
**QUESTÕES CONTROVERSAS ENVOLVENDO O CONSELHO
DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – O EXERCÍCIO
DA ADVOCACIA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AOS
PARECERES NORMATIVOS APROVADOS PELO MINISTRO
DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL**

*CONTROVERSIAL ISSUES ABOUT THE APPEALS COUNCIL SOCIAL
SECURITY – THE PRACTICE OF LAW AND THE OBLIGATION OF
NORMATIVE OPINIONS ADOPTED BY THE MINISTER OF STATE FOR
SOCIAL SECURITY*

*Ana Paula Barros Edington
Advogada da União
Especialista em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Processo Administrativo Previdenciário em matéria de benefício e a atuação do Conselho de Recursos da Previdência Social; 2 O exercício da advocacia pelos membros do Conselho de Recursos da Previdência Social; 3 O limite jurídico das decisões proferidas pelo Conselho de Recursos da Previdência Social; 4 Conclusões; Referências.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é analisar a participação do Conselho de Recursos da Previdência Social no processo administrativo previdenciário em matéria de benefícios e duas questões polêmicas a respeito da sua atuação: o exercício da advocacia pelos seus conselheiros e a necessidade de observância pelo colegiado dos pareceres do Advogado-Geral da União, aprovados pelo Presidente da República, e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro de Estado titular da Pasta.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho de Recursos da Previdência Social. Processo Administrativo. Benefícios Previdenciários. Advocacia. Pareceres. AGU.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the participation of the Appeals Council Social Security in pension administrative process for benefits and two controversial issues regarding its performance: the practice of law by his advisers and the need to respect the opinions of the collegiate Advocate General of the Union, approved by the President, and General Counsel to the Ministry of Social Security, approved by the Minister of State administering Folder.

KEYWORDS: Appeals Council Social Security. Administrative Process. Pension Benefits. Advocacy. Legal Opinions. AGU.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é tratar a respeito de algumas questões polêmicas envolvendo o Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, órgão colegiado que compõe a estrutura do Ministério da Previdência Social, responsável pelo julgamento dos recursos interpostos contra as decisões proferidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, nos processos de interesse dos beneficiários e contribuintes da Seguridade Social.

O colegiado é responsável pelos julgamentos de recursos interpostos por segurados e contribuintes da Previdência Social na segunda fase do processo administrativo previdenciário, que se inicia justamente a partir da irrisignação em face de uma decisão do INSS.

Cumprе ressaltar que o processo administrativo previdenciário pode envolver a discussão relativa a benefícios ou ao custeio da Previdência Social, sendo que, no presente trabalho, o foco é o processo administrativo previdenciário em matéria de benefício.

O ponto de partida, portanto, será o estudo do próprio CRPS, sua composição, estrutura, atribuições dos seus órgãos no transcurso do processo administrativo previdenciário.

Na sequência, serão vistas algumas questões polêmicas atualmente em voga envolvendo o CRPS e os seus membros: a possibilidade de exercício da advocacia pelos seus Conselheiros e a necessidade de observância aos pareceres normativos aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social.

Os argumentos favoráveis e desfavoráveis tanto ao exercício da advocacia quanto da submissão àqueles pronunciamentos jurídicos serão estudados para, ao final, apresentarmos as conclusões extraídas dessa discussão.

1 O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO EM MATÉRIA DE BENEFÍCIO E A ATUAÇÃO DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O processo administrativo previdenciário em matéria de benefício é deflagrado a partir do requerimento do segurado, dependente ou seu representante (interessado em geral), perante uma das agências do INSS. É a fase não litigiosa do processo, que pode encerrar-se com o deferimento da solicitação ou com o seu indeferimento. Neste último caso, contudo, a legislação confere ao interessado o direito de interpor recurso a um órgão específico, que compõe a estrutura do Ministério da Previdência Social, o Conselho de Recursos da Previdência Social.

Essa previsão consta do *caput* do art. 126, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual das decisões proferidas pelo INSS nos processos administrativos envolvendo benefícios caberá recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social. Eis o teor do dispositivo:

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuser o Regulamento

O § 3º daquele dispositivo, inclusive, dispõe que a propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. O mesmo comando é encontrado no art. 307, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99.

É que não haveria sentido em manter a tramitação simultânea de um processo administrativo e outro judicial contendo as mesmas partes, causa de pedir e pedido, quando há a prevalência da instância judicial em face da administrativa.

