em que há julgamento definitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal – o Fisco continua autuando, pois há imensa demora até que seja expedida ordem que determine que o assunto não seja mais objeto de autuação, gerando um imenso contencioso. Ou seja, há que se pensar e rever o todo e não apenas um órgão, e especialmente, no que tange à parte de sua composição: a parte que é indicada pela sociedade.

Se for para rever o órgão para alterar o sistema paritário, que isto seja feito e realizado de forma a obedecer o regime democrático e republicano e não na forma pretendida pelo ilegal e inconstitucional Decreto 8.441/2015 em que a representação fazendária continua com todo o seu poder e sem qualquer alteração, isto é, podendo a Fazenda estar representada por qualquer um de seus membros, desde que cumpridos os requisitos; e, de outro turno, para os representantes dos contribuintes, as regras impostas são tão seletivas que poucos poderão se inscrever, trazendo enorme prejuízo a toda a sociedade.

c) A importância da paridade nos órgãos administrativos de julgamento

A paridade, isto é, o fato de existir, num órgão de julgamento colegiado, membros julgadores oriundos de duas classes diversas, com igualdade de formação, igualdade de prerrogativas e obrigações gera a paridade e daí a imparcialidade.

Normalmente o sistema paritário promove um julgamento imparcial, pois a parcialidade de cada classe de julgadores é neutralizada pela paridade entre as duas classes. Os critérios de desempate nos julgamentos são previamente estabelecidos nos regimentos próprios dos órgãos.

Paridade significa igualdade de condições para uma disputa. Igualdade de capacidade.

A paridade nos órgãos administrativos de julgamento foi a solução encontrada no sistema brasileiro para produzir um julgamento, imparcial em instância administrativa, dentro do



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

próprio órgão que produz o lançamento tributário (Ministério da Fazenda, Secretaria de Fazenda).

A obrigatoriedade do CARF ser um órgão colegiado paritário está expressamente prevista no artigo 48 da Lei 11.941/2009.

A partir dos próximos itens, parece-me indubitável que a regra da paridade foi quebrada com o advento do Decreto 8.441/2015, de tal modo que se não existe mais a paridade, porque uma das classes sofreu restrições, o sistema não pode mais permanecer na forma proposta, sendo necessário rever o modelo.

d) O Decreto 8.441/2015 como decreto regulamentador e não como decreto autônomo

Neste item, dada a natureza desta Opinião, não será possível fazer digressões acadêmicas sobre a natureza dos decretos do Poder Executivo.

Para este trabalho vou mencionar os dois tipos de decreto. De acordo com o previsto nos incisos IV e VI do artigo 84 da Constituição Federal: o decreto regulamentador da lei, previsto no inciso IV e o denominado decreto “autônomo” previsto no inciso VI do artigo 84.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

O decreto regulamentador está adstrito aos termos da lei. Como determina o comando constitucional é um decreto para possibilitar a fiel execução da lei.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

O Decreto 8.441/2015, em seu preâmbulo, indica que é um decreto regulamentador. Porém a primeira questão que surge é: qual lei o decreto vem regulamentar? O preâmbulo indica o seguinte:

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 1º da Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971, art. 6º, parágrafo único, alínea "a", do Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 48 da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, e art. 10 da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013,

DECRETA:

...

A primeira Lei citada é a 5.708/1971 que em seu artigo 1º. dispõe:

Art 1º Os órgãos de deliberação coletiva da administração federal direta e autárquica serão classificados de acordo com o princípio de hierarquia e tendo em vista a importância, o vulto e a complexidade das respectivas atribuições e responsabilidades.

Parágrafo único. A classificação dos órgãos referidos neste artigo, inclusive os já regulados por disposições especiais, será proposta pelo Órgão Central do Sistema de Pessoal e aprovada por decreto, que fixará o valor da gratificação de presença e estabelecerá o máximo de sessões mensais remuneradas.

O artigo 6º, parágrafo único, "a" do Decreto-lei 1.437/1975 prevê que:

Art 6º Fica instituído, no Ministério da Fazenda, o Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, destinado a fornecer recursos para financiar o reaparelhamento e reequipamento da Secretaria da Receita Federal, a atender aos demais encargos específicos inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento das atividades de fiscalização dos tributos federais e, especialmente, a intensificar a repressão às infrações relativas a mercadorias estrangeiras e a outras modalidades de fraude fiscal ou cambial, inclusive mediante a instituição de sistemas especiais de controle do valor externo de mercadorias e de exames labororiais. (Vide Decreto-lei nº 2.280, de 1985)

Parágrafo único. O FUNDAF destinar-se-á, também, a fornecer recursos para custear: (Incluído pela lei nº 9.532, de 1997)

