

SiqueiraCastro*

**OAB não se submete ao controle
do Tribunal de Contas**

Biblioteca RJ, 11/01/2021

SUMÁRIO

A OAB sofre controle do TCU? https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/a-oab-sofre-controle-do-tcu/	3
Constitucionalistas mostram por que OAB não deve prestar contas ao TCU https://www.conjur.com.br/2020-out-09/pareceres-mostram-oab-nao-prestar-contas-tcu?imprimir=1	5
STF suspende decisão que obrigou OAB a prestar contas ao TCU https://migalhas.uol.com.br/quentes/304008/stf-suspende-decisao-que-obrigou-oab-a-prestar-contas-ao-tcu	8
Fachin vota contra submissão da OAB à fiscalização do TCU https://www.conjur.com.br/2020-out-09/fachin-vota-submissao-oab-fiscalizacao-tcu	10
TCU diz que OAB não é imune a controle e manda prestar contas a partir de 2021 https://www.conjur.com.br/2018-nov-07/oab-devera-prestar-contas-tcu-partir-2021?imprimir=1	13
RE 1.182.189/BA https://www.conjur.com.br/dl/parecer-lenio-streck-submissao-oab-tcu.pdf Parecer Lenio Streck	15
RE 1.182.189/BA https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-oab-tcu.pdf Marco Aurelio	37
RE 1.182.189/BA https://www.conjur.com.br/dl/fachin-vota-submissao-oab-fiscalizacao.pdf Fachin	52
MS 36.376 https://migalhas.uol.com.br/quentes/304008/stf-suspende-decisao-que-obrigou-oab-a-prestar-contas-ao-tcu Rosa Weber	69
Consulta José Afonso da Silva https://www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-jose-afonso-silva.pdf	77
ADI 3.026 http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283	98
Parecer TCU https://www.conjur.com.br/dl/oab-obrigada-prestar-contas-tcu.pdf	218

Escrito por [Natalia Riche](#)
Postado em 24/06/2019 [1 comentário](#)

¹ A OAB SOFRE CONTROLE DO TCU?

@professora_nataliariche

Nos termos do art. 70, parágrafo único da CF, o controle do TCU abrange todas as pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

Dentro desse contexto, surgiu recentemente uma questão interessante acerca da submissão da OAB ao controle do TCU.

O entendimento do STF era de que, ao contrário dos demais órgãos de fiscalização profissional, a OAB não é uma autarquia, pois possui finalidade institucional. Assim, por estar fora da Administração Indireta, não poderia sofrer controle pelo tribunal de contas (STF-ADI 3026).

Ocorre que no final de 2018 o TCU entendeu que a OAB deve se submeter à sua fiscalização.

No dia 02/06/19 o plenário do STF reconheceu a repercussão geral do tema (RE 1.182.189). Logo depois, no dia 07/06/19, a ministra Rosa Weber deferiu a liminar pleiteada pela OAB no MS 36376 MC/DF para suspender a eficácia do acórdão do TCU.

Confiram abaixo a ementa do julgado do TCU, no processo TC 015.720/2018-7:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). ESTUDO TÉCNICO SOBRE A INCLUSÃO OU NÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS AO TCU. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA, A NATUREZA AUTÁRQUICA DA ENTIDADE E PÚBLICA DOS RECURSOS QUE ELA ADMINISTRA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO SENTIDO DE QUE A OAB SE SUBMETE À JURISDIÇÃO DO TCU. DETERMINAÇÃO PARA SUA INCLUSÃO COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA DELIBERAÇÃO. 1. Inexiste coisa julgada capaz de impedir a inclusão da OAB entre as unidades que devem prestar contas ao TCU. 2. A OAB preenche todos os requisitos previstos no art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, necessários para ser enquadrada como autarquia, pois constitui “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. 3. As contribuições cobradas pela OAB de seus inscritos têm natureza de tributo, explicitamente assentada no art. 149 da Constituição Federal. 4. As alterações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 reforçam a necessidade de maior transparência das instituições, em nome do Estado Democrático de Direito e da efetivação do princípio republicano, os quais estão intimamente ligados ao incremento da accountability pública. 5. O Estado vem reforçando e exigindo

*transparência e regras de compliance até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam. 6. **A natureza de autarquia e o regime público e compulsório dos tributos que arrecada impõem que a OAB, como qualquer conselho profissional, deva estar sujeito aos controles públicos, não havendo nada que a distinga, nesses aspectos, dos demais conselhos profissionais.** 7. No atual desenho institucional brasileiro, a OAB exerce papel fundamental de vigilante sobre o exercício do poder estatal e de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, o que só aumenta o grau de exigência de uma gestão transparente e aberta ao controle público. **

JULGAMENTO NO SUPREMO

Constitutionalistas mostram por que OAB não deve prestar contas ao TCU

9 de outubro de 2020, 17h31

Por Fernanda Valente

A Ordem dos Advogados do Brasil não é pessoa jurídica de direito público, nem autarquia, nem tem qualquer vinculação com a administração pública indireta. Por esses motivos, deve ser garantida a sua independência. As análises constam de pareceres produzidos pelos constitucionalistas **Lenio Streck** e **José Afonso da Silva** para subsidiar o debate no Supremo Tribunal Federal em processo que discute o tema.



Recurso será analisado no Plenário do STF. Julgamento está empatado.

OAB - Conselho Federal

Em recurso extraordinário, o Ministério Público Federal reclama da decisão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que tirou a obrigação da OAB de prestar contas ao TCU. O MPF argumenta violação do artigo 70 da Constituição Federal, apontando para a natureza jurídica da OAB que a obrigaria a prestar contas ao TCU.

De acordo com Lenio Streck, devem ser considerados os mesmos parâmetros usados em outro caso julgado anteriormente (ADI 3.026): a OAB não deve se sujeitar ao controle do TCU porque "não recebe nenhuma verba pública ou gere recursos públicos, como determina o artigo 70".

Streck defende que não houve mudança na doutrina sobre a natureza jurídica da OAB e da anuidade recebida que autorize o *overruling* (superação de jurisprudência) do entendimento exposto pelo Tribunal Federal de Recursos (TFR) em 1951, no mandado de segurança 797.

E chama a atenção para a *ratio decidendi* do acórdão do STJ, que é questionado na corte: considerou-se "o princípio da igualdade, interpretado pela diferença de natureza jurídica entre as contribuições postas no art. 149 da CF/88 e a anuidade paga à OAB".

Sustenta ainda que deve ser levada em conta uma análise dos recursos arrecadados pela OAB, que não estão na categoria de receitas públicas postas previstas no artigo 165, § 5º, I, da Constituição, "não equivalendo a dinheiro público, como já decidiu o STJ (REsp 449.760)".

O professor José Afonso da Silva também toma como base a decisão na ADI e seu alcance; lista ainda uma série de julgados e pede o respeito à coisa julgada.

A OAB participa institucionalmente da tomada de uma série de decisões por ordem constitucional, disse o jurista, apontando que essas "características peculiares diferenciam muito [a OAB] das demais entidades de fiscalização profissional".

"A começar do fato de que estas são apenas e tão só entidades de fiscalização das respectivas profissões, enquanto a OAB, como visto, tem funções institucionais relevantes de modo a situá-la entre instituições do aparelhamento estatal. Tanto que os demais conselhos profissionais são definidos, nos respectivos estatutos legais, como autarquias, enquanto o Estatuto da Advocacia não qualifica a OAB como tal, diz que ela é serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa apenas".

Em Plenário

O julgamento está suspenso com placar empatado. O caso começou a ser analisado no Plenário virtual da corte nesta sexta-feira (9/10), mas foi retirado de pauta por pedido de destaque do ministro Ricardo Lewandowski.

O relator, ministro Marco Aurélio entende que a entidade deve se submeter à fiscalização do Tribunal de Contas da União. De acordo com o vice-decano, embora a OAB não seja ente estatal, é uma entidade pública, de natureza autárquica e, portanto, deve haver controle.

O ministro se debruçou sobre a análise jurídica da OAB e do dinheiro arrecadado por ela. Marco Aurélio destacou que a Lei 8.906/1994, artigo 44,

esclarece que a OAB não mantém "qualquer vínculo funcional ou hierárquico" com órgãos da administração pública. "Não excluiu, contudo, a natureza pública, consideradas as finalidades institucionais", ressaltou.

Em [posição divergente](#), Luiz Edson Fachin entendeu que OAB não deve ser obrigada a prestar contas ao TCU nem a qualquer outra entidade externa. Segundo o ministro, ela é dotada de autonomia e independência, não podendo ser confundida com os conselhos de fiscalização profissional. "E isso porque a OAB não se volta tão somente às finalidades corporativas, mas possui, ao revés, finalidade institucional."

Fachin acolheu ainda os pareceres da advocacia de Streck e José Afonso, feitos a pedido do Conselho Federal da OAB.

Clique [aqui](#) para ler o parecer de Lenio Streck
Clique [aqui](#) para ler o parecer de José Afonso da Silva
RE 1.182.189

Fernanda Valente é correspondente da revista **Consultor Jurídico** em Brasília.

Revista **Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2020, 17h31

Prestação de contas

STF suspende decisão que obrigou OAB a prestar contas ao TCU

Liminar foi concedida pela ministra Rosa Weber.

sábado, 8 de junho de 2019

0

A ministra **Rosa Weber**, do STF, concedeu [liminar](#) para desobrigar a OAB de prestar contas ao TCU até que o plenário do da Corte resolva a questão. A decisão se deu nesta sexta-feira, 7, em MS impetrado pelo Conselho Federal da Ordem.

**Prestação de contas**

Em novembro do ano passado, o TCU [decidiu](#) que a Ordem não se distingue dos demais conselhos profissionais e deve se sujeitar aos controles públicos, e o controle externo que ela exerce não compromete a autonomia ou independência funcional das unidades prestadoras. A Corte considerou a natureza autárquica da entidade e ponderou que a contribuição cobrada dos advogados tem natureza de tributo.

Em março, a OAB impetrou no Supremo o MS 36.376 para questionar a decisão do TCU. Em pedido de liminar, a OAB requereu que o STF barrasse a eficácia da decisão da Corte de Contas e, no mérito, pediu que o Supremo torne sem efeito o entendimento do TCU, a fim de preservar sua independência e autonomia.

A OAB também afirmou que a ilegalidade do ato decorre do desrespeito à decisão do STF na ADIn 3.026, julgada em 2006, na qual a Corte atribuiu à OAB natureza

jurídica diferenciada em razão do reconhecimento de sua autonomia e sua finalidade institucional.

A controvérsia também foi levada ao Supremo na Rcl 32.924, relatada pela ministra Rosa Weber, para quem o MS também foi distribuído por prevenção.

Repercussão geral

A matéria é tema de RE que teve repercussão geral [reconhecida](#) pelo plenário virtual da Corte na semana passada. De relatoria do ministro Marco Aurélio, o recurso foi interposto pelo MPF para questionar acórdão do TRF da 1ª região que, com fundamento no decidido pelo Supremo na ADIn 3026 - na qual a Corte atribuiu à OAB natureza jurídica diferenciada em razão do reconhecimento de sua autonomia e de sua finalidade institucional -, afastou a obrigação da entidade de prestar contas ao TCU.

O TRF assentou que a natureza das finalidades institucionais exige gestão isenta da ingerência do Poder Público. MPF sustenta que, em virtude de sua natureza jurídica, a OAB deve submeter suas contas à análise da Corte de Contas, e aponta que a não prestação de contas viola o artigo 70, parágrafo único, da CF/88. O Conselho Federal da OAB requereu seu ingresso como assistente simples no processo.

- Processo: [MS 36.376](#)

Confira a [íntegra da decisão](#).

AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA

Fachin vota contra submissão da OAB à fiscalização do TCU

9 de outubro de 2020, 11h21

Por Fernanda Valente

A Ordem dos Advogados do Brasil não deve ser obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa. O entendimento é do ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, em recurso extraordinário que discute o tema.



Fachin acolhe pareceres da advocacia e entende que OAB não deve ser submetida à fiscalização externa

Rosinei Coutinho/SCO/STF

O caso, com repercussão geral, começou a ser julgado nesta sexta-feira (9/10), no Plenário Virtual da corte. Os ministros têm uma semana para votar.

De acordo com Fachin, a OAB é dotada de autonomia e independência, não podendo ser confundida com os conselhos de fiscalização profissional. "E isso porque a OAB não se volta tão somente às finalidades corporativas, mas possui, ao revés, finalidade institucional."

O ministro tomou como base outro julgado sobre o tema, de relatoria de Rosa Weber. A ministra aponta que a OAB "não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta", já que não é uma entidade da administração indireta da União.

Além disso, o entendimento à época foi de que a OAB presta um serviço público independente, "categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro".

Fachin considerou ainda o [parecer](#) do constitucionalista Lenio Streck, que apontou que a função institucional exercida pela OAB "não autoriza a confusão do exercício de tal múnus público com função própria de ente estatal".

O ministro acolheu a sugestão do [parecer](#) do professor José Afonso da Silva e sugere a seguinte tese: "O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa".

O relator

Fachin diverge do relator, ministro Marco Aurélio. Para o vice-decano, embora a OAB não seja ente estatal, é entidade pública, de natureza autárquica e, portanto, [deve se submeter à fiscalização](#) do Tribunal de Contas da União.

O ministro se debruçou sobre a análise jurídica da OAB e do dinheiro arrecadado por ela. Marco Aurélio destacou que a Lei 8.906/1994, artigo 44, esclarece que a OAB não mantém "qualquer vínculo funcional ou hierárquico" com órgãos da administração pública. "Não excluiu, contudo, a natureza pública, consideradas as finalidades institucionais", ressalva.

Longa discussão

No caso concreto, o Ministério Público Federal reclama da decisão da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que tirou a obrigação da OAB de prestar contas ao TCU. O MPF argumenta violação do artigo 70 da Constituição Federal, apontando para a natureza jurídica da OAB que a obrigaria a prestar contas ao TCU. A OAB da Bahia não apresentou contrarrazões.

O caso, porém, não é isolado. Em novembro de 2018, o TCU decidiu que a OAB deveria prestar contas ao tribunal [já a partir de 2021](#). Os ministros consideraram que a Ordem não se distingue dos demais conselhos profissionais e deve se sujeitar aos controles públicos.

Contra a decisão, a OAB [impetrou](#) um mandado de segurança, alegando que a entidade não integra a administração pública em razão da função institucional que exerce e das garantias constitucionais de autonomia e independência que ostenta. A relatora do caso, ministra Rosa Weber, [suspendeu acórdão](#) do

TCU. Rosa também é relatora de uma Reclamação (32.924) e uma ADI (3.026) sobre o mesmo tema.

Clique [aqui](#) para ler o voto do relator

Clique [aqui](#) para ler o voto divergente

RE 1.182.189

Fernanda Valente é correspondente da revista **Consultor Jurídico** em Brasília.

Revista **Consultor Jurídico**, 9 de outubro de 2020, 11h21



PRINCÍPIO DA ISONOMIA

TCU diz que OAB não é imune a controle e manda prestar contas a partir de 2021

7 de novembro de 2018, 17h51

Por Gabriela Coelho

O Tribunal de Contas da União decidiu, nesta quarta-feira (7/11), que a Ordem dos Advogados do Brasil deve prestar contas ao tribunal. A entidade deverá se encaixar nas mesmas normas aplicadas a órgãos federais, estaduais e outros conselhos federais e terá o ano de 2019 para se adaptar, começando a prestar contas em 2021, referente ao exercício 2020.

A decisão contraria entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, em 2006, em julgamento sobre a necessidade de haver concursos públicos para as vagas de trabalho na OAB, debateu a natureza da entidade e concluiu que ela não é órgão público.

O relator, ministro Bruno Dantas, afirmou que, em um momento em que o Estado vem reforçando e exigindo transparência e regras de *compliance* até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam, não é razoável querer justificar validamente que a OAB possa ser a única instituição infensa a controle.

“A OAB possui relevantes prerrogativas, que a distinguem dos demais conselhos, só reforçam, na verdade, o caráter público das funções que são por elas desempenhadas — o que fortalece a posição aqui adotada. Firmar o entendimento de que a OAB deve prestar contas ao Tribunal é, além de tudo, uma decisão que homenageia o princípio da isonomia”, afirmou.

Segundo Dantas, embora a entidade já tenha alegado ser controlada internamente, são ainda opacas as informações prestadas ao público e a seus contribuintes.

“O Observatório Nacional da Advocacia estima que a OAB arrecada algo em torno de R\$ 1,3 bilhão com a anuidade e o exame. Compilando as esparsas informações disponibilizadas por cada seccional, é possível estimar que o valor arrecadado com anuidades gire em torno de R\$ 600 milhões por ano.

Entretanto, é uma estimativa bastante imprecisa, dada a ausência de informações padronizadas, comparáveis e confiáveis”, disse.

De acordo com o ministro, a atual compreensão de que a OAB não estaria sujeita a qualquer tipo de controle administrativo está minando a possibilidade de real *accountability* sobre seus atos.

“O momento atual é de uma sociedade que exige cada vez mais a transparência das instituições. A consolidação do Estado Democrático de Direito e a efetivação do princípio republicano estão intimamente ligadas a essa transparência e à *accountability* pública.”

Sem validade constitucional

Em nota, a OAB informou que é equivocado afirmar que a entidade, atualmente, não presta contas ou não é transparente. No entendimento da entidade, em consonância com decisão do Plenário do Supremo, o TCU não é órgão competente para essa finalidade, implicando, inclusive, no uso de recursos públicos para fiscalizar uma entidade que não é órgão público nem recebe dinheiro público.

“A decisão administrativa do TCU não se sobrepõe ao julgamento do STF, que na ADI 3026/DF, afirmou que a OAB não integra a administração pública nem se sujeita ao controle dela, não estando, portanto, obrigada a ser submetida ao TCU. A OAB, que não é órgão público, já investe recursos próprios em auditoria, controle e fiscalização, sendo juridicamente incompatível gastar recursos públicos, hoje tão escassos, para essa finalidade. A decisão do TCU não cassa decisão do STF, logo não possui validade constitucional.”

Clique [aqui](#) para ler o voto do relator.

Gabriela Coelho é repórter da revista **Consultor Jurídico**

Revista **Consultor Jurídico**, 7 de novembro de 2018, 17h51

Recurso Extraordinário n.º 1.182.189/BA

Prestação de Contas do CFOAB ao controle do TCU

Dispositivos objeto de discussão: arts. 70, parágrafo único, 71, II, da Constituição Federal

PARECER

1. PONTO DE PARTIDA HERMENÊUTICO: O CASO CONCRETO

Trata-se de parecer requerido pelo **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (CFOAB)** sobre o **Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.182.189/BA** interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) que, diante da *ratio decidendi* do acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI n.º 3026, decidiu que a *“Ordem dos Advogados do Brasil não está sujeita à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União – TCU (Precedentes do STF, STJ e TRF/5ª Região), pois a natureza das suas finalidades institucionais exige que a sua gestão seja isenta da ingerência do Poder Público”* (fls. 608-612 e 622-625 dos autos processuais físicos).

O Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral (Tema 1054) da questão constitucional quanto “ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União”, conforme acórdão de 06 de junho de 2019. A OAB foi admitida como assistente simples em decisão monocrática de 5 de setembro de 2019 e o julgamento do Recurso

Extraordinário está pautado para iniciar o julgamento virtual em 9 de outubro de 2020.

Nesse contexto, como o “Direito é uma questão de caso concreto”¹ e não se pode ocultá-lo ou escondê-lo, como fazem algumas práticas cotidianas com o endosso de parcela da doutrina,² pois “todo ato de interpretação *já é desde já sempre* um ato aplicativo *per se*. Mais do que isso, tem-se que *sempre aplicamos*. E essa *applicatio*, como diria Gadamer, somente se dá no caso concreto”.³

O quê, portanto, o caso concreto nos apresenta? Apresenta fundamentos opostos apontados pelo MPF, parte autora da ação civil pública n.º 2007.33.00.008674-0, que tramita na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária da Bahia, e pelo Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil da Bahia (OAB-BA) e pelos demais réus, quais sejam:

FUNDAMENTOS DO MPF:

- (i) inaplicabilidade ao caso concreto do acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n.º 3.026-4/DF, porque “seu objeto se restringiu a estabelecer a inexigência de concurso público para a admissão dos contratados pela OAB”; que “em momento algum, o Supremo Tribunal Federal discutiu a questão da obrigatoriedade de prestação de contas da OAB junto ao TCU” e que “a obrigatoriedade da prestação de contas foi aludida por alguns Ministros, em *obter dictum*, de passagem, tendo os juristas externado a preocupação em esclarecer que essa questão não era objeto de julgamento naquele momento” (fl. 408 do recurso de apelação dos autos processuais físicos);

¹ STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 136.

² STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 136.

³ STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 136.

- (ii) "não há como contestar que, seja a OAB pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado, está obrigada, sob a nova constituição, a prestar contas, já que arrecada dinheiro público, na medida em que as contribuições relacionadas pelo art. 149 têm expressa natureza tributária" (fl. 412-v do recurso de apelação dos autos processuais físicos). Os fundamentos do MPF estão sintetizados no parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) já no âmbito do STF:

RECURSO EXTRAORDINARIO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REPERCUSSAO GERAL. TEMA 1054. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INSTITUICAO *SUI GENERIS*. MUNUS PUBLICO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIAO. MORALIDADE. TRANSPARÊNCIA. SUJEIÇÃO AO CONTROLE EXTERNO. PROVIMENTO.

1. Recurso Extraordinário representativo do Tema 1054 da sistemática da Repercussão Geral: "*Controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União*".

2. O Tribunal de Contas da União tem atribuição para fiscalizar todo aquele que administre recursos públicos, uma vez que a *ratio* para a sujeição ao poder fiscalizatório e sancionador do órgão esta na origem pública dos recursos, e não na natureza jurídica dos fiscalizados.

3. A Ordem dos Advogados do Brasil, embora dissociada da estrutura funcional de órgãos e pessoas estatais, exerce atividade dotada de típico *múnus público*, com poderes de polícia administrativa.

4. Como instituição *sui generis*, dotada de poderes estatais, a Ordem dos Advogados do Brasil há de observar os princípios constitucionais que orientam a Administração Pública, sobretudo os preceitos da moralidade e da transparência, e sujeita-se ao controle pelo Tribunal de Contas da União.

5. Proposta de tese de repercussão geral: A Ordem dos Advogados do Brasil submete-se à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

– Parecer pelo provimento do recurso extraordinário e fixação da tese sugerida.

FUNDAMENTOS DA OAB-BA, DO TCU, DA UNIÃO, DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO DO TRF1:

- (i) a título de esclarecimento, a OAB, em 1951, impetrou Mandado de Segurança n.º 797 contra o TCU sobre o mesmo tema, tendo o Tribunal Federal de Recursos (TFR) afastado a natureza autárquica da OAB, bem como considerado que a anuidade por ela recebida dos(as) advogados(as) não possuem natureza tributária.
- (ii) a União e o próprio TCU se manifestaram contrários à fiscalização da OAB pelo TCU, como se verificou nas manifestações processuais no presente feito, cujo resumo se extrai da manifestação do TCU (fls. 211-246 dos autos processuais físicos):
1. O entendimento firmado pelo TCU ao proferir o Acórdão n. 1.765/2003-Plenário, no sentido de que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas a este Tribunal, foi adotado em respeito à coisa julgada, decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos autos do Recurso de Mandado de Segurança n.º 797.
 2. O referido *decisum* foi proferido em consonância com o recente entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI n. 3.026/DF. Naqueles autos, a Suprema Corte firmou o entendimento de que a Ordem dos Advogados do Brasil, por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública, não se sujeitando, por conseguinte, a controle da Administração.
 3. Não-cabimento da antecipação de tutela, por não restar configurada uma das condições dispostas no art. 273 do CPC. Improcedência da ação.
 4. Proposta de encaminhamento de cópia deste Parecer à Procuradoria da União no Estado da Bahia.

Este entendimento foi seguido pela sentença, pelo acórdão do TRF1 e gerou o recurso extraordinário do MPF por violação ao art. 70, § único,

da CF/88, em síntese, por não se aplicar os fundamentos da ADI 3.026, pois não tratou do dever de a OAB prestar contas ao TCU.

A União, em contrarrazões ao RE, novamente, se manifestou pela inadmissão ou improvimento do RE e do Agravo em RE, com base no seguinte fundamento: “observa-se que a previsão do art. 70, parágrafo único, da CF/88 não é suficiente para justificar a atribuição do TCU de fiscalização da OAB, uma vez que esta é definida pelo art. 71, 11, que não inclui entidade *sui generis* como a Ordem dos Advogados do Brasil, não se podendo pretender inserir no texto constitucional previsão nele não contida”.

- (iii)** o recurso extraordinário foi inadmitido pelo fato de o acórdão do TRF1 estar “em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal que já decidiu no sentido de aplicar os efeitos da decisão proferida na ADI 3.026/DF a caso idêntico ao do presente feito. (ARE 750482/PE, Relator Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 05/11/2015)”.

O agravo do MPF foi provido para prosseguir o RE pelo Min. Marco Aurélio no ARE n.º 1.100.929, porque o “tema em Jogo está a merecer discussão sob o ângulo da Constituição Federal”.

- (iv)** Durante a tramitação do presente feito no STF, em 23.03.2019, a OAB impetrou Mandado de Segurança (MS) n.º 36.376 contra ato do TCU (acórdão 2.573/2018/Plenário) que decidiu pela possibilidade de fiscalização das contas da OAB a partir do ano de 2020, com base no art. 71, II, da CF/88.

A Ministra Rosa Weber, relatora do citado MS n.º 36.376, suspendeu liminarmente os efeitos do referido acórdão do TCU até julgamento do tema pelo plenário do STF, haja vista os fundamentos postos no acórdão da ADI n.º 3026/DF, cujo entendimento do STF foi: “A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”.

2. A RESPOSTA ADEQUADA À CONSTITUIÇÃO A PARTIR DOS PONTOS CONTROVERTIDOS ELENCADOS NO CASO CONCRETO.

O ponto controvertido é saber se a OAB, mesmo enquadrado juridicamente de forma diversa dos outros Conselhos Profissionais desde 1951 pelo Mandado de Segurança n.º 797 do Tribunal Federal de Recursos (TFR) e reconhecido pelo próprio MPF no referido parecer da PGR, pode ser submetido ao controle do TCU e se a contribuição recebida pela OAB têm natureza tributária (ou não).

O MPF sustenta a existência de *ouerruling* no caso em tela e a possibilidade de a OAB prestar contas ao TCU. A OAB defende que não há *ouerruling* no caso em tela e que não deve prestar contas ao TCU.

Qual, então, é a resposta adequada à Constituição (resposta correta),⁴ aquela posta pelo MPF ou a sustentada pela OAB neste caso concreto?

Três pontos são relevantes para responder à indagação acima: (i) como a doutrina entende ser a natureza jurídica da OAB e da anuidade paga pelos(as) advogados(as)? (ii) Qual é a *ratio decidendi* do TFR, do STJ e do STF quando enquadraram a OAB e a anuidade paga pelos(as) advogados(as) com natureza jurídica diversa daquela dos demais Conselhos Profissionais? (iii) os fundamentos trazidos pelo MPF são capazes de alterar a *ratio decidendi* retrocitada, promover o *ouerruling* e autorizar que a OAB preste contas ao TCU?

A resposta aos questionamentos acima passa, necessariamente, pelo respeito que este STF e por qualquer Tribunal brasileiro deve ter às razões decisórias (*holding*) presentes no acórdão do STF na ADI n.º 3026, a homenagear os critérios de estabilidade, integralidade e coerência postos no art. 926, *caput*, do Código de Processo Civil (CPC),⁵

⁴ Sobre o tema veja STRECK, Lenio. Resposta adequada à Constituição (resposta correta). *Dicionário de Hermenêutica*. 2.ed. Belo Horizonte: Livramento, 2020, p. 401-426.

⁵ Estabilidade, coerência e integridade podem ser entendidas como: “Dizia eu que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, tem relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso”.

assim como o respeito que qualquer Tribunal deve ter em relação as “decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”, como disposto no art. 927, I, do CPC, mormente pelo disposto no art. 102, § 2º, da CF/88.

A natureza jurídica da OAB está posta no art. 44 da Lei n.º 8.906/94:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nessa linha, quanto ao primeiro ponto, a doutrina⁶ sustenta que:

- (i) o limite da independência da OAB é a legislação constitucional e infraconstitucional;⁷
- (ii) no âmbito do Regulamento de 1931 e na vigência da Lei n.º 4.215/63 havia divergência se a OAB era uma “autarquia especial” (ou não) e havia dúvida sobre a vinculação à Administração Pública, como explica Paulo Lôbo:

STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 10.

⁶ Ver por todos: LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica).

⁷ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

Quando o Poder Executivo intentou vincular a OAB, na década de 1970, ao Ministério do Trabalho, e o Tribunal de Contas da União pretendeu controlar os recursos financeiros da entidade, houve a manifestação quase uníssona dos juristas brasileiros ressaltando as peculiaridades da OAB e sua independência. Idêntica orientação adotaram os tribunais superiores e a Consultoria-Geral da República (parecer do Consultor-Geral Rafael Mayer, PR-3974/74-011/C/75, aprovado pelo Presidente da República, DOU, 14-2-1978). Em 19 de novembro de 2003, o plenário do Tribunal de Contas da União decidiu que a OAB não se submete ao regime das autarquias públicas, mantendo, assim, sua imunidade à fiscalização do tribunal, uma vez que desde 1952 o TFR decidiu que a entidade não precisava prestar contas ao TCU.⁸

- (iii)** além do acórdão do TFR no Mandado de Segurança n.º 797 do TFR e do Acórdão do TCU n. 1.765/2003-Plenário, como exposto acima, o art. 44 da Lei n.º 8.906/94 dissipa qualquer dúvida sobre o sentido da natureza jurídica da OAB;
- (iv)** a OAB não possui qualquer vínculo com a Administração Pública Direta e Indireta (Lei n.º 8.906/94, art. 44, § 1º), detém funções constitucionais próprias, como: a legitimidade para ajuizamento de demandas de constitucionalidade das leis; a defesa da Constituição, a participação na composição dos tribunais; a participação nos concursos públicos da magistratura.⁹
- (v)** o serviço público que a OAB presta “não significa necessariamente serviço estatal, este assim entendido como atividade típica exercida pela Administração Pública. Serviço público é gênero do qual o serviço estatal é espécie”.¹⁰ Isso porque o público não é sinônimo de estatal, inclusive a “defesa da classe dos advogados, dos direitos humanos, da justiça social e do Estado Democrático de Direito, encartada nas finalidades da OAB

⁸ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

⁹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹⁰ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

previstas no art. 44 do Estatuto, supõe o virtual conflito com o Poder Público”.¹¹ Tal conflito ocorre, por exemplo, quando o Estado obsta, dificulta e viola o exercício da advocacia, como vimos recentemente no Estado da Paraíba.¹²

- (vi) se a OAB fosse uma autarquia, “ente concebido como *longa manus* do Estado, possa perseguir interesses a ele opostos, estranhos — defesa dos advogados — ou conflituosos?”¹³
- (vii) destaca-se que o Estado para além da Administração Direta e Indireta, “reconhece competência para o exercício de funções públicas a entidades que não o integram, atribuindo-lhes poderes que seriam originalmente seus, como ocorre com o poder da OAB de selecionar, fiscalizar e punir advogados. Não se trata de um novo corporativismo, nos moldes medievais, mas delimitação de autotutela jurídica a entidades organizadas, para exercício de determinados serviços públicos”.¹⁴
- (viii) a CF/88, no art. 133, determina ser o(a) advogado(a) “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Por isso, não pode “estar subordinado a qualquer poder, inclusive o Judiciário. A OAB ou a advocacia dependentes, vinculadas ou subordinadas, resultam na negação de suas próprias finalidades”;¹⁵
- (ix) a CF/88 traz diversas hipóteses de serviços públicos prestados por pessoa coletiva privada, como as concessões e as permissões públicas (art. 175) ou os serviços notariais (art. 236);

¹¹ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹² Sobre o ocorrido veja o desagravo público realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Paraíba em 01.10.2020: <https://portal.oabpb.org.br/mobile/noticia.php?codigo=30057>.

¹³ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹⁴ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹⁵ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

- (x)** o Estado confere poder de polícia administrativa às pessoas coletivas, enquadradas como autarquias, tradicional, especial e *sui generis* (ou não), a ele vinculadas. A OAB não exerce serviço público estatal típico e suas finalidades “são muito mais amplas e extra-estatais. A evolução do direito conduz-nos a rejeitar o elastério que se pretendeu atribuir ao conceito de autarquia, que já abrangeu, historicamente, até atividades econômicas”.¹⁶
- (xi)** a CF/88, no art. 173, permitiu que o Estado cindisse as atividades estatais administrativas descentralizadas em autarquia e fundações públicas, bem como nas sociedades estatais, como a empresa pública e a sociedade de economia mista, reguladas pelo direito privado (art. 173). Desse modo, a “concepção de certos serviços públicos como entidades dotadas de natureza jurídica mista (de direito público e de direito privado) não é novidade no direito, especialmente com relação às corporações profissionais, como a OAB”.¹⁷
- (xii)** cabe à OAB, com exclusividade, “a polícia administrativa da advocacia brasileira, aí compreendidos: I — a seleção dos que pretendem exercê-la, inclusive mediante Exame de Ordem e verificação dos requisitos de inscrição; II — o controle e fiscalização da atividade profissional; III — o poder de punir as infrações disciplinares. O poder de polícia administrativa da advocacia per se é exclusivo, indisponível e indelegável. Nenhuma outra autoridade pode exercê-lo, inclusive a judiciária”.¹⁸
- (xiii)** não se pode confundir o *múnus público* que a atividade da OAB se apresenta com função pública de ente estatal:

Múnus público é o encargo a que se não pode fugir, dadas as circunstâncias, no interesse social. A advocacia, além de

¹⁶ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹⁷ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

¹⁸ Lôbo, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

profissão, é múnus, pois cumpre o encargo indeclinável de contribuir para a realização da justiça, ao lado do patrocínio da causa, quando atua em juízo. Nesse sentido, é dever que não decorre de ofício ou cargo público.