São dois os recursos cabíveis no âmbito do CRPS, que gozam dos efeitos devolutivo e suspensivo: o recurso ordinário, cuja competência é atribuída às Juntas de Recursos e o recurso para uma das Câmaras de Julgamento. Em ambas as hipóteses o prazo para apresentação da insurgência é de trinta dias, sendo idêntico o prazo para apresentação das contra-razões.

O INSS poderá reformar a sua decisão a qualquer tempo, sendo-lhe vedado a negativa de cumprimento a qualquer diligência solicitada pelo Conselho, bem como deixar de dar cumprimento às suas decisões definitivas, reduzir ou ampliar o seu alcance ou executá-las de modo que contrarie ou prejudique seu evidente sentido.

É essa, em apertada síntese, a tramitação do processo administrativo previdenciário em matéria de benefício, que deve se encerrar com a decisão proferida pela Câmara de Julgamento do CRPS.

Vejamos então qual a composição e competência dos órgãos que integram o CRPS.

De acordo com o art. 303, do RPS, o CRPS é um colegiado integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social que exerce o controle jurisdicional das decisões do INSS nos processos referentes a benefícios a cargo da Autarquia.

A sua composição observa a disciplina do art. 10, da Constituição Federal que reza: *Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e*

empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

É por essa razão que o Conselho é composto por representantes do Governo, dos trabalhadores e das empresas. A sua estrutura comporta vinte e nove Juntas de Recursos, quatro Câmaras de Julgamento e um Conselho Pleno.

As Juntas são responsáveis pelo julgamento em primeira instância dos recursos interpostos contra as decisões prolatadas pelos órgãos regionais do INSS, enquanto as Câmaras, com sede em Brasília, são competentes para julgar, em segunda instância, os recursos especiais manejados contra as decisões proferidas pelas Juntas de Recursos que infringirem a lei, o regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial.

Note-se de que nos recursos especiais a insurgência do recorrente deve ser fundamentada na existência de infringência à lei, regulamento, enunciado ou ato normativo ministerial, não podendo ser alegada toda e qualquer matéria em direito admitida.

Excepcionalmente, contudo, as Juntas de Recursos detém competência para julgamento, em única instância, a chamada “alçada exclusiva”, prevista nos incisos I e II, do art. 18, do Regimento Interno do CRPS, aprovado pela Portaria MPS n. 323, de 27 de agosto de 2007:

Art. 18. Constitui alçada exclusiva das Juntas de Recursos, não comportando recurso à instância superior, as seguintes decisões colegiadas:

I – fundamentada exclusivamente em matéria médica; e

II – proferida sobre reajustamento de benefício em manutenção, em consonância com os índices estabelecidos em lei, exceto quando a diferença na Renda Mensal Atual – RMA decorrer de alteração da Renda Mensal Inicial – RMI.

[...]

Ao Conselho Pleno, por sua vez, compete uniformizar a jurisprudência previdenciária mediante enunciados, podendo ter outras competências definidas no Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social.

As Câmaras e Juntas são compostas cada um por quatro membros, todos denominados Conselheiros, nomeados pelo Ministro de Estado da Previdência Social. São dois membros representantes do Governo, um

dos trabalhadores e outro dos empregadores para um mandato de dois anos, sendo possível a recondução.

Os representantes do Governo devem ser escolhidos dentre servidores públicos federais, preferencialmente do Ministério da Previdência Social e do INSS, com curso superior completo, notório conhecimento da legislação previdenciária e que prestarão serviços exclusivos ao Conselho, sem prejuízo dos direitos e vantagens do cargo de origem. O presidente do CRPS, de cada Câmara e Junta serão necessariamente representantes do Governo.

Os representantes classistas, por sua vez, devem ter nível superior, exceto se representantes dos trabalhadores rurais, que deverão ter o nível médio, e serão escolhidos em lista tríplice elaborada pelas entidades de classe ou sindicais e manterão a qualidade de segurados do Regime Geral de Previdência Social.

O recurso ordinário, interposto perante uma das Juntas de Recursos, é exclusivo dos beneficiários prejudicados com as decisões do INSS. Da decisão das Juntas, contudo, poderá ser interposto recurso para uma das Câmaras de Julgamento por qualquer das partes, ou seja, tanto pelo beneficiário quanto pelo próprio INSS.

