

Moreira e Cruz: Arbitragem e o Provimento 196/2020 da OAB

14/05/2020

No Brasil, o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão é garantido constitucionalmente (artigo 5º, inciso XIII). A interferência do legislador nessa liberdade se justifica pela potencialidade de danos sociais decorrentes de seu exercício. Quando pensamos na medicina, por exemplo, a utilidade prática de normas limitadoras é facilmente verificada (sobretudo em tempos de pandemia).



Tendo por fundamento a habilitação técnica, a

regulamentação de dado segmento econômico-profissional impõe restrições e, ao mesmo tempo, assegura prerrogativas aos profissionais que o integram. Os elementos diferenciais são a *qualificação* e o *conhecimento*.

Essa regulamentação das atividades profissionais é feita por diversos conselhos federais, encontrando previsão na parte final do dispositivo constitucional: "*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*" (artigo 5º, inciso XIII). Pretende-se resguardar o indispensável domínio de conhecimentos técnicos e científicos para o exercício de algumas profissões. No caso da advocacia, a prerrogativa regulamentar é da OAB.

Entre suas competências, o Conselho Federal da OAB exerce funções típicas dos órgãos de classe e outras mais abrangentes. Afinal, em 2011, o STF decidiu ser a OAB entidade independente, *sui generis*, classificando a advocacia como serviço público de relevância social, com funções institucionais de natureza constitucional (ADI 3.026/DF, relator ministro Eros Grau).

Daí as atribuições do Conselho Federal para editar o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os Provimentos que regulam o exercício da advocacia. São delegações normativas que conferem competência privativa à OAB para disciplinar o exercício da profissão em âmbito nacional. Esta atuação institucional visa a resguardar a independência, as prerrogativas e a dignidade profissional da advocacia. Logo, todos os advogados devem obediência aos

regulamentos da OAB: seus efeitos são *erga omnes advocatorum*.

Exemplo recente do exercício destas competências se deu com a edição do Provimento 196/2020, que "*dispõe sobre o reconhecimento da atividade advocatícia decorrente da atuação de advogados como conciliadores ou mediadores, árbitros ou pareceristas e no testemunho (expert witness) ou no assessoramento às partes em arbitragem e dá outras providências*".

Com caráter declaratório-interpretativo, o provimento: *I)* estatui como advocatícias as funções desempenhadas por conciliadores, mediadores e árbitros, sempre que exercidas por advogados; *II)* esclarece que a atuação de advogado em qualquer das funções referidas no parágrafo anterior não é estranha à advocacia e, portanto, não desnatura a prática da sociedade profissional da qual seja sócio; e *III)* estabelece que a remuneração percebida por conciliadores, mediadores e árbitros — quando advogados — ostenta natureza de honorários advocatícios, podendo ser recebida tanto pela pessoa física prestadora do serviço, quanto pela sociedade na qual esta figure como sócia.

Ao promover esse enquadramento, a OAB disciplina que os conhecimentos técnicos e científicos exigidos para o bom desempenho das funções nominadas no provimento integram o *know-how* e são próprios (ainda que não exclusivos) da advocacia. Tal ato constitui regulamento que disciplina o exercício da profissão. Os inscritos na OAB devem pautar sua conduta profissional com lastro nesse provimento, que lhes é vinculante: ao atuar nessas atividades, o fazem na condição de advogado.

Bem vistas as coisas, seu conteúdo é resposta à verdadeira *cruzada tributária* travada contra renomados advogados brasileiros, todos eles também árbitros, no intuito de incrementar a tributação dos honorários decorrentes desta função. Como nas melhores séries, a compreensão da saga exige breve retrospecto (quem pular o resumo não entenderá o episódio atual).

Na *primeira temporada*, em 2012 a Receita Federal pretendeu acessar dados de procedimentos arbitrais por intermédio das Câmaras de Arbitragem. Notificando a abertura de processos de fiscalização, a RFB — ignorando o dever de confidencialidade oponível às Câmaras — solicitava a prestação de informações de terceiros, como nome das partes e dos árbitros, valores envolvidos nos procedimentos por si administrados, notas fiscais emitidas pelos árbitros e cópia (!) de todas as sentenças arbitrais proferidas desde 2008.

Na ocasião, preocupadas em proteger as cláusulas de confidencialidade de seus regulamentos, pelo menos três instituições (Camarb, CAM-CCBC e CBMA) impetraram mandado de segurança com vistas a reprimir o ato praticado pela RFB. Das câmaras notificadas, apenas uma franqueou o acesso. Vendo frustrada sua pretensão inicial em razão das ordens judiciais que consideraram ilegal a fiscalização e impediram a coleta forçada de informações dos procedimentos arbitrais, proibindo a imposição de qualquer punição contra as Câmaras (autos 0011011-83.2013.403.6100/JFSP; 0025812-68.2013.4.03.0000/TRF3 e 0017682-42.2013.4.02.5101/TRF2), o foco do órgão fazendário mudou.