(...) A administração da justiça é espécie do gênero atividade pública. Atividade pública peculiar, porque expressão própria de um dos Poderes estatais constituídos, não se confundindo com a Administração Pública, em sentido estrito, que o Judiciário também exerce com relação a suas atividades-meio. O magistrado e o promotor são agentes do Estado e exercem função pública. O advogado, no entanto, embora dela participe como figurante indispensável, não é titular de função pública (ou estatal), salvo se for vinculado a entidade de advocacia pública. (...)

O art. 2º, § 1º, do Estatuto atribui-lhe o caráter de serviço público, mesmo quando exercida em “ministério privado”. Significa dizer que a advocacia não é função pública, mas é regida pelo direito público. (...)

Contudo, sem embargo da natureza não estatal de sua atividade, imprescindível para assegurar-lhe a independência diante do próprio Estado, o Estatuto equipara-a a serviço público, em suas finalidades. Assim é porque a atividade de advocacia participa da administração pública da justiça.¹⁹

(xiv) a OAB não gere parcela do patrimônio público ou se mantém com dinheiro público, assim como suas receitas advêm de “contribuições obrigatórias, não são tributos porque não constituem receita pública, nem ingressam no orçamento público, nem se sujeitam a contabilidade pública. O art. 149 da Constituição não se aplica à OAB”.²⁰ Nessa linha, sustenta Marco Aurélio Greco ao comentar o art. 149 da Constituição Federal de 1988:

A OAB exerce função auxiliar da Justiça (CF/88, artigo 133); como tal, distingue-se das demais entidades

¹⁹ Lôbo, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

²⁰ LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

representativas de categorias profissionais ou econômicas. Âmbito do Poder Judiciário não corresponde a “área” em que caiba atuação da União para dispor sobre a respectiva organização e, por decorrência, não é âmbito em que se justifique a cobrança de uma contribuição. O Supremo Tribunal Federal na ADI-3026 decidiu que a OAB é entidade ímpar no elenco das personalidades jurídicas que integram o direito brasileiro e que não integra a administração pública direta ou indireta da União. Por seu lado, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu no EREsp 463.258 que a anuidade cobrada pela OAB não se enquadra no artigo 149 da Constituição.²¹

(xv) A doutrina, portanto, conclui que:

Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria *sui generis*, submetida ao direito público, na realização das atividades estatais que lhe foram delegadas, e ao direito privado, no desenvolvimento de suas atividades administrativas e de suas finalidades institucionais e de defesa da profissão. Considerada a natureza de serviço público não estatal, mas serviço público de âmbito federal, os processos judiciais em que a OAB seja interessada sujeitam-se à competência da justiça federal (STF, HC 71.314-9), salvo no caso de cobrança das anuidades (STJ, EREsp 462.273).²²

1ª CONCLUSÃO. A tradição doutrinária sobre a natureza jurídica da OAB é de serviço público independente não estatal, sem recebimento de dinheiro público de qualquer espécie, com funções de categoria profissional e de auxiliar do Poder Judiciário, sem qualquer vinculação com a União (Lei n.º 8.906/94, art. 44), tendo poder de polícia específico e não igual ao das entidades da Administração Pública; A contribuição

²¹ GRECO, Marco Aurélio. Art. 149. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, versão eletrônica.

²² LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB.

obrigatória (anuidade) a ser cobrada dos(as) advogados(as) não possui natureza tributária e não se submete ao art. 149 da CF/88. Por isso, não cabe ao TCU realizar o controle das contas da OAB, pois estão fora do âmbito dos arts. 70, § único, e 71, II, da CF/88.

Saliente-se que a OAB, a União e o próprio TCU neste feito em todas as manifestações processuais no presente feito referendam o entendimento doutrinário acima. A OAB manteve o entendimento de não submissão ao controle do TCU no MS 36.376, que tramita no STF sob a relatoria da Min.^a Rosa Weber:

(...) não se integra à Administração Pública (art. 44, §1º, da Lei n. 8.906/1994) e (...) não [administra] recursos públicos, o que necessariamente afasta sua submissão aos controles” (inicial, fl. 4). A OAB teria natureza jurídica peculiar (um serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa), em decorrência de sua função institucional ímpar, que é assegurada por garantias constitucionais de autonomia e independência. As receitas advindas das contribuições dos associados, por sua vez, não teriam natureza tributária, porque não instituídas em lei. Em consequência, não lhe seria aplicável o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, fundamento basilar de validade do acórdão impugnado. (Petição inicial no MS 36.376)

Em sentido oposto, o TCU no Acórdão nº 2573/2018 e a União nos autos do MS 36.376, e a PGR no presente feito, aludem que: *“i) a OAB constitui autarquia, nos termos do art. 5º, I do Decreto-Lei 200/1967; ii) as contribuições cobradas de seus inscritos têm natureza de tributo; iii) a OAB não se distingue dos demais conselhos profissionais e por isso deve se sujeitar aos controles públicos; iv) o controle externo exercido pelo TCU não compromete a autonomia ou independência funcional das unidades prestadoras.”*, como se extrai da petição inicial da OAB no MS 36.376 no STF.

Além disso, foi sustentado pelo TCU que *“a OAB preenche todos os requisitos descritos em lei para se enquadrar como autarquia, ou seja,*

consiste em: [1º] serviço autônomo, [2º] criado por lei, [3º] com personalidade jurídica, [4º] patrimônio e receita próprios, [5º] para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.” (informações prestadas ao STF no MS 36.376).

Desse modo, torna-se imprescindível compreender a *ratio decidendi*, da ADIN 3.026 julgada pelo STF em 2005, bem como do EREsp 463.258 julgado pelo STJ em 2004, que trataram, respectivamente, da natureza jurídica da OAB e da contribuição obrigatória anual (anuidade) devida pelos(as) advogados(as) à entidade?

Antes, porém, esclarece-se que a PGR afirma que, quando decidiram a ADIN 3.026, alguns Ministros do STF, em *obter dictum*, se manifestaram pela possibilidade de prestação de contas da OAB ao TCU. A *obter dicta* é lesiva ao Estado de Direito, como sustenta Thomas da Rosa Bustamante:

uma potencial fonte de instabilidade política e representam um risco aos princípios do Estado de Direito e da Separação dos Poderes”, uma vez que “por meio de *obiter dicta* o Poder Judiciário pode realizar uma série de atos de fala para os quais não tem legitimidade, seja para interferir em processos políticos ou jurídicos em curso em outras instituições ou outros juízos, seja para violar a ordem jurídica ou as obrigações ligadas ao papel institucional (*role-obligations*) do Judiciário”. Não poderia concordar mais.²³

Nesse contexto, o STF, no acórdão na ADI 3.026, entendeu:

(...)

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário,

²³ BUSTAMANTE, Thomas. *Obiter dicta* abusivos: esboço de uma tipologia dos pronunciamentos judiciais ilegítimos. *REVISTA DIREITO GV (ONLINE)*, v. 14, p. 707-745, 2018.

a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n.

8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido. (ADI 3026, Relator Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, maioria, DJ de 29/09/2006).

O que importa do julgamento da ADIN 3.026 é saber sua *ratio decidendi*, a partir da pesquisa dos seguintes critérios:

1 – o que vincula um julgado a outro posterior é o princípio “(elemento justificador, que evidencia a questão jurídica como um problema não de técnica ou de funcionalidade, mas de *moralidade substantiva*) (...) Vinculará – além de que é o novo caso que dirá o que do caso anterior é só “*obiter dictum*” e o que é “*ratio decidendi*” e, inclusive, o que este último significa para a solução atual do caso”.²⁴

2 – Por isso, a “genuína *ratio decidendi* vai se estabelecendo e aclarando com o dever interpretativo em função dos futuros casos”, como ocorre entre a ADIN 3.026 e presente feito.²⁵ O presente caso se reproduzir as premissas do caso do passado (ADIN 3.026), deve receber a mesma conclusão.²⁶

Na ADIN 3.026, a *ratio decidendi*, acerca da natureza jurídica da OAB tem como princípio a igualdade, naquilo que diferencia a OAB das

²⁴ STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 36 e 77.

²⁵ STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 95.

²⁶ STRECK, Lênio. *Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/2015*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 99.

autarquias e dos demais Conselhos Profissionais, como se infere dos trechos abaixo:

A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas’. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa (voto do Ministro Eros Grau).

Senhor Presidente, o direito comparado seguramente não registra nenhuma situação parecida com a de que goza a OAB no espaço jurídico brasileiro. Trata-se de uma entidade que goza – como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas também nas intervenções feitas pelos colegas - , inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que sui generis; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado; que forma, portanto, a vontade do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária (voto do Ministro Joaquim Barbosa).

Vamos deixar bem claro o que estamos tratando. Não é só concurso público, é uma outra questão, exatamente o que significa o desrespeito ao processo histórico político brasileiro que desenhou essa organização. O que pretendemos? Pretendemos pegar um processo histórico político clássico, claramente sui generis em face da realidade política e institucional do País, e tentar colocar em cima de categorias de direito administrativo, para

outro objetivo que não fazer com que se traia esse processo político (voto do Ministro Nelson Jobim).

(...) realmente, o pensamento jurídico ortodoxo sobre a OAB encontra sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB, que eminentemente é uma instituição da sociedade civil, não é uma instituição da sociedade estatal, daí por que aparelhada pela própria Constituição, ‘n’ vezes a fim de exercer um munus que a coloca ao lado da Imprensa como as duas grandes instituições da sociedade civil. E por natureza infensas, ambas, imprensa e OAB, a controles estatais (voto do Ministro Ayres Britto).

Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer nenhuma interferência no desempenho de suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral (voto do Ministro Cezar Peluso).

Destaca-se, ainda, que o STF, na ADIN 3.026, afastou a exigência de concurso público, considerou inadequado o regime estatutário e aplicou o regime celetista a quem integre os quadros da OAB como servidor(a). “Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público”, a impedir qualquer controle pelo TCU.

A *ratio decidendi*, portanto, da ADIN 3.026, a partir do princípio da igualdade, a partir da diferença de natureza jurídica da OAB para com as demais Corporações Profissionais e com os entes da Administração Pública Direta e Indireta, não há qualquer fato jurídico ou reconstrução de sentido no Direito brasileiro que torne a OAB uma entidade vinculada ao Estado.

2ª CONCLUSÃO. Nesse passo, pode-se reproduzir as premissas do caso do passado (ADIN 3.026) ao presente feito, para que ele receba a mesma conclusão e mantenha a OAB como não sujeita ao controle do TCU, até porque não recebe nenhuma verba pública ou gere recursos públicos, como determina o art. 70, parágrafo único, da CF/88.

A *ratio decidendi* do acórdão proferido pelo STJ no ERESP 463.258, de relatoria da Min.^a Eliana Calmon, na 1ª Seção, publicado no DJ de 29.03.2004, considerou que a anuidade paga à OAB pelos(as) advogados(as) não tem natureza tributária:

Entendo que as contribuições dividem-se em sociais, de intervenção no domínio econômico e de categorias profissionais e econômicas, sendo difícil para o intérprete qualificá-las para, então, estudá-las dentro dos limites traçados na sua categorização, não as confundindo com imposto ou taxa.

Caracterizada a contribuição pela finalidade, o que é de sua essência, temos que:

- 1) as CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS dizem respeito a algum padrão de relacionamento em comunidade, no dizer do Prof. Marco Aurélio Greco, *in* Contribuição (uma figura *sui generis*);
- 2) as CONTRIBUIÇÕES DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO, como o próprio nome indica, são devidas quando o Estado intervém, sendo bem raras na atualidade; e
- 3) as CONTRIBUIÇÕES DE CATEGORIAS PROFISSIONAIS E ECONÔMICAS, cujo exemplo maior são as contribuições sindicais.

De referência aos Conselhos Profissionais, tem o Prof. Marco Aurélio Greco o seguinte entendimento:

Os Conselhos Profissionais estão atualmente submetidos a uma disciplina complexa que merece um estudo aprofundado, pois interfere no exame das contribuições por eles cobradas.

Quanto à estas últimas, ainda que se entenda que as anuidades cobradas pelos Conselhos estariam abrangidas pela regra do art. 149 da CF/88, nessa disciplina não incluído a Ordem dos Advogados do Brasil, por entender, dentre outras razões, que a OAB tem uma posição diferenciada dentro do Sistema Constitucional (CF - art. 133), além de, em razão de sua autonomia e função, não ser um instrumento de atuação da União. (Contribuições, autor citado, pág. 152)

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência e a doutrina, consideram a contribuição profissional como de natureza tributária e, como tal, sujeita aos limites constitucionais. Entretanto, em relação à OAB, por se tratar de autarquia *sui generis*, não sofre ela o controle estatal quanto às suas finanças.

Dentro desse enfoque, entendo que não está a cobrança das anuidades sujeita às regras da Lei 6.830/80, diante do que dispõe o art. 2º, porquanto não se pode incluir a OAB no conceito jurídico de Fazenda Pública, submetido ao controle da Lei 4.320, de 17/3/64.

Em conclusão, de forma direta e objetiva, entendo, com base na jurisprudência da Corte e na doutrina, ser a OAB autarquia especial, mas as contribuições por ela cobradas não têm natureza tributária e não se destinam a compor a receita da Administração Pública, mas a receita da própria entidade, o que afasta a incidência da Lei 6.830/80.

A ratio decidendi, portanto, do acórdão do STJ é, novamente, o princípio da igualdade, interpretado pela diferença de natureza jurídica entre as contribuições postas no art. 149 da CF/88 e a anuidade paga à OAB.

Outro fundamento possível de destaque é o de que os recursos arrecadados pela OAB não se encontram na categoria de receitas públicas postas no art. 165, § 5º, I, da CF/88, não equivalendo a dinheiro público, como já decidiu o STJ, no RESP 449.760, 2ª T. Rel. Min. Franciulli Netto. DJ de 12.04.2004: “*Pensar de modo diferente, data venia, é crer que a OAB faz parte da administração pública e que os valores que recebe a título de anuidade equivalem a dinheiro público*”.

Contrariamente ao que sustenta a PGR em manifestação no presente feito, tanto a natureza jurídica da OAB, com dupla finalidade (corporativa e institucional), no exercício de múnus público, para com as demais Corporações Profissionais ensejam a diferenciação feita no presente feito pelo acórdão recorrido, que acompanhou doutrina e julgados do TFR, do STJ e deste STF sobre o tema objeto de debate no pleno desta Suprema Corte.

Desse modo, com base no próprio julgado trazido pela PGR, no mencionado parecer no presente processo, o fundamento para o TCU fiscalizar uma pessoa coletiva privada ou pública é que haja a administração de recurso público. Como no caso em tela não há e nunca houve, deve-se, com base no art. 926, *caput*, do CPC, respeitar, de forma coerente e íntegra, o critério estabelecido pelo STF para a fiscalização da pessoa coletiva pública ou privada pelo TCU, qual seja, a “**origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal**” (MS 24.379/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 8 jun. 2015).

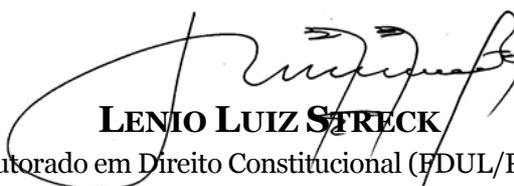
3ª CONCLUSÃO. Não houve, portanto, fato jurídico ou alteração na doutrina quanto à natureza jurídica da OAB e da anuidade por ela recebida dos(as) advogados(as) que autorize o *overruling* do entendimento exposto pelo TFR no Mandado de Segurança n.º 797, pelo TRF1 no acórdão recorrido neste processo, pelo Superior Tribunal de Justiça (p.ex.: “Os créditos decorrentes da relação jurídica entre a OAB e os advogados não possuem natureza tributária e independem do efetivo exercício para cobrança”. – AgInt no AREsp 957962. 1ª T. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe de 14.10.2019) e pelo STF (ex: ADIN 3.026 e MS 36.376).

A construção da resposta correta-adequada a Constituição para o caso em tela, portanto, induz à manutenção da impossibilidade de o TCU fiscalizar a OAB em qualquer perspectiva, de acordo com a fundamentação exposta neste parecer e nos documentos que se encontram no presente processo, cujo argumento de princípio é a

diferença (igualdade) que a natureza jurídica da OAB e da anuidade que recebe dos(as) associados(as) em relação aos demais Conselhos Profissionais.

É o parecer.

Porto Alegre, 05 de outubro de 2020.



LENIO LUIZ STRECK

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal)
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da UNESA
Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst)
Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do CFOAB
Professor Emérito da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ)
Advogado – OAB/RS 14.439

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.182.189 BAHIA

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DA BAHIA**
ADV.(A/S) : **MARCIA DIAS BORGES**
RECDO.(A/S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
INTDO.(A/S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
ADV.(A/S) : **OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR**
ADV.(A/S) : **BRUNO MATIAS LOPES**

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – FISCALIZAÇÃO – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. A Ordem dos Advogados do Brasil está sujeita a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.182.189 BAHIA

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECAO DA BAHIA
ADV.(A/S) : MARCIA DIAS BORGES
RECDO.(A/S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB
ADV.(A/S) : OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR
ADV.(A/S) : BRUNO MATIAS LOPES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Vinicius de Andrade Prado:

A Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao desprover a apelação cível nº 2007.33.00.008674-0, assentou não se sujeitar a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União. Fê-lo a partir das finalidades da entidade, de forma a assegurar gestão sem ingerência do Poder Público. Citou o decidido, pelo Supremo, na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.206, cujo pedido foi julgado improcedente, a resultar na desnecessidade de realização de concurso público para admissão de pessoal nos quadros da Ordem. O acórdão ficou assim resumido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DESCABIMENTO. ADIN 3.026-4/DF.

1. Não se pode ignorar a *ratio decidendi* do julgamento proferido em sede de controle concentrado de

constitucionalidade (ADIN 3.026-4/DF), como forma de promoção da racionalidade e segurança do sistema normativo pátrio.

2. A Ordem dos Advogados do Brasil não está sujeita à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União – TCU (Precedentes do STF, STJ e TRF/5ª Região), pois a natureza das suas finalidades institucionais exige que a sua gestão seja isenta da ingerência do Poder Público.

3. Apelação não provida. Sentença mantida.

Sobrevieram declaratórios, desprovidos.

O Ministério Público Federal interpôs recurso extraordinário, com alegada base na alínea “a” do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal, apontando transgressão ao 70, parágrafo único, da Carta da República. Frisa não ter este Tribunal, ao julgar o processo objetivo, afastado a pertinência do regime administrativo quanto a aspectos diversos da problemática da contratação de profissionais, a exemplo do dever de prestar contas. Segundo articula, a obrigação mostra-se imperativa em relação a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores, quer sejam públicos, quer sejam de responsabilidade da União, ou, em nome desta, assumam obrigação pecuniária. Sublinha que, arrecadando e gerindo recursos públicos, a entidade está submetida a controle. Evoca o disposto nos artigos 133 da Carta da República e 44, inciso I, da Lei nº 8.096/1994. Distingue a Ordem dos conselhos de fiscalização profissional, assinalando possuir, além da atribuição de fiscalizar, funções institucionais ligadas aos postulados da República democrática brasileira. Afirma ser instituição não estatal investida de competências públicas, a justificar a prestação de contas.

No tocante ao pressuposto da repercussão geral, ressalta a

relevância social da questão, sustentando ultrapassar os limites subjetivos da lide. Diz em debate norma de ordem pública, considerada a interpretação do artigo 70, parágrafo único, da Constituição de 1988.

Não houve contrarrazões da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção da Bahia.

A União, em contrarrazões, realça ausente o requisito do prequestionamento, destacando não estar o acórdão recorrido fundamentado no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal, mas no 71, inciso II, a revelar caber ao Órgão de controle apreciar as contas no âmbito da Administração direta e indireta. Saliencia haver o Supremo, na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.026, assentado que a Ordem dos Advogados não integra a Administração, nem como autarquia, constituindo serviço público independente. Alega insuficiente a viabilizar o controle externo o disposto no parágrafo único do artigo 70 da Lei Maior, asseverando impróprio pretender inserir no texto constitucional previsão nele não contida.

O extraordinário foi inadmitido na origem.

Em 8 de novembro de 2018, Vossa Excelência proveu o agravo, determinando a reautuação e a sequência do recurso.

O Plenário Virtual concluiu configurada a repercussão maior da matéria constitucional, nos termos da seguinte ementa, publicada em 26 de setembro de 2019:

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL –
PRESTAÇÃO DE CONTAS – TRIBUNAL DE CONTAS
DA UNIÃO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
ADEQUAÇÃO – REPERCUSSÃO GERAL
CONFIGURADA. Possui repercussão geral controversia
relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do

Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

O Ministério Público Federal manifesta-se pelo provimento do extraordinário. Aludindo o assentado na ação direta de nº 3.026, elucida inexistir precedente vinculante a versar a controvérsia. Discorre sobre a missão do Tribunal de Contas da União, a teor dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. Preconiza alcançadas, pelo controle exercido, pessoas ou entidades estranhas à Administração Pública, inclusive aquelas que derem causa a perda, extravio ou dano ao erário, considerada a moralidade administrativa. Sublinha relevante, para efeito de sujeição ao poder fiscalizatório, a origem pública das verbas, independentemente da natureza jurídica dos envolvidos. Acresce que a subordinação de particulares decorre da gestão de dinheiro público ou do cometimento de irregularidade a resultar em prejuízo ao patrimônio estatal. Aborda o perfil institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, a partir do proclamado no citado processo objetivo. Conforme articula, a entidade, por exercer função constitucionalmente privilegiada, com autonomia e independência, não pode ser tomada como os demais órgãos de fiscalização profissional. Menciona, além das finalidades corporativas, a legitimidade para ajuizar ações de controle concentrado e a participação em concursos para ingresso na magistratura, no Ministério Público, em funções essenciais à Justiça, no Conselho Nacional de Justiça e no do Ministério Público. Remete aos objetivos previstos no artigo 44 e à imunidade tributária encerrada no 45, § 5º, ambos da Lei nº 8.906/1994. Enfatiza limitado o controle sobre o emprego dos recursos, não podendo afetar a independência e a autonomia da entidade. Aduz que, embora haja entendimento no sentido da natureza tributária das contribuições à Ordem dos Advogados, esse aspecto é irrelevante ao desfecho da discussão, a qual pode ser dirimida a partir da relevância do papel desempenhado pela instituição, a exigir transparência.

RE 1182189 / BA

Vossa Excelência, em 5 de setembro de 2019, admitiu, como assistente simples, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Por meio da petição/STF nº 50.721/2020, a União noticia fato novo, consistente na alteração do entendimento do Tribunal de Contas da União, que, revendo o decidido no acórdão nº 1.765/2003, deliberou, no de nº 2.573/2018, estar a Ordem dos Advogados do Brasil submetida ao controle externo.

Cópia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.182.189 BAHIA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Os pressupostos gerais de recorribilidade foram atendidos. O recurso, subscrito por procurador regional da República, foi protocolado no prazo dobrado a que tem jus.

Está atendido o requisito do prequestionamento. A matéria constitucional foi suficientemente enfrentada pelo Tribunal de origem. O instituto significa prévio debate e decisão do tema jurídico, independentemente de menção a dispositivos envolvidos – recurso extraordinário nº 128.519/DF, Pleno, de minha relatoria, acórdão publicado no Diário da Justiça de 8 de março de 1991.

O extraordinário faz-se dirigido contra acórdão no qual afastada a submissão, a controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União, da Ordem dos Advogados do Brasil. Considerado o texto constitucional, cumpre decidir se a entidade possui, ou não, o dever de prestar contas.

A questão é nova, inexistindo precedente específico, de observância obrigatória, sobre a matéria. Na sessão realizada em 23 de fevereiro de 2005, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade nº 3.026, relator ministro Eros Grau, o Pleno analisou controvérsia distinta. Assentou improcedente pedido, formulado pelo Procurador-Geral da República, objetivando declarar inválida a parte final do § 1º do artigo 79 da Lei nº 8.906/1994, no que versado pagamento de indenização, quando da aposentadoria, a servidores da Ordem optantes pelo regime trabalhista. Concluiu também inadequada pretensão voltada a atribuir, à cabeça do dispositivo, interpretação conforme ao inciso II do artigo 37 da Constituição de 1988, visando condicionar a contratação de pessoal, no âmbito da instituição, à aprovação em concurso público.

Embora, na origem, tenha havido menção a esse precedente, nada se decidiu, nele, em específico, sobre a submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas.

A atuação do Órgão de controle encontra disciplina nos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Carta da República. Vejam o teor dos

preceitos, observada, quanto ao primeiro, a redação dada pela Emenda de nº 19/1998:

Art. 70. [...]

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Relativamente a terceiros, formalmente não integrados à Administração direta ou indireta, a norma atinente ao alcance do controle está contida no artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal. Tendo em vista a alusão a pessoa natural ou jurídica, privada ou pública, o Tribunal de Contas fiscaliza não apenas órgãos e entidades federais, ou seja, pertencentes à estrutura do Poder Público, mas também particulares, justificada a atuação, no tocante a esses últimos, quando em jogo “bens e valores públicos”. Basta a natureza de “coisa pública” dos recursos para estar configurada a sujeição ao controle.

Com a redação da Emenda de nº 19,¹ substituiu-se a expressão

1 Texto originário do artigo 70, parágrafo único: “Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou quem, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

“qualquer pessoa física ou entidade pública” por “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada”, de modo a bastar, para fins de submissão à fiscalização, o fato de estar envolvida coisa pública. Onde o legislador, principalmente o constituinte, não distingue, descabe ao intérprete, como a criar critério de plantão, fazê-lo.

No artigo 71, inciso II, da Lei Maior, tem-se competência atribuída ao Órgão de controle para apreciar contas de gestores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração e daqueles que, apesar de não integrarem essa última, derem causa a perda, extravio ou irregularidade a resultar em prejuízo ao erário.

Tendo em vista as balizas constitucionais, a solução da controvérsia impõe análise da natureza jurídica da Ordem e dos valores que arrecada e administra.

A instituição foi criada por meio do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, do presidente Getúlio Vargas, no limiar da República Nova. O diploma fez-se voltado a “prover ao melhor funcionamento da Justiça local do Distrito Federal”. Entre os preceitos, colhe-se do artigo 17 o seguinte:

Art. 17. Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pêlos estatutos que forem votados pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, e aprovados pelo Governo.

No Decreto nº 20.784, editado em 14 de dezembro subsequente, visando a aprovação do Regulamento, fez-se constar, no artigo 2º, para fins de isenção tributária, a índole de “serviço público federal”. Regulou-se o exercício profissional da advocacia, a revelar as finalidades corporativas da entidade.

Sobreveio, em 27 de abril de 1963, novo Estatuto, materializado na Lei nº 4.215. Além de disposições ligadas ao desempenho da advocacia, tornou a ser evidenciado o caráter de serviço público, para efeitos fiscais, considerada “imunidade tributária total” – artigo 139. Encerrou-se, no

artigo 147, ser de exercício obrigatório e gratuito o cargo de membro dos órgãos da instituição, tido como “serviço público relevante”. Ficou estabelecido que o advogado, no ministério privado, “presta serviço público”, figurando, ao lado de juízes e integrantes do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça.

No atual diploma – Lei nº 8.906/1994 –, publicado sob a vigência da Constituição de 1988, os dispositivos foram, na essência, reproduzidos, valendo destacar os artigos 2º, § 1º,² 44, cabeça, 45, § 5º,³ e 48.⁴ A par da disciplina dos aspectos corporativos internos, ligados ao regime dos profissionais da advocacia, acabaram explicitados os objetivos em prol da coletividade, do interesse da sociedade, no artigo 44, inciso I:

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

[...]

No parágrafo primeiro, o legislador cuidou de esclarecer não manter a OAB “com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”. Não excluiu, contudo, a natureza pública, consideradas as finalidades institucionais, cumprindo distinguir ente estatal de ente público. Conforme assentado pelo ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ação direta de nº 3.026, “se toda atividade estatal é atividade pública, nem toda atividade pública é rigorosamente atividade estatal”.

2 “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

3 “Art. 45 [...] § 5º A OAB, por constituir serviço público, goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços.”

4 “Art. 48. O cargo de conselheiro ou de membro de diretoria de órgão da OAB é de exercício gratuito e obrigatório, considerado serviço público relevante, inclusive para fins de disponibilidade e aposentadoria.”

RE 1182189 / BA

Para além disso, sob o enfoque financeiro, “se toda verba orçamentária é pública, nem toda verba pública é orçamentária”.

O constituinte de 1988 enfatizou a relevância da entidade na defesa dos interesses maiores da República. Estipulou a participação nos concursos para preenchimento de cargos na magistratura, no Ministério Público e na Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal – artigos 93, inciso I, 129, § 3º, e 132. Incluiu o Conselho Federal como legitimado a deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade – artigo 103, inciso VII. Previu assento de advogados nos Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público – artigos 103-B, inciso XII, § 6º, e 130-A, § 3º. Consagrou a indispensabilidade do profissional da advocacia à administração da justiça – artigo 133.

Além de possuir competências vinculadas à disciplina da corporação, considerados critérios de ingresso, direitos e prerrogativas da classe, distribuição de atribuições entre órgãos, regime disciplinar, incompatibilidade e impedimentos, a Ordem dos Advogados se volta a objetivos ligados à preservação da estabilidade do Estado brasileiro. Essa particularidade revela a inadequação de ser-lhe conferido tratamento idêntico ao dos conselhos de fiscalização de profissões diversas. Basta lembrar que o advogado Marcello Lavenère Machado, então Presidente do Conselho Federal da OAB, foi responsável, em 1992, pela formalização de pedido de impedimento que resultou no afastamento de Presidente da República.

O debate, sob o ângulo judicial, da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil não é novo. Na Sessão Plenária de 1º de julho de 1998, o Colegiado, ao indeferir pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.707, relator ministro Moreira Alves, proclamou ser pessoa jurídica de direito público, da espécie autarquia, a exercer serviço público. A discussão ficou restrita à validade de preceito de lei do Estado de Mato Grosso, no que atribuída parcela da arrecadação de custas processuais à Seção local da OAB. O processo acabou extinto por perda superveniente do objeto.

No curso do julgamento da ação direta de nº 3.026, relator ministro

Eros Grau, embora ausente consenso sobre a problemática da natureza jurídica da entidade, fiz ver:

[...]

Então, qual é a natureza jurídica, se não é uma autarquia especial? E eu diria, sem demérito, Senhor Presidente, uma autarquia corporativista, como são os demais conselhos que congregam categorias profissionais, criados por lei, com poder de polícia e a possibilidade de impor contribuições e, mais do que isso, de excluir, no caso concreto, a capacidade postulatória, o que implica dizer: de inviabilizar o exercício de uma garantia constitucional.

[...]

Mais recentemente, no recurso extraordinário nº 595.332, de minha relatoria, apreciado na Sessão de 31 de agosto de 2016, o Pleno chancelou a óptica, assentando caber à Justiça Federal o exame de ações em que a OAB figure como parte. O seguinte trecho do voto resume o entendimento:

[...]

A Ordem dos Advogados do Brasil, quer sob o ângulo do Conselho Federal, quer das seccionais, não é associação, pessoa jurídica de direito privado, em relação à qual é vedada a interferência estatal no funcionamento – inciso XVIII do artigo 5º da Carta da República. Consubstancia órgão de classe, com disciplina legal – Lei nº 8.906/1994 –, cabendo-lhe impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora e censória. É, por isso mesmo, autarquia corporativista, o que atrai, a teor do artigo 109, inciso I, do Diploma Maior, a competência da Justiça Federal para exame de ações – seja qual for a natureza – nas quais integre a relação processual. Surge impróprio estabelecer distinção considerados os demais conselhos existentes.

[...]

Diz-se autarquia “especial” não para aproximar a entidade das chamadas agências reguladoras, dotadas de certa autonomia, mas por não estar enquadrada nas categorias tradicionais do direito, mostrando-se infrutífera qualquer tentativa de acomodá-la nos estritos limites de conceitos antigos. A interpretação de toda matéria legal deve partir da Constituição de 1988, e não o contrário.

A Ordem é autarquia tendo em vista as atribuições corporativas, tal como o são os demais conselhos de fiscalização,⁵ e o serviço público – em acepção ampla – que presta à sociedade, este singular à instituição. A atividade desenvolvida não se volta à satisfação de necessidade específica da coletividade. Além de regular a advocacia, é múnus público, de relevância maior, decorrendo daí o dever de prestar contas.

Não se está a admitir a fiscalização pelo Órgão de controle quanto ao exercício de atividades finalísticas da instituição, ligadas às iniciativas tomadas em defesa da ordem jurídica e do Estado. Evocando o consignado pelo ministro Eros Grau na mencionada ação direta de nº 3.026, descabe articular, até mesmo quanto à possibilidade de tutela administrativa ou controle finalístico, típicos da relação surgida entre autarquias e Administração direta, a permitir ingerência do Estado, tendo em vista órgãos e entidades pertencentes à estrutura formal da Administração.

Compete ao Tribunal de Contas exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, presentes critérios de legalidade, legitimidade e economicidade, sobre receitas percebidas pelo Conselho Federal da OAB e seccionais. É a inteligência da cabeça do artigo 70 da Constituição Federal.

A chamada “anuidade” é cobrada de forma compulsória e, a exemplo do que ocorre nos conselhos de fiscalização, possui natureza tributária, estando enquadrada na espécie contribuições de interesse de

5 Sobre a natureza autárquica dos Conselhos Federais de Odontologia e de Medicina, vejam os acórdãos alusivos aos mandados de segurança nº 21.797, relator ministro Carlos Velloso, acórdão publicado em 18 de maio de 2001, e 22.643, relator ministro Moreira Alves, acórdão veiculado em 4 de dezembro de 1998.

RE 1182189 / BA

categorias profissionais. Precedentes: ações diretas de inconstitucionalidade nº 1.717, relator ministro Sydney Sanches, acórdão publicado em 28 de março de 2003, e 4.697, relator ministro Luiz Edson Fachin, acórdão veiculado no Diário da Justiça eletrônico de 30 de março de 2017. Parte-se de premissa segundo a qual fiscalização exercida sobre integrantes de certa categoria pressupõe poder de polícia, de tributar e de punir, indelegável a particulares, surgindo a índole tributária.