Interessante observar que, durante todo o processo administrativo previdenciário em matéria de benefício tramitando perante o CRPS, admite-se a reforma da decisão pelo INSS, extinguindo-se, assim, o processo. Por outro lado, como vimos, caso o beneficiário ingresse simultaneamente com ação judicial de teor idêntico ao processo administrativo, o seu recurso será extinto.

Assim é que, excetuando-se as hipóteses em que haja alçada exclusiva, reforma da decisão pelo INSS ou ajuizamento de ação judicial com idêntico teor, o processo administrativo em matéria de benefício passará pela sua fase não litigiosa, perante a agência da Previdência Social, e, em havendo indeferimento do benefício e interposição de recurso ordinário pelo beneficiário, pelo CRPS, encerrando-se, via de regra, em uma das Câmaras de Julgamento. Caberá ao INSS dar cumprimento à decisão.

O Conselho Pleno não tem competência para julgar recursos, portanto, não resolve lides previdenciárias, mas sim uniformiza a jurisprudência previdenciária por meio de enunciados.

2 O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PELOS MEMBROS DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A primeira questão polêmica que chama a atenção no estudo do Conselho de Recursos da Previdência Social é aquela que se refere à possibilidade do exercício da advocacia privada pelos Conselheiros.

O art. 28, inciso II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei n. 8.906/94), diz expressamente que o exercício da advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as atividades dos 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. Eis o teor do dispositivo:

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;

Por sua vez, o art. 8º, do Regulamento Geral do Estatuto da OAB dispõe que a incompatibilidade prevista no referido art. 18, inciso II, do Estatuto da OAB não se aplica àqueles advogados que participam dos órgãos de deliberação coletiva como representantes dos advogados, sejam eles suplentes ou titulares.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, interpretando a legislação sobre o tema, já decidiu que a existência de impedimento ou incompatibilidade é matéria de competência da própria OAB, não sendo permitido que o órgão de deliberação obrigue o integrante a suspender a sua inscrição na entidade de classe. O caso, no entanto, envolveu o Tribunal de Impostos e Taxas – TIT. Eis o que restou consignado no voto do Ministro Mauro Campbell:

Não assiste razão à parte agravante.

Com efeito, verifica-se que as razões apostas no presente regimental não são capazes de infirmar as conclusões obtidas pelo decisório agravado, o qual bem aplicou o direito à espécie. Para melhor entendimento da questão, transcrevo os termos em que foi prolatado:

Nas razões do recurso especial, interposto com base na alínea “a” do permissivo constitucional, a ora agravante aponta violação ao art.

28, II, da Lei 8.906/94, por entender que não há incompatibilidade para o exercício profissional do advogado que integre, na qualidade de membro, o Conselho de Contribuintes.

Não foram apresentadas contrarrazões.

O recurso foi inadmitido pela decisão de e-STJ fls. 476/477 cujos fundamentos foram impugnados por meio do presente agravo.

É o relatório. Passo a decidir.

A recorrente impugnou devidamente os fundamentos adotados na decisão agravada, mostrando-se preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade do presente recurso, razão pela qual passa-se ao exame do recurso especial.

Consta do acórdão recorrido (e-STJ fl. 459):

O Tribunal de Impostos e Taxas tem por atribuição específica processar e julgar os recursos administrativos, de natureza tributária opostos pelos contribuintes.

A sua natureza é de órgão julgador no plano administrativo ou extrajudicial. Recebem do Estado o munus de julgadores e, portanto, juízes de investidura temporária.

Ora, a advocacia é incompatível com o exercício das atividades de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas e, segundo a dicção do art. 28, II, da Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), “de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta”.

E exatamente a hipótese dos autos.

Portanto, essa incompatibilidade somente estaria superada se integrantes do Tribunal de Impostos e Taxas estivessem com sua inscrição suspensa durante o período em que exerceram as funções de julgadores.

Não é, entretanto, o que ocorreu, como se verifica nas certidões abroqueladas aos autos.

À época do julgamento do recurso administrativo do recorrido estavam inscritos na OAB e, portanto, aptos (de acordo com o órgão de classe) para o exercício da advocacia, não obstante as funções que lhes foram cometidas para integrar o TIT exsurgissem como impedimento absoluto para aquele exercício.