- a) o funcionamento dos Conselhos de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, inclusive o pagamento de

10

R. Líbero Badaró, 377 - 26º - Centro - CEP 01009-906 - São Paulo - SP - Brasil
Telefone: (55 11) 3106-8015 | E-mail: iasp@iasp.org.br | Site: www.iasp.org.br



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

despesas com diárias e passagens referentes aos deslocamentos de Conselheiros e da gratificação de presença de que trata o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971; (Incluída pela lei nº 9.532, de 1997)

O artigo 48 da Lei 11.941/2009 dispõe que:

Art. 48. O Primeiro, o Segundo e o Terceiro Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como a Câmara Superior de Recursos Fiscais, ficam unificados em um órgão, denominado Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, **colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com competência para julgar recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos especiais, sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.**

Parágrafo único. São prerrogativas do Conselheiro integrante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF: (Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013)

I - somente ser responsabilizado civilmente, em processo judicial ou administrativo, em razão de decisões proferidas em julgamento de processo no âmbito do CARF, quando proceder comprovadamente com dolo ou fraude no exercício de suas funções; e (Incluído pela Lei nº 12.833, de 2013)

E, finalmente o artigo 10 da Lei 12.813/2013 que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego prevê que:

Art. 10. As disposições contidas nos arts. 4º e 5º e no inciso I do art. 6º estendem-se a todos os agentes públicos no âmbito do Poder Executivo federal.

Ora, verificadas as legislações citadas pelo Decreto, a única regulamentação possível é a prevista no artigo 1º. da Lei 5.708/1971, ou seja, tal decreto apenas poderia instituir a gratificação de presença para os Conselheiros que integram o CARF. Isto é, de acordo com a Lei 5.708/71 e o Decreto 1437/75, o Decreto somente poderia indicar qual o valor da gratificação de presença. Ou seja, jamais poderia estabelecer remuneração por serviços ou criar qualquer tipo de vínculo.

Deste modo a única interpretação possível é que este Decreto, por seu artigo 2º, criou uma gratificação de presença.

A handwritten signature in black ink, likely belonging to a representative of the IASP, is placed here.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Porém, o artigo 1º. do citado Decreto em nada se relaciona, para fins de regulamentação, à Lei 5.708/71 ou ao Decreto 1.437 ou à Lei 11.941/2009 ou à Lei 12.813/2013.

Observe-se que o artigo 1º do Decreto é todo dedicado a restringir a atuação dos Conselheiros dos Contribuintes criando-lhes e impondo-lhes situações de impedimentos e/ou de incompatibilidade que não estão presentes na Lei ou legislação instituidora do Tribunal.

Por outro lado, também não há que se falar de, nesta parte, ter natureza de decreto autônomo, pois não estão preenchidos os requisitos previstos no inciso VI do artigo 84 da CF anteriormente citado.

Portanto, o artigo 1º. do Decreto é manifestamente constitucional (inconstitucionalidade indireta) porque extrapolou todos os limites da lei ou das leis que pretendeu regulamentar.

- e) O Decreto 8.441/2015, naquilo que procurou regulamentar, extrapolou os limites da lei e daí, por consequência, é ilegal. O Decreto ao trazer aos Conselheiros dos Contribuintes as limitações previstas na Lei 12.813/2013 extrapolou a sua competência, além de gerar desigualdade entre Conselheiro dos Contribuintes e Conselheiros Fazendários.

Se por um lado para o artigo 1º resta certo que há a inconstitucionalidade indireta, porque extrapolou os seus limites porque não está fundamentado em nenhuma lei, importante verificar que a análise conjunta do artigo 1º com o artigo 2º, artigo este que, em tese, poderia ser objeto da regulamentação, indica, para este artigo 2º uma ilegalidade.

Neste item a ilegalidade, apesar de sutil, está presente.

Ao trazer para o valor da gratificação por presença uma relação com o valor recebido por um funcionário público do Ministério da Fazenda comissionado com um DAS nível 5, o Decreto mais do que indicar o valor da gratificação de presença, pretendeu trazer para o Conselheiro do Contribuinte todas as consequências de *poder vir a ser equiparado a este servidor*.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Dilma" or a similar name.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Deste modo, além de no parágrafo primeiro trazer aos Conselheiros do Contribuinte as restrições impostas pela Lei 12.813/2013 – o que não existe para os Conselheiros Fazendários – para que por outra vertente também houvesse tal vinculação, o parâmetro do valor a ser pago a título de “gratificação de presença” foi baseado na remuneração de comissionamento de um funcionário público DAS nível 5², no intuito de por dois aspectos diversos trazer limitações ao exercício da advocacia pelo Conselheiro do Contribuinte, de forma manifestamente constitucional e ilegal.