Consulta ao sítio da Seção da Bahia⁶ elucida a composição do balanço patrimonial, relativo ao exercício 2018. Salta aos olhos a participação das anuidades na formação do ativo circulante. Este mostrou-se constituído de R\$ 21.809.767,57 (vinte e um milhões oitocentos e nove mil setecentos e sessenta e sete reais e cinquenta e sete centavos), representando as parcelas anuais a receber o montante de R\$ 17.513.348,65 (dezessete milhões quinhentos e treze mil trezentos e quarenta e oito reais e sessenta e cinco centavos).

Ante o dado, o exercício do controle externo implica dizer transparência, a mais não poder, quanto à arrecadação e ao emprego dos aportes de cada profissional inscrito. Essa é a matéria-prima, cabendo ao Tribunal de Contas aferir a conformidade do emprego das verbas recolhidas.

A submissão à fiscalização não implica risco à independência da Ordem nem ao desempenho da advocacia. Sujeição a controle não significa subordinação. Como assinalado pelo ministro Carlos Velloso, quando da apreciação do mandado de segurança nº 21.797, a versar fiscalização do Órgão de Contas da União sobre os Conselhos Federal e Regionais de Odontologia, o próprio Supremo se submete ao controle, e isso não o diminui.

Mostra-se imprescindível assegurar a observância dos princípios republicano, da moralidade e da publicidade, a imporem transparência na gestão da coisa pública, inclusive mediante prestação de contas à sociedade. Não se pode conceber traços de soberania a nenhuma instituição que administre recursos públicos.

6 Disponível em: <http://transparencia.oab-ba.org.br/contas>. Acesso em: 21 de setembro de 2020.

Visando evitar o prejuízo civilizacional inerente ao patrimonialismo, incompatível com os ares republicanos da Carta de 1988, cumpre impedir, por intermédio do controle externo, qualquer investida contra a gestão adequada da máquina pública. A coisa comum, desvinculada do correspondente caráter coletivo, acaba confundindo-se com a coisa própria, tornando-se instrumento de deleite para fins privados.

A observação justifica-se considerada a necessidade de ter-se avanço, e não retrocesso. Nem se diga aberto campo à redução da importância da atuação da Ordem na defesa dos interesses do Estado, os quais, em tempos de normalidade democrática, hão de se traduzir na satisfação do bem comum.

Em síntese, a Ordem dos Advogados, embora não seja ente estatal, integrante dos quadros da Administração, é entidade pública, de natureza autárquica – especial e corporativista –, arrecadando contribuições de índole tributária, daí impor-se a submissão ao controle externo.

Dou provimento ao extraordinário.

Fixo a seguinte tese considerada a sistemática da repercussão geral: “A Ordem dos Advogados do Brasil está submetida a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.”

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Adoto o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Relator Marco Aurélio.

O debate em causa diz com o deslinde do Tema de Repercussão Geral n.º 1054, que versa sobre *a controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.*

Conforme salientou em percuciente sustentação oral, encaminhada a esta Corte em meio eletrônico, o advogado do Conselho Federal da OAB Professor Doutor Lênio Streck, a controvérsia é antiga e remonta a 1951, como se depreende dos autos do Recurso de Mandado de Segurança n.º 797, julgado pelo extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR). Naquele feito, o TFR afastou a natureza autárquica da OAB e considerou que as anuidades cobradas dos advogados não detinham natureza tributária, nos termos da ementa que aqui reproduzo:

“A Ordem dos Advogados não está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União; não recebe ela tributos nem gira com dinheiros e bens públicos.” (TFR, RMS 797, datado de 25.05.1951).

Em acórdão prolatado em 2003, o Tribunal de Contas da União reconheceu que a OAB não estava sujeita ao controle de contas por ele exercido em razão da coisa julgada decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos autos do Recurso de Mandado de Segurança 797. Nessa linha, reproduzo trecho do Acórdão n.º 1.765/2003-TCU/Plenário:

“9.1. nos termos dos incisos VI e VII, do artigo 69, da Resolução /TCU 136/2000, conhecer das representações formuladas pelos interessados indicados no item 3 *supra*, para, no mérito, considerá-las improcedentes;

9.2. **firmar o entendimento de que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas a este Tribunal, em respeito à coisa julgada, decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos autos do Recurso de Mandado de Segurança 797;**

9.3. arquivar o presente processo.”

O ponto foi alvo de debate no âmbito do TCU, como se vê do parecer do Ministério Público junto àquela Corte de Contas emitido no bojo dos autos que resultaram no Acórdão n.º 1765/2003, cujos trechos aqui também colaciono:

- “a) são pessoas jurídicas de direito público, constituindo-se em autarquias, conforme já decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal;
- b) prestam, mediante delegação do Poder Público, serviços públicos de fiscalização de profissão regulamentada, constituindo-se atividade típica de Estado, por envolver poder de polícia e punição e, por isso, devem ser exercidos por entidades necessariamente públicas;
- c) se não tiverem natureza jurídica de autarquia não fazem jus à extensão da imunidade recíproca de impostos sobre patrimônio, bens e rendas, conferida pelo § 2º do art. 150 da Constituição Federal, o qual é reproduzido pelo § 5º do art. 44 da Lei 8.906/94;
- d) arrecadam, utilizam e gerenciam dinheiros públicos, consubstanciados nas contribuições parafiscais de interesse de categoria profissional prevista no art. 149 da Constituição Federal e no art. 46 da Lei 8.906/94.”

A posição do Ministério Público junto ao TCU foi acompanhada por parte do Colegiado do TCU, naquela oportunidade. O Voto do Ministro-Relator Augusto Sherman apresentou a seguinte conclusão:

“80. Por tudo o que foi exposto, e entendendo afastada, no caso, qualquer ofensa à proteção constitucional da coisa julgada, **concluo que a OAB, por arrecadar e gerir recursos públicos e por ter natureza autárquica, está, por imperativo constitucional, sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas da União, devendo, por isso, submeter-se ao seu controle e fiscalização.**”

Prevaleceu, contudo, o entendimento esposado pelo Ministro Ubiratan Aguiar que, em seu voto revisor, expôs que a decisão proferida pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, ao julgar recurso no Mandado de Segurança 797, em maio de 1951, fez coisa julgada em relação ao tema, como já referido.

O Ministro Revisor considerou, ademais, que a OAB não estava sujeita à jurisdição do TCU e que desde a decisão do TFR não houvera alterações substanciais no ordenamento jurídico a justificar modificação nas conclusões do extinto TFR. Nesse sentido, extraio os seguintes trechos do Acórdão n.º 1765/2003:

“40. Data vênia, apesar de reconhecer, por óbvio, que o ordenamento jurídico atual difere, de fato, daquele vigente no ano de

1951, não creio que as alterações produzidas neste interregno sejam de grandeza suficiente para afastar a hipótese de permanência da sentença prolatada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos naquele ano de 1951 . Creio que minhas razões já se encontram devidamente demonstradas, restando provado que a substância atual, aplicável ao processo, é igual àquela que existia à época em foi prolatada a sentença no RMS 797.”

As conclusões do TCU, tais como expostas nos fundamentos do Acórdão n.º 1765/2003 orientaram o acórdão prolatado pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, ao negar provimento à apelação cível autuada sob o n.º 2007.33.00.008674-0, assentou que a OAB não se sujeita ao dever de prestação de contas perante o TCU.

O TRF1, no acórdão recorrido, assegurou, portanto, que a OAB deve atuar sem ingerências do Poder Público, em razão de suas finalidades constitucionalmente consagradas. Fez, ademais, referência ao quanto decidido por este Supremo Tribunal Federal na ADI 3026, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14.04.2005. Reproduzo a ementa do acórdão da Corte Regional:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DESCABIMENTO. ADIN 3.026-4/DF. 1. Não se pode ignorar a *ratio decidendi* do julgamento proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN 3.026-4/DF), como forma de promoção da racionalidade e segurança do sistema normativo pátrio. 2. A Ordem dos Advogados do Brasil não está sujeita à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União – TCU (Precedentes do STF, STJ e TRF/5ª Região), pois a natureza das suas finalidades institucionais exige que a sua gestão seja isenta da ingerência do Poder Público. 3. Apelação não provida. Sentença mantida”.

Desde que o presente recurso extraordinário foi interposto, em 15.12.2017, o entendimento do TCU na matéria se alterou, como se pode haurir do Acórdão n.º 2573/2018-TCU/Plenário, cuja ementa aqui reproduzo:

“SUMÁRIO: PROCESSO ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). ESTUDO TÉCNICO SOBRE A INCLUSÃO OU NÃO DA OAB COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS AO TCU. INOCORRÊNCIA DE COISA JULGADA.

NATUREZA AUTÁRQUICA DA ENTIDADE E TRIBUTÁRIA DOS RECURSOS QUE ADMINISTRA. CONCLUSÃO DE QUE A OAB SE SUBMETE À JURISDIÇÃO DO TCU. INCLUSÃO COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS. EFEITOS A PARTIR DE 2020. CIÊNCIA.

1. Inexiste coisa julgada capaz de impedir a inclusão da OAB entre as unidades que devem prestar contas ao TCU.

2. A OAB preenche todos os requisitos previstos no art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, necessários para que seja enquadrada como autarquia, pois consiste em “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

3. As contribuições cobradas pela OAB têm natureza de tributo, explicitamente assentada no art. 149 da Constituição Federal.

4. As alterações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 reforçam a necessidade de maior transparência das instituições, em nome do Estado Democrático de Direito e da efetivação do princípio republicano, os quais estão intimamente ligados ao incremento da *accountability* pública.

5. O Estado vem reforçando e exigindo transparência e regras de *compliance* até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam.

6. A natureza de autarquia e o regime público e compulsório dos tributos que arrecada impõem que a OAB, como qualquer conselho profissional, deva estar sujeito aos controles públicos, não havendo nada que a distinga, nesses aspectos, dos demais conselhos profissionais.

7. No atual desenho institucional brasileiro, a OAB exerce papel fundamental de vigilante sobre o exercício do poder estatal e de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, o que só aumenta o grau de exigência de uma gestão transparente e aberta ao controle público.

8. O controle externo exercido pelo TCU não compromete a autonomia ou a independência funcional das unidades que lhe são jurisdicionadas, sobre as quais esta Corte de Contas não exerce nem poder hierárquico nem poder funcional.

9. A compreensão de que a OAB não estaria sujeita a qualquer tipo de controle administrativo mina a possibilidade de real *accountability* sobre seus atos, pondo em dúvida a credibilidade da instituição e causando riscos ao exercício do seu papel, essencial à justiça.”

Como se vê, no Acórdão n.º 2.573/2018-TCU-Plenário, o TCU reviu sua posição esposada no Acórdão n.º 1.765/2003-TCU/Plenário, no qual havia se posicionado pela existência de coisa julgada em relação ao quanto decidido pelo TFR no RMS 797 e passou a concluir pela natureza tributária das contribuições vertidas pelos advogados à OAB e pela necessidade de fiscalização, pelo TCU, da entidade.

Esse novo entendimento da Corte de Contas ensejou, neste Supremo Tribunal Federal, a impetração do MS 36.376, aforado em 23.03.2019 pela OAB, na qual a Relatora e. Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática proferida em 07.06.2019, suspendeu liminarmente os efeitos do referido acórdão do TCU até julgamento do presente tema de Repercussão Geral pelo Plenário desta Corte.

A e. Ministra Rosa Weber referiu, em sua decisão, os fundamentos da ADI 3026, como se pode ver do excerto que aqui colaciono:

“Ocorre que neste momento processual, referente ao exame meramente perfunctório da controvérsia, sobressalta o fato de que a conclusão do TCU contraria linhas basilares de entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte. No julgamento da ADI nº 3026 /DF, firmou-se entendimento indicativo de que “ A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro ”.

De tal julgamento, extraio as seguintes considerações:

“A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas’. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa” (voto do Ministro Eros Grau).

“Senhor Presidente, o direito comparado seguramente não registra nenhuma situação parecida com a de que goza a OAB no espaço jurídico brasileiro. Trata-se de uma entidade que goza – como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas

também nas intervenções feitas pelos colegas - , inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que sui generis; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado; que forma, portanto, a vontade do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária” (voto do Ministro Joaquim Barbosa).

“Vamos deixar bem claro o que estamos tratando. Não é só concurso público, é uma outra questão, exatamente o que significa o desrespeito ao processo histórico político brasileiro que desenhou essa organização. O que pretendemos? Pretendemos pegar um processo histórico político clássico, claramente sui generis em face da realidade política e institucional do País, e tentar colocar em cima de categorias de direito administrativo, para outro objetivo que não fazer com que se traia esse processo político” (voto do Ministro Nelson Jobim).

“(…) realmente, o pensamento jurídico ortodoxo sobre a OAB encontra sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB, que eminentemente é uma instituição da sociedade civil, não é uma instituição da sociedade estatal, daí por que aparelhada pela própria Constituição, ‘n’ vezes a fim de exercer um munus que a coloca ao lado da Imprensa como as duas grandes instituições da sociedade civil. E por natureza infensas, ambas, imprensa e OAB, a controles estatais” (voto do Ministro Ayres Britto).

“Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer nenhuma interferência no desempenho de suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral” (voto do Ministro Cezar Peluso).

3. Conforme argumenta o TCU (doc. 41, fl. 16), é certo que a ADI nº 3026/DF não tratou especificamente do dever de prestar contas; porém, como se verifica dos trechos supra, o julgamento adotou como premissa a consideração de que, nos termos de manifestação do Ministro Cezar Peluso, havia “dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público”, com as consequências daí inerentes em face da escolha entre um ou outro sistema.

Portanto, há congruência quando analisadas as bases materiais das duas controvérsias, e essa constatação não pode ser menosprezada

à mera afirmação de que a norma diretamente impugnada no precedente dizia respeito a questão específica, qual seja, às possíveis formas de contratação de pessoal por parte da entidade. Muito embora o casuísmo seja parte inerente do problema jurídico versado, pois “a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é autarquia especial” (voto do Ministro Peluso), não se deve desconsiderar de modo imediato e absoluto, e tão somente em face desse casuísmo, o possível valor que as premissas de um precedente possam ter para análise de pedido dirigido a outro ponto específico do exame da natureza jurídica da OAB e de suas relações com a Administração – no presente caso, com o TCU.”

As razões vertidas pela e. Ministra Rosa Weber, na decisão prolatada no bojo do MS 36.376 (e cujos fundamentos também se repetem na decisão pela e. Ministra Rosa Weber proferida no bojo da Rcl 32.924, em 10.06.2019), permitem verificar que, embora nos fundamentos da ADI 3026 não se tenha verticalizado acerca do múnus de prestação de contas, pela OAB, ao TCU, tal julgamento adotou como premissa a consideração de que, nos termos de manifestação do e. Ministro Cezar Peluso, havia dúvida acerca da OAB ser entidade de Direito Privado ou de Direito Público, com as consequências daí inerentes em face da opção entre um ou outro regime jurídico, com as racionalidades próprias e particulares de cada um deles.

A ementa da ADI 3026 revela que, embora a questão central tenha sido, com efeito, a submissão ou não da OAB à necessidade de realização de concursos públicos para ingresso em seus cargos, restou, também, expresso, que ela não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta, eis que não se afigura como entidade da Administração Indireta da União.

Caracterizou-se, na ocasião, a OAB como um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Restou, ademais, expresso, que, por não se tratar de entidade da Administração Indireta, a OAB não se sujeitava a controle por parte da Administração, nem a ela estava vinculada. Dotada, afinal, de autonomia e independência, a OAB não se confunde com os conselhos de fiscalização profissional. E isso porquê a OAB não se volta tão somente às finalidades corporativas, mas possui, ao revés, finalidade institucional. Veja-se a ementa:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. **2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta**. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. **A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro**. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB /88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do

Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido.” (ADI 3026, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006). Grifei.

As conclusões levadas a efeito na oportunidade do julgamento da ADI 3026, portanto, rechaçam a argumentação sustentada no recurso extraordinário, interposto com amparo no art. 102, III, ‘a’, da Constituição da República, pelo Ministério Público Federal. Afinal, não há falar em violação ao art. 70, parágrafo único, CRFB. Embora a questão principal do julgamento daquela ação direta tenha sido a discussão acerca da desnecessidade de exigência de concurso público para seleção dos componentes do quadro pessoal da OAB, os fundamentos adotados no julgamento permitem concluir que o STF afastou a Ordem, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro, da sujeição aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

Os argumentos veiculados pelo Ministério Público no recurso extraordinário e que amparariam a conclusão pelo seu provimento são de três ordens. Em primeiro lugar, a natureza pública da OAB. Em segundo lugar, a compulsoriedade de suas anuidades e, por fim, a natureza dos valores recolhidos e administrados pela Ordem.

Quanto à alegada natureza pública da OAB, haure-se da doutrina do Professor Doutor Paulo Lôbo, em passagem também lembrada no parecer da lavra do Professor Doutor Lênio Streck (eDOC 104), que a função institucional exercida pela OAB não autoriza a confusão do exercício de tal múnus público com função própria de ente estatal:

“Múnus público é o encargo a que se não pode fugir, dadas as circunstâncias, no interesse social. A advocacia, além de profissão, é múnus, pois cumpre o encargo indeclinável de contribuir para a realização da justiça, ao lado do patrocínio da causa, quando atua em juízo. Nesse sentido, é dever que não decorre de ofício ou cargo público. (...) A administração da justiça é espécie do gênero atividade pública. Atividade pública peculiar, porque expressão própria de um dos Poderes estatais constituídos, não se confundindo com a Administração Pública, em sentido estrito, que o Judiciário também exerce com relação a suas atividades-meio. O magistrado e o promotor

são agentes do Estado e exercem função pública. O advogado, no entanto, embora dela participe como figurante indispensável, não é titular de função pública (ou estatal), salvo se for vinculado a entidade de advocacia pública. (...)

O art. 2º, § 1º, do Estatuto atribui-lhe o caráter de serviço público, mesmo quando exercida em “ministério privado”. Significa dizer que a advocacia não é função pública, mas é regida pelo direito público. (...)

Contudo, sem embargo da natureza não estatal de sua atividade, imprescindível para assegurar-lhe a independência diante do próprio Estado, o Estatuto equipara-a a serviço público, em suas finalidades. Assim é porque a atividade de advocacia participa da administração pública da justiça.” (Lôbo, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, (edição eletrônica), parte II – fins e organização da OAB).

Na ambiência da falsa dicotomia entre direito público e direito privado, portanto, insere-se o debate em causa. Como aponta Gustavo Tepedino, tal clivagem “*deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado*” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3ª Ed., atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 19).

O Professor Doutor Egon Bockmann Moreira bem resumiu o ponto em parecer constante os autos (eDOC 132):

“Essa divisão estanque simplesmente não existe; o que impede sua aplicação a casos como o da OAB. **10.1** Por exemplo, de há muito, o direito civil flerta com o direito constitucional, levando para dentro de si preceitos típicos de direito público (a escola do “direito civil constitucional”). O reverso também se dá no direito administrativo, que se senta à mesa com os direitos empresarial e civil (gerando o que a doutrina alemã qualifica de “direito privado administrativo”).

O modelo de organização adotado pela OAB, conforme anota o Professor Doutor Paulo Lôbo em parecer juntado ao processo (eDOC 124), aproxima-se daquele que caracteriza o *Barreau* de Paris. Trata-se, portanto, diferente da *American Bar Association* ou das *Inns of Courts* inglesas, privadas, de instituição de inscrição obrigatória para aqueles que desejam exercer a advocacia, porém de natureza independente do Poder Público. Tal

qualificação de serviço público independente se repete no art. 44 do Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994):

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), **serviço público**, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil.”

O serviço público que a OAB presta, como sublinha o Professor Doutor Paulo Lôbo, é, portanto, gênero do qual o serviço estatal é espécie. O cumprimento das finalidades institucionais da OAB, ou seja, o respeito ao mandamento do art. 133, CRFB, que dispõe ser o advogado indispensável à administração da justiça, bem como demais tarefas incumbidas pela Constituição aos advogados, dentre as quais se incluem o ajuizamento de ações do controle de constitucionalidade das leis, a participação da composição dos tribunais, do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público, das bancas de concurso para ingresso à magistratura e do Ministério Público, envolve sempre a possibilidade de conflito com o Poder Público. Cumprir o mandamento do art. 44, I, da Lei n.º 8.906/1994, ou seja, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, significa que o advogado cumpre funções públicas mas não exerce função estatal. Nesse sentido, aponta o parecer do Professor Paulo Lôbo: “Se este [o Estado] impede, dificulta ou viola o exercício da advocacia, ou se malferir ou contraria os valores pelos quais deve ela pugnar, o confronto é inevitável e o conflito de interesses se instala. Não seria possível que uma “autarquia”, um ente concebido como *longa manus* do Estado, pudesse perseguir interesses a este opostos, estranhos - defesa dos advogados - ou conflituosos”.

Nesse sentido, repiso, por relevantes, os fundamentos esposados por esta Corte quando do julgamento da ADI 3026, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006, como se pode depreender dos seguintes trechos da ementa:

“ 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta . 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB /88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público . 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.” (ADI 3026, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 08.06.2006). Grifei.

Para cumprir suas funções constitucionalmente privilegiadas, na medida em que os advogados, a teor do art. 133, são indispensáveis à administração da Justiça, a OAB demanda o mais alto grau de liberdade.

Nesta linha, o parecer do Professor Doutor Egon Bockmann Moreira (eDOC 132):

“(…) a OAB pauta-se pela mais absoluta liberdade. Por isso que precisa vê-la garantida, a fim de bem desempenhar, sem amarras, o papel que lhe cabe na ordem democrática. Liberdade de ingresso em seus quadros; de eleição de seus membros diretores; de exclusão de seus associados; de gestão de seus bens, e, mais importante de todas, de definição de suas escolhas de interesse público. Liberdade: esse é o seu alfa e o seu ômega.

(…)

Daí não se aplicar os arts. 70 e 71 da Constituição, eis que o exercício de tal liberdade não se submete à aprovação de quem quer que seja, sob qualquer aspecto de seu exercício. Se houver irregularidades ou ilicitudes, que sejam punidas nos termos do Estatuto da OAB – ou pelo direito penal. O que estiver fora desse contorno trará a marca do autoritarismo.”

O repúdio ao autoritarismo, vale ressaltar, é a nota que marca o contorno do regime constitucional traçado para a Ordem na Constituição de 1988. A autonomia reivindicada pela OAB em relação ao Estado já estava delineada durante o regime militar. Nessa linha, a Professora Doutora Maria Pia Guerra e Ana Carolina Couto recuperam as marcas históricas do processo:

“A Ordem consolidava, assim, posição singular no rol das organizações democráticas, como instituição de interesse público indispensável à jurisdição, embora completamente autônoma face ao Estado. Tal como definida pelos tribunais superiores nos anos seguintes, é entidade *sui generis*, que exerce serviço público, equivalente ao prestados pelo Estado, mas livre de qualquer vínculo de subordinação para com Magistrados e agentes do Ministério Público.

Vale notar, aliás, que a demanda da autonomia face ao Estado era antiga e já havia se consolidado durante o regime militar, em grande medida justamente por causa da sua liderança social no processo transicional. **Em 1976, o procurador-geral da República formulou representação para obrigar a OAB a prestar contas ao Tribunal de Contas da União. O plenário da Ordem, porém, deliberou por unanimidade a não prestar contas ao órgão estatal. Também a VI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados, realizada em outubro de 1976, incluiu entre suas diretrizes a desvinculação definitiva ao TCU e ao Ministério do Trabalho** (MOTTA, 2008, p. 11). A inflexibilidade da OAB foi recentemente assim descrita pelo então presidente Caio Mário da Silva Pereira (1975-1977):

Em certa ocasião eu recebi um convite para uma entrevista com o ministro do Trabalho, Arnaldo Prieto. (...). Ele demorou um pouco a chegar, mas foi direto ao assunto, dizendo-se incumbido pelo presidente Geisel de conversar comigo a respeito das atividades da Ordem dos Advogados. Informou-me então da intenção do governo e quis saber a minha opinião a respeito. Eu disse prontamente que era contra. Ele então insistiu me perguntando se eu estaria interessado em fazer um acordo com o Tribunal de Contas. Eu mais uma vez fui enfático posicionando-me contra qualquer tipo de subordinação da

Ordem a qualquer entidade ou órgão público que fosse. Quis saber por que razão eu era contra a subordinação da Ordem. Eu novamente respondi, cordialmente, dizendo que no momento em que a Ordem se subordinasse financeiramente ao Tribunal de Contas ela perderia a sua independência. “Mas e se a independência financeira da Ordem for mantida?”, insistiu ele de novo. Eu me mantive inflexível (MOTTA, 2003, p. 60).

O impasse foi resolvido em 1978, na gestão de Raimundo Faoro e no contexto da Comissão Portela, quando o consultor-geral da República e futuro ministro do STF, Luís Rafael Mayer, elaborou parecer que desvinculou definitivamente a Ordem do TCU e de qualquer órgão governamental. Para Marly Motta, o parecer é produto do consenso que então se gestava entre governo e OAB rumo à abertura democrática. É, por qualquer viés, exemplo da referida combinação entre a atuação política e atuação profissional que marcou a Ordem na redemocratização. (GUERRA, Maria Pia; COUTO, Ana Carolina. A Ordem dos Advogados do Brasil na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): entre a identificação social e a identificação profissional. In: Saulo Pinto Coelho; Ricardo Martins Spindola Diniz; Diva Julia Safe Coelho. (Org.). DIREITO, HISTÓRIA E POLÍTICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO: EXPERIÊNCIA E REFLEXÕES SOBRE O CONTEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 1ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, v. 10, p. 93). Grifei.

Como se vê, o embate aqueles que entendem pela necessária submissão da Ordem ao Tribunal de Contas, como se componente da burocracia estatal fosse, e aqueles que defendem o mais elevado grau de liberdade para exercício das atribuições institucionais da Ordem é antigo e conformou, em grande medida, seu regime jurídico, de modo a desvinculá-la, em definitivo, de qualquer ingerência a ser praticada pelo TCU ou qualquer outro órgão governamental.

Não acolho, portanto, os argumentos que levam à confusão entre a natureza das funções públicas, institucionais e constitucionalmente indispensáveis cumpridas pela OAB com a necessária submissão da instituição ao controle que paira sobre as demais instituições públicas.

Sublinho, ademais, que essa conclusão não se contrapõe à necessária e salutar exposição à crítica dos fundamentos democráticos da atuação constitucional, que é dever não apenas da OAB, mas de todos os órgãos, instituições e pessoas que que exercem funções públicas, com vistas à garantia a democracia, que se interconecta à exigência de *accountability* da atuação estatal.

Nesse sentido, são de todo relevantes as preocupações reforçadas pelo TCU no Acórdão 2523/2018, no sentido da necessidade de maior transparência das instituições, em nome do Estado Democrático de Direito e da efetivação do princípio republicano, ligados ao incremento da *accountability* pública. Tratam-se de premissas com as quais manifesto minha inteira concordância. Tais pressupostos, contudo, não levam à conclusão de que a OAB se sujeita ao controle do TCU, eis que, como decidiu esta Suprema Corte da ADI 3026, trata-se de instituição que detém natureza jurídica própria, dotada de autonomia e independência essenciais para cumprimento de seus múnus públicos e que não se confunde com os demais conselhos de fiscalização profissional.

O argumento relativo à compulsoriedade das anuidades cobradas pela OAB aos advogados também deve ser rechaçado. Os bens e valores arrecadados e geridos pela OAB não são públicos, na medida em que não são, nem se confundem, com valores que se consubstanciam em receitas fazendárias, advindas de movimentação financeira estatal. Trata-se, como vimos, de entidade arrecadadora de recursos privados de seus associados, que não se confundem com qualquer das espécies tributárias. A OAB, como já referido, não se confunde com os conselhos de fiscalização profissional, os quais, estes sim, recolhem contribuição profissional de natureza tributária e que, por sua natureza, respeitam os contornos constitucionais próprios aos tributos. A OAB, a seu turno, como já mencionado, caracteriza-se como entidade ímpar no ordenamento jurídico, figura *sui generis*, cujas finanças não se submetem ao controle estatal, nem se enquadra no conceito jurídico de Fazenda Pública, submetido ao controle da Lei 4.320/1964.

Afastando, também, a natureza tributária das contribuições recolhidas dos advogados pela OAB, são as conclusões do parecer do Professor Doutor Eros Grau, que reproduzo (eDOC 7):

“Pois demonstrei, suficientemente, que a contribuição devida à Ordem pelos advogados consubstancia um ônus, confirmando essa minha conclusão a leitura do artigo 46 e seu parágrafo único e dos artigos 58, IX e 34, XXIII da Lei n. 8.906/94”.

Em igual sentido, os ensinamentos do Professor Doutor José Afonso da Silva, em parecer colacionado aos autos, do qual extraio (eDOC 8):

“33. As contribuições de interesse de categoria profissional ou econômica, previstas no art. 149 da Constituição, são as mesmas e únicas, que estão referidas no art. 8º, V. São essas e só essas.

Anuidades pagas por filiados a qualquer corporação não constituem contribuições de categoria profissional.

34. Mas vamos, para argumentar, supor que o conceito de contribuições de interesse de categorias profissionais, referidas no art. 149, se aplique também às anuidades pagas pelos filiados à OAB. Por isso seriam consideradas dinheiros públicos sujeitos à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União? Evidentemente que não, porque as entidades que arrecadam tais contribuições não estão sujeitas à prestação de contas àquela Corte. Os sindicatos de categorias profissionais nem os sindicatos de categorias econômicas não são obrigados a prestar contas a nenhum Tribunal de Contas.

35. Como foi visto, a prestação de contas a Tribunal de Contas não depende da natureza do órgão, nem da natureza do serviço que presta. O que gera a obrigação de prestar contas por qualquer entidade, pública ou privada, é o fato de utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assumam obrigação de natureza pecuniária (CF, art. 70, parágrafo único). Nada disso se aplica à OAB, porque os dinheiros, bens e valores que ela administra não são públicos. E acabamos de ver que, ainda que, *ad argumentandum*, se quisesse estender o conceito de contribuições de interesse de categoria profissional do art. 149 às anuidades que ela cobra, assim mesmo, para a Constituição, esse recurso financeiro, não constitui *dinheiro público*, pelo menos, não para o fim de prestação de contas, como não o fazem os sindicatos."

As razões veiculadas nos pareceres acima transcritos tornam nítido que não podem ser acolhidos os argumentos de que a OAB deveria se submeter ao controle pelo TCU porque cobra anuidades compulsórias dos advogados e que tais valores são públicos e, portanto, sujeitos à fiscalização da Corte de Contas.

Como sublinha o Professor José Afonso da Silva, o caráter que determina a prestação de contas ao Tribunal de Contas não é a natureza do órgão, nem a natureza do serviço que ele presta. Deduz-se a necessidade de prestar contas do fato de a entidade, seja ela pública ou privada, utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome dela, assumam obrigação de natureza pecuniária, nos termos do art. 70, parágrafo único, CRFB. No entanto, os valores que a OAB administra não são públicos.

Nessa mesma linha foi a conclusão desta Suprema Corte no julgamento da ADI 3026, em que não se afastou a pertinência, no regime

administrativo, do dever de prestação de contas. A obrigação é imperativa, nos termos do art. 70, CRFB, a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores, quer sejam públicos, quer sejam de responsabilidade da União, ou, em nome desta, assumam obrigação pecuniária. No entanto, esta não é a situação jurídica em que se enquadra a OAB, instituição não estatal investida de competências públicas.

Ademais, tal como ressaltou, em contrarrazões, a União, seria impróprio concluir pela submissão da OAB ao controle do TCU diante da ausência de previsão expressa nesse sentido, nos termos do art. 70, parágrafo único, CRFB.

Ante o exposto e homenageando as conclusões diversas, peço vênia para manifestar divergência e voto pelo desprovimento do recurso, com a fixação da seguinte tese, tal como sugerida em parecer pelo Professor Doutor José Afonso da Silva: “ *O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas da União nem a qualquer outra entidade externa* ”.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta nº 010-09/20120-0005

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 36.376 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. ROSA WEBER**
IMPTE.(S) : **CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS**
ADV.(A/S) : **ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB**
IMPDO.(A/S) : **MARCUS VINICIUS FURTADO COELHO E**
PROC.(A/S)(ES) : **OUTRO(A/S)**
: **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**
: **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO PRATICADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE RECONHECE PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE SOBRE A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ART. 70, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE DE PRECEDENTE DESTA SUPREMA CORTE QUE VEICULOU DIRETIVAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA NO ÂMBITO DO RE Nº 1182189/BA. ELEMENTOS QUE ATESTAM A RELEVÂNCIA INERENTE DA QUESTÃO, ASSIM COMO A NECESSIDADE DE SE MANTEREM INALTERADAS AS BASES FÁTICO-JURÍDICAS DA CONTROVÉRSIA ATÉ QUE O PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE VENHA A ANALISÁ-LA DE MODO EXAURIENTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DE LIMINAR. **LIMINAR DEFERIDA.**

Vistos etc.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil –

MS 36376 MC / DF

CFOAB – contra ato praticado pelo Tribunal de Contas da União.

2. No julgamento do Processo Administrativo nº 015.750/2018-7 (Acórdão nº 2573/2018), o TCU entendeu que a OAB deveria prestar-lhe contas, aos argumentos de que: “i) a OAB constitui autarquia, nos termos do art. 5º, I do Decreto-Lei 200/1967; ii) as contribuições cobradas de seus inscritos têm natureza de tributo; iii) a OAB não se distingue dos demais conselhos profissionais e por isso deve se sujeitar aos controles públicos; iv) o controle externo exercido pelo TCU não compromete a autonomia ou independência funcional das unidades prestadoras” (inicial, fl. 4).

3. Contra esse entendimento, a entidade impetrante sustenta, basicamente, que “não se integra à Administração Pública (art. 44, §1º, da Lei n. 8.906/1994) e (...) não [administra] recursos públicos, o que necessariamente afasta sua submissão aos controles” (inicial, fl. 4). A OAB teria natureza jurídica peculiar (um serviço público dotado de personalidade jurídica e forma federativa), em decorrência de sua função institucional ímpar, que é assegurada por garantias constitucionais de autonomia e independência. As receitas advindas das contribuições dos associados, por sua vez, não teriam natureza tributária, porque não instituídas em lei. Em consequência, não lhe seria aplicável o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, fundamento basilar de validade do acórdão impugnado.