Nula, portanto, a decisão proferida por aquele Tribunal administrativo em razão do impedimento de um ou mais de seus integrantes”.

Verifica-se que o exame da matéria demandaria o exame de legislação estadual, o que é inviável nesta via, nos termos da Súmula 280 do STF: - Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. Isto porque, embora o recorrente tenha indicado afronta ao art. 28, II, da Lei 8.906/94, a argumentação recursal é destinada a demonstrar que “a lisura dos atos praticados no contencioso administrativo paulista é regida pela legislação própria (Lei Estadual 10.941/2001 e respectivo Decreto regulamentar n.º 46.674/2002)”, de forma que não há incompatibilidade entre o exercício da função de juízes administrativos e a respectiva inscrição na OAB.

Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, “b”, do CPC, conheço do agravo para NEGAR SEGUIMENTO ao recurso especial.

Para fundamentar seu pedido de reforma da decisão monocrática, sustenta a agravante que (e-STJ fl. 503), “não há dúvida de que a questão discutida nos autos cinge-se à violação da legislação federal (artigo 28, II, do Estatuto da OAB), motivo pelo qual o recurso deve ser recebido com fundamento na alínea ‘a’, afastando-se a aplicação da Súmula 280 do STF”.

Ocorre que a despeito de a recorrente apontar a violação ao artigo 28, II, da Lei 8.906/94 para fundamentar seu inconformismo, verifica-se que a determinação da incompatibilidade ou não para a atuação dos membros, inscritos na OAB, no Tribunal de Impostos e Taxas, demanda a análise dos dispositivos de regência do processo administrativo tributário paulista e do Regimento Interno do próprio órgão administrativo.

Contudo, tal providência não é possível em sede de recurso especial. Aplica-se, por analogia, o disposto na Súmula 280/STF: “Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.”

Nesse sentido:

[...]

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Bem de ver que, não obstante tenha decidido que matéria versada nos autos envolveria a análise de legislação local, o Ministro consignou que as razões apostas no regimental não seriam capazes de infirmar as conclusões obtidas pelo decisório agravado, o qual bem teria aplicado o direito à espécie, sinalizando, assim, o possível posicionamento.

Da mesma forma, o STF teve a oportunidade de externar o seu posicionamento sobre o inciso II, do art. 28, do Estatuto da OAB quando do julgamento da ADI 1127/DF, manejada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB.

Na oportunidade, o Colendo Tribunal assentou o seguinte entendimento: *A incompatibilidade com o exercício da advocacia não alcança os juízes eleitorais e seus suplentes, em face da composição da Justiça eleitoral estabelecida na Constituição.*

O julgamento afastou o impedimento à advocacia pelos juízes eleitorais que compõem o Tribunal Superior Eleitoral por entender que a própria Constituição Federal em seu art. 119, II, exigiria para a escolha dos magistrados que os indicados fossem advogados, de maneira que seria incongruente com a própria exigência constitucional que a legislação ordinária afastasse o juiz justamente da atividade que serve de pressuposto para a sua participação no Tribunal.

Também o Conselho Federal da OAB manifestou-se sobre a interpretação do inciso II, do art. 28, do Estatuto da OAB em duas oportunidades, respectivamente, em 2005 e 2013.

Em 2005, a decisão do Conselho levou em consideração diversos aspectos a respeito das atividades desenvolvidos pelo advogado no conselho respectivo, senão vejamos:

Consulta 0002/2004/OEP. Origem: Presidência do Conselho Federal da OAB. Assunto: Advogado. Membro do Conselho de

Contribuintes. Incompatibilidade ou Impedimento para o exercício profissional. Relator: Conselheiro Federal José Paiva de Souza Filho (AM). Relator p/ o acórdão: Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão (AC). Ementa: 24/2005/OEP. CONSULTA. MEMBROS DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. FUNÇÃO DESPROVIDA DE REMUNERAÇÃO. ARTIGO 28, I, 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 estões referentes a tributos federais. III - O artigo 28, inciso I, 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. Aristoteles Atheniense, Presidente. Marcelo Lavocat Galvão, Relator p/ acórdão. DJ, 17.06.2005, p. 1141/1142, 2005.)

Em 2013 o entendimento do Conselho Federal da OAB não foi alterado, tendo o órgão decidido no seguinte sentido:

CONSULTA n. 49.0000.2013.007132-1/OEP. Assunto: Consulta. Participação de advogados em órgãos de julgamento de processos administrativos. Exercício da advocacia. Demanda judicial.