O Fisco, então, inaugurou a *segunda temporada*, direcionando seus esforços a advogados que exercem a função de árbitro. Alegando que a arbitragem é atividade desenvolvida por pessoa física, a RFB deixou de homologar o recolhimento de impostos feito através da sociedade de

advogados (que o árbitro integra na qualidade de sócio) e redirecionou a tributação.

Não bastasse as investidas da administração tributária federal, a *terceira temporada* foi marcada pelo ingresso de novo protagonista: o município de São Paulo. Ator coadjuvante até então, ingressou na trama para defender a exclusão das sociedades de advogados com atuação em arbitragem da tributação fixa do ISS (por suposta descaracterização da natureza uniprofissional). A administração tributária paulistana autuou diversas bancas que indicavam em seus respectivos *websites* prática em arbitragem.

Levado ao Poder Judiciário, o impasse foi neutralizado em sede recursal, restando mantido o enquadramento das sociedades advocatícias no regime de tributação específico, mesmo que um ou mais de seus integrantes estejam investidos na função de árbitro (TJ-SP, autos 2154733-26.2019.8.26.0000). Ainda que não guarde relação direta com o caso, vale mencionar que o STF já firmou entendimento a respeito do ISS aplicável à advocacia (RE [940.769](#)).

Por fim, na *mais recente temporada*, o Carf definiu, por voto de qualidade, que honorários percebidos por advogados que funcionam como árbitros são rendimentos auferidos por pessoa física (Acórdão 2402-008.171, 2ª Seção de Julgamento/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária, j. 3/3/2020). Para além da reclassificação, o Carf entendeu que o recolhimento de impostos feito através da sociedade de advogados é considerado indevido e não pode ser aproveitado para compensar eventuais débitos da pessoa física. A decisão ainda comporta recurso.

Perdida a batalha, mas não a guerra, a saga arrecadatória parece distante do fim. Mas fato é que o enredo perdeu consistência, antes denunciando o interesse na manutenção da franquia do que a criatividade dos roteiristas. Assim, sem adentrar no debate tributário, analisaremos os principais argumentos da fundamentação das decisões administrativas, à luz do Provimento 196/2020 do Conselho Federal da OAB. Em síntese, são duas teses.

O primeiro argumento pode ser assim sintetizado: *para ser árbitro não é necessário ser advogado*. Aqui, temos um problema de lógica: do fato de não ser necessária a qualificação de advogado para ser árbitro não implica a conclusão de que tais profissionais deixem de ser advogados mesmo na função de árbitros. Trata-se de uma falácia, um raciocínio incorreto, uma armadilha que subverte a lógica.

Muito antes do Provimento 196, o exercício da advocacia já contemplava funções variadas. Advogados, no desempenho de sua atividade profissional e empregando sua *expertise* jurídica, podem desenvolver múltiplas tarefas, inclusive algumas que não são privativas da advocacia.

Para citar apenas um exemplo, a função de administrador judicial não é exclusiva de advogados. De acordo com a lei, pode também ser realizada por economistas, contadores e administradores de empresas (artigo 21 da Lei 11.101/2005). Ainda assim, quando desempenhada por profissional da advocacia, é uma das formas de exercício da atividade jurídica, pois as habilidades profissionais e o conhecimento especializado são os motivadores da nomeação pelo juízo.

O mesmo se diga de árbitros, mediadores e conciliadores, que representam a própria essência de instrumentos legitimados a assegurar a harmonização das vontades individuais e a

realização da justiça mesmo fora do âmbito estatal. Sempre que as partes elegem um advogado, ele leva consigo essa condição e não poderia ser diferente: enquanto a função ocupada é temporária, a atividade exercida é permanente. Os advogados não são indicados por seus lindos olhos azuis, mas só e tão somente porque são advogados.

Pense-se num árbitro escolhido pela Administração Pública, por meio de inexigibilidade de licitação (Lei 8.666/1993, artigo 25). Ela pode escolher engenheiros ou economistas, mas a fundamentação do ato discricionário de escolha de um advogado deverá reportar-se às suas qualidades jurídicas, a revelar a "natureza singular" dos "serviços técnicos especializados", cuja função o advogado exercerá na arbitragem. Se o gestor indicar que escolhe esse advogado como árbitro por qualquer motivo que não a respectiva qualificação jurídica (*expert* em cálculos complexos de engenharia, por exemplo), ou se escolhe um jurista sem inscrição na OAB, o ato administrativo poderá ser questionado.

Mesmo porque o desempenho adequado da missão conferida ao árbitro exige a entrega de decisão tecnicamente escoreita. Na seleção do profissional, a *expertise* é, sem dúvida, critério de grande importância. Assim, quando advogados funcionam como árbitros, persistem no exercício da profissão, pois sua atividade (advocacia) é o vetor definitivo da escolha feita pelos litigantes. É a formação jurídica que orienta a escolha do advogado, que assim persiste no exercício da função arbitral (incidindo, inclusive, as proibições e deveres do Código de Ética).