A inicial menciona, ainda, desrespeito à decisão prolatada por esta Suprema Corte no julgamento da ADI nº 3026/DF, Pleno, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19.6.2006, quando reconhecida a desnecessidade de concurso público para contratação de pessoal por parte da Ordem dos Advogados, justamente em face da natureza sui generis desse órgão.

4. Deduzidos os seguintes pedidos:

“(i) a concessão de liminar initio litis e inaudita altera pars, para suspender de imediato a eficácia do Acórdão nº 2573/2018 proferido no âmbito do processo administrativo 015.720/2018-7, para desobrigar a OAB a prestar contas e a se submeter à fiscalização do TCU;

(ii) a concessão da segurança, tornando definitivos os efeitos da

MS 36376 MC / DF

medida liminar, caso deferida, para tornar sem efeito o r. Acórdão impugnado e preservar a independência e a autonomia da OAB, garantindo a desobrigatoriedade da Entidade prestar contas ao TCU” (inicial, fl. 20).

5. Distribuída a presente ação à minha relatoria por prevenção da anterior Reclamação nº 32924/DF, que, segundo entendimento da própria entidade impetrante, teria objeto mais restrito em comparação ao presente *mandamus*.

6. O TCU prestou informações (doc. 41), defendendo a correção do acórdão impugnado. O órgão de controle ressaltou, em especial, que “*a OAB preenche todos os requisitos descritos em lei para se enquadrar como autarquia, ou seja, consiste em: [1º] serviço autônomo, [2º] criado por lei, [3º] com personalidade jurídica, [4º] patrimônio e receita próprios, [5º] para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*” (doc. 41, fl. 1). Ademais, a compulsoriedade das contribuições dos advogados inscritos reforçaria a natureza tributária dos recursos geridos pela OAB.

7. Após determinar a cientificação da União (doc. 49), determinei a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para parecer.

É o relatório.

Decido.

1. O Tribunal de Contas da União embasou o acórdão impugnado em judiciosa análise da controvérsia. A conclusão ali vertida, que, grosso modo, pode ser resumida na afirmação segundo a qual “*a OAB não se distingue dos demais conselhos profissionais e por isso deve se sujeitar aos controles públicos*”, vem sustentada por respeitáveis fundamentos de direito – e essa simples constatação já seria bastante para indicar, ao lado da importância intrínseca que a discussão veicula, a necessidade de exame cauteloso e profundo do tema de fundo.

2. Ocorre que neste momento processual, referente ao exame meramente perfunctório da controvérsia, sobressalta o fato de que a

MS 36376 MC / DF

conclusão do TCU contraria linhas basilares de entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte. No julgamento da ADI nº 3026/DF, firmou-se entendimento indicativo de que *“A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”*.

De tal julgamento, extraio as seguintes considerações:

“A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade ‘defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas’. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa” (voto do Ministro Eros Grau).

“Senhor Presidente, o direito comparado seguramente não registra nenhuma situação parecida com a de que goza a OAB no espaço jurídico brasileiro. Trata-se de uma entidade que goza – como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas também nas intervenções feitas pelos colegas – , inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que sui generis; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado; que forma, portanto, a vontade do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária” (voto do Ministro Joaquim Barbosa).

“Vamos deixar bem claro o que estamos tratando. Não é só concurso público, é uma outra questão, exatamente o que significa o

MS 36376 MC / DF

desrespeito ao processo histórico político brasileiro que desenhou essa organização. O que pretendemos? Pretendemos pegar um processo histórico político clássico, claramente sui generis em face da realidade política e institucional do País, e tentar colocar em cima de categorias de direito administrativo, para outro objetivo que não fazer com que se traia esse processo político” (voto do Ministro Nelson Jobim).

“(...) realmente, o pensamento jurídico ortodoxo sobre a OAB encontra sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB, que eminentemente é uma instituição da sociedade civil, não é uma instituição da sociedade estatal, daí por que aparelhada pela própria Constituição, ‘n’ vezes a fim de exercer um munus que a coloca ao lado da Imprensa como as duas grandes instituições da sociedade civil. E por natureza infensas, ambas, imprensa e OAB, a controles estatais” (voto do Ministro Ayres Britto).

“Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer nenhuma interferência no desempenho de suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral” (voto do Ministro Cezar Peluso).

3. Conforme argumenta o TCU (doc. 41, fl. 16), é certo que a ADI nº 3026/DF não tratou especificamente do dever de prestar contas; porém, como se verifica dos trechos *supra*, o julgamento adotou como premissa a consideração de que, nos termos de manifestação do Ministro Cezar Peluso, havia *“dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público”*, com as consequências daí inerentes em face da escolha entre um ou outro sistema.

MS 36376 MC / DF

Portanto, há congruência quando analisadas as bases materiais das duas controvérsias, e essa constatação não pode ser menosprezada à mera afirmação de que a norma diretamente impugnada no precedente dizia respeito a questão específica, qual seja, às possíveis formas de contratação de pessoal por parte da entidade. Muito embora o casuísmo seja parte inerente do problema jurídico versado, pois *“a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é autarquia especial”* (voto do Ministro Peluso), não se deve desconsiderar de modo imediato e absoluto, e tão somente em face desse casuísmo, o possível valor que as premissas de um precedente possam ter para análise de pedido dirigido a outro ponto específico do exame da natureza jurídica da OAB e de suas relações com a Administração – no presente caso, com o TCU.

4. Tais elementos, aqui apenas delineados, já seriam suficientes para sustentar a necessidade de reflexão cautelosa sobre o caso e, em consequência, fomentar medida de manutenção da situação jurídica atual. Acresço, porém, outro fator de primeira ordem, consubstanciado no fato de que houve reconhecimento, pelo Plenário Virtual desta Suprema Corte, de repercussão geral no RE nº 1182189/BA, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio. Conforme consta da manifestação lançada pelo relator, trata-se de extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do TRF-1ª Região que afastou a obrigação de prestação de contas ao TCU, por parte da OAB, em face das finalidades institucionais peculiares deste órgão.

5. Em consonância com o que se verifica no presente caso, o tema constitucional versado no recurso extraordinário se dirige, precisamente, à delimitação do alcance do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, no que tange à possibilidade de se conferir a tal dispositivo interpretação que sirva de amparo constitucional para atos de fiscalização e controle do TCU sobre a Ordem dos Advogados.

6. Ora, o reconhecimento, pelo Plenário Virtual deste Supremo Tribunal Federal, da existência de controvérsia que engloba questão relevante *“do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”*, e que

MS 36376 MC / DF

ultrapassa “os interesses subjetivos do processo” (art. 1035, § 1º, do CPC) é motivo de justo destaque, pois tal fato, mais uma vez, atesta a importância da questão de fundo e a necessidade de aprofundamento de seu exame.

7. Assim configurado o *fumus boni iuris*, tenho que o *periculum in mora* também se encontra presente, ao menos em duas perspectivas. Em termos imediatos, o estabelecimento inconteste da relevância e complexidade do tema, e em especial a existência de diretivas constantes em precedente deste Supremo Tribunal Federal, levam ao reconhecimento da necessidade de manutenção do *status quo* até que seja possível ao colegiado se debruçar sobre a questão de modo exauriente, com o objetivo de decidir se a mudança de orientação proposta pelo Tribunal de Contas merece ou não chancela jurisdicional, implicando alteração dos rumos dos julgados desta Corte.

Em termos mediatos, é consequência do reconhecimento da repercussão geral a “suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” (§ 5º). Para que se assegure a desejável coerência sistêmica sem que, com isso, se permita ocorrência de gravame ou prejuízo à parte interessada, e levando-se em conta, ainda, o custo temporal do trâmite ordinário de qualquer processo judicial desta envergadura, o deferimento de liminar se apresenta como a alternativa mais consentânea com o intuito de resguardar situações jurídicas do titular impetrante, considerada a determinação de prestação de contas para o exercício vindouro.

Diante do exposto, **defiro a liminar** pleiteada para suspender a eficácia do Acórdão nº 2573/2018, proferido no âmbito do Processo Administrativo 015.720/2018-7, de modo a desobrigar a OAB a prestar contas e a se submeter à fiscalização do TCU até julgamento final do presente *writ*, ou deliberação posterior em sentido contrário.

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente

MS 36376 MC / DF

decisão ao Tribunal de Contas da União e à Procuradoria-Geral da República.

Aguarde-se o parecer. Após, conclusos.

Publique-se.

Brasília, 07 de junho de 2019.

Ministra Rosa Weber

Relatora

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

PARECER**A CONSULTA**

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, por seu Ilustre Presidente, DR. CLÁUDIO LAMACHIA, e pelo Ilustre Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, DR. MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO, honrando-me com o pedido de um parecer jurídico, narra que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF, atribuiu à Ordem dos Advogados do Brasil natureza jurídica diferenciada, em razão do reconhecimento de sua autonomia e finalidade institucional; que a denominação '*sui generis*' decorre do enquadramento da OAB tanto no regime público quanto no privado, em função de: i) seu exercício de poder de polícia como órgão fiscalizador da atividade profissional da advocacia; e ii) sua independência institucional, a qual não permite submissão da Entidade ao regime público nas demais hipóteses; contudo, em razão de recente parecer elaborado pela Procuradoria-Geral da República nos autos da ADI n. 5.367, o debate acerca do assunto foi novamente proposto, à revelia da assentada jurisprudência da Suprema Corte no tocante à matéria.

Diante disso, com intuito de superar eventuais divergências, solicita a elaboração de parecer contendo resposta às seguintes indagações:

1) A Ordem dos Advogados do Brasil, na condição de Conselho de Fiscalização Profissional, possui natureza *sui generis*, à luz das suas prerrogativas constitucionais e da sua finalidade institucional?

2) Em caso afirmativo, quais critérios/elementos/funções devem ser destacados para a atribuição da natureza a Ordem dos Advogados do Brasil?

A resposta a esses quesitos requer apreciação teórica e prática jurisprudencial de critério, elementos e funções, dos fundamentos legais e constitucionais, assim como da coisa julgada, que dão a peculiaridade da posição jurídica da Ordem dos Advogados Brasileiros no conserto do ordenamento jurídico nacional.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

1. A questão

1. Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, requereu Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tomou o n. 5.367/DF, pedindo a declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 58 da Lei 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre aplicação do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) aos empregados do conselho de fiscalização de profissões regulamentadas.

2. Não analisarei esse dispositivo nem mesmo qualquer referência a ele feita no parecer do Douto Procurador-Geral da República, porque a este parecer não interessa a controvérsia objeto da referida ADI 5.367. Este parecer tem por objeto apenas mostrar o sem sentido de algumas expressões negativas que o Eminentíssimo Procurador-Geral da República emitiu a respeito da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil. Manifestações, de certo modo gratuitas, porque essa Entidade não estava envolvida no objeto daquela Ação Direta de Inconstitucionalidade.

3. O parecer do Eminentíssimo Procurador-Geral partiu da afirmativa de que conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autarquias que exercem atividade típica de Estado, relativa à fiscalização de desempenho de profissão. Ao discutir o tema, o referido parecer declarou:

“Não se deve estender a conselhos de fiscalização profissional o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, que consubstanciaria situação excepcional, consoante julgamento da ADI 3.026/DF”.

Nada a objetar se o parecer parasse aí. Mas acrescentou:

“A rigor, não existe motivação que justifique tratamento dispar para a OAB ante os demais conselhos de fiscalização do exercício profissional” (fl. 1).

No correr deste parecer, vamos mostrar que existem fortes fundamentos, sim, (não apenas motivação), para o tratamento diferenciado estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, o art. 58, §9º, da Lei 9.649/1998, declarou que o disposto nela não se aplica à entidade de que trata a Lei 8.906, de 4.7.1994, que é o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

4. Em outro passo, o douto parecer declara:

“No caso da OAB, o Supremo Tribunal Federal placitou essa compreensão (“a não submissão à corte de contas e a possibilidade de contratação livre de empregados, regidos

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

pela CLT”), que talvez – prossegue o parecer – convenha rediscutir a certa altura, para maior coerência do sistema jurídico” (fs. 7).

Mais adiante, o douto parecer dedicou longo espaço para expor e comentar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 3.026/DF que destacou o caráter singular da situação da OAB, como “serviço público independente não integrante da administração direta ou indireta”, pois a Constituição Federal e a legislação federal lhe conferiram atribuições específicas e relevantes que ultrapassam interesses corporativos, visto que tem finalidade institucional. Conclui seus comentários com o reconhecimento de que “o STF estabeleceu excepcionalidade na natureza da OAB, inaplicável a todas as demais entidades de fiscalização do exercício de profissões” (f. 16). Não obstante isso, ainda insiste naquela sua tese, nos termos seguintes:

“Na verdade, talvez esse tratamento jurídico da OAB é que mereça revisão de entendimento, por destoar radicalmente do regime jurídico dessas entidades, da tradição jurídico-administrativa brasileira e, talvez, com a devida vênua, do arcabouço constitucional” (fls. 17).

5. Mostraremos que essa pretendida “rediscussão” em altura nenhuma poderá mais ocorrer, porque, como será mostrado, várias decisões judiciais estabeleceram a singularidade da natureza jurídica da OAB, que nos termos da Constituição (art. 5º, XXXVI) e do novo Código Civil (art. 502), igual o anterior (art. 467), adquiriram *uma autoridade que as torna imutáveis e indiscutíveis*.

2. Respeito à coisa julgada

6. Portanto, o Eminentíssimo Procurador-Geral da República ao apresentar aquelas sugestões de rediscussão sobre a natureza da Ordem dos Advogados do Brasil, com certeza, não desconhece a impossibilidade de fazê-lo, já que milita coisa julgada em favor dela.

7. Não é só a decisão prolatada no processo da ADI 3.026/DF que existe sobre o tema. Há várias decisões inclusive uma proferida em 1951 pelo então Tribunal Federal de Recurso, segundo a qual a Ordem dos Advogados do Brasil não estava obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas, por não ser autarquia, mas uma corporação dos advogados, nem parte da administração pública descentralizada, embora seja pessoa de direito público, nem administra dinheiros públicos, que não o são nem pela origem, nem pela natureza da arrecadação, nem pelo destino que têm.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

8. Todas essas decisões adquiriram a autoridade de coisa julgada nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição e do art. 467 do Código de Processo Civil de 1973, sob cujo regime foram proferidas aquelas decisões, dispositivo esse repetido *ipsis litteris* no art. 502 do Novo Código de Processo Civil, baixado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, em vigor desde 18 de maio de 2016. Repita-se o teor desses dispositivos:

Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

A primeira decisão que foi proferida definindo a posição jurídica da OAB foi aquela do Tribunal Federal de Recursos, em 25.5.1951, nos autos do recurso do Mandado de Segurança n. 797/DF; depois veio a decisão prolatada na ADI 3.026/DF. Não há dúvida de que estamos diante de decisões que preenchem os pressupostos do dispositivo. Nem é necessário dizer que tais decisões transitaram em julgado desde quando não mais cabia recurso ordinário ou extraordinário, ou desde quando, embora pudesse caber algum recurso, não fora ele interposto. Assim se tornaram *imutáveis e indiscutíveis* em qualquer instância judicial.

9. Importa considerar ainda o art. 468 do Código de Processo Civil de 1973, sob o qual foram proferidas as decisões em causa, dispositivo repetido em essência no art. 503 do Novo Código de Processo Civil, nos termos seguintes:

"Art. 468 [CPC/1973]. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

"Art. 503 [CPC/2015]. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida".

Note-se que a substituição do termo "lide" do art. 468 pelo termo "mérito" do art. 503 não altera o conteúdo essencial do dispositivo; antes, amplia o sentido da lide. De sorte que podemos argumentar empregando o termo lide, sobretudo porque a fórmula dos artigos é cópia da primeira parte do art. 290 do projeto de Código de Processo italiano, de autoria de Carnelutti. Com efeito, tal dispositivo enunciava:

"La sentenza che decide totalmente e parzialmente una lite, ha forza di legge nei limiti della lite e della questione decisa. Se considera decisa, anche se non sia risolta espressamente, ogni questione, la cui risoluzione costituisca una premessa necessaria della disposizione contenuta nella sentenza". A segunda parte não foi incluída no texto legal porque é pressuposta.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Examinemos a fórmula dos dispositivos legais á luz do texto e da doutrina em que se inspiraram, para dela tirarmos a delimitação da eficácia objetiva do julgado e, posteriormente, aplicá-la ao caso concreto que nos ocupa.

10. "A sentença, que decidir total ou parcialmente a lide, tem força de lei ...", isto é, vale como um ato do Estado, eficaz entre as partes.

Lide, no conceito de Carnelutti, em cuja doutrina se inspirou o texto do art. 468, é o conflito de interesse qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro [*Sistema di diritto processuale civile*, p. 40, Padova, 1936]. Isso é exatamente o *mérito*, ou seja a relação material, decidida pela sentença.

Por que os mencionados dispositivos falam em sentença que decidir *total* ou *parcialmente* a lide ou o mérito? Porque, para Carnelutti, o processo pode conter toda a lide ou apenas parte dela, isto é, um processo pode esgotar toda a matéria do conflito de interesse, ou pode, apenas, decidir uma parte, deixando sem solução outra. Qual foi o conflito no caso concreto?

Primeiro, em relação ao Mandado de Segurança 797/DF: O Tribunal de Contas da União entendeu-se competente para aplicar penalidade à Ordem dos Advogados do Brasil por não ter ela prestado contas a ele. Subentendido está o entendimento do TCU de que a Ordem dos Advogados teria a obrigação de lhe prestar contas anuais. Ela contestou a pretensão do TCU sustentando, no mandado de segurança, que a penalidade era ilegal porque não estava obrigada a prestar contas a ele. O conflito era qualificado pela pretensão do Tribunal de que a Ordem lhe prestasse contas por entender que ela era uma autarquia, arrecadava e administrava recursos públicos etc., e pela resistência desta sob o fundamento de que não estava obrigada a fazê-lo, porque não é autarquia como os demais conselhos profissionais, nem arrecada ou administra dinheiros públicos. Tivemos um processo integral que decidiu todo o conflito de interesse em torno da natureza da OAB, da natureza dos recursos que ela arrecada e dos serviços que ela presta e, em consequência, da incompetência do TCU de exigir-lhe prestação de contas e, assim, da não obrigação de ela prestar tais contas.

O CPC diz, no citado artigo: "a sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei *nos limites das questões decididas*" Isto é: a sentença que decidir totalmente a lide, como é o caso, vale como ato do Estado, tem eficácia nos limites da lide e das questões

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

decididas. Se no processo se decidiram todas as questões da lide, tem-se o processo integral; se não se decidiram todas as questões, tem-se o processo parcial.

11. Falta dizer o que é *questão*. Segundo Carnelutti, *questão* se define como *um ponto duvidoso de fato ou de direito* [Sistema, p. 333]. A lide caracterizada por uma pretensão contestada contém alguns pontos duvidosos de fato ou de direito e esses pontos é que são as questões. A decisão da lide (ou do mérito), ou melhor, a decisão sobre a pretensão ou sobre a contestação obtém-se resolvendo as questões; as questões resolvidas transformam-se em razões da decisão; portanto os conceitos de razões e questões são estreitamente correlatos: as *razões* (da pretensão ou da contestação) tornam-se *questões* (do processo) e estas se resolvem em *razões* (da decisão).

Esclarecido assim o sentido dos vários termos empregados nos mencionados dispositivos processual retroindicado, chegaremos à conclusão de que a eficácia da sentença se estende a todas as questões por ela decididas, a todas as afirmações que resolvem pontos duvidosos de fato e de direito. Então, todas as afirmações do Juiz, decidindo pontos duvidosos de direitos, terão a autoridade da sentença, considerando também decididas todas as questões que constituam premissa necessária do dispositivo da sentença.

Nesse caso, o então Tribunal Federal de Recurso, que foi transformado pela Constituição de 1988 em Superior Tribunal de Justiça, decidiu que a OAB não estava obrigada a prestar contas ao Tribunal de Conta da União por não ser autarquia e, para chegar a essa decisão, resolveu todas as questões suscitadas no processo, nos seguintes termos:

"Para a caracterização da prestação de contas, dúvida não pode haver de que é preciso que se trate de uma autarquia e que seja ela responsável por dinheiros e outros bens públicos. [...] ou administram patrimônio público, destacado do patrimônio geral; ou são, pelo menos parcialmente mantidas com suprimentos de receita feitos pela União, ou têm os seus administradores principais nomeados pelo Presidente da República [...]."

"Nesse particular, que acontece com a Ordem dos Advogados?"

[*Acontece, em síntese, que*] "ela não administra patrimônio público; não recebe auxílio ou subvenção do Tesouro; não tem qualquer de seus dirigentes nomeado pelo Poder Executivo, porque todos são eleitos pelos próprios advogados; gratuitamente são exercidos todos os seus cargos diretivos e de administração; a situação da Ordem é pois *sui generis*. Não recebendo dinheiros públicos, não aplicando dinheiros públicos, vivendo exclusivamente das contribuições de seus associados, não guardando dinheiros públicos, de que vai a Ordem prestar contas ao Tribunal de Contas. A Ordem retém algum patrimônio pertencente à Nação? Não. A Ordem possui algum bem público? Se ela não possui nem bens, nem dinheiros públicos, de que então está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas".

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

3. UMA QUESTÃO CONTROVERTIDA

12. Como acima me vali da doutrina da lide para sustentar a existência de coisa julgada a respeito da natureza jurídica da OAB, pode ser que alguém me questione sobre inexistência de lide no processo das ações diretas de inconstitucionalidade e assim também de coisa julgada material da decisão proferida na ADI 3.026. Posso escusar-me de entrar nesse debate, porque, para os fins deste parecer, ou seja, para sustentar a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão proferida na ADI 3.026, a ordem jurídica fornece elementos suficientes, independentemente do conceito de coisa julgada. Basta examinar o § 2º do art. 102 da Constituição segundo o qual *as decisões definitivas de mérito, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário federais ou estaduais.*

Aí está. Por esse dispositivo constitucional, a decisão proferida na ADI 3.026, que é *definitiva de mérito* tem eficácia “erga omnes” e efeito vinculante dos demais órgãos do Poder Judiciário, e dizendo “dos demais” não significa que o Supremo Tribunal Federal não esteja ele próprio vinculado à decisão. Quer dizer, por esse dispositivo constitucional, a decisão que definiu a natureza jurídica da OAB diferente das outras entidades de fiscalização de profissões se tornou imutável e indiscutível e isso é qualidade da coisa julgada.

13. Qual o conteúdo da decisão proferida na ADI 3.026 e qual o seu alcance. Essa ADI foi proposta pelo Procurador-Geral da República em face do art. 79 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia Brasileira), que prevê o regime trabalhista da CLT para a contratação dos servidores da OAB. A ação foi julgada improcedente (sessão de 08/06/2006), vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, firmando-se o entendimento de que a OAB não é pessoa jurídica de direito público, autarquia (nem mesmo de regime especial), não tendo qualquer vinculação com a administração pública indireta, garantindo-se, assim, sua independência na consecução de suas missões históricas e constitucionais. O acórdão, publicado no Diário Oficial da União de 29/09/2006, tem a seguinte ementa:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906. 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37. CAPUT. DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido".

14. Em outros termos, o art. 505 do CPC/2015, repetindo o disposto no art. 471 do CPC/1973 diz a mesma coisa daquele § 2º do art. 102 da Constituição, ao dispor que *nenhum*

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativamente à mesma lide. Isso, na verdade, é o mesmo que dizer que a decisão, feita coisa julgada, tem eficácia erga omnes e vinculante de todo o Poder Judiciário. É importante, contudo, ter bem claro o sentido de *questões decididas*. Como tal se entendem as decisões que resolveram os pontos duvidosos controvertidos na causa, decisões essas sem as quais não se chegaria à formulação da parte dispositiva da sentença.

4. Limites objetivos da coisa julgada

15. Quero neste tópico enfrentar uma possível objeção que poderá me ser oposta, a partir do disposto no inciso I do art. 504 do CPC/2015 que tem o mesmo conteúdo do inc. I do art. 469 do CPC/1973, segundo os quais *não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importante para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.* Ou seja, segundo a doutrina, desde Francisco de Paula Baptista: “A autoridade da coisa julgada é restrita à parte dispositiva do julgamento e aos pontos aí decididos, e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos”.¹

No Mandado de Segurança n. 797, DF, de 1951, decidiu-se que *a OAB não é obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União*, e a ADI 3.026 julgada improcedente pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 79 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia Brasileira), que prevê o regime trabalhista da CLT para a contratação dos servidores da OAB, com o que ficou decidido que o regime trabalhista é legítimo para os servidores da OAB. Esses os dispositivos dessas decisões. E não é a sua validade que se discute aqui.

!6. Aqui não se discute a eficácia da coisa julgada naquelas ações no que tange a esses dispositivos das decisões nelas proferidas. Aqui se afirma a coisa julgada de outras *questões* decididas nessas ações no referente à natureza jurídica da OAB que propiciaram atingir o resultado final naqueles casos concretos. Se a questão da natureza jurídica da OAB e outras correlatas não tivessem sido decididas naquelas ações não teria sido possível chegar ao dispositivo específico da sentença.

¹ Cf. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*, 8ª ed. São Paulo, 1935, § 185 e nota 1,

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

17. Então, temos que fazer pequena distinção entre *motivos como simples opinião do juiz*, que não faz coisa julgada; ele pode usar essas opiniões em outros processos, e até outros juízes o podem fazer; e as decisões de questões que ele vai emitindo ao longo de sua motivação. Neste caso, tem-se verdadeira extensão do dispositivo da sentença. Vale dizer, como observa Moacyr Amaral Santos: “Todavia, insta não olvidar que, no desenvolvimento da motivação, se aproveita o juiz para, desde logo, decidir quanto a *pedidos*; aí, nesse ponto, há *decisum*. ‘Se o motivo dispõe, há *decisum*’. Nesse sentido perfeito o ensinamento de Liebman, geralmente repetido: ‘É exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido *substancial* e não *formalista*, de modo que abranja outros pontos em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes’. Decida de pedidos na motivação, haverá aí *decisum*”.²

18. Resulta daí que, em verdade, a coisa julgada abrange a decisão do juiz sobre as questões propostas pelas partes na petição e na contestação. A petição do autor pode ter proposto questões de fundo não como prejudicial para sustentar o pedido, e a contestação, por seu lado, torna litigiosas essas questões mostrando a sem razão da petição. Foi o que se deu. Primeiro, em 1951, o Tribunal de Contas da União exigiu da OAB a prestação de contas perante ele, sustentando que ela era obrigada a tanto *por ser uma autarquia* de fiscalização profissional como as demais. A OAB impetrou mandado de segurança (MS 797/DF) perante o então Tribunal Federal de Recursos sustentando o contrário: que não estava obrigada a prestar contas a TCU porque *sua posição jurídica era fundamentalmente diversa das demais entidades de fiscalização de profissões*. Veja-se, pois, que o ponto litigioso era precisamente esse que, por isso mesmo, estava insito no pedido e, portanto, tinha que estar também inserido no dispositivo da sentença, em qualquer momento em que aquela questão fosse decidida.

19. O mesmo se deu em relação a ADI 3.026/DF. O Procurador-Geral da República ingressou no Supremo Tribunal Federal com aquela ADI para pleitear a declaração de inconstitucionalidade da expressão *"sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração"*, constante do §1º do art. 79 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/9). A mesma questão foi suscitada pelo autor e contestada pela requerida. Quer dizer, os fundamentos da ação insistiram em enquadrar a OAB como autarquia para lhe dar uma posição igual e

² Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio-São Paulo, Forense, 1976, p. 477. Cf. Enrico Tullio Liebman, “Limites objetivos da coisa julgada”, em *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, com notas da Profª Ada Pellegrini Grinover, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 184.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

semelhante a outras entidades profissionais do gênero. Em parecer que ofereci à OAB para instruir sua resposta, argumentei em sentido diverso, para mostrar que ela não se submete a esse conceito. Síntese daquele meu parecer será apresentada nos n^{os} 26-28 infra.

20. Como o próprio Procurador-Geral da República reconhece no seu parecer em tela, o Supremo Tribunal Federal acolheu essas ponderações, julgou improcedente a ação (*Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.026-4/Distrito Federal, Rel. Min. Eros Grau, 8.6.2006*) e fixou a posição jurídica da OAB de modo insofismável a não deixar margem à aplicação a ela de disposições legais que não sejam específicas e claramente destinadas a ela conforme *ementa* reproduzida no n. 13 supra. Basta lembrar aqui seu item 7:

“A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional”.

5. Posição jurídica da OAB

21. Aí está uma decisão insofismável, incontestável, indiscutível e, conseqüentemente, imutável: “A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, *não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional*”.

Por quê?

Porque às considerações pertinentes a todas as profissões regulamentadas, acrescem-se outras atinentes exclusivamente à profissão do advogado. De fato, a Constituição menciona o advogado (o *advogado*, não o mero graduado em direito, não o mero titular de um diploma de direito), em diversos dispositivos, tais como art. 5^o, LXIII, art. 94, art. 133 e art. 107, I, os quais merecerão consideração oportunamente. Quero aqui mencionar dois dispositivos que, embora não empreguem o termo advogado, este está, porém, envolto em suas redobras. São os incs. LIV e LV.

O primeiro diz: “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

O segundo: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

Quando se fala em “processo”, alude-se a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos do contraditório, da plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos processuais. Ora, não há *devido processo legal*, sem que se cumpram todos os requisitos de validade do processo, entre os quais estão os pressupostos processuais de que a capacidade postulatória técnica é elemento essencial. Bem o dizem o art. 36 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 103 do Código de Processo Civil de 2015 :

(CPC/1973, art. 36): “A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não o tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

(CPC/2015, art. 103): “A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. – Parágrafo único. É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal”.

(Note-se: Cito ambos os códigos, primeiro porque as decisões foram proferidas no regime do CPC/1973, substituído pelo CPC/2015. Segundo para se verificar que nos aspectos aqui considerados não houve alteração de regime jurídico)

22. A plenitude do direito de defesa, ou seja, o direito à ampla defesa “com os meios e recursos a ela inerentes”, também requer a presença do advogado, que é, inegavelmente, um dos meios, um dos recursos, inerentes à ampla defesa. Será que alguém é capaz de negá-lo?

A Constituição e a lei processual, repita-se, falam em *advogado*, não em simples titular de um diploma de direito.

Voltemos ao emprego do termo “advogado” na Constituição:

22.2. - Art. 5º. LXIII:

“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Aqui, a *assistência de um advogado* se revela como garantia constitucional, porque é uma exigência do princípio da ampla defesa e do contraditório. Sem a defesa técnica de um advogado, ou seja, de um titular de diploma de direito inscrito na OAB, não se pode concluir que a defesa utilizou todos os meios que lhe são inerentes.

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

22.3. – Art. 94:

“Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgão de representação das respectivas classes”.

Aí está o termo advogado no sentido da classe de profissionais representada por seu órgão de classe que é a Ordem dos Advogados do Brasil, o que evidentemente significa aquele profissional do direito inscritos nos seus quadros.

Velha decisão do STF bem o reconhece em referência a dispositivo essencialmente idêntico de constituições anteriores:

“Se o bacharel em Direito, inscrito na OAB, esteve no efetivo exercício da Advocacia e por circunstância eventual não se encontra militando na Advocacia Forense, em razão de incompatibilidade ou por impedimento transitório, aí nada impede a sua nomeação para vaga reservada a advogado. Em tal hipótese não se pode negar a experiência haurida no exercício efetivo da Advocacia. Precedentes do STF” (STF, MS 20.454, rel. Min. Djaci Falcão, j. 24.10.1984).

22.4. – Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça, compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros:

“II – um terço, em partes iguais, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, alternadamente, indicados na forma do art. 94”.

Trata-se de aplicação particular do disposto no art. 94, que vale pelo emprego do termo “advogado”, sempre naquele sentido de bacharel em direito inscrito na OAB.

22.5. – Art. 133:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”

O dispositivo compreende duas partes: 1ª) “O advogado é indispensável à administração da justiça”; 2ª) “e inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. É importante ter isso em mente, porque os “limites da lei” só se referem à segunda parte, só a inviolabilidade é que fica sujeita aos limites da lei. A indispensabilidade

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

do advogado à administração da justiça não está sujeita à definição legal. Sua normatividade e sua imperatividade decorre da própria disposição constitucional, porque se trata de norma de aplicabilidade plena, independente, pois, de previsão ou regulamentação legal.

23. Além disso, a Ordem dos Advogados do Brasil, por decisão constitucional, participa institucionalmente:

I – da formação das carreiras da magistratura, conforme disposto no inc. I do art. 93 da Constituição: “ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil...”;

II – da carreira do Ministério Público, conforme disposto no § 3º do art.129 da Constituição: “ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de prova e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização,...”

IV – da carreira de Procurador de Estados e Distrito Federal (art. 132);

V - indicação de dois advogados para compor o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, XII);

VI – indicação de dois advogados para integrar o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, V);

VII – oficia por seu presidente junto ao Conselho Nacional de Justiça (art. 103B).

24. Esses fundamentos constitucionais é que possibilitaram à Lei 8.906, de 1994, estabelecer os fins institucionais da OAB, para estatuir que ela é serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, que tem por finalidade defender:

- a) a Constituição;
- b) a ordem jurídica do Estado democrático de Direito;
- c) os direitos humanos,
- d) a justiça social;

JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

e) e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições”(art. 44, I).

25. Esses ditames constitucionais dão à OAB características peculiares, que a diferenciam muito das demais entidades de fiscalização profissional, a começar do fato de que estas são apenas e tão só entidades de fiscalização das respectivas profissões, enquanto a OAB, como visto, tem funções institucionais relevantes de modo a situá-la entre instituições do aparelhamento estatal. Tanto que os demais conselhos profissionais são definidos, nos respectivos estatutos legais, como autarquias, enquanto o Estatuto da Advocacia não qualifica a OAB como tal, diz que ela é *serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa* apenas.