Administração Pública. Ato ilícito. Julgamento que envolve participação de advogado. Código de Ética e Disciplina. Consultante: Movimento de Defesa da Advocacia (Representante legal: Marcelo Knoepfelmacher - Diretor Presidente). Relator: Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão (DF). EMENTA n. 0156/2013/OEP: CONSULTA. ADOGADO 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 ADOGADO QUE POSTULA A NULIDADE DOS JULGAMENTOS PROFERIDOS COM VOTO DE ADOGADOS 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)

É possível perceber que na Consulta datada de 2005, o advogado em questão havia sido indicado para participar do antigo Conselho de Contribuintes, atual Conselho de Administração de Recursos Fiscais (CARF), que levantou a dúvida quanto à existência ou não de incompatibilidade da atividade de conselheiro com o exercício da advocacia.

A OAB, contudo, entendeu que não haveria incompatibilidade mas mero impedimento. Isso porque o conselheiro não receberia remuneração fixa pela sua atuação, apresentando-se, ainda, como o profissionais mais habilitado para analisar as questões referentes a tributos federais, que são complexas e demandam conhecimentos específicos.

Nessa situação, no entanto, o advogado estará impedido de atuar em processos perante o referido Conselho ou cujo conteúdo possa ser objeto de apreciação pelo órgão colegiado do qual faz parte.

Em 2013, por sua vez, a Consulta envolveu a participação de advogado no Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (caso semelhante àquele decidido pelo STJ).

Na Consulta, inclusive, consta que o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT/SP estaria declarando a nulidade das execuções fiscais cujo julgamento tivesse contado com a participação de advogados.

Decidindo a questão, o Conselho entendeu que também nessa situação a incompatibilidade estaria afastada, uma vez que a indicação para integrar o TIT é feita por entidades jurídicas; os seus juízes devem possuir conhecimento do Direito Tributário, além de cinco anos de prática na matéria; os julgadores não recebem salários, mas apenas uma ajuda de custo.

Volvendo as atenções para o Conselho de Recursos da Previdência Social, à vista dos argumentos anteriormente levantados para defender a inexistência de incompatibilidade entre a advocacia e a atividade desenvolvida pelos seus conselheiros, é possível chegar a algumas conclusões.

A primeira delas é no sentido de que, ao contrário do que aconteceu quanto ao TIT, no âmbito do CRPS, não haveria a necessidade inarredável de conhecimento jurídico por parte dos conselheiros para a sua indicação e nomeação sequer para os representantes do Governo, para os quais exige-se apenas o conhecimento da legislação previdenciária e a preferência por servidores federais de nível superior, integrantes dos quadros do Ministério da Previdência Social e do INSS.

Da mesma forma, a indicação dos conselheiros não seria feita por entidades jurídicas.

Por outro lado, os conselheiros do CRPS não receberiam salário mas apenas gratificações por relatoria dos processos, definida pelo

Ministro da Previdência Social, assemelhando-se aos conselheiros do TIT e do Conselho de Contribuintes.

Seguindo essa linha de entendimento, recentemente o Conselho Federal da OAB apreciou a querela envolvendo os conselheiros do CRPS posicionando-se pela inexistência de incompatibilidade mas de mero impedimento para o exercício da advocacia pelos conselheiros. Eis a ementa do julgamento:

CONSULTA N. 49.0000.2013.000511-8/OEP. Assunto: Consulta. Exercício da advocacia. Cargo de Conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social/CRPS. Consulente: Presidente do Conselho de Recursos da Previdência Social - Manuel de Medeiros Dantas. Relator: Conselheiro Federal Walter Cândido dos Santos (MG). EMENTA N. 099/2013/OEP. Consulta. Cargos de Conselheiro do Conselho de Recursos da Previdência Social. Incompatibilidade com o exercício da advocacia. Inexistência. Configuração do impedimento previsto no art. 30, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da OAB. Aplicação do art. 8º do Regulamento Geral do EAOAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, à unanimidade, responder à consulta, nos termos do voto do Relator, que integra o presente julgado. Brasília, 9 de junho de 2013. Walter Cândido dos Santos - Relator. Claudio Pacheco.