Para tanto é preciso verificar o teor da Lei 12.813/2013 que trata sobre conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal.

Os artigos 1º e 2º da citada Lei expressam os destinatários da Lei:

Art. 1º As situações que configuram conflito de interesses envolvendo ocupantes de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal, os requisitos e restrições a ocupantes de cargo ou emprego que tenham acesso a informações privilegiadas, os impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego e as competências para fiscalização, avaliação e prevenção de conflitos de interesses regulam-se pelo disposto nesta Lei.

Art. 2º Submetem-se ao regime desta Lei os ocupantes dos seguintes cargos e empregos:

I - de ministro de Estado;

II - de natureza especial ou equivalentes;

III - de presidente, vice-presidente e diretor, ou equivalentes, de autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista; e

IV - do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS, níveis 6 e 5 ou equivalentes.

Parágrafo único. Além dos agentes públicos mencionados nos incisos I a IV, sujeitam-se ao disposto nesta Lei os ocupantes de cargos ou empregos cujo exercício

² Art. 2º A gratificação de presença estabelecida pela Lei nº 5.708, de 4 de outubro de 1971, devida exclusivamente aos conselheiros representantes dos contribuintes no CARF, corresponderá à sexta parte da remuneração do cargo em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS nível 5, conforme estabelecido na Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007, por sessão de julgamento.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

proporcione acesso a informação privilegiada capaz de trazer vantagem econômica ou financeira para o agente público ou para terceiro, conforme definido em regulamento.

Assim, não há dúvidas de que o Decreto, tanto por seu artigo 1º como pelo 2º, busca levar as citadas restrições aos Conselheiros dos Contribuintes.

Ora, o parágrafo primeiro do artigo 1º, traz expressa referência ao artigo 10 da Lei 12.813/13 que por sua vez, remete os agentes para as restrições impostas pelos artigos 4º, 5º e 6º, inciso I³, restrições, estas que, em verdade, vão impedir que Conselheiros advoguem, pois, de acordo com o inciso II do artigo 5º, não poderão receber honorários de

³ Art. 4º O ocupante de cargo ou emprego no Poder Executivo federal deve agir de modo a prevenir ou a impedir possível conflito de interesses e a resguardar informação privilegiada.

§ 1º No caso de dúvida sobre como prevenir ou impedir situações que configurem conflito de interesses, o agente público deverá consultar a Comissão de Ética Pública, criada no âmbito do Poder Executivo federal, ou a Controladoria-Geral da União, conforme o disposto no parágrafo único do art. 8º desta Lei.

§ 2º A ocorrência de conflito de interesses independe da existência de lesão ao patrimônio público, bem como do recebimento de qualquer vantagem ou ganho pelo agente público ou por terceiro.

Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;

III - exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V - praticar ato em benefício de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.

Parágrafo único. As situações que configuram conflito de interesses estabelecidas neste artigo aplicam-se aos ocupantes dos cargos ou empregos mencionados no art. 2º ainda que em gozo de licença ou em período de afastamento.

Art. 6º Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

I - a qualquer tempo, divulgar ou fazer uso de informação privilegiada obtida em razão das atividades exercidas;



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

qualquer pessoa física ou jurídica que tenha processo em trâmite no CARF. Porém, a grande maioria dos Conselheiros dos Contribuintes ou é funcionário de sociedades empresárias que ou tem processos administrativos fiscais, ou correm o risco de ter; ou advogam na área tributária, e, por consequência, receberão honorários por si ou pelo escritório que pertencem, de pessoas físicas ou jurídicas que já possuem ou podem vir a ter processos em trâmite no CARF.

A chance da ocorrência do conflito de interesses nos moldes previstos no inciso II do artigo 5º da Lei 12.813/2013 é quase total.

Por sua vez, o artigo 2º do Decreto 8.441/2015 faz referência, ao tratar do valor da gratificação por presença, à remuneração do cargo de comissão de DAS 5. Os funcionários com este cargo em comissão se submetem às rígidas restrições previstas pela Lei 12.813/2013.

Veja-se que determinando o valor da gratificação de presença de acordo com a remuneração de um DAS 5, consoante o meu entendimento, o Decreto acaba por criar uma situação de desigualdade entre os Conselheiros dos Contribuintes e os Conselheiros Fazendários, pois estes últimos não estarão sujeitos às restrições da Lei 12.813, porque exceção ao Presidente do CARF e aos Presidentes de Seção, nenhum outro Conselheiro faz jus ao DAS 5.

Por outro lado, o Conselheiro do Contribuinte não goza das prerrogativas do Conselheiro da Fazenda que é um servidor público concursado, inclusive com remuneração de alto valor, muito superior à gratificação de presença indicada pelo Decreto, mas estará sujeito a regras restritivas muito mais abrangentes.