26. Mais de uma vez em parecer oferecido à OAB já examinei a questão de saber se a Ordem é ou não autarquia. Farei aqui uma síntese desses pronunciamentos. A Lei 8.906/1994, como visto, define a OAB como serviço público, dotada de personalidade jurídica de forma federativa (art. 44). Não diz que a OAB tem personalidade jurídica "de direito público". Pode-se aceitar que o seja, mas, nem por isso, se tratará de autarquia. O que define uma entidade como autarquia é o seu regime jurídico. "*Autarquia é a pessoa de direito público exclusivamente administrativa*"³. O que é ser uma "pessoa jurídica administrativa"? É uma pessoa que realiza administração pública na condição de pessoa situada abaixo do Estado.⁴ Pessoa administrativa existe "en vue de faire de l'administration publique", como diz Otto Mayer.⁵ A OAB não é pessoa administrativa simplesmente porque não está sob o regime jurídico administrativo, o regime jurídico que a rege não é o regime jurídico da Administração Pública, então não pode ser concebida como autarquia, pois, como lembra ainda Celso Antônio Bandeira de Mello, "noções como finalidade pública, utilidade pública, interesse público, serviço público, bem público, pessoa pública, ato administrativo, autarquias, autoadministração e quaisquer outros conceitos só têm sentido para o jurista, como sujeitos ou objetos submetidos a um dado sistema de normas e princípios; em outras palavras, a um regime".⁶ Não é necessário expandir-se em minúcias. Bastam dois ou três pontos nucleares.

27. Assim, as autarquias, além da criação e extinção por lei, estão sujeitas a *controle administrativo*, visando assegurar a consonância entre seu comportamento e os escopos

³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Natureza e regime jurídico das autarquias*, p. 226, 1967.

⁴ Id. ib., p. 227.

⁵ Id. ib., p. 230.

⁶ Id. id., p. 311.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

estatais; esse controle se dá pela *vinculação da autarquia* a algum órgão da Administração centralizada: Ministério, Secretaria de Estado etc., que exerce sobre ela a supervisão administrativa. Ora, a lei declara expressamente que a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico (Lei 8.906/94, art. 44, §1º).

As autarquias, pessoas administrativas, estão sujeitas ao *controle financeiro*; não se trata aqui da fiscalização financeira, mas o controle da Administração centralizada, especialmente por via do órgão a que as autarquias se vinculam; controle financeiro se exerce sobre o processamento da receita e da despesa das autarquias, assim como aos aspectos formais da gestão de seus recursos.⁷ Esse controle se dá especialmente pela aprovação dos orçamentos das autarquias, por decreto do Poder Executivo (Lei 4 320/64, art. 107), e pela vinculação de seus orçamentos ao orçamento da União (id., art. 108). Ora, o orçamento da OAB não é aprovado pelo Poder Executivo nem é vinculado ao orçamento da União, porque essa é uma função privativa dos Conselhos da OAB (Lei 8 906/94, arts. 54, XI, e 58, IV e XII). Este último diz que compete privativamente ao Conselho Seccional *aprovar e modificar seu orçamento anual*.

As autarquias estão sujeitas à *tutela administrativa* do órgão da Administração centralizada a que são vinculadas: tutela sobre matéria de conveniência ou de legitimidade, tutela de mérito, tutela repressiva, a respeito de suas atividades e atos. Por isso até cabe recursos (tutela extraordinária) de seus atos ao supervisor administrativo. Nada desse regime se aplica à OAB.

Mas o controle administrativo ou tutela administrativa das autarquias se dá especialmente pela nomeação de seus dirigentes pelo Poder Executivo, quer por escolha própria quer mediante escolha em lista tríplice. Esse regime jurídico administrativo também não se aplica à OAB. Os membros de todos de seus Conselhos Federal e Seccionais são eleitos, sem ingerência de qualquer órgão de qualquer dos Poderes. (Lei 8 906/94, arts. 63 a 67).

28. Mais ainda, os servidores de autarquias são públicos; os servidores da OAB não são servidores públicos. Tudo isso, enfim, mostra que a OAB não pode ser conceituada como autarquia, porque seu regime jurídico se afasta distantemente do regime dessas pessoas jurídicas administrativas. Como poderia ser autarquia se seu regime jurídico não é o das

⁷ Ainda C. A. Bandeira de Mello, ob. cit., p. 451.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

autarquias? Diz-se que é uma autarquia *sui generis*. Quer dizer, não é autarquia. Sua posição jurídica é tão especial que não se enquadra nesses conceitos tradicionais de pessoas jurídicas de direito público ou privado. É pessoa jurídica, não há dúvida. Repita-se: Sua finalidade ultrapassa a de mera prestadora de serviços públicos: I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (Lei 8 906/94, art. 44). Sua relevância, por isso, está acima da mera finalidade administrativa de uma autarquia. Congrega ela um tipo de profissional que é indispensável á administração da justiça (CF, art. 133) e participa, como visto, de concursos públicos para o provimento de cargos na magistratura, no Ministério Público e Procuradorias de Estado. Tem forma de uma *corporação*, porque toda entidade associativa se caracteriza como uma corporação. Mas, note-se, não é tipicamente uma corporação autárquica, porque esta realiza sua finalidade em âmbito interno: no círculo de seu corpo de membros.⁸ Como vimos acima, as finalidades da OAB ultrapassam amplamente o círculo interno. Basta ler o inc. I do art. 44 da lei supracitado, para se ter o largo âmbito externo de atuação da OAB. Tudo isso, mais uma vez, afasta-a do conceito de autarquias.

29. Não é importante definir o que a OAB é para os fins deste parecer. Ela é uma corporação destinada á seleção, defesa e disciplina dos advogados. É uma corporação jurídica autônoma, sujeita a regime jurídico especial e próprio. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI 3.026/DF, conforme decisão citada acima (n. 13). Basta recordar aqui os nºs 2, 3, 4 e 5 de sua Ementa:

“2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos á Administração Pública Direta e Indireta.

“3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

“4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

“5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária”.

⁸ C.A. Bandeira de Mello, ob. cit., p. 366.



6. Fundamentos históricos

30. Nada disso é invenção recente. Tudo isso tem fundamentos históricos. O que é recente é a reafirmação jurídica dessa história que aqui não cabe senão ligeiras referências, que, de certo modo, retroage ao ano de 1843, quando a 7 de setembro se instala o Instituto dos Advogados do Brasil-IAB, e quando seu primeiro presidente, Francisco Gê Acaiaba de Montezuma, batalhador pela dignidade da advocacia, proferiu memorável discurso fazendo menção a Ordem dos Advogados antes mesmo de sua criação formal: “nos países mais civilizados, os advogados constituem uma *Ordem independente...*” Em seguida, o Conselheiro Montezuma destaca a importância e o papel da Ordem, e da advocacia: “*a Ordem dos Advogados, tão antiga como o mundo civilizado, foi sempre, em todos os países enobrecida pelas mais distintas honras e preeminências em consequência de serviços que prestou sempre à Sociedade: Que sua posição é mais influente, ilustre, onde as Instituições políticas se apartam do regime absoluto, e são conformes com o governo representativo; Que em todas as Nações o Legislador tem regulado as funções de Advogado, não só pelo que respeita à nobreza e direitos a ela inerentes, e de que deve gozar esta profissão, como também dos deveres, que dela exige o bem-estar da Sociedade*”.⁹

31. O antigo Regulamento da OAB, Decreto 22.478/1933, em seu art. 2º, definia a Ordem como “Serviço Público Federal”. A Lei 4.215/1963 manteve a expressão em seu art. 139, e o atual Estatuto, como visto, fala apenas em “serviço público” (art. 44). A primeira manifestação escrita sobre o assunto é o parecer do jurista Dario de Almeida Magalhães, precisamente para embasar os fundamentos do Mandado de Segurança n. 797, impetrado pela OAB contra ato do TCU, como já vimos. Eis como o grande jurista faz sua análise da natureza jurídica da Ordem:

“Órgão de cooperação com a Justiça, indispensável ao bom desempenho desta, a Ordem, pelas finalidades que lhe são reservadas, executa, assim, inquestionavelmente, um serviço público especializado, de caráter permanente, e de natureza daqueles que só podem ser realizados por uma entidade estatal, isto é, IMPERIUM. Na realização de sua tarefa, e no exercício de seus poderes, a Ordem não está subordinada senão à Lei.

⁹ Cf. Gisele Gondim Ramos, *Estatuto da Advocacia, Comentários e Jurisprudência Seleccionada*, 4ª ed., Florianópolis, OAB/SC, 2003, pp. 697 e 698.



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

*Não se colocou na dependência hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade. Não conhece qualquer outra forma de 'controle', senão o jurisdicional, que pertence à justiça ordinária, na sua missão de preservar inviolável o rule of law, assegurado na maior amplitude pela Constituição – art. 141, § 4º [referência à Constituição de 1946, igual o inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988]. Armada de tais poderes, voltada ao desempenho de serviço público de alta relevância, investida de tão marcante autoridade pública, é de se concluir que a Ordem é uma corporação profissional, a que se conferiram também atribuições de natureza estatal, dando-lhe o caráter de ente público, de pessoa jurídica de direito público”.*¹⁰

32. Mais recentemente, Paulo Luiz Neto Lobo, após pormenorizadas considerações, conclui: “a OAB não é autarquia, nem entidade genuinamente privada, mas **serviços público independente**, categoria sui generis, submetida ao direito público (exercício de poder de polícia administrativa da profissão) e direito privado (demais finalidades)”. Sobre suas finalidade institucionais, afirma: “a função da OAB não é indicar políticas conjunturais, porque não é o Parlamento do País, mas denunciar os desvirtuamento dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, colaborando para a melhoria das instituições, inclusive com propostas político-jurídicas, tendo em mente sempre as linhas estruturais da vida nacional”.¹¹

33. Finalmente, Gisele Gondim Ramos ensina: “O termo serviço público, empregado no texto, certamente que não tem a mesma conotação que lhe é dada pelo Direito Administrativo, onde o mesmo se define como todo o serviço prestado pela Administração, por si ou terceiros, vinculados ao controle estatal, com a finalidade de satisfazer necessidades essenciais da coletividade, ou simples conveniências do Estado. O Serviço Público que caracteriza a Ordem é aquele que decorre do cumprimento de seus objetivos institucionais, elencados no inc. I do art. 44, quais sejam, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Referem-se, portanto, a atuações em benefício da sociedade em geral, por isto o adjetivo de público”.¹²

¹⁰ Cf. em Gisele Gondim Ramos, ob. cit., p. 706.

¹¹ Cf. *Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB*, Brasília, Brasília Jurídica, p.139.

¹² Cf; ob. cit., p. 707.



7. Resposta aos quesitos da consulta

34. À vista do exposto com base na doutrina dos autores e julgados do Supremo Tribunal Federal passo a responder os quesitos da consulta:

Ao 1º quesito

Sim, a Ordem dos Advogados do Brasil, na condição de Conselho de Fiscalização Profissional, como demonstrado neste parecer, possui natureza *sui generis*, à luz das suas prerrogativas constitucionais e da sua finalidade institucional. Natureza *sui generis*, porque não encontra similar na ordem jurídica vigente, e porque não se confunde com os demais Conselhos de Fiscalização Profissional.

Ao 2º quesito

No longo deste parecer enunciei os critérios, elementos e funções institucionais da OAB que fundamenta a sua natureza, inclusive indicações jurisprudenciais que a definem. Vou aqui destacar em síntese tais critérios, elementos e funções.

1º) Destaco, em primeiro lugar, aquelas três afirmações constantes dos n.ºs 3, 4 e 5 da Emenda do julgado da ADI 3.026: 1ª) – “A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 2ª) – “A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências. 3ª) – “Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

2º) A OAB é “serviço público independente não integrante da administração direta ou indireta”, pois a Constituição Federal e a legislação federal lhe conferiram atribuições específicas e relevantes



JOSÉ AFONSO DA SILVA

Advogado

Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP

que ultrapassam interesses corporativos, visto que têm finalidade institucional.

3º) O OAB é uma corporação dos advogados; não administra dinheiros públicos, que não o são nem pela origem, nem pela natureza da arrecadação, nem pelo destino que têm, porque provêm de contribuição de seus filiados; por isso, seus orçamentos não são estabelecidos por decreto do Presidente da República nem integram o orçamento da União como são os orçamentos das autarquias.

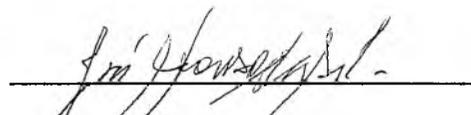
4º) Não recebendo dinheiros públicos, não aplicando dinheiros públicos, vivendo exclusivamente das contribuições de seus associados, não guardando dinheiros públicos, não administrando patrimônio público, não recebendo auxílio ou subvenção do Tesouro, não tem que apresentar ou prestar contas ao Tribunal de Contas nem a qualquer órgão público.

5º) O OAB não tem qualquer de seus dirigentes nomeado pelo Poder Executivo, porque todos são eleitos pelos próprios advogados; gratuitamente são exercidos todos os seus cargos diretivos e de administração.

6º) Por tudo isso é que se concebe a OAB como uma instituição *sui generis*.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 2 de dezembro de 2016

**OAB/SP 13.417****RG 1.410.813-6****CPF 032 588 748-91**

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 29.09.2006
EMENTÁRIO Nº 2 2 4 9 - 3

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTERESSADO(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
ADVOGADO(A/S) : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

1



6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido.

Brasília, 8 de junho de 2006.


EROS GRAU

- RELATOR

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
 REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
 ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
 INTERESSADO(A/S) : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO
 BRASIL
 ADVOGADO(A/S) : LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: O Procurador-Geral da República, com fundamento no inciso VI do artigo 103 da Constituição do Brasil, propõe ação direta de inconstitucionalidade do trecho final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, cujo teor é o seguinte:

"Art. 79. Aos servidores da OAB, (sic) aplica-se o regime trabalhista.

§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração."

2. Requer ainda seja dada interpretação conforme o inciso II do artigo 37 da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, para que seja firmado o seguinte entendimento: o provimento dos cargos da Ordem dos Advogados do Brasil deve ocorrer por meio de concurso público.

3. Relativamente à suposta inconstitucionalidade da última parte do § 1º do artigo 79, alega o requerente que o preceito estaria em confronto direto com o *caput* do artigo 37 da Constituição do Brasil ao violar o princípio da moralidade administrativa nele insculpido, moralidade à qual deve sujeitar-se a OAB, visto que possui natureza jurídica de autarquia.

4. Argumenta que "não há qualquer motivo razoável que justifique a concessão de indenização, por ocasião da aposentadoria, para aqueles servidores da OAB que optem por deixar o Regime Jurídico dos Servidores Públicos e passem ao regime trabalhista". Essa circunstância, aduz, iria de encontro à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade.

5. Sustenta ainda que a Ordem dos Advogados do Brasil constitui-se em autarquia, uma vez que fora criada por lei específica, cujo regulamento decorreu de processo legislativo. Ademais, continua, possui personalidade jurídica própria, sendo capaz de se auto-administrar, e atua no exercício de atividade pública e específica do Estado, gozando de prerrogativas inerentes à condição de pessoa jurídica de direito público da Administração Indireta.

6. Afirma que da assertiva de que a OAB é pessoa jurídica de direito público decorreria a natural conclusão de estar adstrita aos princípios da Administração, especialmente no tocante ao concurso público. Daí dever-se interpretar o artigo 79 do Estatuto da Ordem conforme a norma constante do inciso II do artigo 37, que condiciona a *investidura em cargo ou emprego público à aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*.

7. Prestadas as informações às fls. 86/99, a Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência da ação quanto à alegada

inconstitucionalidade e pela impossibilidade de se conferir interpretação conforme à Constituição.

8. O Procurador Geral da República visualiza na OAB a natureza jurídica de autarquia, fato que a sujeitaria aos princípios da Administração Pública. Entende que o artigo 79 do Estatuto deve ser interpretado conforme o inciso II do artigo 37 da CB/88, "para explicitar que os servidores desta autarquia precisam, para sua contratação, serem submetidos a prévio concurso público".

9. No tocante ao conteúdo normativo do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906/94, defende ser patente a afronta ao princípio da moralidade administrativa, visto que "os fins pretendidos pelo agente público de incentivar os servidores da OAB a aderirem ao regime trabalhista não são proporcionais ao pagamento de uma indenização no valor de cinco vezes a última remuneração do servidor".

É o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias para envio aos Senhores Ministros (RISTF, artigo 172).



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (Relator): O requerente objetiva com a presente ação impedir a aplicação do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, que possibilita aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era o estatutário, optarem pelo regime celetista, sendo compensados por essa escolha, no momento da aposentadoria, com indenização.

2. O requerente sustenta que o preceito mencionado colide com o princípio da moralidade contemplado pelo artigo 37¹ *caput* da Constituição do Brasil, aplicável à Administração Pública direta e indireta. E que, segundo ele, a Ordem dos Advogados do Brasil consubstancia autarquia, sujeita portanto aos ditames reclamados das entidades que compõem a Administração Pública ou que atuam em nome desta.

3. Considero imprescindível registrar que o fundamento do pedido restringe-se à concepção da OAB como autarquia. O requerente enfatiza a circunstância de a entidade ter sido criada por lei, o decreto n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, e possuir personalidade jurídica própria.

4. Tenho, contudo, que o simples fato da entidade ter sido criada por lei [= decreto com força de lei] não induz que a mesma

¹ "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]".

tenha natureza jurídica --- caráter jurídico, dizendo-o de modo correto --- de autarquia. Não é isso o que importa, mesmo porque a União cria ou autoriza a criação de entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado [CB, art. 37, XIX e XX].

5. Cuidando da caracterização jurídica da Ordem dos Advogados, observa DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES em parecer de 1950²:

"Na realização de sua tarefa, e no exercício de seus poderes, a Ordem não está subordinada senão à lei. Não se colocou na dependência hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade. Não conhece ela qualquer outra forma de 'contrôle', senão o jurisdicional, que pertence à justiça ordinária, na sua missão de preservar inviolável o 'rule of law', assegurado na maior amplitude pela Constituição - art. 141, § 4º.

De outro lado, garantido-lhe plena independência e íntegro auto-governo, todos os órgãos de direção da Ordem são eleitos pelos membros da corporação (arts. 65, § 1º, 83, parágrafo único, 84 e 88 do regulamento)."

6. Mais adiante, salienta³:

"Entre nós, as autarquias existentes tem finalidades acentuadamente econômica; destinam-se, salvo raras exceções, ao desempenho de serviços de natureza industrial ou comercial, ou atender à previdência social, através de organismos que operam também como verdadeiros bancos de investimentos.

O patrimônio delas é um patrimônio público; os seus serviços são mantidos, pelo menos parcialmente, com recursos fornecidos pelo Tesouro Público; os membros da sua diretoria, senão todos, os que nela tem maior autoridade, são nomeados pelo poder executivo.

Nada disso se verifica com a Ordem. Não lhe foi atribuída a gestão de qualquer parcela do patrimônio público, que se houvesse destacado do patrimônio geral da União. Não recebe qualquer ajuda, auxílio ou subvenção do Tesouro

² RDA 20/342.

³ RDA 20/343.

Nacional; custeia os seus serviços exclusivamente com a modesta contribuição pecuniária dos inscritos nos seus quadros. Todos os seus órgãos de direção são eleitos pelos advogados; e os seus componentes desempenham os seus deveres, sem remuneração de qualquer espécie. Não tem a Ordem nenhum objetivo econômico: executa apenas tarefa de natureza ética, cultural e profissional, como a de zelar pelo exercício probo e eficiente da advocacia. Qual a razão, pois, qual a vantagem de se enquadrar a nossa corporação (a que sem dúvida atribuíram largos poderes, a fim de que cabalmente se desincumbisse dos seus encargos) na mesma chave ou esquema das autarquias administrativas, para submeter ao mesmo regime comum, entidades tão diversas, sob múltiplos aspectos? O que cumpre fazer é, pois, ampliar as nomenclaturas de classificação, estabelecer distinções legítimas, apoiadas em dados indescritíveis da realidade. Se a Ordem é, assim, uma entidade 'sui generis', porque assim a criou o legislador (como de igual modo procedeu em outros casos), nada mais resta senão fugir das esquematizações sumárias, que falseiam a situação real."

7. Cogitando então da qualificação da Ordem dos Advogados na França, DARIO DE ALMEIDA MAGALHÃES anota⁴:

"Cremos ser análoga a situação da nossa Ordem: corporação investida de funções e poderes públicos, reclamando um *nomen iuris*, adequado ao seu regime peculiar. Pouco importa, a nomenclatura, a etiqueta, desde que esta não lhe desnature a índole ou lhe altere a substância".

8. E, por fim, suas observações conclusivas⁵:

"A posição da Ordem, o papel que lhe foi destinado, a autoridade de que se reveste, as responsabilidades que lhe incumbem, não se coadunam, porém, com qualquer forma de tutela administrativa. A sua independência lhe é essencial, não só à dignidade da instituição, como à própria eficiência de sua

⁴ RDA 20/349.

⁵ RDA 20/351.

atividade peculiar. A independência da Ordem protege a independência do advogado; e sem esta a profissão decai de sua grandeza e de sua utilidade social."

9. Referindo-se à distinção entre a Ordem e o sindicato dos advogados, diz ORLANDO GOMES em parecer de 1.974⁶:

"(...) a Ordem é coisa distinta. A começar porque não é uma associação, nem uma sociedade, nem mesmo um órgão da Administração Pública, posto que exerça funções públicas. A Ordem é um quadro no qual tomam alento, vivendo sua experiência, as normas que disciplinam a profissão de advogado. A ordem [sic] é uma instituição que tem como condição de existência a autonomia no sentido, frisado por SATTÁ, de que, não obstante se integrar no Estado, com ele não se identifica, antes se lhe opõe porque são seus filiados que a governam no interesse de aplicar a normativa profissional".

10. O fato é que, iniludivelmente, a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro⁷.

11. Ela, sim, é um serviço independente, de feitiço único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como "autarquias especiais", para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas "agências".

12. Cumpre ver que não há apenas uma Administração, mas uma pluralidade de Administrações Públicas, todas elas titulares de

⁶ "A vinculação da OAB ao Ministério do Trabalho", in As razões da autonomia da Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, Rio de Janeiro, 1.975, pp. 59-60.

⁷ Neste sentido, PAULO LUIZ NETTO LÔBO, Comentários ao Estatuto da Advocacia, 2ª edição, Co-edição do Conselho Federal da OAB e da Brasília Jurídica, Brasília, 1.999, p. 180.

relações jurídico-administrativas. Ao lado da Administração federal alinham-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando --- diz EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA⁸ --- com sua própria personalidade jurídica independente, e uma plêiade de entidades institucionais ou corporativas igualmente personificadas.

13. Todas elas, no entanto, atuam de *modo harmônico*, mercê da definição de um quadro de competências no plano constitucional e dos mecanismos de tutela e instrumentalidade estabelecidos entre cada uma delas e suas entidades, de modo que - lanço mão das palavras de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA⁹ - toda a galáxia administrativa é reconduzida a uma unidade estrutural e sistemática.

14. Essa unidade estrutural e sistemática decorre, entre nós, do disposto no art. 37 da Constituição de 1.988, sendo reafirmada nas dobras da legislação infraconstitucional.

15. As autarquias são pessoas jurídicas de direito público. Embora em rigor situadas nos quadrantes da Administração Indireta, descentralizada¹⁰, "não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas"; "são responsáveis pelos próprios comportamentos"¹¹.

16. Isso, contudo não importa, repita-se, em que se tornem absolutamente independentes, visto estarem sujeitas ao vínculo da

⁸ EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA e TOMAS-RAMON FERNANDES, Curso de Derecho Administrativo, 4ª ed., v. I, Madrid, Civitas, 1.983, p. 33.

⁹ Ob. cit., p.34.

¹⁰ V. meu "Considerações a propósito das sociedades de economia mista", Revista de Direito Público 17:113 [1.971].

¹¹ Dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2.002, p.140.

tutela administrativa, que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define como "o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas [as autarquias] com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado"¹².

17. Ora, a OAB não é, evidenciadamente, uma entidade da Administração Indireta. Não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

18. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça, nos termos do que dispõe o artigo 133 da Constituição do Brasil. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qualquer órgão público.

19. A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições

¹² Ob. cit., p.141.

jurídicas". Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

20. A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão.

21. O requerente insurge-se contra a indenização oferecida aos empregados da OAB que optassem por migrar do regime estatutário para o celetista, parte final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, afirmando ainda que, em face do que dispõe a Lei n. 8.112, por tratar-se de autarquia, o valor pago no momento da aposentadoria de tais empregados não encontraria respaldo jurídico. A questão é, porém, mais ampla.

22. Conforme afirmei há pouco, a Ordem dos Advogados do Brasil não é, e também não foi em momento anterior, enquadrável no gênero comum das autarquias. Importa aqui traçar uma evolução histórica da legislação aplicada a OAB. A entidade foi criada pelo decreto 19.408, de 18 de novembro de 1930. Posteriormente, em 1963, recebeu seu primeiro estatuto, a Lei n. 4.215. O artigo 139 deste texto normativo assegurava "aos funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil o regime legal do estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e leis complementares". Cuidava-se da Lei n. 1.711, vigente

à época e revogada pela Lei n. 8112, publicada em 12 de dezembro de 1990.

23. Ainda que por determinação legal tenha sido imposto o regime estatutário aos empregados da OAB, esse regime não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. O regime estatutário disciplina as relações entre servidores públicos e a Administração Pública, não sendo extensivo a outras entidades tão-somente porque a criação destas últimas decorreu de lei. A Ordem dos Advogados do Brasil não pode nem mesmo ser vista como autarquia especial, pois é entidade independente, não estando vinculada à Administração.

24. Assim, ainda que o almejado pelo requerente seja, implicitamente, a declaração de que a OAB é autarquia, entendo que o preceito é patentemente inconstitucional. Mas não pelos fundamentos apresentados na inicial. Como disse, a questão é mais ampla: não se trata de indenização desprovida de fundamentação constitucional, mas de ausência de pertinência da norma legal, que supõe plausível a atribuição de tratamento estatutário aos empregados da OAB, o que tenho por inadmissível. Dada a índole de causa aberta da ação direta de inconstitucionalidade, entendo ser possível declarar inconstitucional não só a parte final do § 1º do artigo 79 da Lei n. 8.906, mas todo o preceito veiculado no parágrafo.

25. O segundo pedido do requerente é alinhado no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, cujo teor é o seguinte:



"Art. 79. Aos servidores da OAB, (sic) aplica-se o regime trabalhista".

26. O requerente pleiteia a declaração, desta Corte, de que o preceito deva ser interpretado conforme o artigo 37, inciso II, da CB/88, "para que fique claro que, apesar de submetidos ao regime trabalhista, os servidores da OAB somente podem ser contratados mediante prévio concurso público" (fl. 5).

27. Ao requerente da ADI cabe buscar a declaração de inconstitucionalidade do preceito que com a Constituição do Brasil não guarde coerência. A interpretação conforme a Constituição é técnica a ser utilizada por esta Corte quando, diante da existência de duas ou mais interpretações possíveis, uma delas seja eleita como a ajustada ao texto constitucional.

28. O requerente não aponta as múltiplas interpretações que originar-se-iam do preceito, mesmo porque este é tão sucinto que não comporta múltiplas interpretações. Não há, no caso, como se apontar uma entre várias interpretações que constitucionalmente possa ser considerada apropriada¹³. Aqui não há mais de uma interpretação possível, mais de uma norma a ser extraída do texto.

29. Ora, a ação direta de inconstitucionalidade não é meio hábil para a postulação de interpretação conforme a Constituição, técnica que deriva da presunção de constitucionalidade dos textos normativos emanados do Poder Legislativo.

¹³ Cf. GILMAR MENDES. Jurisdição Constitucional - o controle abstrato das normas no Brasil e na Alemanha, 3ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1999, p. 229: "Uma importante modalidade de decisão do *Bundesverfassungsgericht* é a interpretação conforme à Constituição, na qual o Tribunal declara qual das possíveis interpretações se revela compatível com a Lei Fundamental".

30. Esta Corte reconheceu que a interpretação conforme a Constituição, se firmada no controle abstrato de normas, consubstancia uma espécie de pronúncia de inconstitucionalidade (Representação Interventiva n. 1.417, Ministro Moreira Alves, RTJ n. 126, p. 48). O Ministro Gilmar Ferreira Mendes¹⁴ enfatiza que o Tribunal, nesse julgamento, "considerou inadmissível a utilização da *representação interpretativa*, entendendo que, se fosse o caso de aplicar a interpretação conforme a Constituição, ela deveria ser utilizada no âmbito do controle abstrato de normas".

31. Ademais, não prospera em benefício da argumentação do requerente a alusão ao princípio da moralidade. A propósito, observo tão-somente que a sua consagração como *princípio* no plano constitucional [artigo 37 da Constituição do Brasil] e no plano infraconstitucional [artigo 3º da Lei n. 8.666/93, v.g.] não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais.

32. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, a ela conferindo, concomitantemente, a forma que a constitui.

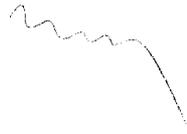
33. Nessa medida, o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade mesma, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas.

¹⁴ Ob. cit., p. 285.

34. Ocorre, no entanto, que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema.

35. Assim compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da *moralidade da Administração*, nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro, a ambos os princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Julgo improcedente o pedido.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sr. Presidente, desejo, na medida em que esse entendimento seja confirmado pelo Plenário, desejo trazer outra questão à apreciação da Corte, questão atinente aos efeitos derivados da decisão de inconstitucionalidade. Porque o dispositivo que receberá a denotação de inconstitucional na verdade produziu efeitos concretos. Foi dito da tribuna que há dezenove empregados da OAB nessa situação. Isso porque ao tempo da publicação da lei --- eu supunha, mas agora está confirmado --- eles fizeram opção pelo regime estatutário. Há portanto empregados da OAB aposentados cujos proventos são oriundos tanto do primeiro regime, quanto do segundo. Por isso estou entendendo que se deva conferir temperamentos aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para evitar a retroatividade prejudicial.

Assim, proponho sejam ressalvadas, na hipótese, as aposentadorias já consolidadas sob a égide do preceito, caso venhamos a entendê-lo como inconstitucional.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, se bem entendi, o **caput** não foi objeto do pedido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não! O **caput** não foi objeto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Com todas as vênias de V. Ex^a., entendo que o que há de aberto na ação direta é a **causa petendi**, mas estamos absolutamente cingidos ao princípio do pedido.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - O pedido é com relação ao § 1º.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, só poderemos julgar do § 1º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas há pedido quanto à cabeça do artigo, porque o que se coloca é que estaria havendo duas



interpretações ou dois enfoques sobre a exigibilidade, ou não, do concurso público.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Perdão, o pedido diz respeito à inconstitucionalidade da parte final do § 1º. E há uma interpretação conforme a ser dada ao *caput*.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que resulta, segundo o pedido formulado, em se assentar que é inconstitucional a interpretação da cabeça, no que afaste o concurso público.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Desde quando um dispositivo que estabelece um regime suponha interpretações que permitam interpretação conforme?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Mas é exatamente o problema da inicial, porque a inicial ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A partir da premissa, esse conselho não seria uma autarquia especial.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - E a partir do princípio de que a Constituição Federal não admite ingresso de servidor a não ser por concurso público...



O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Onde está dito que não haverá concurso?

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Foi dito da tribuna.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Da tribuna, **data** **vênia**; a norma não é objeto de ação direta.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Mas não podemos fechar os olhos diante de uma realidade.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Há outros meios de controle. Não podemos é simplesmente fazer abstração de toda a construção do processo da ação direta para aferir da validade de um dispositivo que dispõe apenas sobre o regime jurídico a que se submetem os servidores a fim de saber se nele se contém hipóteses de interpretação que dispensa ou não o concurso.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - É só indagar se já prestaram concurso alguma vez.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - A questão é a seguinte: esse art. 79 nada refere em relação a isso, não instala nenhuma dúvida. O que o requerente quer, sem dizer quais são as dúvidas possíveis, é que se faça opção por uma delas, a que ele pretende, mas sem que esse seja um meio adequado.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pelo texto, Senhor Presidente, temos a adoção do regime dito celetista de forma abrangente, e, aí, evidentemente, não há concurso público para se ingressar em uma pessoa jurídica de direito privado que não integra a administração, porque há pessoas jurídicas de direito privado que a integram - refiro-me às sociedades de economia mista e às empresas públicas. O que surge da própria redação do artigo 79 é a visão do regime da Consolidação das Leis do Trabalho como um grande todo, ou seja, viabilizando a arregimentação de prestadores de serviço sem o concurso público.

Agora, o que está em discussão neste processo não é bem a cabeça do artigo 79, nem o § 1º. O tema mais importante é a definição da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Federal, e notamos que nos defrontamos com uma entidade, com um ente ao qual se atribuiu não apenas o cadastramento de certo segmento profissional, mas também a fiscalização, podendo haver exclusão, inviabilizando-se o exercício profissional e, mais do que isso, podendo ser exercido o poder de polícia, poder de punir. Deu-se ainda a esse Conselho, como a dezenas de conselhos - estamos julgando indiretamente o sistema -, a possibilidade de impor, como se integrante realmente da Administração Pública, contribuições obrigatórias, com um detalhe: todos sabemos que a capacidade

postulatória pressupõe a inscrição na Ordem dos Advogados. Daí a importância, para mim até maior quanto a outros conselhos, do próprio Conselho revelado pela Ordem.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Ele é importantíssimo; apenas acho que não tem nenhuma adequação ao modo como se pôs essa ação direta.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E aí, Presidente, veja Vossa Excelência que, na própria lei disciplinadora - o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil -, existem premissas quanto ao que criado, aos conselhos que se enquadram, a mais não poder, na definição legal de autarquia, que não encerra submissão, ao contrário - pelo Decreto-Lei nº 200, a autarquia é um serviço autônomo criado por lei. Para que lei para criar esse Conselho, se se trata de uma pessoa jurídica de direito privado, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios? Para executar atividades típicas da Administração Pública, com imposição de contribuição, poder de polícia, e viabilização, digo mais, de um direito constitucional, de uma garantia constitucional que é o exercício de uma profissão.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Ministro, V.Exa. me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Pois não.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Um elemento fundamental para caracterização da autarquia --- visto que aí estamos diante de algo que além de ser público é estatal, porque há muita coisa que é pública, mas não é estatal --- é a sujeição ao controle.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência, pela definição legal, não.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Permita-me terminar. Ao contrário dos demais conselhos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim. Gestão administrativa e financeira descentralizada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Vai procurando nesse mesmo decreto-lei, a partir do qual já estamos decidindo questões constitucionais. Procure que V.Exa. encontrará a tutela.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Pois é a tutela e ela existe...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, Excelência. Aí, inclusive, há citação de Celso Antônio Bandeira de Mello. O conceito de autarquia afasta a tutela.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Não é verdade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não é verdade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Eu citei Celso Antônio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, não me refiro ao trecho citado por Vossa Excelência, já que entende que pode dizer que não é verdade.