Assim é que os conselheiros do Conselho de Recursos da Previdência Social não estão impedidos de exercer a advocacia, porém não podem atuar nos processos de competência do órgão colegiado que integram.

3 O LIMITE JURÍDICO DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Outra questão interessante envolvendo o Conselho de Recursos da Previdência Social e que tem gerado polêmica diz com os limites da decisão proferida pelos conselheiros.

Como vimos anteriormente, o Conselho é um órgão deliberativo jurisdicional, que aplica, portanto, o direito ao caso concreto, sendo que a decisão da Câmara de Julgamento encerra a instância administrativa, não cabendo qualquer outro recurso desse julgamento. Consequentemente, o INSS deve cumprir a decisão nos seus exatos termos.

Essa atividade jurisdicional, no entanto, é atípica, uma vez que somente a jurisdição exercida pelo Estado-Juiz seria uma autêntica

atividade jurisdicional típica, dotada da nota da definitividade, capaz de conferir força própria de coisa julgada às decisões por ela proferidas.

É por isso que se diz que, a bem da verdade, não existiria a “coisa julgada administrativa”, mas apenas uma decisão que tramitou o máximo possível no âmbito administrativo, impassível de discussão nesta seara.

Ocorre que o Conselho de Recursos é também um órgão integrante da estrutura do Ministério da Previdência Social e, como tal, submete-se ao que dispõe o art. 42, da Lei Complementar n. 73, de 1993, que assim dispõe:

Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas

Em sendo assim, os pareceres normativos elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e aprovados pelo Ministro de Estado da Pasta devem ser observados nos julgamentos do Conselho.

Além disso, a teor do §1º, do art. 40 daquela norma, o parecer elaborado pelo Advogado-Geral da União, aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Não se pode olvidar que o Advogado-Geral da União fixa a interpretação da lei, da Constituição Federal, dos tratados e atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal, na forma do inciso X, do art. 4º, da Lei Complementar n. 73, de 1993.

Da mesma forma, consoante visto anteriormente, um dos fundamentos para a interposição de recurso especial pelo beneficiário ou pelo INSS perante uma das Câmaras de Julgamento é justamente a infringência a ato normativo ministerial, gênero que abarca aqueles pareceres normativos.

Essas regras não podem, contudo, ser interpretadas como uma ingerência nas atribuições do Conselho de Recursos da Previdência Social.

Note-se que as questões submetidas à apreciação tanto da Consultoria Jurídica quanto do Advogado-Geral da União são de natureza jurídica e não envolvem a solução do caso concreto, ou seja, o mérito administrativo. Assim, os pronunciamentos emitidos por ambos os órgãos não tratariam da questão de fundo a cargo do Conselho, respeitando-se, assim, a sua competência jurisdicional atípica.

Igualmente não se está a falar de revisão pelo Presidente da República ou do Ministro de Estado das decisões proferidas no Conselho de Recursos da Previdência Social, até mesmo porque o art. 309, do RPS, que previa a possibilidade de avocação e revisão de ofício dos atos ou decisões proferidas no contencioso administrativo previdenciário foi alterado pelo Decreto n. 3.452, de 2000.

De se registrar, inclusive, que o atual art. 309, do RPS disciplina a hipótese de solução de controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo entre órgãos do Ministério da Previdência Social ou entidades vinculadas e ocorrência de questão previdenciária de relevante interesse público ou social pelo Ministro da Previdência Social.

A previsão aplica-se, sem sombra de dúvidas, aos processos que estejam a cargo do Conselho de Recursos da Previdência Social, porém a decisão ministerial não versará sobre a questão em concreto posta para julgamento, mas sim sobre a matéria controvertida envolvendo a lei ou ato normativo ou a questão previdenciária de relevante interesse público. Tanto é assim que o §1º, do art. 309, do RPS determina que a controvérsia na aplicação de lei ou ato normativo seja relatada *in abstracto*, uma vez que, após a solução ministerial, o processo deverá ser julgado pelo órgão colegiado.

Cumpra ainda advertir que parcela da doutrina defende a impossibilidade de ajuizamento de ação judicial pela Fazenda Pública quando houver decisão a ela desfavorável na seara administrativa. Esse posicionamento envolve as decisões de natureza fiscal exaradas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. Rodolpho Pandolfi Damico¹ cita o posicionamento de diversos autores sobre a questão, senão vejamos:

O que muito se discute é o fato de uma decisão administrativa desfavorável à fazenda pública, que tenha tomado força de irreformável, fundamentar ação judicial com fins de desconstituí-la. Permitir que a fazenda pública recorra à via judicial com tal finalidade é desacreditar na própria efetividade de suas decisões, o que coaduna no menosprezo dos Princípios da Segurança Jurídica e da boa-fé, conforme assevera MELLO (1998).