Assim, de um lado o Conselheiro do Contribuinte estará submetido a restrições que praticamente o inviabilizam de qualquer outro trabalho que não seja o de Julgador, pois até mesmo o magistério poderá ser questionado, pelos termos da Lei 12.813, especialmente artigo 5º, inciso II, se a instituição que o Conselheiro ministrar aulas tiver qualquer processo perante o CARF, enquanto que o Conselheiro Fazendário, além de ser efetivamente remunerado por salário de vulto, não sofrerá restrições da citada Lei.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Portanto, a única conclusão possível é que mesmo no que tange ao artigo 2º o Decreto 8.441/2015 é ilegal, porque mal regulamentou a Lei 5.708/71, pois não disciplinou apenas o valor da gratificação de presença, além disso, ao relacionar o valor da remuneração ao cargo de comissionamento DAS nível 05 pretendeu afirmar aos Conselheiros dos Contribuintes a condição de agente público sujeito às restrições da Lei 12.813/2013, e desta forma, extrapolou do âmbito do poder regulamentador da citada Lei 5.708/71.

- f) O Decreto 8.441/2015 trouxe disparidades entre os julgadores oriundos da representação fiscal e da representação dos contribuintes, o que gera a sua inconstitucionalidade, ainda que indireta.

Muitos doutrinadores asseguram que o grande princípio da Constituição Federal de 1988 é o da igualdade, com o que concordo, em vista da preocupação do Constituinte em diversas passagens do Texto Constitucional afirmar e reafirmar tal princípio.

Por outro lado, a dificuldade está em constatar, em muitos casos, se tal princípio está sendo respeitado, pois a igualdade tem que ser verificada entre situações ou pessoas sempre numa relação, de tal modo, que a situação ou a pessoa é igual ou desigual em relação a outra situação ou a outra pessoa. Precisa ser verificada a situação discriminadora, se ela tem ou não respaldo.⁴

Neste prisma é preciso ser analisado se o Decreto 8.441/2015 ao se referir, expressamente, como consta de seu preâmbulo, apenas aos representantes dos contribuintes⁵ se não feriu a igualdade, visto que não há uma situação diferenciadora que permita a regra da desigualdade.

⁴ Neste sentido é o preciso ensinamento do Prof. Celso Antonio Bandeira de Melo, em seu livro *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*.

⁵ Dispõe sobre as 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



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Não tenho dúvidas de que o princípio da igualdade foi ferido pelo Decreto 8.441/2015.

Tivesse o Decreto simplesmente indicado o valor da gratificação de presença teria cumprido o seu papel regulamentador. Porém, ao estabelecer as restrições aos serviços profissionais, além de ter extrapolado os limites de decreto regulamentador como foi demonstrado, trouxe restrições específicas aos Conselheiros representantes dos contribuintes que ou teriam que ter sido aplicadas também aos Conselheiros representantes da Fazenda Pública ou não poderiam ter sido aplicadas.

Neste item refiro-me, especialmente (mas não só), às restrições trazidas pelo parágrafo 1º do artigo 1º.

Alguns podem colocar que os Conselheiros representantes da Fazenda não exercem atividades profissionais, pois possuem dedicação exclusiva ao serviço público e, por este motivo, seria inócuia tal restrição. Sem sentido este argumento, pois a Lei 12.813 é dirigida, especialmente, aos funcionários públicos em cargos da alta gestão.

Mas, ainda para argumentar este primeiro possível argumento aqui indico exemplos. O primeiro já indicado sobre o magistério. Numa interpretação rasa do inciso II, do artigo 5º da Lei 12.813/2013, os Conselheiros representantes dos contribuintes só poderão exercer o magistério para as instituições que não tenham processos no CARF, enquanto que os Conselheiros representantes da Fazenda não terão esta restrição.

Todos os que militam no CARF sabem que muitas instituições educacionais possuem processos no CARF, especialmente em razão das diversas discussões acerca das normas de imunidade, isenção e outras aplicáveis às instituições educacionais.

Outra situação, por exemplo, os funcionários públicos podem ser sócios de pessoas jurídicas, apenas não podem ter o cargo de administrador. Pois bem, se um Conselheiro representante dos contribuintes, por qualquer motivo for sócio de uma sociedade empresária que tiver um processo administrativo fiscal estará configurado o conflito de interesses e o mesmo não ocorrerá para o Conselheiro representante da Fazenda.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "J. P. S.", is placed here.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

E, outra hipótese que traz uma situação esdrúxula: o advogado que mantém uma relação de emprego com determinada sociedade empresária terá o conflito de interesse configurado se esta sociedade tiver um processo administrativo fiscal em trâmite no CARF, enquanto que o Conselheiro representante da Fazenda, como o próprio nome diz, é representante da Fazenda, é funcionário público, a sua remuneração depende da Fazenda, e neste caso, não se cogita conflito de interesses, mesmo sendo a Fazenda uma das partes do processo administrativo.