Agora, é um tabu, Senhor Presidente, discutir-se o que ressoa como uma verdadeira soberania desse Conselho, quando no cenário nacional não se tem apenas esse Conselho. Precisamos julgar, presente um sistema, sob pena de ele ficar capenga, porque teremos de adotar, aqui - se entendermos que se trata de uma pessoa jurídica de direito privado -, a mesma óptica quanto a dezenas de conselhos existentes no Brasil.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sob esse aspecto, gostaria de ponderar que nenhum outro conselho mereceu da Constituição menção expressa. Nenhum outro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Está acima do próprio Estado?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Nenhuma outra profissão. Eu me dei ao trabalho de pinçar da Constituição as vezes em que ela fala de advogado, de advocacia, de Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e de Ordem dos Advogados do Brasil. Ela fala três vezes em Ordem dos Advogados do Brasil (arts.93, 129, § 3º, e 132); fala cinco vezes de Conselho Federal da OAB (arts.103, 103-B, 130-A, § 4º); em advogado, quatorze vezes.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - a que conclusão V.Exa. chegou?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quero chegar à conclusão de que a Constituição fez da Ordem, dos advogados, do Conselho Federal uma matéria...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Que órgão todo-poderoso teremos no Brasil!

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - ...matéria de seu especial apreço, matéria que não pode ser comparada com outra porque daí se falar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, Vossa Excelência concebe a criação de entidade, que tem o poder de polícia a ponto de inviabilizar o exercício profissional, que não integre a administração indireta?

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Apenas para entender a discussão. Ouvi falar que está em causa a natureza pública ou natureza privada da OAB?

Mas isso é matéria vencida, Ministro.

Na Adin 1.717, declarou-se inconstitucional o dispositivo que dispunha - não com relação à Ordem especificamente, mas em relação a todos os Conselhos de fiscalização profissional - que seriam entidades de direito privado. Isto já foi declarado inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas ouvi o relator afirmar que estamos diante, aqui, de uma pessoa jurídica.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Não, V.Exa. ouviu, então, deve ser a mudança dos nossos ouvidos.



O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Tanto que Vossa Excelência chega à conclusão do conflito do parágrafo com a Carta da República, a partir da premissa de que seria inviável a contratação pelo regime dito estatutário, que não é estatutário, da Lei nº 8.112/90; é contratual, consoante dispõe o artigo 13, que ainda está em vigor.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É que a lei anterior falava em estatutário.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - É do sistema anterior.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sistema anterior! V.Exa. não ouviu o meu voto, não prestou atenção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, eu presto atenção em seus votos, principalmente quando Vossa Excelência relata.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas toda essa discussão foi gerada a partir de uma objeção.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então, qual é a natureza jurídica, se não é uma autarquia especial? E eu diria, sem demérito, Senhor Presidente, uma autarquia corporativista, como são os demais conselhos que congregam categorias profissionais, criados por lei, com poder de polícia e a possibilidade de impor contribuições e, mais do que isso, de excluir, no caso concreto, a capacidade postulatória, o que implica dizer: de inviabilizar o exercício de uma garantia constitucional.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Ministro Marco Aurélio, lembre-se de que, para exercer os direitos políticos de ser eleito, precisa o cidadão integrar partido político e ser pessoa jurídica de direito privado.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É preciso conhecer um pouco de História para entender isso, desde o tempo das corporações. Mas não há de ser nenhuma coisa muito longa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, somente para orientar o meu raciocínio e tornar mais inteligentes as coisas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Porque não há liberdade quanto à adesão, ou não, à ordem.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, toda esta discussão partiu de uma objeção que o Ministro Sepúlveda Pertence fez ao voto do eminente Relator, sobre a admissibilidade do pedido em relação ao **caput**. Noutras palavras: a partir dessa objeção, já estamos antecipando voto. O que foi suscitado pelo Ministro é se há pedido admissível de interpretação conforme, em relação ao **caput**. Essa foi a questão.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Não há nenhuma dúvida de que há, porque toda a fundamentação está exatamente nesse sentido.

O art.79, **caput**, parte da idéia...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro, já conhecemos o argumento.

Vamos organizar. A situação é a seguinte: O Ministro-Relator julga inconstitucional a totalidade do § 1º, que não foi objeto do pedido. O objeto do pedido restringe a parte final, ou seja, a opção, o direito de indenização decorrente da opção, foi restrito a isto o pedido.

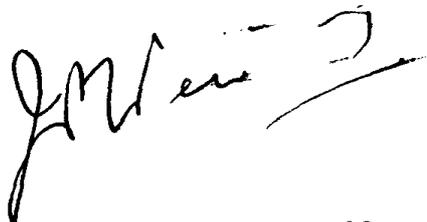
O Ministro Sepúlveda Pertence suscitou, no seu aparte, a questão da inadmissibilidade da ação, considerando os pedidos.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - A princípio me pareceu que não era objeto do pedido o **caput**. É objeto de um pedido de interpretação conforme. E, aí, suscito a outra questão: interpretação conforme pressupõe ambigüidade do texto normativo. E nada se disse a respeito de concurso público no **caput** do art.79.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Cogitou-se, entretanto, de um regime que é linear, o da Consolidação das Leis do Trabalho. Este, de início, se não se entender que, em se tratando quer de pessoa jurídica de direito público, quer de pessoa jurídica de direito privado, mas integrante da administração indireta, evidentemente não há...

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Estamos com a seguinte situação: O Ministro Sepúlveda Pertence suscita uma inadequação do pedido em relação ao **caput** do art.79 quando se pede uma interpretação conforme a Constituição, para se dizer que, não obstante - que é o objetivo da demanda - a natureza do regime trabalhista que fixa o art.79, ter-se-ia que exigir o concurso público.

O Ministro Sepúlveda Pertence suscita esta questão como uma preliminar sobre a possibilidade de discutirmos esse assunto.



O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Mas é exatamente nesse sentido o meu voto.

Obs: Texto sem revisão do Sr. Ministro Nelson Jobim (§4º do artigo 96 do RISTF)

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

VOTO PRELIMINAR

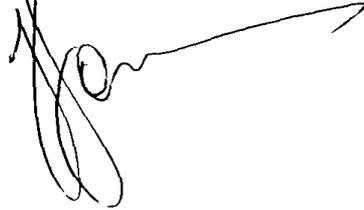
O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sr.

Presidente, acho que há dúvida.

Ao se optar pelo regime trabalhista, o que se quer, em realidade, é desvincular a OAB do regime jurídico de direito público. Portanto, desobrigá-la de fazer concurso.

Evidentemente, há uma ambigüidade, há uma incongruência em todo esse estatuto jurídico da OAB.

Conheço do pedido.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, não conheço do pedido. Acho que o dispositivo, pelos elementos contidos nele mesmo, não rende ensejo a mais de uma interpretação.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO – Sr. Presidente, com o devido respeito, conheço do pedido, porque entendo que há dúvida, e esta nasce exatamente da fundamentação, que a suscita sobre a natureza jurídica da OAB, ensejando duas interpretações: uma, que a OAB é entidade de Direito Privado, e a outra, que seria de Direito Público.

No primeiro caso, não se exigiria concurso público para preenchimento de cargo; e, na segunda hipótese, exigir-se-ia, a despeito de o regime de pessoal ser celetista. 

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vejo aqui a relação entre disposição e duas claras normas, exatamente como colocou o Ministro Cezar Peluso. Temos uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação, portanto, livre num regime privado típico e, a segunda, que a submete a um regime de Direito Público exigível, portanto, concurso público. Há ambigüidade inequívoca, e, portanto, é admissível, sim, a ação.



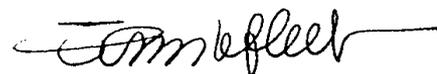
Supremo Tribunal Federal

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**VOTO PRELIMINAR**

A Senhora Ministra Ellen Gracie : Senhor Presidente, também com a vênua dos que pensam em contrário, conheço do pedido nessa parte.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, a quadra é de racionalização dos trabalhos do Supremo Tribunal Federal, do Poder Judiciário, cuja mazela maior, segundo se aponta, é a morosidade.

No processo em mesa, o Supremo tem oportunidade de lançar entendimento, como guarda-maior da Carta da República, de forma linear e considerado, como convém, o fator tempo. Por isso, já disse, aqui, na bancada, que vejo o processo objetivo com uma flexibilidade maior, quer considerados os legitimados para ingressarem com ações, que deságuam nesse processo, quer o objeto da própria ação.

No caso, o Ministério Público, o Procurador-Geral da República ataca o disposto na cabeça do artigo 79 - explícito esse artigo:

Art. 79 - Aos servidores da OAB aplica-se o regime trabalhista.

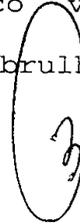
O texto não comporta exceção quanto à singularidade desse regime, o trabalhista.

Conversava há pouco com o ministro Gilmar Mendes, até mesmo buscando a confirmação da óptica - desconfiando, portanto, do que vislumbrei no primeiro passo.

ADI 3.026 / DF

Em todo pedido de interpretação conforme, tem-se, necessariamente, pleito de declaração de inconstitucionalidade, de percepção, de interpretação, que se mostra conflitante com a Carta da República.

Se assim é, Senhor Presidente, peço vênua aos ministros relator e Carlos Ayres Britto para abrir o embrulho.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

V O T O

(PRELIMINAR)

O Sr. Ministro **CARLOS VELLOSO** - Sr. Presidente, também peço vênia aos eminentes Ministros Relator e Carlos Britto para conhecer da ação, no ponto.

Entendo que há ambigüidade e que cabe, aqui, a interpretação conforme. *CCC*

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sr. Presidente, gostaria apenas de reafirmar que quando o Tribunal afirmou a exigência do concurso público para indiscutíveis entidades de Direito Privado da Administração Pública, vale dizer, as empresas públicas e sociedades de economia mista, afirmou também que o regime trabalhista não afasta, com relação a entes da administração, o concurso público.

Por isso, neguei qualquer ambigüidade a um dispositivo que se limita a escolher o regime.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É a prática que vem sendo adotada.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Excelência, não estou julgando a OAB. Estou julgando uma ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Estou julgando o sistema. Não julgo a Ordem. Quem sou eu para julgar a Ordem, esse ente que se imagina soberano!



Supremo Tribunal Federal

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026

VOTO PRELIMINAR

Min.
1.

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, também acompanho o Relator e faço um registro que me parece importante fazê-lo.

Essa ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada em outubro de 2003, atacando um dispositivo de 1994. No caso específico, uma extraordinária morosidade na pretensão deduzida pelo Senhor Procurador-Geral.

Não importa meramente o registro, importante se fazer, porque, evidentemente, quando o Ministro Sepúlveda Pertence refere que nós - o Tribunal - decidimos que nas entidades integrantes da Administração Pública, e, por razões políticas ou pelo menos razões inclusive operacionais, devam ter o regime trabalhista, passamos a exigir o concurso público.

Aqui, o que está se fazendo - e foi identificado pelo eminente Relator - é exatamente o contrário. Aqui se pretende a adoção do sistema do concurso público para fazer como consequência

Supremo Tribunal Federal
ADI 3.026 / DF

disso, integrar a Administração Pública, no desconhecimento da distinção fundamental entre entidade estatal.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Apenas para nota, o acórdão a que me referi, é o MS 21.322, relatado pelo Ministro Paulo Brossard. Apesar de o regime trabalhista não afastar a exigência de concurso público.

 O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Não afasta, porque ela é que trata da Administração.

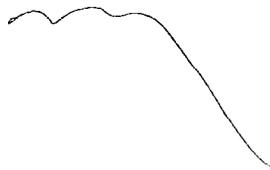
23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Sr. Presidente, a exigência de concurso público alcança todas as entidades da Administração, seja as dotadas de personalidade de direito público, seja as de personalidade jurídica de direito privado. Entidade que não participa da Administração não fica sujeita, a meu ver, a concurso público. A Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos, que também têm características semelhantes, não estão sujeitos a concurso público. Por medida de coerência, se entendêssemos que uma entidade que não participa da Administração deve ficar sujeita a concurso público, teríamos de impor essa exigência, exigência do concurso público, ao PT, ao PMDB, ao PSDB e assim por diante.

Não cabe a exigência em relação a entidade que, embora dotada de personalidade de direito público, não participa da Administração, não está sujeita a tutela administrativa.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, o direito comparado seguramente não registra nenhuma situação parecida com a de que goza a OAB no espaço jurídico brasileiro. Trata-se de uma entidade que goza - como acabamos de ouvir não só no voto do eminente ministro relator, mas também nas intervenções feitas pelos colegas -, inegavelmente, de um estatuto jurídico mais do que *sui generis*; que participa amplamente da formação do Estado; que congrega a única categoria que tem o direito constitucional de ingressar nas fileiras do Estado em situação inteiramente discrepante daquela prevista para os demais agentes do Estado; que forma, portanto, a vontade do Estado. E mais: que goza, em certas situações, de total imunidade tributária.

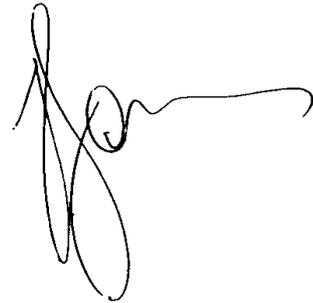
Leio a Lei 6.811/1980, que me causa perplexidade:

"A partir do exercício de 1980, o produto da taxa judiciária que se refere ao artigo 20 do Decreto [...] destinar-se-á à construção do Edifício Sede da Ordem dos Advogados do Brasil."



O que é isso? Todos esses elementos, inclusive aqueles elencados pelo ministro Carlos Britto, indicam, a meu ver, pelo menos um esboço de regime público. O que caracteriza a natureza de uma autarquia - há diversas modalidades de autarquias - não é simplesmente, como disse o ministro Eros Grau, sua sujeição ou subordinação a um órgão ou entidade da Administração; é o fato de que ela assume ou exerce atividades, missões típicas de serviço público. E todos esses elementos contidos na nossa Constituição e nas leis referentes à OAB indicam, sim, que esta é regida por um regime de direito público, e não de direito privado.

Com essas breves considerações - talvez para lançar debate -, peço vênias para divergir.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, até agora eu quis chamar a atenção da Corte, com todo respeito, para as singularidades da OAB enquanto pessoa jurídica. Era meu propósito, inclusive, referendar o ponto de vista daqueles que insubmetem a OAB à tutela a controle do Estado e confirmar o que disse o Ministro Eros Grau: é uma entidade profissional corporativa, mas que extravasa os diques da própria função corporativa para ganhar uma função institucional de defesa de toda a ordem jurídica da Constituição etc.

Por isso, resignei-me com a comparação pura e simples entre o Conselho Federal e os demais conselhos a ponto de eu lembrar que nenhum conselho tem previsibilidade constitucional, ao passo que a Ordem dos Advogados tem nas tantas vezes que citei. Porém, quanto à matéria da exigência do concurso, a própria lei criadora da ordem, Lei nº 8.906/94, categoriza a instituição como serviço público:

Art. 44 - A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo



aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil."

Ora, diante dessa categorização legal da instituição como serviço público, a regra do recrutamento de seus servidores mediante concurso público me parece se impor.

Então, voto pela exigência do concurso público.

** ** **



Supremo Tribunal Federal

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Srs. Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Velloso.

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026

ESCLARECIMENTO

M.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Vamos deixar claro - agora que estamos conhecendo - que estamos discutindo uma questão maior que isso, surgida no final, que é a submissão e, depois, começa o problema. O Ministério Público está interessado nisso, está claro, pois dez anos depois ajuíza ação nesse sentido, ou seja, há disputas corporativas. Vamos deixar bem claro o que estamos tratando. Não é só concurso público, é uma outra questão, exatamente o que significa o desrespeito ao processo histórico político brasileiro que desenhou essa organização. O que pretendemos? Pretendemos pegar um processo histórico político clássico, claramente *sui generis* em face da realidade política e institucional do País, e tentar colocar em cima de categorias de direito administrativo, para outro objetivo que não fazer com que se traia esse processo político.

ADI 3.026/DF *Supremo Tribunal Federal*

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Já era tempo que isso acontecesse. Já não era tempo de se eliminar essa perplexidade?

J. M.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - O desenho foi feito pela história política do País e Vossa Excelência, com seu voto, diz que existe algo no mundo chamado "serviços públicos", e, portanto, sendo serviços públicos só pode ser entidade da Administração Pública. Qual a consequência disso? Fazer aquilo que foi exatamente a longa disputa da questão dessa instituição.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - Ministro, mas são categorias jurídicas que têm de ser observadas.

J. M.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Mas categorias jurídicas não são do mundo, temos que ver as categorias a partir da história.

O SR. MINISTRO CARLOS VELLOSO - São criações da lei, do Direito, da Constituição. Temos de tipificar o fato, essa é a nossa atividade, o nosso trabalho.

J. M.
O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM (PRESIDENTE) - Ministro Carlos Velloso, essa é a discussão típica que se trava hoje entre os constitucionalistas sobre o conceito de federação, pretendendo

ADI 3.026 / DF

Supremo Tribunal Federal

discutir a questão da União Européia, por exemplo, se a União Européia é uma figura de federação. Quanto à instituição da federação é superada pelo fenómeno jurídico novo, distinto, historicamente com outra concepção e nós queremos pegar o mundo moderno e jogar dentro de um modelo de aprisionamentos.

23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes do Srs. Ministro Gilmar Mendes.

V O T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, há uma tendência óbvia na ciência do Direito e entre os seus aplicadores, também, de, diante de certas dificuldades conceituais, se recorrer às categorias existentes e já pensadas como se fosse escaninhos postos pela ciência, onde um fenómeno deva ser enquadrado forçosamente.

Recordo, a propósito, a secular tentativa de explicação do que era o processo e o procedimento, hoje postos como categorias autônomas na Teoria Geral do Direito; hoje ninguém mais discute que o processo e o procedimento são categorias autônomas. Então, desde as teorias alemãs, situações jurídicas, relação jurídica, se transformou numa categoria puramente estática do mundo do Direito Privado para tentar explicar uma categoria dinâmica do Direito Público que é o processo, etc, até que se chegou, hoje, à



seguinte conclusão: o processo é o processo, nada mais; ele é, em si, uma categoria.

Toda dificuldade que vejo, neste caso, é de tentar colocar forçosamente essa instituição dentro de um desses escaninhos preestabelecidos, como se isso fosse suficiente para resolver todos os problemas, que é a falta de uma definição mais clara por parte do ordenamento.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Se V.Ex.^a me permite um aparte, aí estamos, talvez, invertendo até a perspectiva que marca o controle abstrato. O pedido diz respeito ao artigo 79 e parágrafo único. Entendo que não devemos responder a essas outras questões que estão postas. Aqui é saber se essa instituição que tem caráter magno e público pode dispensar o concurso público. É tão-somente essa questão. E esquecer o Decreto-lei nº 200; esquecer, por ora, outras categorias. Tão-somente a questão posta no pedido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Estou colocando a premissa da minha conclusão. Isso significa, para abreviar, que a instituição está sujeita a normas de direito público e, ao mesmo tempo, a normas de direito privado, independentemente de saber se é autarquia típica, se é



autarquia especial. Isto não importa para se resolver o caso concreto, admitir que, perante o ordenamento jurídico, a OAB está sujeita, em alguns aspectos, a normas de direito público e, em outros, a normas de direito privado. A pergunta que fica é a seguinte: o regime de pessoal da Ordem está sujeito a regras de direito público? Os cargos são criados por lei? Há necessidade de lei para regular qualquer circunstância do regime jurídico de pessoal? A melhor resposta, a meu ver, é obviamente negativa e, se o é, isto é, se não se aplicam ao regime jurídico do pessoal da Ordem normas de direito público, ainda que tenham outras explicações, a mim me parece que a resposta à pergunta é que não há interpretação conforme no sentido do pedido, porque não se exige concurso público, pois o pessoal da ordem dos Advogados não está sujeito a normas de direito público.

É como voto com o devido respeito.



23/02/2005

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, realmente o Ministro Peluso traz à baila um vício de que todos padecemos, que deita raízes em Aristóteles, o qual, como todos sabem, era um lógico por excelência, achava que cada coisa devia ficar em seu lugar e projetou essa influência nossa de tentar adaptar realidades diferenciadas em escaninhos conceituais preexistentes, antigos.

Deixei-me impressionar muito bem por essa observação dele e, sobretudo, por uma outra achega: é que o Ministro Cezar Peluso, ao dizer que pouco importa a natureza jurídica da OAB, o fato é que a Instituição efetivamente se rege ora por normas de Direito Público, ora por normas de Direito Privado. Ele me impressionou quando lembrou que os cargos da OAB não são criados por lei. Ele não disse isto, mas acrescento: não têm seus vencimentos fixados por lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E entendemos que há exigência do concurso. A quem interessa colocar em segundo plano concurso público, os princípios da isonomia, da moralidade, da impessoalidade?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - De outra parte, no contexto global de meu voto, queria ter ensejo de dizer que, realmente, o pensamento jurídico ortodoxo sobre a OAB encontra



sérias dificuldades pela heterodoxia da natureza da OAB, que eminentemente é uma instituição da sociedade civil, não é uma instituição da sociedade estatal, daí por que aparelhada pela própria Constituição, "n" vezes a fim de exercer um **munus** que a coloca ao lado da Imprensa como as duas grandes instituições da sociedade civil. E por natureza infensas, ambas, imprensa e OAB, a controles estatais.

Vou reconsiderar meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'B' followed by a horizontal line and a small flourish.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, conheceu do pedido relativamente ao *caput* do artigo 79 da Lei nº 8.906/94. Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Senhores Ministros Relator, Carlos Britto e Cezar Peluso, que negavam a interpretação conforme a Constituição, no artigo 79, por entender não exigível o concurso público, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que entendia exigir concurso público, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo interessado, *amicus curiae*, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.02.2005.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

71 
Luiz Tomimatsu
Secretário

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, com fundamento no inciso VI do art. 103 da Constituição Federal.

O objeto desta impugnação corresponde ao art. 79, *caput* e §1º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 ("Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil").

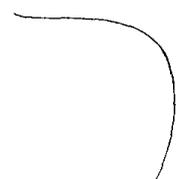
Eis o teor dos dispositivos impugnados nesta ação direta:

"Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.

§1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração."

Ao final, o requerente postula, *verbis*:

"(...) julgue-se procedente o pedido, para que seja declarada a inconstitucionalidade da expressão 'sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes



o valor da última remuneração' do §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/94, bem como para que seja dada interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição Federal ao caput do art. 79 da Lei nº 8.906/94, de modo que fique explícito que os servidores da OAB, mesmo que contratados sob o regime trabalhista, devem ser submetidos, para a admissão, a prévio concurso público." (fl. 07).

Em sessão de 23 de fevereiro de 2005, por ocasião da apresentação do voto do Relator, Ministro Eros Grau, proclamou-se que:

"O TRIBUNAL, POR MAIORIA, VENCIDOS OS SENHORES MINISTROS EROS GRAU (RELATOR), CARLOS BRITTO, CELSO DE MELLO, SEPÚLVEDA PERTENCE E O PRESIDENTE, CONHECEU DO PEDIDO RELATIVAMENTE AO CAPUT DO ARTIGO 79 DA LEI Nº 8.906/94. PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, APÓS OS VOTOS DOS SENHORES MINISTROS RELATOR, CARLOS BRITTO E CEZAR PELUSO, QUE NEGAVAM A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, NO ARTIGO 79, POR ENTENDER NÃO EXIGÍVEL O CONCURSO PÚBLICO, E DO VOTO DO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, QUE ENTENDIA EXIGIR CONCURSO PÚBLICO, PEDIU VISTA DOS AUTOS O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES."

Tendo em vista o surgimento da questão da limitação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, bem como em razão do fato de que a discussão da matéria envolveria a conformação constitucional e legal atribuída à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB -, pedi vista dos autos para melhor análise desses temas.

O voto que ora profiro será apresentado em duas partes:

a) inicialmente, uma vez que já foi superada a possibilidade de conhecimento da ação quanto a este ponto na última assentada, analisarei o tema da aplicabilidade ao caput do art. 79 do Estatuto da OAB de interpretação conforme o art. 37, II, da CF; e

b) em seguida, apreciarei o disposto no §1º do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, em especial na sua parte final "sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração".

A) Da interpretação conforme à Constituição do art. 79, caput, da Lei nº 8.906/1994 de (CF, art. 37, II)

Com relação ao pedido de interpretação conforme do caput do art. 79 da Lei nº 8.906/1994 ("Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista"), vislumbro, nesse dispositivo, duas possibilidades.

Tem-se, portanto, uma disposição e duas possíveis normas: a primeira, que admite a contratação livre num regime tipicamente privado, e, a segunda, que submete essa contratação a um regime público, por meio da imposição de realização de concurso público.

Nesse contexto, a questão está intimamente vinculada à conformação jurídica da atuação da Ordem dos Advogados do Brasil na regulamentação da atividade da Advocacia no atual sistema constitucional.

Ao fixar essa premissa, porém, destaco que não pretendo discutir a taxonomia rígida dos conceitos ou classificações que devam ser imputados à OAB.

Com efeito, para os fins de reflexão acerca do regime trabalhista dos servidores da entidade, parece-me irrelevante o "rótulo jurídico" a que se chegue porque, seja sob a denominação de *autarquia pública*, ou ainda, sob a nomenclatura *autarquia pública*

especial, o *nomen iuris* aplicável é insuficiente para que, por si só, se tenha a dimensão das garantias constitucionais envolvidas, assim como da função institucional desempenhada pela entidade.

Preliminarmente, gostaria de enfatizar que, a rigor, pode-se dizer que não há pronunciamento definitivo do Plenário acerca da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, mas tão-somente pronunciamento em sede liminar, ocorrido na ADI nº 1.707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998.

Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, indeferiu o pedido de medida liminar pleiteado, nos termos do voto do então Relator, Ministro Moreira Alves. No caso, a ementa alude brevemente a suposto caráter autárquico da Ordem dos Advogados do Brasil, em razão da fundamental relevância do serviço público prestado, *verbis*:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 5.607, de 31 de maio de 1990, do Estado de Mato Grosso, que atribui em favor da OAB, Seção daquele Estado, parcela de custas processuais.

- Exercendo a OAB, federal ou estadual, serviço público, por se tratar de pessoa jurídica de direito público (autarquia), e serviço esse que está ligado à prestação jurisdicional pela fiscalização da profissão de advogado que, segundo a parte inicial do artigo 133 da Constituição, é indispensável à administração da justiça, não tem relevância, de plano, a fundamentação jurídica da arguição de inconstitucionalidade da lei em causa no sentido de que o serviço por ela prestado não se vincula à prestação jurisdicional, desvirtuando-se, assim, a finalidade das custas judiciais, como taxa que são. (sem o grifo no original)

- Ausência, também, do periculum in mora ou da conveniência em suspender-se, liminarmente, a eficácia dessa Lei estadual. Pedido de liminar

indeferido." [ADI nº 1707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998]

Dada a especificidade e a pertinência desse caso com a discussão desta ação direta, é válido transcrever o inteiro teor do voto do Ministro Moreira Alves, verbis:

"1. O fundamento jurídico da presente ação é o de que a Lei nº 5.607, de 31 de maio de 1990, do Estado de Mato Grosso, ao atribuir que uma parcela do recolhimento de custas processuais cabe à Ordem dos Advogados do Brasil, Seção daquele Estado, teria ofendido o disposto no artigo 145, II, da Constituição de que decorre que o pagamento de taxa está intimamente vinculado à prestação do serviço público ou à colocação deste à disposição do contribuinte, não podendo o Estado pretender custear, com cobrança dessa espécie de tributo serviços outros que não os utilizados pelo contribuinte ou colocados à disposição deste.

Ora, a Ordem dos Advogados do Brasil, em face do disposto na Lei 8.906/94, é expressamente declarada como serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade, dentre outras 'defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, bem como a de promover com exclusividade, entre outras, a seleção e a disciplina dos advogados' (artigo 44). Portanto, por essa Lei, é, em última análise, a OAB uma federação de pessoas jurídicas de direito público (autarquias) que têm atribuições que estão intimamente ligadas à prestação jurisdicional por parte do Estado, certo como é, inclusive, que o advogado, segundo o preceituado na parte inicial do artigo 133 da Constituição, "é indispensável à administração da justiça". Por isso, pelo menos neste exame para a verificação, de plano, da relevância, ou não, da fundamentação jurídica dessa arguição de inconstitucionalidade para a concessão, ou não, da medida liminar requerida, não se me afigura ela com a relevância necessária para

que se suspenda cautelarmente a eficácia da Lei estadual em causa.

De outra parte, tratando-se de Lei em vigor há mais de oito anos, não demonstrou a inicial a ocorrência do periculum in mora, nem há conveniência em suspender-se a eficácia desse diploma legislativo por não estar caracterizado, prima facie, o fumus boni iuris.

2. Pelo exposto, indefiro o presente pedido de concessão de liminar." [ADI nº 1707-MC/MT, Pleno, unânime, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.10.1998]

Da leitura de toda a argumentação expendida pelo Ministro Moreira Alves, portanto, constata-se a dificuldade de sustentar, de modo absoluto, a efetiva configuração do caráter autárquico da OAB.

Para fundamentar essa afirmação, valho-me de três singelos argumentos.

Em primeiro lugar, a manifestação do Tribunal ocorreu apenas em caráter liminar, ou seja, em sede de superficial cognição acerca da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*).

Em segundo lugar, a própria literalidade dos fundamentos desenvolvidos pelo então Relator, Ministro Moreira Alves, denota que, embora a ementa do julgado indevidamente faça pressupor a caracterização da OAB como autarquia, em nenhum momento pode-se dizer que esse fundamento tenha sido decisivo para o indeferimento da liminar.

É dizer, além do peso que a ausência do *periculum in mora* assumiu no caso para o indeferimento da medida liminar (uma vez que se tratava de lei estadual cuja vigência já se estendia por mais de oito anos), o argumento básico para afirmar a falta de

plausibilidade do pedido consistiu na afetação legal da Ordem dos Advogados do Brasil a um serviço público de inegável relevância, nos termos da Lei nº 8.906/1994.

Por fim - e aqui me abstenho de tecer maiores considerações sobre o reconhecimento jurisprudencial desta Corte acerca dos fundamentos determinantes de declarações proferidas em sede cautelar -, não é possível invocar vinculação, por si só, da matéria em análise com o decidido na ADI nº 1.707-MT justamente pela carência de definitividade e profundidade do pronunciamento realizado naquela assentada.

Fixada a premissa de que o tema ainda não recebeu as devidas considerações por este Supremo Tribunal, caberia indagar: sob quais condições a disciplina legal do regime de contratação dos empregados da OAB deve ser harmonizada à conformação institucional que a entidade assume na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8.906/1994?

Inicialmente, cabe esclarecer que, independente da discussão sobre a natureza jurídica da OAB, a questão deve ser desenvolvida a partir da perspectiva de que não é possível extrair, de modo apodíctico, qual o regime trabalhista aplicável.

Considerada a aparente lacuna quanto à regulamentação do tema, assumo como pressuposto o fato de que estamos diante de possibilidade de reconhecimento de um regime trabalhista flexível, consoante às disposições constitucionais e legais existentes, ou que venham a ser instituídas no futuro.

Deve-se ter em mente que a Ordem dos Advogados do Brasil constitui "serviço público" *stricto sensu* (Lei nº 8.906/1994, arts. 44 e 45, § 5º). É dizer, trata-se, antes de tudo, de organização pública que, seja sob a nomenclatura de autarquia ou não, desempenha papel institucional com forte caráter estatal e público.

A OAB, ainda que não esteja diretamente submetida a vínculo funcional ou hierárquico quanto aos órgãos da Administração Pública (Lei nº 8.906/1994, art. 44, § 1º), é responsável por atividades de inegável relevância pública, tais como, a título meramente exemplificativo:

- a) "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;" (Lei nº 8.906/1994, art. 44, I);
- b) "promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil." (Lei nº 8.906/1994, art. 44, II);
- c) a competência da OAB para "fixar e cobrar de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas", cujos créditos, uma vez reconhecidos por "certidão passada pela diretoria do Conselho competente", "constitui título executivo extrajudicial" (Lei nº 8.906/1994, art. 46, *caput* e parágrafo único);
- d) a titularidade para o recolhimento de pagamento da contribuição anual à OAB, o qual "isenta os inscritos nos seus quadros do pagamento obrigatório da contribuição sindical" (Lei nº 8.906/1994, art. 47 - dispositivo *sub iudice*, impugnado na ADI nº 2.522/DF, Rel. Eros Grau);
- e) "por constituir serviço público, [a OAB] goza de imunidade tributária total em relação a seus bens, rendas e serviços" (Lei nº 8.906/1994, art. 45, § 5º);
- f) "Os atos conclusivos dos órgãos da OAB, salvo quando reservados ou de administração interna, devem ser publicados

na imprensa oficial ou afixados no fórum, na íntegra ou em resumo." (Lei nº 8.906/1994, art. 45, § 6º);

g) o Conselho Federal da OAB possui competência para "representar, com exclusividade, os advogados brasileiros nos órgãos e eventos internacionais da advocacia;" (Lei nº 8.906/1994, art. 54, IV); e

h) a vinculação dos advogados públicos à OAB e a conseqüente possibilidade de aplicação de sanções.

Como se observa, em linhas gerais, a OAB é responsável não somente pelo cadastramento de habilitados no mercado profissional da advocacia (Lei nº 8.906/1994, art. 3º), mas também pela fixação de critérios avaliativos para o ingresso na profissão (Lei nº 8.906/1994, art. 8º, V), assim como pela fiscalização da qualidade dos serviços prestados pelos advogados e tem competência para apuração das infrações e aplicação das sanções disciplinares pertinentes ao exercício indevido da advocacia (Lei nº 8.906/1994, arts. 34 a 43, e 70 a 77).