Para TORRES (2002) não existe previsão legal no que tange a uma possível ação da fazenda pública recorrer ao judiciário para desconstituir sua própria decisão. Já para MARTINS (2002), garantir à fazenda pública o direito de se “autocontestar” por suposta lesão que teria quando

1 DAMICO, Rodolpho Pandolfi. *Irreformabilidade das decisões administrativas fiscais favoráveis ao contribuinte*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8761>. Acesso em: 03 mar. 2014.

reconheceu que não sofria nenhum dano, é garantir extrema insegurança jurídica ao contribuinte.

Adiante, o professor Eduardo Sabbag menciona que a fazenda pública não poderá se valer de ação anulatória pelos seguintes motivos:

A máquina judiciária pode ser movimentada pelo contribuinte que se mostre irredimido diante dos atos praticados pelo Fisco, por meio de um processo judicial (conhecimento), ainda que já tenha ocorrido processo administrativo. Por sua vez, o Fisco pode buscar a tutela judicial quando detentor de crédito, utilizando-se do processo de execução ou do processo cautelar, visando assegurar o pagamento posterior.

Corroborando com o posicionamento do professor Eduardo Sabbag, Dejalma Campos afirma que se o Fisco vencido na esfera administrativa não poderá contestar na via judicial o crédito fruto da contenda, podendo somente exigí-lo, caso vencedor na esfera administrativa, conforme podemos ver:

“Mesmo vencido na fase administrativa o contencioso fiscal, o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável) pode impetrar judicialmente ações para garantia de seus direitos. Já o sujeito ativo dessa mesma obrigação (o Estado), tendo sido vencido na fase administrativa, não mais pode pleitear o crédito fruto da contenda. Se vencedor, vai utilizar-se do Judiciário para recebê-lo”.

É válido ressaltar que para Eduardo Sabbag, “configuram ações exclusivas do Fisco: a execução fiscal e a cautelar fiscal. Em contraponto, configuram ações exclusivas do contribuinte: a ação anulatória de lançamento tributário (ou de débito fiscal), a ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária, a ação de consignação em pagamento, a ação de repetição de indébito e o mandado de segurança”.

Imaginando a remota possibilidade do Fisco contestar judicialmente sua própria decisão, urge ressaltar o problema inicial à propositura de sua ação, indicar quem seria o réu. Compartilho do entendimento do professor Hugo de Brito Machado, vejamos:

“É sabido que o réu é aquele que resiste à pretensão do autor, fazendo nascer a lide. A pretensão, no caso, é a anulação da decisão administrativa. Assim, se a ação proposta contra o contribuinte favorecido com a decisão

administrativa, poderá este alegar ilegitimidade passiva, porque não está resistindo à pretensão da Fazenda – vale dizer, nada está fazendo para impedir a anulação daquela decisão. E o Conselho de Contribuintes também não poderá ser o réu, porque sequer tem personalidade jurídica”.

Outrossim, devemos ressaltar que o inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal não respalda a administração pública, tendo em vista que este se encontra inserido no Título que trata dos direitos e das garantias fundamentais individuais, ou seja, não abrangeria o Fisco.

O Superior Tribunal de Justiça também se já me manifestou a respeito:

TRIBUTÁRIO – PROCESSO ADMINISTRATIVO – TRIBUTÁRIO – RECURSO DE OFÍCIO: FINALIDADE – REVISÃO ADMINISTRATIVA DA DECISÃO DO CONSELHO DE CONTRIBUINTES.

1. O Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro permitia o chamado recurso hierárquico (art. 266, § 2º da Lei 3.188//99), plenamente aceito pelo STJ (precedente da 1a. Seção, relator Min. Humberto Gomes de Barros)
2. O recurso hierárquico permite ao Secretário da Fazenda rever a decisão do Conselho de Contribuintes e impugná-la se eivada de vícios ou nulidades patentes e devidamente identificadas.
3. O recurso hierárquico não rende ensejo a que a autoridade administrativa, por deleite ou por mero capricho, venha a desfazer a decisão do colegiado.
4. Recurso ordinário provido. (RMS 16.902, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 04.10.2004)

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONSELHO DE CONTRIBUINTES – DECISÃO IRRECORRIDA – RECURSO HIERÁRQUICO – CONTROLE MINISTERIAL – ERRO DE HERMENÊUTICA.