Porém, para além destes exemplos, infelizmente, quer me parecer que este Decreto fez uma odiosa discriminação.

Numa possível interpretação do Decreto, os Conselheiros representantes da Fazenda sempre estão acima de qualquer suspeita, sempre votam de acordo com a lei e com as suas convicções, são profissionais altamente gabaritados e não necessitam de qualquer restrição ou de regras severas. Já os Conselheiros dos Contribuintes, em sua maioria, advogados, sempre são suspeitos, porque sempre votam de acordo com o interesse de seus clientes; como não votam em consonância com a melhor interpretação da lei precisam se submeter a regras tão rígidas que praticamente os impede de advogar.

Odiosa discriminação.

Discriminação que precisa ser extirpada do sistema positivo.

Discriminação que coloca sobre a nobre classe dos advogados a origem dos problemas relativos à corrupção no órgão.

Paridade é paridade. Há necessidade de classes “parciais”, com as mesmas “armas” em cada um dos lados para possibilitar um resultado neutro. Nesta paridade, a possível “parcialidade” faz parte da regra, tanto que o órgão é do Ministério da Fazenda, a Fazenda é parte no processo, e metade dos integrantes do órgão é oriunda da Fazenda.

O que não é possível é admitir que o Decreto institua que uma classe possa ser parcial porque a sua parcialidade está acima de qualquer suspeita e presumir que a outra classe,



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

por não ser oriunda das fileiras do serviço público, tem uma parcialidade obtusa e corrupta e por isso, imprestável, para formar o Tribunal.

A inconstitucionalidade pela afronta direta ao princípio da igualdade é latente e precisa ser afastada pelas instituições da sociedade civil comprometidas com o ideal democrático e republicano.

g) O Decreto 8.441/2015 e a sua referência à Lei 8.906/1994. Decreto regulamentador e os limites da lei que regula. Extrapolação dos limites. Illegalidade.

O Decreto 8.441/2015 extrapolou nos limites da legalidade ao fazer referência à Lei 8.906/1994.

Ora, aqui demonstrei que o Decreto não encontra fundamento legal para trazer restrições ao exercício das atividades profissionais dos Conselheiros representantes dos contribuintes. E, por este mesmo motivo, não há fundamento legal para o Decreto fazer referência à Lei 8.906/1994.

Como irei detalhar no próximo item se, em consonância com a interpretação autêntica feita pelo Supremo Tribunal Federal, sequer o advogado que tem assento nos Tribunais Eleitorais tem vedação ao exercício da advocacia, como um Decreto que sequer possui fundamento legal para tratar de restrição à atividade profissional pode pretender disciplinar a Lei 8.906/1994?

É óbvio que qualquer referência feita pelo Decreto 8.441/2015 à Lei 8.906/1994 tem que ser considerada ilegal, pois este instrumento – o Decreto – não é o veículo apropriado para tal fim.

Ainda que possa ser interpretado como razoável o impedimento do Conselheiro representante dos contribuintes em advogar contra a Fazenda Pública Federal, há que se concluir que o Decreto 8.441/2015 não é o veículo normativo pertinente para trazer tal impedimento.

Este impedimento somente pode surgir da lei ou da interpretação da Lei 8.906/1994, por quem de direito, neste caso a própria entidade – Ordem dos Advogados do Brasil – ou o Poder Judiciário.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Assim, evidente a ilegalidade do parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto 8.441/2015.

- h) Impedimento e Incompatibilidade para advocacia por advogados que compõem órgão julgador. Precedente do Supremo Tribunal Federal que impõe diretrizes de interpretação. Impedimento parcial do advogado e não da sociedade para advogar. Impedimento pessoal do advogado para advogar em causas que tramitam no Órgão a que pertence o Tribunal do qual faz parte.

Para iniciar este item que tem uma importância ímpar nos questionamentos que me propus responder, proponho que a resposta seja elaborada a partir da interpretação feita pelo Supremo Tribunal Federal quando julgou a constitucionalidade do artigo 28, II do Estatuto da OAB.

E esta proposta vem em função da similaridade da situação colocada para julgamento pela Excelsa Corte.