No uso das atribuições que lhe são legalmente conferidas, é, em síntese, precisamente o que afirma o Conselho Federal da OAB no Provimento 196/2020: "(c)onstitui atividade advocatícia, para todos os fins, a atuação de advogados como conciliadores ou mediadores, nos termos da Lei nº 13.140/2015, ou árbitros, nos moldes preconizados pela Lei nº 9.307/1996" (artigo 1º).

Aliás, o provimento vem em linha com orientações anteriores do Conselho Federal da OAB, que já em 2013 indicava como atividade própria da advocacia o exercício da função de árbitro por qualquer advogado integrante da sociedade profissional (Proposição n.º 49.0000.2013.011843-1/COP).

Ao orientar as partes, analisar os fatos e proferir decisões, a técnica do árbitro-advogado advém de sua formação jurídica, o que se acentua nos casos das arbitragens "de direito", modalidade que vincula a validade da sentença à interpretação e aplicação de leis. Daí emerge inegável relação simbiótica entre *ser* advogado e *estar* árbitro.

O segundo argumento pode ser representado nesta sentença: *a contratação (do árbitro) é de pessoa física*. Essa pseudológica pretende criar distinção que não existe no mundo dos fatos. Mesmo porque a pessoa jurídica "sociedade de advogados" só pode ser composta por advogados (pessoas físicas) e exercita suas atividades por meio de advogados (pessoas físicas). Chegaria a ser um truísmo dizer que só advogados pessoas físicas podem exercer a advocacia — e nem por isso as pessoas jurídicas por eles constituídas estariam impedidas de ser contratadas.

O que não constitui um privilégio dos advogados. Não raras vezes, médicos, dentistas, psicólogos, e arquitetos — e diversos outros profissionais que exploram a atividade intelectual — desempenham seu trabalho sob a forma pessoal, em nome de sociedade (uniprofissional ou

com outros profissionais). Trata-se de ficção jurídica largamente aceita, que permite melhor organização de indivíduos que desempenham a mesma ou correlata profissão.

Mais: o contratante de qualquer desses serviços seleciona o prestador por ser pessoa física tecnicamente habilitada. A tomada de decisão é lastreada em pelo menos dois pilares (*qualificação e conhecimento*) que, de forma absolutamente natural e legítima, inauguram uma relação de confiança. Essa dinâmica decorre do caráter reconhecidamente personalíssimo do mister profissional.

Em outras palavras, a capacidade subjetiva de executar a prestação contratada aqui se confunde com a objetiva. O fator decisivo é a detenção de conhecimento especializado. Desconsiderados os novos feitos da robótica, para executar cirurgia cardíaca de alta complexidade se contrata o indivíduo e não a sociedade.

A mesma lógica se aplica na contratação do advogado, especialmente quando a escolha se dá em razão de notório conhecimento e saber. Diante de critério técnico, a motivação e a função do contrato não podem ser ignoradas. É exatamente o que ocorre no desempenho das funções de árbitro, mediador e parecerista, nas quais o nexo de causalidade é evidente. O que se acentua devido ao fato de que as sociedades destinadas a serviços de advocacia só podem ter advogados como sócios. Logo, são advogados os únicos contratados por meio de negócios jurídicos com sociedades de advogados.

Ora, a possibilidade de seleção e indicação dos árbitros pelas partes é frequentemente referida como um dos grandes diferenciais da arbitragem. Repete-se à exaustão que a *arbitragem vale o que vale o árbitro*. E não é por um acaso. Em conflitos de alta complexidade técnico-jurídica, a faculdade de escolha de julgador com *expertise* técnica é prerrogativa que justifica *per se* a adoção dessa via de resolução de conflitos. O mesmo se diga do mediador para a mediação, do parecerista para o parecer e do testemunho legal.

Nesse contexto, o provimento dispõe que "(a) *atuação de advogados como conciliadores, mediadores, árbitros ou pareceristas e no testemunho (expert witness) ou no assessoramento às partes em arbitragem não desconfigura a atividade advocatícia por eles prestada exclusivamente no âmbito das sociedades individuais de advocacia ou das sociedades de advogados das quais figuram como sócios*" (§1º).

Dito isso, admitir que há impedimento para que a sociedade receba a receita oriunda da atuação de um de seus integrantes na função de árbitro (ou outra equivalente) é o mesmo que afirmar que nenhum profissional liberal escolhido em razão de suas qualificações pessoais poderá emitir fatura através da sociedade que integra. Traçado este paralelo, resta evidente o equívoco interpretativo das decisões administrativas.

Nesse sentido, o §2º do provimento espanca qualquer dúvida ao estabelecer que "(a) *remuneração pela prática da atividade referida no caput tem natureza de honorários advocatícios e pode ser recebida pelos advogados como pessoas físicas ou pelas sociedades das quais sejam sócios*".



Para o que disciplina, a redação do Provimento 196/2020 não poderia ter sido mais clara. Advogados só estão árbitros (mediadores, conciliadores...) enquanto e porque advogados — e isso não pode ser ignorado pelas autoridades públicas, especialmente o Fisco.

Remanesce, então, uma única dúvida: seria esse o fim da saga?

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-mai-14/moreira-cruz-arbitragem-provimento-1962020-oab/>