Antes mesmo da tentativa de esgotamento desse rol de atividades fortemente impregnadas por espécie de "caráter estatal" (ou paraestatal), constata-se que a função institucional da Ordem dos Advogados do Brasil envolve a necessidade de definição das condições para o legítimo exercício do poder de polícia que lhe é legal e constitucionalmente atribuído.

Assim, conforme disposto no inciso XIII do art. 5º da CF "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer", é forçoso considerar que as atribuições previstas na Lei nº 8.906/1994 devem ser interpretadas como delegação com contornos fortemente estatais.

Conforme enfatizou o Eminentíssimo Relator desta Ação Direta, Ministro Eros Grau, a titularidade da execução desse *serviço público independente* confere à entidade, por conseguinte, competências para o exercício de poder de polícia inerente a esse plexo de atividades institucionais, as quais envolvem, não somente a categoria dos advogados, mas também diversas esferas de atuação jurídica do Estado (como, por exemplo, no caso da participação na indicação de membros para a composição dos Tribunais pátrios, em obediência à regra do quinto constitucional).

Para maior aprofundamento desse debate, proponho argumentação constitucional que se pautar por três aspectos.

Em primeiro lugar, devemos afastar, logo de início, quaisquer preferências ou predileções de caráter corporativo porque, se de um lado, não se pode negar a importância do papel institucional da Ordem dos Advogados do Brasil, de outro, a atuação dessa entidade deve ser desempenhada em conformidade com o nosso contexto republicano de Estado Democrático de Direito - frise-se Estado que se pauta pelo império da lei e da Constituição e não por um regime de privilégios.

Aqui, deve-se preconizar a história institucional de vivência constitucional do princípio republicano (CF, art. 1º), consubstanciado nos princípios da isonomia e da impessoalidade, os quais constituem, a meu entender, a base do sistema republicano de acesso aos cargos públicos, e que torna possível uma participação plural e universal dos cidadãos na prestação dos serviços públicos.

Assevero, portanto, a idéia de que todo e qualquer agente investido em função pública (e aqui, não confundo o público com o

estatal), ao desempenhar suas atividades e atribuições, tem o dever constitucional de respeitar os postulados ético-jurídicos condicionantes do exercício legítimo da atividade pública.

Essa constatação decorre, sem sombra de dúvida, da própria configuração democrática de nosso regime republicano, a qual não é compatível com a existência de exercício de poder político-administrativo, sem a adequada fiscalização e responsabilidade.

Dentro da perspectiva republicana e por se tratar de entidade que exerce poder de polícia, a legitimação dessa atuação institucional de cunho fortemente estatal pressupõe uma burocracia estável escolhida por métodos objetivos.

Exatamente por fazer jus a esse regime peculiar, a OAB goza de prerrogativas indispensáveis para o próprio exercício institucional das atividades que lhe competem. Desse modo, da mesma maneira que a imunidade tributária, por exemplo, é seguidamente invocada como suposto *benefício* (matéria que não constitui o objeto desta ação direta), a aplicação do concurso público aos quadros funcionais da OAB não pode ser reduzida à mentalidade, amiúde sustentada por alguns seguimentos sociais, como indevida *intervenção*, ou ainda como *ônus desproporcional* imputado à entidade.

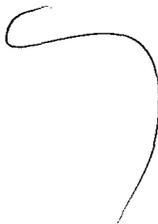
A aplicação do princípio republicano a esse caso envolve a premissa de que todo e qualquer agente, ao atuar para a realização de interesse eminentemente público-estatal, não se pode furtar obediência à Constituição, nem pretender eximir seus atos e omissões da pertinente fiscalização exercida pelas instâncias críticas da sociedade.

Em segundo lugar, não é possível assumir a postura de que a necessidade de realização de concurso público seja concebida, unicamente, como desvantagem. Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, há elementos normativos que a declaram como verdadeira garantia institucional.

Nesse contexto, em que pesem as recentes alterações ocorridas com a criação dos juizados especiais (Leis nº 9.099/1995 e 10.259/2001) e apesar dos casos excepcionais do *habeas corpus* e o da justiça do trabalho - na qual, nas instâncias ordinárias, ainda prevalece o princípio do *jus postulandi* -, não se pode negar que nosso modelo de prestação jurisdicional assume como regra geral a necessidade de que os particulares atuem por meio de profissional dotado de capacidade postulatória.

Nota-se, portanto, que essa sistemática assume a representação processual dos particulares por advogado como a via convencional para a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXVI). Com efeito, o reconhecimento de direitos constitucionais está intimamente ligado, por pressuposição lógica, à representação, por advogado, para a defesa dos interesses das partes (Lei nº 8.906/1994, arts. 1º a 5º).

Destaco, neste ponto, que não estou a cogitar da necessidade fática de assegurar a qualidade técnica, *in concreto*, do profissional da advocacia. É dizer, independentemente de se tratar de excelente advogado ou não, nosso modelo jurisdicional exige, antes de tudo, a representação por advogado devidamente habilitado (Lei nº 8.906/1994, art. 1º, I e II).



Em última análise, trata-se de medida de defesa dos interesses, não apenas dos advogados, mas de toda a sociedade, que precisa lançar mão de instrumentos e procedimentos de controle e fiscalização da advocacia. Essa atividade, por sua própria conformação constitucional, envolve segurança, transparência e legitimidade quanto à gestão do serviço público desempenhado pela Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/1994, art. 44).

Quanto a esse aspecto, é curioso observar paradoxalmente que, apesar de se opor à aplicação da regra constitucional do concurso público para preenchimento de seus quadros funcionais, a OAB participa de bancas nos concursos para as carreiras jurídicas da magistratura, do Ministério Público e da própria advocacia pública, por exemplo.

Por fim, encerro minha argumentação com breve abordagem sobre a aplicabilidade do princípio constitucional do concurso público à Ordem dos Advogados.

Conforme salientei, independentemente do rótulo jurídico que se lhe queira imputar, a OAB corresponde a instituição civil que, por disposição legal e constitucional, exerce atividade pública de extrema relevância: a habilitação, o controle, a fiscalização e a aplicação de penalidades na área profissional da advocacia.

A rigor, portanto, a OAB exerce *serviço público independente* e é preciso reconhecer que, consideradas as peculiaridades do modelo judicial recrutados por meio de procedimento público, objetivo e que permita, não somente a participação efetiva, mas a fiscalização por todos os cidadãos e entidades democráticas.



Trata-se, porém, de serviço público que, exatamente por seu caráter de autonomia com relação à estrutura hierárquica do Estado (Lei nº 8.906/1994, art. 44, § 1º), não pode ser enquadrado especificamente na disciplina típica do art. 175 da CF.

De outro lado, deve-se considerar a dimensão da disciplina normativa aplicável à Ordem dos Advogados do Brasil, a qual lhe confere a titularidade e a competência específica para o exercício da fiscalização dos atos da Advocacia, os quais constituem *munus* público permanente (Lei nº 8.906/1994, art. 2º, § 2º).

Nesse ponto, é válido fazer breve referência à experiência das *state actions*, nos denominados *the public function cases*, nos quais a Suprema Corte dos Estados Unidos da América reconheceu, por diversas vezes, o exercício de função pública por entes privados (*the public function cases*).

Nesses casos, a Suprema Corte norte-americana buscou definir circunstâncias nas quais atores privados exerceriam funções típicas dos poderes públicos, ou paraestatais. Frise-se que se tratava de situações nas quais tais atores poderiam ser equiparados ao aparato estatal, inclusive para os fins de responder por violações a direitos constitucionais.

Segundo Lawrence Tribe (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, Inc, 1988, p. 1691), embora seja difícil sistematizar e esgotar o desenvolvimento jurisprudencial americano quanto ao problema da *state action*, há inúmeros julgados que acenam para o entendimento de que atores aparentemente privados (*seemingly private actors*) poderiam exercer

funções tipicamente públicas (*powers or functions governmental in nature*).

Destarte, a partir da caracterização do *status* público da atuação institucional de ator privado, seria possível que o próprio exercício dessa função fosse diretamente submetido aos limites da Constituição. No *case Evans v. Newton*, por exemplo, a Corte americana decidiu que: "*where private individuals or groups endowed by State with powers or functions governmental in nature, they become agencies or instrumentalities of the State and subject to its constitutional limitation.*" (TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. New York: The Foundation Press, Inc, 1988, p. 1705/1706).

Sem o compromisso de detalhar e desenvolver toda a discussão teórica envolvida nos *public function cases*, deve-se enfatizar que a jurisprudência da Suprema Corte pauta-se pela tentativa, ainda não realizada em sua plenitude, de distinguir funções essencialmente públicas daquelas meramente privadas.

A partir dessa perspectiva da experiência estadunidense da *state action*, é possível cogitar da aplicação de princípios constitucionais da Administração a entidades que, embora não componham a estrutura funcional de órgãos e pessoas estatais, exerçam atividades dotadas desse caráter que denominei aqui como típico *munus* público.

Trata-se do desempenho de plexo institucional de competências administrativas cuja importância é expressa por diversas vezes no texto constitucional (*cf.*, por exemplo, os arts. 93; 129, § 3º; 132 e 133, da CF).

Esse exercício de pensamento constitucional pode ser articulado porque a tarefa de gestão e controle social dos inúmeros aspectos relacionados à prestação de serviços da advocacia envolve não somente o tema da atribuição à OAB de serviço público independente (seja por disposição do texto da Constituição, ou da Lei nº 8.906/1994).

Em última análise, conforme pode demonstrar, o desempenho do *munus* público atribuído à Ordem dos Advogados deve ser compreendido de modo que o seu exercício esteja diretamente relacionado à realização e à garantia judicial efetiva de direitos individuais, coletivos e difusos constitucionalmente reconhecidos (CF, art. 5º, XIII e XXXVI).

Nestes termos, a abertura ao controle social consiste justamente em medida republicana indisponível que busca garantir a legitimidade ao desempenho da atividade pela OAB.

Nesse particular, é claro o caráter normativo dos princípios da isonomia (CF, art. 5º), da impessoalidade, da publicidade e da eficiência no caso específico de aplicação da regra constitucional do concurso público à OAB (CF, art. 37, *caput*, e inciso II).

Trata-se, portanto, de atividade administrativa e institucional que, diante de sua característica paraestatal, enseja subordinação aos princípios da Administração descritos no art. 37, *caput*, da CF/88.

O modelo de contratação pressuposto pelo instrumento do concurso público indica: a isonomia com relação aos cidadãos eventualmente interessados em se habilitarem por meio de concurso; a impessoalidade quanto aos critérios de seleção a serem adotados; a publicidade quanto às condições de acesso para o preenchimento das vagas eventualmente oferecidas; e a eficiência na seleção dos mais bem qualificados para o exercício da atividade proposta.

Ante o exposto, o regime trabalhista, a que se refere o *caput* do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, pressupõe um modelo de contratação que, independente do regime eventualmente adotado em dado contexto legislativo (conforme exporei a seguir), deve sujeitar-se à regra constitucional do concurso público.

Nesse particular, devo alertar ainda que essa experiência não é de todo estranha em nossa ordem constitucional, nem tampouco na jurisprudência deste Tribunal. Além do típico caso das serventias extra-judiciais, por exemplo, veja-se a hipótese prevista de aplicação da regra constitucional do concurso público (CF, art. 37, II) às sociedades de economia mista e às empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

Não obstante, no caso específico referido, as denominadas empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) constituam-se como pessoas jurídicas de direito privado, o fato de estarem imbuídas da prestação de determinado serviço público, conforme sustenta a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, demanda a adoção de regime mais próximo ao de direito público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, pp. 184-206).

Nesse sentido, vale referir o clássico precedente firmado pelo Plenário deste Tribunal no julgamento do MS nº 21.322/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23.04.1993, no qual se proclamou, por maioria, verbis:

"EMENTA: CARGOS e EMPREGOS PUBLICOS. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA e FUNDACIONAL. ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas publicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica esta igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição." (MS nº 21.322/DF, Pleno, por maioria, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 23.04.1993, RTJ 146/01, pp. 139).

Nota-se aqui que a tendência do reconhecimento de aplicação do regime de direito público para o caso dessas empresas estatais (em especial, das prestadoras de serviço público) não decorre da mera participação econômica dos poderes públicos na constituição do capital dessas empresas estatais, nem apenas pela caracterização de tais entidades como integrantes da Administração Pública Indireta, mas também em razão da relevância constitucional que a prestação de serviços públicos envolve.

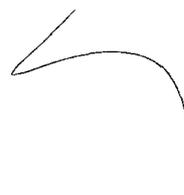
Nesse ponto, a meu ver, não vislumbro possibilidades jurídicas de estabelecer disciplina diferente para o caso do serviço público atribuído à Ordem dos Advogados do Brasil. O poder de polícia delegado à OAB, assim como no caso das empresas estatais prestadoras de serviços públicos em geral, corresponde a serviço público de sede constitucional e legal, e que poderia até mesmo, caso assim entendesse o constituinte originário, ter sido diretamente atribuído a algum dos poderes constituídos.

Logo, para o caso em apreço, a imposição da aplicação do princípio do concurso público não decorre necessariamente da natureza jurídica da entidade em questão. É preciso levar em conta, ademais, a premissa normativa de que o serviço público delegado à OAB apresenta dimensão de relevância não apenas pública, mas também estatal (ou paraestatal).

A necessidade de aplicação desse princípio, porém, não significa que todos os empregados da Ordem dos Advogados do Brasil somente poderão ingressar nos quadros funcionais da entidade por meio de concurso público. Assim como preconizado pelo nosso modelo constitucional da Administração Pública, para os cargos de chefia, direção e assessoramento (assim caracterizados por eventual norma competente) não haveria sentido em falar na aplicação do princípio do concurso público.

Conforme argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello, e aqui entendo que o raciocínio aplicado às empresas estatais, em especial às prestadoras de serviços públicos, estender-se-ia, de igual modo, à OAB, *verbis*:

"Em decorrência do art. 37, II, da Constituição, de acordo com o qual 'a investidura em cargo ou emprego



público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão (...)', o ingresso nas empresas estatais está subordinado ao aludido requisito. Esta regra há de sofrer certa atenuação, embora não elisão, tratando-se de empresa estatal exploradora de atividade econômica. Para tanto concorre não apenas sua natureza industrial ou comercial, mas, sobretudo, o referido art. 173, § 1º, II, da Constituição, que refere a submissão destas pessoas ao mesmo regime das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas. Compreende-se que a empresa estatal pode, legitimamente, prescindir da realização de concurso público nas situações em que sua realização obstará a alguma necessidade de imediata admissão de pessoal ou quando se trate de contratar profissionais de maior qualificação, que não teriam o interesse em se submeter a prestá-lo, por serem absorvidos avidamente pelo mercado." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 205).

Com efeito, o exercício de posições de chefia, direção e assessoria está bastante vinculado à postura institucional da OAB que deva ser adotada, sob o ponto de vista de seus dirigentes, para a realização de sua função constitucional.

Conseqüentemente, a ocupação e provimento desses cargos de direção (que assim venham a ser definidos em eventual lei específica) é atividade ínsita à própria autonomia institucional da entidade. Daí não haver razão para a aplicação do inciso II do art. 37 da CF.

Entretanto, em análise mais acurada do caso, penso que estamos diante de hipótese na qual seria pertinente limitar os efeitos da declaração a partir deste julgamento (eficácia ex nunc).

Assim, seja pelos motivos de segurança jurídica e de proteção da boa-fé dos atuais empregados dos Conselhos da OAB que, embora não exerçam atividade de chefia, assessoramento ou direção, tenham ingressado sem prévio concurso público, creio ser o caso de interpretação conforme, ora proposta, declarada com eficácia *ex nunc*.

Diante do exposto e com a vênia, sempre devida, ao Eminentíssimo Relator, reconheço a necessidade de aplicação do princípio do concurso público (CF, art. 37, II) aos quadros funcionais da instituição para as futuras contratações de empregados, cujas atividades, nos termos de lei específica, não envolvam chefia, direção ou assessoramento (CF, art. 37, V).

Nestes termos, meu voto é pela procedência do pedido de interpretação conforme do *caput* do art. 79, com eficácia *ex nunc*, e em consonância com o disposto no art. 37, II e V, da CF. Ressalvo, portanto, os casos de cargos que envolvam chefia, direção e assessoramento, assim definidos em conformidade com regulação específica pela norma competente.

B) Da inconstitucionalidade do art. 79, § 1º (*in fine*), da Lei nº 8.906/1994

Quanto à alegada inconstitucionalidade do § 1º do art. 79, *in fine*, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994 ("... sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração"), poderia surgir o argumento formal de que não se trataria de dispositivo normativo passível de controle concentrado, por envolver efeitos concretos.

Para fins de sistematizar a questão em outro nível, é válido invocar a conhecida sistematização proposta por Hans Kelsen entre normas individuais e normas concretas.

Normas individuais, grosso modo, seriam aquelas relativas a situações individualizáveis que se configuram a partir do tipo estabelecido pela norma. As normas concretas, por sua vez, corresponderiam àquelas atinentes a um caso singular.

No caso em apreço, parece-me que estamos diante de norma individual. Trata-se de preceito normativo que, a título de regulamentar o regime jurídico dos empregados da Ordem dos Advogados do Brasil, condicionou a sua aplicação a uma opção individualizada, de cada empregado, ao regime celetista ou ao regime estatutário.

Destarte, trata-se de norma suscetível de controle em sede de ADI, uma vez que correspondente a "ato normativo de alcance individual" conforme fixado no julgamento de Questão de Ordem na ADI nº 1.673/AL, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.1997, *verbis*:

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: descabimento: ato concreto de Assembléia Legislativa que concede licença ao Governador do Estado por motivos que, segundo a Constituição, não a autorizariam. Sem que se desconheça a densidade da tese kelseniana da existência de atos normativos de alcance individual, correta e orientação do STF que os exclui do controle direto e abstrato da constitucionalidade de normas, cujo alcance reduz aos atos normativos gerais." [ADI (QO) nº 1.673-QO/AL, Pleno, unânime, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 31.10.1997].

Superada essa questão preliminar, passo a abordar o tema da alegada agressão ao princípio da moralidade (CF, art. 37, *caput*).

Antes de maiores considerações sobre a disposição normativa em apreço (Lei nº 8.906/1994, art. 79, § 1º, *in fine*), é pertinente abordar o regime jurídico conferido aos empregados da OAB no contexto constitucional anterior.

O art. 148 da Lei nº 4.215/1963 (antigo Estatuto da OAB), assim disciplinava a questão:

"Art. 148. *Aplica-se aos funcionários da Ordem dos Advogados do Brasil o regime legal do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União e leis complementares."*

Com o advento do Decreto nº 968/1969, a matéria foi alterada nos seguintes termos:

"Art. 1º *As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter-geral, relativas à administração interna das autarquias federais."* (sem o grifo no original).

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, poder-se-ia dizer que havia funcionários da OAB submetidos tanto ao regime celetista (a partir do modelo estatuído pelo Decreto nº 968/1969) quanto ao regime estatutário (em virtude do disposto no art. 148 do antigo Estatuto da OAB).

Com o surgimento da Lei nº 8.906/1994, portanto, verificava-se essa composição mista dos regimes trabalhistas nos quadros da entidade.

Conseqüentemente, considerados os ajustamentos impostos pelo texto constitucional acerca da necessidade de opção por um dos dois regimes, a previsão de indenização pelo § 1º do art. 79 seria, em princípio, razoável porque se destinaria a compensar, aos optantes pelo regime celetista, a perda de eventuais direitos e vantagens até então integrados ao patrimônio dos funcionários optantes pelo regime estatutário.

Além disso, pode-se considerar que o dispositivo estatui disciplina proporcional e consoante ao princípio da igualdade e da isonomia (CF, art. 5º, caput e inciso II).

É de se frisar, inclusive, que o montante da indenização prevista pelo § 1º consiste em parâmetro destinado a fixar regra de transição, à época, do regime estatutário para o celetista.

Outro aspecto relevante, conforme afirmado da tribuna na última sessão de julgamento (23.02.2005), é o de que o dispositivo impugnado (Lei nº 8.906/1994, art. 79, §1º) já produziu efeitos com relação a servidores da Ordem dos Advogados do Brasil.

Segundo alertado pelo Relator, Ministro Eros Grau, haveria 19 (dezenove) empregados da OAB nessa situação. Trata-se de trabalhadores que, ao tempo do advento da lei, fizeram a opção por outro regime.

É dizer, diante da existência de empregados da OAB já aposentados e cujos proventos são oriundos, conforme o caso, do regime celetista ou do regime estatutário, até mesmo por uma questão de segurança jurídica e de proteção da boa-fé dos servidores

optantes, creio que não deveria ser modificada a situação jurídica daqueles que, até este momento, tenham cumprido todos os requisitos de aposentação segundo o regime pelo qual optaram.

Conforme já afirmei, o *regime trabalhista* a que se refere o *caput* do art. 79 da Lei nº 8.906/1994, pressupõe um modelo de contratação que, independentemente do regime eventualmente adotado em dado contexto legislativo, deve sujeitar-se à regra constitucional do concurso público.

Note-se, aqui, que não estou a definir minha posição quanto ao mérito da obrigatoriedade ou não da aplicação do regime estatutário aos empregados da OAB. Essa, aliás, parece-me inclusive questão de estratégia institucional que a entidade deveria buscar discutir e definir a partir dos meios constitucionais e legais aplicáveis.

Trata-se de questão que, principalmente após a edição da Emenda Constitucional nº 19/1998, deveria ser definida de *lege ferenda*.

Ademais, considerando-se que o tema da dissolução do Regime Jurídico Único ainda está *sub judice* perante esta Suprema Corte (*cf.* ADI nº 2.135/DF, Rel. Néri da Silveira, que está com julgamento suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski), parece-me que o enfrentamento detalhado desse tema específico não seria fundamental para a resolução da controvérsia constitucional em apreço.

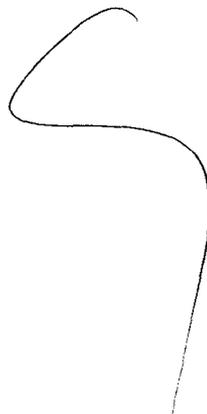
Nestes termos, quanto ao § 1º do art. 79, meu voto é pelo conhecimento da ação direta. No mérito, oriento-me pela improcedência da ADI.

Conclusivamente, Senhora Presidente, voto pela parcial procedência desta ação direta:

a) para que, com eficácia *ex nunc*, seja conferida, ao caput do art. 79 do referido diploma legal, interpretação conforme o art. 37, II e V, da Constituição Federal, no sentido de que o "regime de trabalho" a que o dispositivo se refere pressupõe ingresso mediante prévio concurso público, ressalvados os cargos que, em consonância com regulação específica pela norma competente, envolvam chefia, direção e assessoramento; e

b) para que esta ação seja julgada improcedente quanto à expressão 'sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração', constante da redação do § 1º do art. 79 da Lei nº 8.906/1994.

É como voto.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop at the top and a long, thin vertical stroke extending downwards.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, se Vossa Excelência me permitir, gostaria de reafirmar o meu voto. Em face das judiciosas observações do Ministro Gilmar Mendes justifico rapidamente as razões pelas quais o faço.

A aparentemente fascinante afirmação de que há um serviço público na atividade da Ordem não é rigorosamente correta. Porque da prestação de utilidade pela Ordem não depende a coesão social, que é característica do serviço público. Por isso, quando dizemos - e chegamos a dizer isto - que a Ordem é um serviço, estamos em verdade afirmando que ela é um serviço independente, uma categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existente no Direito brasileiro. É extremamente significativo ela ser um serviço independente, de feitio único. Por isso, naquele voto que anteriormente proferi, eu dizia:

"... serviço de feitio único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como 'autarquias especiais'..."

Mas não se trata de serviço público prestado à comunidade.

De fato, tem razão o Ministro Gilmar Mendes quando diz que não é relevante a qualificação da autarquia como tal e qual. Ocorre que a situação da OAB é muito peculiar. Porque ela não é uma entidade da Administração Indireta. Ela não está e não pode estar

sujeita a nenhum controle da Administração e nem a qualquer de suas partes a OAB pode estar vinculada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Eros Grau, se Vossa Excelência me permite, não estou a afirmar isso. Pelo contrário, meu voto parte da premissa de que não está e não deve estar. A rigor, não há hierarquia técnica nem administrativa. Só estou a dizer que, diante da função exercida, a OAB está submetida ao regime republicano do concurso público. Tão-somente isso. Não estou a dizer que haverá fiscalização, que o Ministério do Trabalho realizará o concurso. Não. A OAB realizará o concurso. Trata-se apenas de uma decorrência do regime público, da aplicação do princípio republicano.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Entendi perfeitamente o que Vossa Excelência quis dizer. Mas isso é o que diz Vossa Excelência, não o que se pode extrair do que se disse. O que me parece fundamental é a afirmação da autonomia da OAB, porquanto autonomia e independência são características próprias dela. E de modo tal que eu diria, mercê da circunstância de ela ter atribuições institucionais e não meramente corporativas - por exemplo, a de defender a Constituição e a ordem jurídica (art. 44, inciso I, da Constituição) - e, mais ainda, da competência atribuída a ela nos termos do inciso VIII do artigo 103 da Constituição, diria ser extremamente importante não abrir-se a possibilidade de comprometimento da independência desse serviço especial. Será inevitável, mais dia, menos dia. Depois da afirmação do concurso público virá questionamento para que se afirme a necessidade de licitação; depois, virá questionamento para que se apliquem as regras relacionadas à não-equiparação de vencimentos; e assim por

diante. O que me parece extremamente importante é afirmar a autonomia e a independência da OAB, que também não pode se caracterizar como uma mera entidade ou órgão de fiscalização profissional. Porque ela tem outras funções e atribuições.

Por fim, Senhora Presidente, apenas para deixar bem vincados os argumentos que expendi anteriormente, por certo pode ser fascinante a afirmação do princípio republicano. Mas se, em decorrência desse princípio, formos sujeitar a OAB a fazer concurso público, vamos afirmar, também, a necessidade de os partidos políticos, em decorrência do princípio republicano, passarem a fazer concurso público. Vamos exigir concurso público para que se tenha acesso ao exercício de emprego no PSDB, no PT, em todo e qualquer partido político. Estamos diante de entidades em situação especial.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência não está, certamente, comparando a Ordem dos Advogados do Brasil a partidos políticos, inclusive porque a natureza é bastante diversa.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - É verdade, a natureza é completamente diversa. Mas se aproximaria muito na medida em que, dada a extensão tão lata da aplicação do princípio republicano, eu desenvolvesse argumentos no sentido de afirmar a exigência do concurso público também para essas entidades.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Embora no próprio TSE - penso que o Ministro Sepúlveda Pertence até liderou essa questão -, aplicou-se em relação aos partidos políticos, exatamente por conta de características próprias, porque ele tem, na verdade, facetas diversas - no caso dos partidos políticos isso é notório, embora se fale de sua perspectiva de associação para finalidade específica. Já se reconheceu, portanto, o cabimento de determinadas

medidas que só dizem respeito a entidades estatais. Por exemplo, quando se discute a exclusão de filiados do partido é por conta do caráter eminentemente público das funções exercidas nesse aspecto.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Chamei de "personalidade bifronte".

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não queria me comprometer - Vossa Excelência me entendeu, e, na verdade, estou colocando aqui para efeitos de argumentação geral - e, pelo contrário, perfilhei uma orientação - acredito que já estamos cansados dessas formas jurídicas de autarquias - na qual acho bom que se divise, sim, um *tertium genus* ou um modelo que não tenha de reproduzir essas características já conhecidas de Administração direta ou indireta. É bom que a Ordem seja considerada uma entidade civil, com esse forte perfil institucional. Isso faz bem ao próprio processo de independência que ela deva ter. Aqui estamos a focar, tão-somente - por isso não podemos fazer outras ilações -, essa função pública exercida pela Ordem - e essa é a função central -, que parece obrigar a aplicação desse republicano princípio do concurso público. Tão-somente isso.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Era exatamente o que eu queria dizer. Mas o princípio republicano se afirma, também, na medida em que se assegura a independência em determinadas instituições.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL
CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, tudo se resume, a meu juízo, em saber qual a verdadeira e bem caracterizada natureza jurídica da OAB. Entendo ser a OAB realmente uma entidade corporativa, não há dúvida; mas não só corporativa porque dotada - não vou chamar nem função pública - de ofício público, múnus público. Isso decorre da Constituição e mais ainda do art. 44 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que fala da competência da OAB:

"Art. 44.....

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;"

Ou seja, um tipo de múnus, de ofício — vamos reconhecer — que não tem nada a ver com as funções próprias da Administração Pública.

"II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil."



E daqui decorre, sem dúvida, a natureza corporativa da instituição. Parece-me que sim. É um caso de serviço público nos termos da lei: ofício público, múnus público que a lei preferiu chamar de serviço público.

Diz o art. 44 da Lei nº 8.906:

"Art. 44 - A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:"

Mas é um serviço público não estatal, daí a "sui generis" — permito-me o neologismo — da instituição. Se toda atividade estatal é atividade pública, nem toda atividade pública é rigorosamente atividade estatal. Aqui, o raciocínio que deve se impor, a meu aviso, é eminentemente antiaristotélico, ou seja, temos de laborar no terreno mesmo da heterodoxia interpretativa, não da ortodoxia exegética.

Essa natureza — vamos chamar até de especialíssima — da OAB é confirmada por muitos traços.

A OAB não se integra nos órgãos e entes da Administração Pública — desenganadamente não —, por isso mesmo, ela não se submete à direção superior do Presidente da República, nem pela supervisão, coordenação e orientação dos ministros de Estado. Seu patrimônio não é do Estado — pelo menos não é do Estado pessoa jurídica —, seus cargos e empregos não são criados por lei, não são modificados por lei, não são extintos por lei.

O Ministro Cezar Peluso observou isso na última discussão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Carlos Britto, em que a OAB se distingue dos demais conselhos fiscalizadores de profissões?

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Entra com ação direta de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Qual a distinção essencial entre a OAB e esses conselhos?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Basta lembrar que a Constituição não fala de nenhum outro conselho nenhuma vez, em nenhuma outra oportunidade. Da OAB a Constituição fala numerosas vezes.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Daí podemos tirar a conclusão de que a OAB tem direito a um **status** de privilégio?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Digo que há diferenças a partir da consideração de que a OAB congrega profissionais, chamados de advogados, que desempenham uma função que a própria Constituição rotula como essencial à jurisdição. À Justiça.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Isso, a meu ver, é indicativo de que a ela é confiada uma missão no serviço público e não o contrário.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - O argumento, na verdade, reforça a tese contrária.



O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Reforça a tese contrária.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Quanto a isso não há dúvida. Quando o Ministro Sepúlveda Pertence falou da natureza bifronte dos partidos políticos, certamente ele pensou também na OAB. A OAB pode ser considerada entidade pública no plano do múnus, no plano do ofício — vamos chamar de função —, no plano da função, mas não é entidade pública no plano da composição dos seus quadros, da formação da sua diretoria, da forma de investidura da sua diretoria, na forma de recrutamento dos seus servidores. Bifronte nesse sentido. Ela é ambivalentemente pública e privada. O seu regime jurídico é necessariamente público e privado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ela é panglossianamente pública e privada. Quer sempre estar no melhor dos mundos.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Panglossianamente, não, porque Pangloss é aquele personagem do romance de Voltaire, "Candide", que se caracterizava pelo seu extremo otimismo. Daí ele dizer sempre, diante de todas as dificuldades, que, nada obstante, vivemos no melhor dos mundos.

Senhora Presidente, em suma, a OAB tem muito a ver com o **tertium genus** de que falou o próprio Ministro Gilmar Mendes. Sempre que posso, lembro aos senhores o seguinte: as atividades notariais e de registro, por exemplo, são uma modalidade, sem



nenhuma dúvida, de atividade pública, mas atividade pública exercida em caráter privado — estou falando dos cartórios extraforenses —, atividades exercidas, por delegação, em caráter privado, e os quadros funcionais dos serviços notariais e de registro são de caráter privado, ou seja, a forma de recrutamento é a CLT e os servidores dessas entidades são empregados, não do Estado, mas do delegatário da atividade pública.

Ou seja, o direito é permeado mesmo dessas situações heterodoxas. A heterodoxia permeia passagens importantes do Ordenamento Jurídico e me parece que a OAB faz parte desse tipo de entidade.

Enfim, a regra do concurso público é desejável, sim, para a OAB, nos termos da lei. Se a lei disser que há obrigatoriedade do recrutamento de concurso, que assim seja. O fato é que a OAB é organizada e estruturada por lei, **ex vi legis**, basicamente, e, complementarmente, por provimentos **interna corporis**, endógenos.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES - Pela premissa de Vossa Excelência, essa lei seria inconstitucional.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, absolutamente. O regime jurídico da OAB, na verdade, é tricotômico: começa com a Constituição, passa pela lei orgânica da OAB (a Lei nº 8.906) e desemboca nesses provimentos endoadministrativos, endógenos ou da própria instituição.



Para terminar, faço um outro paralelo entre a OAB e a imprensa: a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal com faz a imprensa.

Com essas considerações, que me parecem extraídas do Ordenamento Jurídico, a partir da Constituição, peço vênia ao Ministro Gilmar Mendes para julgar improcedente a ADI.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Na primeira parte. E na segunda, como vota Vossa Excelência? Um incentivo a optar pelo regime trabalhista.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Quanto à indenização?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não vejo mácula de inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Aí acompanha o Ministro Gilmar Mendes?

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Não vejo travo de inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Ministro está julgando procedente?

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Havia pedido a interpretação conforme.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Não. Quanto ao § 1º, Vossa Excelência declarou a inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO EROS GRAU (RELATOR) - Sim, declarei a inconstitucionalidade.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Então, nesse caso, julgo improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

** ** *



Obs: Texto sem revisão dos Srs. Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Ellen Gracie (§4º do artigo 96 do RISTF).

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

V O T O

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eminentes Pares, prestei muita atenção aos Magistrados que me precederam e aos debates que se sucederam - fiz aqui algumas reflexões e também algumas anotações - e veio-me à mente, desde logo, o seguinte: do ponto-de-vista histórico, a corporação dos advogados sempre foi uma corporação absolutamente independente, sem qualquer vínculo com o Estado. Isso remonta à Roma antiga, com os **collegium**, os **togatorum**, as **ordo** em que se reuniam os advogados em **numerus clausus** e definiam as regras de sua atuação.