I - A competência ministerial para controlar os atos da administração pressupõe a existência de algo descontrolado, não incide nas hipóteses em que o órgão controlado se conteve no âmbito de sua competência e do devido processo legal.

II - O controle do Ministro da Fazenda (Arts. 19 e 20 do DL 200/67) sobre os acórdãos dos conselhos de contribuintes tem como escopo e limite o reparo de nulidades. Não é lícito ao Ministro cassar tais decisões, sob o argumento de que o colegiado errou na interpretação da Lei.

III – As decisões do conselho de contribuintes, quando não recorridas, tornam-se definitivas, cumprindo à Administração, de ofício, exonerar o sujeito passivo “dos gravames decorrentes do litígio” (Dec. 70.235/72, Art. 45).

IV – Ao dar curso a apelo contra decisão definitiva de conselho de contribuintes, o Ministro da Fazenda põe em risco direito líquido e certo do beneficiário da decisão recorrida. (MS 8.810, Primeira Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 06.10.2003)

É certo que o Conselho de Recursos da Previdência Social não se confunde com o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, mas com ele se assemelha em diversos aspectos, razão pela qual nada obsta seja esse entendimento estendido para alcançar as decisões aquele órgão colegiado.

Assim, caso se entenda que o INSS não poderá ajuizar ação judicial para contestar a decisão proferida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, com ainda mais razão se defenderia a necessidade de observância pelo órgão recursal dos pronunciamentos jurídicos emanados da Presidência da República e da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência.

Nesse contexto, não parece haver qualquer interferência na atividade jurisdicional atípica exercida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social a necessidade de observar os pareceres normativos elaborados pela Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social e aprovados pelo Ministro titular da Pasta, assim como os pareceres elaborados pelo Advogado-Geral da União e aprovados pelo Presidente da República.

4 CONCLUSÕES

É possível perceber que, em razão da relevância ocupada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social no processo administrativo previdenciário em matéria de benefício, algumas questões polêmicas envolvendo o órgão e seus conselheiros trouxeram à tona a necessidade de aprofundamento do seu estudo.

Duas delas, que estão atualmente em voga, são aquelas que referentes ao exercício da advocacia pelos conselheiros do colegiado e a limitação de ordem jurídica às decisões por ele proferida, abordadas no presente trabalho.

Quanto ao exercício da advocacia, vimos que a OAB recentemente manifestou-se a respeito por meio de consulta direcionada ao seu Conselho Federal. Na oportunidade, seguindo a linha de entendimento já externada em relação a outros órgãos de julgamento e deliberação da Administração Federal (CARF e TIT/SP), decidiu o Conselho Federal que os conselheiros do Conselho de Recursos da Previdência Social estão apenas impedidos de advogar perante este órgão, de maneira que o exercício do *múnus* que lhe foi conferido por ato de nomeação do Ministro de Estado da Previdência Social não se mostra incompatível com o exercício da advocacia.

No que se refere à limitação de ordem jurídica afeta às decisões do Conselho de Recursos da Previdência Social, que deve observar o parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República e o parecer da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Previdência Social aprovado pelo Ministro titular da Pasta, vimos igualmente que inexistente qualquer interferência na atividade jurisdicional atípica exercida pelo Conselho de Recursos da Previdência Social, tratando-se de um controle legitimado pela legislação de regência.

REFERÊNCIAS

DAMASCENO, Adelson Barbosa. *Decisões dos Conselhos de Contribuintes no Processo Administrativo Tributário: Eficácia Preclusiva das Decisões Contrárias à Fazenda Pública e a sua Revisão pela Via Judicial*. Disponível em: <http://www.ribeiroedamasceno.com.br/i_pag/artigos/ARTIGO%20PROCESSO%20TRIBUT_RIO_2.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira. *Manual de Direito Previdenciário*. 9. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

ROCHA, Daniel Machado; JUNIOR, José Paulo Baltazar. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social: Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991 atualizada até a MP n. 529, de 7 de abril de 2011*. 10. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.