A Associação dos Magistrados Brasileiros propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1127-8 DF em face de diversos dispositivos da Lei 8.906/1994, dentre eles, o artigo 28, II, que assim determina:

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, 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;

Para a referida Ação o questionamento pairava no fato de que tal dispositivo se chocava com o previsto no artigo 119, II e 120, I, § 1º, III da Constituição Federal, que tratavam da organização da Justiça Eleitoral, pois no Tribunal Superior Eleitoral e no Tribunal Regional Eleitoral, por disposição constitucional, dentre outros membros, por advogados de notável saber jurídico.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

A questão que se colocou foi que o artigo 28, II da Lei 8.906/1994 impedia, em razão da incompatibilidade, que tais membros dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Tribunal Superior Eleitoral pudessem exercer a advocacia, o que traria um enorme prejuízo à sociedade, pois, dificilmente ou talvez de modo impossível, os Tribunais seriam compostos pelos melhores e mais preparados profissionais da advocacia.

O Relator, Saudoso Ministro Paulo Brossard, assim se manifestou (transcreverei os principais trechos, esclarecendo que grifei e sublinhei o que entendi mais importante):

Assim, parece-me que a alteração pretendida pela lei de impedir os advogados que compõem, como juristas, o Tribunal Superior Eleitoral, de advogar, ofende diretamente esses artigos da Constituição, gerando proibição oblíqua, mas real e efetiva.

Quando estive no Ministério da Justiça, cuidei de fazer com que funcionasse o CADE que estava um tanto esquecido, ocorre que a lei que regulava a composição do seu Conselho estabelecia que os membros tinham os mesmos impedimentos que os magistrados; por conseguinte, era lhes vedado advogar. Acontece que a remuneração dos Conselheiros era simbólica, de modo que escolher pessoas qualificadas para integrar o Conselho do CADE era operação extremamente difícil. Foi grande a dificuldade em conseguir nomes qualificados e só foi possível conseguilos pela circunstância de haver pessoas que se dedicam exclusivamente ao magistério, e por isso, não advogam. Em princípio, a ideia era boa, só que, na prática, gerava uma quase impossibilidade de bem constituir o Conselho.

Entendo que no caso não foi feliz o legislador quando teve a ideia de estabelecer esta proibição para os Juízes dos Tribunais Eleitorais – de exercer a advocacia até em causa própria, pelo fato de serem Juízes – advogados. Nunca existiu essa incompatibilidade, e a fórmula está incorporada ao nosso direito; temos uma experiência de sessenta anos, a esse respeito, e não me consta ter havidos, nesses anos, motivo de queixa, de censura, de crítica, á atuação desses juízes; ao contrário, do depoimento de todos que têm servido ou frequentado a Justiça Eleitoral, os juízes saídos da classe dos advogados têm prestado à Justiça Eleitoral os maiores e melhores serviços.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Com esta diretriz interpretativa, posso passar a colocar meu posicionamento sobre possível incompatibilidade ou impedimento para o exercício da advocacia por parte dos Conselheiros dos Contribuintes.

Importante ter por pressuposto que o Tribunal Administrativo do Ministério da Fazenda, como coloquei no início deste trabalho, foi instituído em 1924 e entrou em funcionamento em 1925, ou seja, funciona há quase 90 anos, como um órgão paritário.

No mesmo molde colocado pelo Ministro Paulo Brossard em seu voto, a “fórmula está incorporada ao nosso direito”. Não há como interpretar a participação dos advogados nos Tribunais Administrativos sem enfrentar esta “fórmula”.

E, a interpretação constitucional para a regra de incompatibilidade para a advocacia prevista no artigo 28, inciso II da Lei 8.906/1994, feita pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à participação de advogados em órgãos colegiados de julgamento, considerou a histórica, a “fórmula incorporada ao nosso direito”.

E, consoante o meu modesto entendimento, outro não poderia ter sido o caminho trilhado pelos Nobres Ministros.

Particularmente, entendo que a própria OAB, por seu Egrégio CFOAB, deveria seguir a diretriz indicada pelo Supremo Tribunal Federal na citada ADI 1.127-DF para interpretar, quando instada a tal, o artigo 28, II da CF.

Não é possível interpretar um dispositivo sem colocá-lo no contexto.

Assim, a participação de advogados nos Tribunais Administrativos Fiscais como o CARF tem uma história, uma fórmula incorporada ao direito, que é a fórmula da paridade.

Este histórico não pode ser desconhecido ao ser interpretada a norma, em especial, o artigo 28,II.

Porém, a paridade, como igualdade de armas, igualdade de forças, num Tribunal Administrativo que é formado por um lado por Auditores da Receita Federal, que são profissionais que tem altíssimo conhecimento técnico aliado a treinamentos constantes só

A handwritten signature in black ink, likely belonging to the author or a representative of the IASP, is placed here.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

pode ser equilibrada se do outro lado também estiver presente uma classe que detenha tal conhecimento.

Na esfera do Direito Tributário, com a complexidade que o sistema brasileiro possui, com mais dezenas de tributos federais, somente profissionais com conhecimento técnico, militância na área e contínuo aprendizado poderão formar uma classe que se iguale, em termos de conhecimento e força para ser paritária à classe dos auditores.

Ou há igualdade de forças ou o modelo do Tribunal precisa ser revisto, talvez para um modelo em que não seja paritário, e que todos os julgadores sejam concursados, mas não vinculados à Receita Federal. Porém, esta Opinião não versa sobre possíveis modelos, mas sobre o Decreto 8.441/2015.

E o Decreto 8.441/2015 pretende criar uma incompatibilidade seja pelas regras impostas pelo artigo 1º seja pela gratificação pela presença prevista pelo artigo 2º de modo a inserir os Conselheiros dos Contribuintes na regra da incompatibilidade prevista no citado artigo 28, II do EOAB.

Como me referi anteriormente a regra previsto no artigo 1º, § 1º é ilegal e indiretamente inconstitucional.

A regra prevista no artigo 2º que cria a gratificação pretende inserir os Conselheiros dos Contribuintes na regra de incompatibilidade, pois o CFOAB, em decisão anterior, esclareceu que não haveria incompatibilidade para o exercício da advocacia se o julgador não fosse remunerado.

A ementa da Consulta nº 002/2004 assim dispõe:

CONSULTA. MEMBROS DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. ARTIGO 28, II DO ESTATUTO DA OAB. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INTEPRETAÇÃO 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 a sua subsistência.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

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

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

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 a ser objeto de apreciação por parte daquele colegiado.

Por sua vez houve nova Consulta ao CFOAB versando sobre o tema, que teve a seguinte Ementa 019/2014 julgada em 07/04/2014 e publicada em 21/05/2014:

INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA COM O DE MEMBROS DOS CONSELHOS DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS QUE NÃO RECEBAM REMUNERAÇÃO DE NATUREZA SALARIAL PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE CONSELHEIRO OU JULGADOR DESTES ÓRGÃOS COLEGIADOS. PRECEDENTES DO ÓRGÃO ESPECIAL. MANIFESTAÇÃO FAVORÁVEL DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ADEQUAÇÃO DE REDAÇÃO.

Portanto, o artigo 2º do Decreto 8.441/2015, apesar de não ter criado remuneração de natureza salarial, uma vez que o valor tem natureza de “gratificação de presença”, trouxe, novamente, esta discussão.

Inclusive, por Consulta feita pela Procuradoria da Fazenda Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil deve novamente se manifestar sobre o tema.

A questão é que o valor da “gratificação de presença” ao ser vinculado ao valor recebido pelo cargo de comissão de Nível DAS 05, traz um valor de mais relevo, por girar em torno de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) ao mês se houver 6 sessões mensais e se o Conselheiro nelas comparecer.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Aos meus olhos a discussão não se alterou pela criação da “gratificação de presença”, pois esta não tem a natureza de remuneração salarial.

Mas, ainda que tivesse, na esteira do precedente do Supremo Tribunal Federal, a remuneração ou a gratificação de presença não pode ser considerada de forma isolada, porque se a interpretação for assim realizada, não haverá paridade do órgão julgador.

Entendo que a norma prevista pelo dispositivo veiculado pelo inciso II do artigo 28 da Lei 8.906/1994 já foi interpretada pelo Supremo Tribunal Federal que ponderou o recebimento da remuneração – naqueles casos da Justiça Eleitoral remuneração com natureza salarial – com a necessidade dos advogados para a composição dos Tribunais Eleitorais e deu preponderância para a importância da participação dos advogados naqueles órgãos de julgamento.

E a interpretação que deve ser dado para os órgãos com composição paritária deve seguir a mesma trilha, e, entendo, que sem a importância para a remuneração e com maior preponderância para que seja possível a efetivação da paridade.

Como várias vezes assinalei neste documento, se não houver participação de advogado militante não haverá paridade. Sem advogados o órgão terá que ter todo o seu modelo revisto, o que como também afirmei, não é objeto deste estudo.

Assim, concluo que não há que se falar em incompatibilidade para o exercício da advocacia pelos membros advogados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Quanto ao tema do impedimento, novamente afirmo que o Decreto é ilegal ao disciplinar uma restrição ao exercício da advocacia, de tal modo que conluiu pela ilegalidade do parágrafo 2º, do artigo 1º do Decreto 8.441/2015.

O impedimento natural e que consta do próprio Regimento do órgão é para o exercício da advocacia, pelo próprio Conselheiro, no âmbito do órgão, e aí entendo que envolva toda a instância administrativa, ou seja, o advogado que atua como Conselheiro não pode exercer a advocacia nas Delegacias da Receita Federal, nas Delegacias de Julgamento e no CARF quando se tratar de processos administrativos fiscais.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "José Carlos", is placed here.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

É certo que sequer se cogita aqui da tão comentada “advocacia administrativa” que deve ser repudiada e condenada sob todos os aspectos. Todo e qualquer Conselheiro, seja representante de qualquer das classes, que usar do cargo para obter vantagem, deve responder administrativa e criminalmente sobre isto.

Mas, não é sobre isto que deve ser tratado.

Como afirmei, não é classe dos advogados que forma o grupo dos corruptos ativos ou passivos, por isso, não é cabível um Decreto que trate a nossa nobre classe desta forma. A corrupção, infelizmente, existe entre os homens, sem discriminação de raça, cor, credo ou profissão.

E, por última questão, entendo que o impedimento parcial para a advocacia atinge apenas o advogado que exerce a função de Conselheiro e não reflete na sociedade da qual participa. Por certo, as regras do regimento interno do CARF já trazem regras de impedimento no julgamento dos casos que envolvam clientes dos advogados ou das sociedades as quais pertençam, regra esta que num ambiente de boa-fé é suficiente para permitir que os julgamentos ocorram dentro da legalidade.

i) Conclusões – respostas objetivas às questões formuladas.

Após ter trilhado este percurso discursivo, passo responder objetivamente as questões formuladas:

- 1) Há alguma ilegalidade ou constitucionalidade no Decreto nº 8.441/2015 a ser identificada?

Sim. Conforme busquei demonstrar ao longo desta Opinião Legal, estão presentes as seguintes constitucionalidades e/ou ilegalidades:

- a) O artigo 1º. do Decreto 8.441/2015 por não encontrar fundamento de validade em nenhuma lei traz uma constitucionalidade indireta em face de sua manifesta ilegalidade.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

- b) O artigo 2º do Decreto 8.441/2015 ao trazer restrições aos Conselheiros representantes dos contribuintes sem fundamento legal para tal também traz inconstitucionalidade indireta em face de sua manifesta ilegalidade.
 - c) O Decreto 8.441/2015 ao trazer tratamento desigual entre os Conselheiros representantes da Fazenda e os Conselheiros representantes dos Contribuintes em situações em que não há fundamento para tal situação de desigualdade fere o princípio constitucional da igualdade.
 - d) O Decreto 8.441/2015 é inconstitucional (ainda que por inconstitucionalidade indireta) ao trazer odiosa e repugnante discriminação à nobre classe dos advogados.
 - e) O parágrafo 1º do artigo 1º do Decreto 8.441/2015 é manifestamente ilegal pois estipula aos Conselheiros dos Contribuintes restrições previstas na Lei 12.813/2013 sem que possua fundamento de validade, isto é, lei que permita estender tais restrições legais aos Conselheiros.
 - f) O parágrafo 2º do artigo 1º do Decreto 8.441/2015 é manifestamente ilegal, pois impõe aos Conselheiros representantes dos contribuintes que exercem a advocacia limitações previstas na Lei 8.906/1994, sem que tenha fundamento legal para impor tal impedimento.
- 2) Há incompatibilidade (ou impedimento) entre o exercício da advocacia e a função de juiz do tribunal administrativo fiscal? A incompatibilidade se estende aos integrantes do Escritório do juiz de tribunal administrativo convocado?

Não há incompatibilidade entre o exercício da advocacia e a função de julgador do tribunal administrativo fiscal, seja porque o tribunal administrativo tem formação paritária, por disposição legal, e tal paridade só se torna efetiva com a participação de advogados militantes e experientes; seja tendo como diretriz interpretativa o julgamento da ADI 1.127-8 que considerou compatível com a advocacia a função de Juiz dos Tribunais Eleitorais.



IASP

INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

Há impedimento parcial para o advogado que exerce a função de juiz no tribunal administrativo apenas para o exercício da advocacia perante as instâncias administrativas relativas ao processo administrativo federal.

O impedimento parcial não produz reflexos para a sociedade da qual o advogado participa.

Essa é a Opinião Legal que coloco para análise de Vossas Excelências.

Susy Gomes Hoffmann

Advogada inscrita na OAB.SSP 103.145

Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo.

Mestre e Doutora em Direito do Estado pela PUC-SP.

Autora de livros e artigos.

Exerci o cargo de Conselheira no antigo 3º. Conselho de Contribuintes e atual CARF desde março de 2005 até março de 2013.

Exerci o cargo de Vice-Presidente do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais de dezembro de 2009 até março de 2013.