Mais adiante, em termos históricos também, vemos que os advogados se reuniram em corporações de ofício, nas guildas, também de forma absolutamente independentes do Estado - se é que se podia falar em Estado na Idade Média, porque o Estado era

absolutamente descentralizado. Hegel chamava essa forma de organização política de poliarquia, mas também os advogados, em sua organização, eram absolutamente independentes do Estado. Quando essa forma de organização foi trasladada para o Brasil - Brasil Colônia; depois, Brasil Império - em que pese à tentativa do Getulismo de se colocar um cabresto nessa corporação, a atuação da Ordem, a sua organização, sempre foi absolutamente independente.

Então, observando aqui, vejo, em primeiro lugar: em um retrospecto histórico, a OAB jamais teve qualquer vínculo com a Administração Pública. Em segundo lugar: não está subordinada à Administração Pública a qualquer título, não recebe verbas públicas e também não gere patrimônio público. A sua natureza é controvertida, é verdade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Quanto a verbas públicas. As exações são contribuições.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas, predominantemente, elas vivem das contribuições de seus associados.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Predominantemente; absolutamente independente nesse aspecto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tanto que é modelo de execução fiscal.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - E presta contas na forma da lei daquilo que recebe. Isso não justifica - apenas como parêntesis, **a latere**, enfim - a conclusão a que Vossa Excelência, Ministro Gilmar Mendes, **data venia**, chegou e da qual ousou discordar.

A natureza jurídica da Ordem dos Advogados é realmente bastante controvertida. Não há autor que tenha apresentado até hoje uma definição clara, aceita unanimemente no que diz respeito à natureza jurídica da Ordem. Alguns falam em corporação especial, corporação pública, autarquia especial, federação de corporações; na verdade, não há unanimidade. Parece que ela é, segundo definição mais aceita, uma federação de corporações. As corporações, segundo o Professor Cretella, são associações de pessoas, e, obviamente, agem com a maior independência possível.

Concordo, **data venia**, com o eminente Ministro Eros Grau quando diz que a OAB não presta, a rigor, serviço público **stricto sensu**. Na medida em que é uma corporação e seus membros desempenham múnus público, ela desempenha o múnus público, taxativamente determinado, aqui e acolá, na Constituição.

Trago aqui definição da sempre magistral Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, colega minha e do Professor Eros Grau na Universidade de São Paulo, na qual diz o seguinte:

Serviço público é toda atividade que a administração pública executa direta ou indiretamente para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime predominantemente público.

A partir dessa definição, com todo o respeito, não posso enxergar na atividade da OAB um serviço público, pelo menos tal como definem os doutrinadores - à frente de todos, aqui, a nossa Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Eu tenderia também - e tinha feito essa anotação quando o eminente Ministro Eros Grau levantou a questão e, depois, secundado pelo não menos eminente Ministro Sepúlveda Pertence - a fazer uma analogia com os partidos políticos. Estes, segundo a doutrina, constituem entes híbridos ou bifrontes, como disse o eminente Ministro Sepúlveda Pertence. Também com relação aos partidos políticos não há ainda unanimidade na doutrina. Alguns entendem que são entes de natureza privada; outros, que seriam entes de natureza pública, porque possuem dignidade constitucional. Mas a doutrina, os constitucionalistas, hoje, por força do artigo 17 da Constituição, tendem a vislumbrar, no que tange aos partidos políticos, uma natureza de caráter privado, porque eles se organizam na forma da lei civil. Não obstante isso, têm previsão constitucional, desempenham funções públicas relevantíssimas, e ninguém exige concurso público para ingresso de funcionários em seus quadros ou licitação pública etc.

Ouso dizer também que não impressiona o fato de a OAB exercer o poder de polícia ou administrar certames públicos para o ingresso dos seus membros nos respectivos quadros das diferentes subseções. Também não impressiona o fato de ela exercer uma atividade fiscalizatória, própria do Estado. As universidades privadas o fazem também; não obstante isso, ninguém, em sã consciência, haveria de imaginar que os seus quadros devessem ser providos mediante concurso público. Portanto, entendo que não se aplica, **data venia**.

O artigo 37, inciso II, da Constituição exige concurso público para cargo ou emprego público. Não vejo os servidores da OAB como empregados públicos ou exercendo cargos - que, de resto, devem ser criados por lei.

Interessantemente, também, se observarmos rigorosamente os ensinamentos da doutrina e se considerássemos, em tese, que a OAB faz parte da Administração Pública indireta, haveríamos de aplicar, também, os conceitos de controle e de tutela, porque, se a OAB for realmente um ente da Administração indireta, ela há de ser controlada, há de ser tutelada, seja preventivamente, seja repressivamente. Isso é, no meu modo de ver, absolutamente incompatível com a natureza, com a história, com o múnus público importante que cabe à OAB e o papel político que ela representa.

Também avancei no sentido das reflexões feitas pelo eminente Professor Ministro Eros Grau. Estava refletindo, aqui, se

exigirmos concurso público para ingresso na OAB, depois haveremos de exigir também licitação - Sua Excelência está certo -, equiparação de vencimentos, teto de vencimentos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Parece-me que estamos indo além. Creio, inclusive, que já estamos julgando isso. A rigor, só coloquei a questão do concurso público. Agora já estamos colocando a tese central, como as questões de controle e de contas.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - São questões conexas. Estamos refletindo em tese.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente, mas o que se discutiu aqui, tão-somente, foi o concurso público. Agora já me parece haver uma preocupação com licitação e controle, que, de resto, até pode ser salutar. Mas não é disso que estamos a falar.

Acredito que quem recebe recurso público em uma república deve prestar contas, sim. Isso é princípio republicano, mas não é disso que estamos a falar, e, sim, tão-somente do critério de seleção, da burocracia de um órgão que exerce um poder típico do Estado, de fiscalização. Agora, em outro momento, pode-se colocar uma outra questão sobre o controle ou sobre a natureza da recepção desses recursos. Quem recebe receita pública deve prestar contas.

Isso é elemento republicano e o Supremo Tribunal Federal deve reafirmar isso sempre.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não há dúvida. Quem recebe receitas públicas deve prestar contas, mas daí não se conclui que se deve exigir concurso público para o ingresso nas entidades.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. Agora esta questão deve ser reservada para outro momento. Parece que já estamos querendo julgar esse caso aqui. Não vamos julgar isso em **obiter dictum**.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Há tantas organizações não-governamentais que recebem verbas públicas, prestam contas e não estão sujeitas a concurso público, **data venia**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vamos discutir apenas o concurso público, porque esse é o objeto da ação. Depois, em outro momento, discutiremos a questão de controle.

O SR. MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Sim, mas temos de fazer realmente uma elucubração nesse sentido, porque é uma consequência.

Em suma, respeitando o ponto de vista de Sua Excelência e cumprimentando-o pelo brilhante voto que lamentavelmente não pude acompanhar, julgo integralmente improcedente a ação.

Obs: Texto sem revisão do Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (§4º do artigo 96 do RISTF).

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhora Presidente, dois são os dispositivos atacados. Começo pelo que apresenta, sob o ângulo do controle concentrado de constitucionalidade, solução mais fácil, mais tranqüila. Diz respeito ao § 1º, no que encerra um incentivo à opção pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, contemplando aqueles que preferiram uma indenização, a ser paga não no momento, creio, da escolha, mas da jubilação, da aposentadoria.

Não vislumbro, no preceito, contrariedade ao princípio da moralidade, porque se tem algo socialmente aceitável, ou seja, um estímulo aos servidores regidos pela Lei nº 8.112/90 a optarem, repito, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Surge a problemática referente à proporcionalidade. Ora, previu-se algo discrepante da ordem natural das coisas que pudesse ser tomado como, talvez, uma pequena loteria? A resposta é desenganadamente negativa. Definiu-se verba equivalente a cinco vezes o valor da última remuneração, que não deve ser lá tão grande assim.

Analiso a cabeça do artigo. Penitencio-me por não ter somado o voto à corrente que, na última assentada, mostrou-se minoritária, muito embora integrada pelos colegas, Eros Grau, relator, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, ministro Nelson Jobim. Foi colocada a matéria quanto à

ADI 3.026 / DF

pertinência da ação proposta a partir da premissa de que só cabe interpretação conforme à Carta quando há preceito ambíguo que, em si mesmo, permita mais de um entendimento, sob pena de o Supremo transformar-se em legislador positivo ou, então, em órgão consultivo e, no Judiciário, pelo menos que me lembre, só temos como órgão consultivo a Justiça Eleitoral, mais precisamente o Tribunal Superior Eleitoral.

O que nos vem - não vou dissecar a Ordem dos Advogados do Brasil, mesmo porque, e ainda bem, ela não está no banco dos réus - da cabeça do artigo 79?

Art 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.

Qual a dúvida a respeito do alcance desse dispositivo? Nenhuma. Ele encerra o regime a ser adotado nas relações jurídicas mantidas pela Ordem, como tomadora de serviços, e os prestadores.

Posso assentar, considerado o que se contém no artigo 79, conflito com a Constituição Federal sem aditá-lo para ter texto que viabilize interpretação conforme a Carta da República? Desenganadamente não posso.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Aproveitamos a oportunidade para dar o nosso palpite sobre algo de que a lei não cuidou.



ADI 3.026 / DF

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim. E isso é perigoso. Estarei mais atento no Plenário quanto à atuação do Supremo como legislador simplesmente negativo e no tocante ao fato de a interpretação conforme, que resulta na procedência do pedido inicial sem redução de texto, ser exceção e não a regra, sob pena, repito, de a Corte se transformar em órgão consultivo.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Está-se dando uma interpretação conforme, com ampliação do texto, dispondo sobre algo sobre que a lei não dispôs, de que não cuidou.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Desculpe-me, mas vamos encontrar vários casos na jurisprudência do Tribunal exatamente julgando o estatuto da OAB - e Vossa Excelência é testemunha. Na assentada passada fizemos vários adendos ao texto. Isso aqui é uma coisa elementar.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Sim, para compatibilizá-lo com a Constituição. A lei não estava obrigada a cuidar disso e não cuidou. Mas isso é ponto vencido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É um pressuposto de Vossa Excelência. Não é ponto vencido.

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Fiquei vencido por seis votos a cinco.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Isso é muito comum. Vemos, por exemplo, casos em que uma lei - e agora mesmo temos um - autoriza anulação ou revogação de ato administrativo e exigimos que

ADI 3.026 / DF

se faça de acordo com o devido processo legal. É tão elementar que nem vou elencar os exemplos, mas me parece que, exatamente em função da amplitude e da generalidade de um texto ele pode comportar, sim, interpretação conforme, e os exemplos na Corte são múltiplos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não posso, por mais que me esforce, assentar a existência de conflito com a Constituição Federal, a menos que imagine o que não está no próprio preceito.

Peço vênias ao ministro Gilmar Mendes para acompanhar o relator quanto à cabeça do artigo, e acompanho Sua Excelência quanto ao § 1º.

Julgo improcedente o pedido formulado.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) -
Totalmente improcedente?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Totalmente.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Então Vossa Excelência acompanha, na realidade, o Ministro Carlos Britto, porque o Relator julga procedente a ação quanto ao § 1º.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Sim.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Ministros Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Carlos Britto.

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite? Vou pedir vênias aos Colegas que já votaram. Eu, também, já me havia manifestado.

Não vou reeditar as razões que antecipei no voto anterior, mas, com a devida vênias do Ministro Gilmar Mendes, estou encontrando séria dificuldade para ligar a exigência do concurso público à natureza dos serviços desempenhados pela Ordem, sobretudo pelo seu perfil orgânico. Quanto à regra do concurso público, sustentei-a no caso do nepotismo, com base em tese que reputei, com o autor do prefácio, uma obra clássica sobre o assunto: o princípio da impessoalidade. Liguei a idéia do concurso público e da impessoalidade a um problema de limitação do exercício do poder político sobre a máquina administrativa do Estado.



O problema do concurso público não está, sequer, ligado à regra da eficiência. A experiência mostra que, em determinados campos, a natureza privada das atividades, o regime privado ou, mais retamente falando, a própria atividade privada, às vezes, é muito mais eficiente do que a máquina pública, submissa a regras de concurso público. O concurso público não está, portanto, ligado a essa idéia como tal. Está atrelado ao fato de que a máquina da Administração Pública fica nas mãos de um poder político rotativo e que, por isso mesmo, pode cair na tentação de submeter às ambições e aos projetos pessoais e particulares o destino da máquina pública e a prestação do serviço público.

Ora, no caso, a Ordem dos Advogados não tem nenhuma afinidade ou familiaridade com essa problemática do exercício do poder político como tal, porque ela não é objeto do poder político no sentido rigoroso da palavra - não, no sentido translato segundo o qual se poderia dizer que, como toda corporação, está sujeita a certas políticas. Agora, não tem nada a ver com poder político, com partido político, exatamente por exercer função que não diz respeito àquilo que é típico da Administração Pública como tal.

Estou inteiramente de acordo com que o conceito de serviço público é histórico. Não há dúvida nenhuma. Mas



acredito que se atribuiu caráter público ao serviço prestado pela Ordem, não para relacioná-la, em termos de submissão, a regime jurídico, às mesmas regras da Administração Pública, mas, por outro motivo, para lhe dar certa imunidade e garantia à sua independência. Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer nenhuma interferência no desempenho das suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não acho que devamos nos aferrar, inclusive, às formas jurídicas existentes, no caso, senão seria muito fácil perfilhar a tese do caráter autárquico e, a partir daí, assumir todas as conseqüências desse modelo. Não estamos a falar nisso, até porque não se trata disso. Agora, é inegável, a Ordem, como os demais conselhos que fiscalizam profissões, exerce poder estatal inequívoco, inclusive temos jurisprudência sobre o



assunto, a partir do célebre caso julgado pelo Ministro Rodrigues Alckmim, sobre a liberdade de exercício profissional. Na verdade, esses órgãos cumprem uma função eminente de regulação de profissão, e é nesse contexto que se coloca, portanto, a necessidade, a meu ver, diante desse caráter e, também, do modelo de financiamento, público, sabemos bem, das entidades ter-se esse padrão republicano, tão-somente isso.

Percebi que alguns Colegas inclusive já avançavam para outro julgamento, não é disso que estou a falar, não quero julgar outras questões que devem ser colocadas, eventualmente, de acordo com outras situações. Aí, segundo o dito popular: "uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa". Estou discutindo apenas a questão do concurso público. Agora, se irá ser julgado depois a questão de prestação de contas, de licitação ou outras questões, isso é outro tema a ser devidamente discutido.

Porém, há uma função, discutimos há pouco, no belo acórdão da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence - o caso das associações de proteção, do ECAD, o escritório central -, e falamos deste perfil público não-estatal do escritório.

Aqui, na verdade, temos algo mais do que o próprio ECAD, porque toda função é pública, embora estejamos

concordando, parto das mesmas premissas de Vossa Excelência e de outros Colegas, que a Ordem não deve ficar subordinada a controle estatal. Quando falei em concurso público não imaginava que o Ministério do Trabalho, ou órgão de planejamento, ficasse a fiscalizar ou realizar concurso da Ordem. Estou imaginando, aqui, tão-somente a aplicação do concurso público. Só para ficar no exemplo que tanto fascina, vejam que os partidos políticos com a natureza bifronte ou trifronte, seja lá o que for, na verdade, por conta das suas singularidades, para ficar no tema que parece angustiar, estão obrigados - exatamente por sua condição peculiar, e é aqui inclusive a grande crise da democracia brasileira a partir dessa realidade mensaleira revelada - ao problema da prestação de contas. Os partidos, todos sabemos, estão submetidos a um dever de prestação de contas, prestam contas ao TSE. Isso inclusive é o grande déficit do sistema hoje revelado. Portanto, o fato de a Constituição estabelecer que é uma associação civil ou coisa igual não retira essa característica. Isso, discutiremos posteriormente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Para resumir, nada tiro do caráter público atribuído **ex vi legis** ao serviço desempenhado pela Ordem dos Advogados, e que em



outro sistema jurídico pode não ter caráter público, sem que isso abastarde o exercício das suas funções, etc. Não consigo extrair daí ligação direta ou nexó de necessidade com o concurso público, ligado às distorções possíveis a que está submetida a máquina da Administração Pública direta e indireta, enfim aos riscos do exercício ilimitado do poder político, que não é o caso da Ordem. Ela não está sujeita à direção de partidos políticos, às mutações de opiniões e pontos de vista.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ah, não?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Em termos de partido político, não.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Vossa Excelência me permite? A OAB é tão especial na sua configuração jurídica que, mesmo se a considerarmos uma autarquia especial, nem com as autarquias especiais de que trata a doutrina ela se confunde. Quais são as autarquias especiais no nosso sistema jurídico? O Banco Central do Brasil e as agências reguladoras. A OAB não se insere em nenhum desses esquadros de autarquia especial. Depois, as suas verbas, ainda que consideradas públicas, quanto às anuidades



recolhidas de seus filiados, não entram no orçamento, não são verbas orçamentárias do Estado. Ou seja, se toda verba orçamentária é pública, nem toda verba pública é orçamentária. Estamos, portanto, diante de um estudo eminentemente heterodoxo. Por isso chamei de antiaristotélico, já que ninguém mais ortodoxo do que Aristóteles. A OAB se inscreve nesse quadro.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Carlos Britto, o ideal seria que a Ordem dos Advogados do Brasil assumisse uma atitude radical no sentido de dar um caráter liberal à profissão de advogado. Ou seja, ela deveria sair das costelas do Estado, abrir mão desse seu papel de co-auxiliar na formação da vontade do Estado e assumir uma postura liberal. Há países nos quais não se admite sequer a possibilidade de existência de um advogado público. A profissão é liberal, então, é inadmissível o exercício da função de advogado público, porque seria incompatível com esse caráter liberal. Mas, aqui, temos essa situação anfibológica: a Ordem, para certas coisas, quer ser Poder Público, forma a vontade do Estado, recebe verba pública, tem privilégio de ingressar nas mais relevantes funções do Estado sem prestar concurso público e, por outro lado, quer

ter um status de absolutamente liberal. É essa incongruência que, um dia, terá de ser eliminada.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas a OAB desfruta de prerrogativas para mais desembaraçadamente e mais independentemente desempenhar a sua função pública. Porém, organicamente, no plano da sua organização, não é pública.

O SR. MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas regulamentar uma profissão é uma função mais do que pública. A Constituição prevê isso.

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - É o caráter bifronte.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - É o texto constitucional que estabelece isso.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, enfim, para resumir, julgo totalmente improcedente a ação, **data venia.** 

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALRETIFICAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, estou com dúvida. Se Vossa Excelência me permite, não sei se ficou claro o meu voto com relação ao § 1º do artigo 179.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - Sim, Vossa Excelência declarou a inconstitucionalidade, conforme anotação que tenho aqui, não é verdade?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Senhora Presidente, gostaria de me explicar. Foi pedida a inconstitucionalidade da parte final. Esse § 1º admite, no início da sua redação, que, em algum momento, os empregados da OAB tenham sido funcionários, servidores públicos.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE (PRESIDENTE) - São aqueles 19 (dezenove) remanescentes.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU (RELATOR): - Exatamente. O que fiz, na verdade, foi uma extensão. Tomando como causa aberta a ação direta de inconstitucionalidade, eu declarava a inconstitucionalidade do todo. Posteriormente, após ouvir as observações contidas nos votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, quero adaptar o meu voto para declarar a improcedência, também, com relação a esse parágrafo.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apertes do Sr. Ministro Gilmar Mendes.

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Tenho impressão que, de todos os votos até aqui lançados, inclusive o do Ministro Joaquim Barbosa, na assentada passada, ninguém partiu da premissa de que se tratasse de autarquia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não. Se a questão pudesse ser resolvida a partir da simples perspectiva de uma definição, certamente não estaríamos nem discutindo. Claro que, obviamente, estaria resolvida, **a priori**.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Correto. Só estou dizendo que, se pudéssemos assumir essa perspectiva, me parece que ninguém aqui a subscreve, até porque o Estado sofreu uma mudança muito grande ao longo do tempo e hoje ninguém sacraliza essas formas, certamente o problema já estaria de todo resolvido.

Também não me impressiona o argumento das funções institucionais do art. 44, embora as repute extremamente relevantes, mais em razão da verdade do que a OAB representa e menos em razão daquilo que a lei diz, porque aquilo que a lei diz ela pode tirar, a disposição do artigo 44, quanto às funções institucionais da OAB na defesa do interesse da cidadania.

A meu ver, é importante, sim, o papel da OAB, como ela representa no contexto histórico brasileiro, e não porque diz o artigo 44. Na verdade, a rigor, isso é muito mais significativo, pois aquilo que a lei eventualmente regulou, amanhã, ela pode, simplesmente, suprimir. E por isso diríamos que a OAB não tem esta função eminente de representar a sociedade civil? Não, com as vênias de estilo ao notável Professor José Afonso da Silva.

Por isso tentei me cingir, apenas, a essa discussão, tão-somente a esse aspecto relativo ao concurso público, reservando-me, inclusive, para outras discussões que preocupam tanto quanto os modelos de controle em outros aspectos, entendendo que, na verdade, no regime republicano, até mesmo no Estado de direito, não há soberanos, e todos aqueles que, eventualmente, exercem múnus público têm o dever de prestar contas.

08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

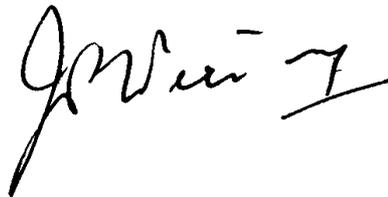
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - Senhora Presidente, de minha parte faço votos para que, por deliberação própria da entidade ou da sua lei orgânica, a Ordem venha, sim, a submeter-se à regra do concurso público. No campo interno da Ordem, é indiscutível que a ausência do concurso público pode, sim, comprometer o caráter de impessoalidade, enfatizado no antológico voto do Ministro Cezar Peluso, a que Sua Excelência se remeteu.

Agora, não consegui me convencer, sem embargo do brilho dos votos dissidentes dos Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, de que essa necessidade decorra da Constituição Federal.

Acompanho o eminente Ministro-Relator para julgar inteiramente improcedente a ação.

Nc.

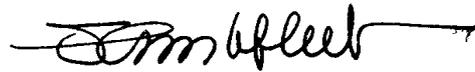


08/06/2006

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente): Senhores Ministros, também eu, com vênua dos Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, julgo improcedente a ação, fazendo por adotar, também, os bons votos e bons augúrios agora manifestados pelo Ministro Sepúlveda Pertence de que a Ordem, voluntariamente, venha a se curvar à regra democrática do concurso público.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.026-4

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S): CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

ADV.(A/S): LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau (Relator), Carlos Britto, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e o Presidente, conheceu do pedido relativamente ao *caput* do artigo 79 da Lei nº 8.906/94. Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Senhores Ministros Relator, Carlos Britto e Cezar Peluso, que negavam a interpretação conforme a Constituição, no artigo 79, por entender não exigível o concurso público, e do voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, que entendia exigir concurso público, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Falou pelo interessado, *amicus curiae*, o Dr. Luiz Carlos Lopes Madeira. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 23.02.2005.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 08.06.2005.

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido, vencidos, parcialmente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes, que o julgavam procedente com relação ao *caput* do artigo 79, ao qual davam interpretação conforme de modo apenas a excetuarem-se, da regra do concurso público, cargos de chefia e assessoramento, isso com efeito *ex nunc*. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. O relator retificou parcialmente o voto proferido anteriormente. Plenário, 08.06.2006.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso

Q

de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

pt 
Luiz Tomimatsu
Secretário

VOTO

Trata-se de processo administrativo instaurado por determinação do subitem 9.3.2. do Acórdão 1.114/2018-TCU-Plenário, nos autos do TC 008.199/2018-3, com a finalidade de realizar estudo técnico sobre a inclusão ou não da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como unidade prestadora de contas. Os estudos foram realizados pela Secretaria de Controle Externo no Rio Grande do Sul (Secex-RS), por ser ela a unidade competente para examinar questões afetas aos conselhos de fiscalização do exercício profissional.

2. Após análise do arcabouço doutrinário e jurisprudencial que envolve o caso, a Secex-RS concluiu, em instrução à peça 6, que seria exigível da OAB a apresentação de prestação de contas perante esta Corte, tanto se considerada a natureza pública da instituição como a natureza pública dos recursos financeiros por ela arrecadados e geridos. Assim, a unidade deu prosseguimento ao feito, notificando a OAB para que pudesse se manifestar sobre o entendimento, exercendo, dessa maneira, o seu direito ao contraditório.

3. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apresentou manifestação à peça 9, sustentando que não teria o dever de prestar contas a este Tribunal pelos seguintes fundamentos:

3.1. a matéria está protegida pela "coisa julgada", quer em virtude do julgamento do Mandado de Segurança 797 do antigo Tribunal Federal de Recursos, quer em razão dos julgamentos proferidos pelo TCU no Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário e pelo Supremo Tribunal na ADI 3.026/DF;

3.2. a OAB não é autarquia típica, não integra a administração pública, não se submete ao controle da administração, nem a qualquer de suas partes está vinculada, sendo serviço essencial à justiça, o qual necessita de autonomia e independência;

3.3. os recursos geridos pela OAB não têm natureza tributária.

4. Ao final, a OAB requer a rejeição da conclusão apontada no estudo, de modo a que seja reafirmada sua não sujeição ao dever de prestar contas ao TCU.

5. Para dar suporte a este requerimento, a entidade ainda faz juntar aos autos pareceres dos juristas José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau.

6. Ao examinar os argumentos aduzidos pela manifestante, a Secex-RS considerou, em pronunciamentos uniformes, que eles não eram suficientes para modificar as conclusões a que tinha chegado anteriormente. Reiterou, pois, a assertiva de que seria "exigível da OAB a apresentação de prestação de contas perante esta Corte, tanto se considerada a natureza pública da instituição, cujo enquadramento vem se consolidando na categoria de autarquia corporativa ou *sui generis*, como a natureza pública dos recursos financeiros arrecadados e geridos" (peça 14).

7. Levando em consideração a relevância da matéria, determinei o envio dos autos ao Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) para pronunciamento.

8. Em parecer detalhado (peça 19), de autoria do Subprocurador Lucas da Rocha Furtado, o MPTCU entende que "por força do entendimento do Supremo Tribunal Federal assentado em **ementa** no julgamento da ADI 3.026/DF, a OAB não pode ser incluída, nos registros do TCU, como unidade prestadora de contas".

9. No mérito, todavia, defende, caso esta preliminar possa ser ultrapassada, que a Ordem dos Advogados do Brasil é uma autarquia integrante da Administração Pública Federal Indireta e que os recursos por ela arrecadados e geridos têm natureza pública, estando a entidade, por conseguinte, submetida à jurisdição de contas de que trata o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal.

10. A controvérsia posta nos autos gira em torno de três questões:
 - 10.1. se há **coisa julgada** sobre a matéria;
 - 10.2. se a OAB faz parte da Administração Pública Indireta;
 - 10.3. se a OAB gerencia recursos públicos federais.
11. A primeira trata de preliminar que, se existente, afasta a possibilidade de o TCU discutir o mérito do dever de prestar contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores da OAB.
12. As duas últimas dizem respeito ao mérito da causa, pois constituem pressupostos estabelecidos no art. 71, II, da Constituição Federal, do dever de prestar contas aos órgãos de controle externo.
13. De acordo com o referido dispositivo constitucional, compete ao controle externo julgar as contas:
 - 13.1. "dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal" (primeira parte);
 - 13.2. "daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público" (segunda parte);
 - 13.3. Assim, enquadrando-se os gestores da OAB na primeira ou na segunda situação estariam obrigados a prestar contas ordinárias (primeira parte) ou especiais (segunda parte).
14. Análise a seguir, separadamente, cada uma das questões.

III

I - Da inocorrência de coisa julgada

Acórdão 1.765/2003- TCU - Plenário

15. A OAB sustenta que o dever de prestar contas dos seus administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos já estaria afastado por decisões do antigo Tribunal Federal de Recursos, no Mandado de Segurança 797, do Tribunal de Contas da União, no Acórdão 1.765/2003-Plenário, e do Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 3.026/DF.
16. A fim de analisar a assertiva, cumpre revisitar o conceito de "coisa julgada" e seus limites.
17. No direito positivado, o primeiro diploma a mencionar "coisa julgada" é a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVI, *in verbis*:

"XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"
18. Embora a Carta Magna proteja a coisa julgada, ela não a define, deixando para o ordenamento jurídico infraconstitucional fazê-lo.
19. No âmbito legal, o instituto é definido tanto pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), quanto pelo Código de Processo Civil (CPC). A primeira conceitua coisa julgada ou caso julgado como "a decisão **judicial** de que não caiba mais recurso" (art. 6º, § 3º). O segundo, seguindo a linha do antigo CPC com alguns ajustes, estipula "coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso" (art. 502).
20. Na doutrina, é esclarecedora a abordagem realizada por Moacyr Amaral Santos relativa ao conceito de coisa julgada (*in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 3º Volume. 21ª ed. Editora Saraiva. São Paulo: 2003, p. 46):

“740. COISA JULGADA

Enquanto sujeita a recurso e pois suscetível de reforma, a sentença, em princípio, não produz os seus efeitos regulares, principais ou secundários. É uma situação jurídica. Enquanto sujeita a recurso a sentença, não se atingiu ainda a finalidade do processo, que é a composição da lide, pelo julgamento final da *res in iudicium deducta*. E, assim, o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado. O Estado ainda não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá a vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo.

Entretanto, chegará um momento em que não mais são admissíveis quaisquer recursos, ou porque não foram utilizados nos respectivos prazos, ou porque não caibam ou não haja mais recursos a serem interpostos. Não será mais possível, portanto, qualquer reexame da sentença. Não mais suscetível de reforma por meio de recursos, a *sentença transitada em julgado*, tornando-se firme, isto é, imutável dentro do processo. A sentença, como ato processual, adquiriu imutabilidade. E aí se tem o que se chama coisa julgada formal, que consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos.

Em consequência da coisa julgada formal, pela qual a sentença não poderá ser reexaminada e, pois, modificada ou reformada no mesmo processo em que foi proferida, tornam-se imutáveis os seus efeitos (declaratório, ou condenatório, ou constitutivo). O comando emergente da sentença, como ato imperativo do Estado, torna-se definitivo, inatacável, imutável, não podendo ser desconhecido fora do processo. E aí se tem o que se chama coisa julgada material, ou coisa julgada substancial, que consiste no fenômeno pelo qual a imperatividade do comando emergente da sentença adquire força de lei entre as partes.

Pode-se dizer, com Liebman, que a coisa julgada formal e a coisa julgada material, são degraus do mesmo fenômeno. Proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro degrau - a coisa julgada formal); e, em consequência, tornam-se imutáveis os seus efeitos (segundo degrau - coisa julgada material).”

21. Saliento que a “coisa julgada” protegida pela Carta Magna é atributo de decisões **judiciais**, não havendo que se falar em “coisa julgada”, no sentido técnico-jurídico da palavra, de **decisões administrativas**. Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, a saber:

“A coisa julgada a que se refere o art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, é, como conceitua o § 3º do art. 6º da LICC, a decisão judicial de que já não caiba recurso, e não a denominada coisa julgada administrativa”. (RE 144.996, rel. Ministro Moreira Alves, 1ª Turma. 29/4/1997)

22. Isso porque a função jurisdicional do Estado não se confunde com a função administrativa. Na primeira, o Estado não é parte da relação, chamada tríplice (autor, réu e Estado-juiz). Seu objetivo primordial é dirimir o conflito entre as partes. A imutabilidade das decisões, após esgotadas as possibilidades de recurso, é qualidade essencial para o bom funcionamento dessa função.

23. Já na segunda, a relação é bilateral, e o Estado é parte. Seu objetivo maior é exercer o poder que lhe foi conferido pela sociedade para alcance do bem comum. Nessas situações, o ato administrativo é anulável ou revogável pela própria Administração, como exercício do poder-dever de autotutela. Transcrevo abaixo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito:

“A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” (STF, Súmula 346, Sessão plenária de 13/12/1963)

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (STF, Súmula no 473, Sessão plenária de 3/12/1969).

24. Há situações, todavia, em que o ato administrativo possui contornos de ato judicante, como nas quais o órgão administrativo julga direitos do administrado. Nesses casos, entendo que não se trata de um ato administrativo propriamente dito, mas de um ato quase-judicial. Assim, nessas hipóteses,

poderíamos falar de “coisa julgada administrativa”; não a protegida pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, mas a que não pode mais ser revisada pela própria administração. A tese é, entretanto, controversa na doutrina e na jurisprudência.

25. O TCU, por sua natureza híbrida, às vezes exerce atos típicos da função administrativa (ao determinar e realizar fiscalizações, por exemplo); às vezes exerce atos semelhantes à função jurisdicional (ao julgar contas anuais). No primeiro caso, considero essencial conferir segurança e estabilidade aos seus julgados, após transcorridos os prazos recursais.

26. No caso dos autos, todavia, o ato de decidir quem deve prestar contas é tipicamente administrativo. É ato pelo qual o TCU estabelece como deve exercer a competência que lhe é imposta pelos arts. 70 e 71 da Constituição Federal.

27. Portanto, não vejo como falarmos em “coisa julgada” nesse caso.

28. Ademais, o dever de prestar contas de um jurisdicionado ao TCU equivale a uma relação jurídica de trato continuado, ou seja, que se renova periodicamente. Nessa hipótese, não é absoluta sequer a garantia da “coisa julgada judicial”, por força do art. 505 do CPC:

“Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;”

29. Assim, é natural que o TCU revise temas apreciados no passado, especialmente relacionados ao limite de sua competência, a qual depende da compreensão de cada época a respeito de categorias jurídicas.

30. O fato é que, após a prolação do Acórdão 1.765/2003-TCU-Plenário, sobrevieram diversas decisões do Supremo Tribunal Federal e de outros órgãos do Poder Judiciário que começaram a alertar o TCU do possível desacerto do referido acórdão.

31. Assim, este processo de convencimento não ocorreu de forma súbita, descolada da realidade, mas foi se amoldando em virtude de uma série de precedentes do poder judiciário que confirmaram a percepção de que a OAB tem sim natureza autárquica.

32. A título de exemplo, cito alguns precedentes:

“COMPETÊNCIA - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - ANUIDADES. Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.” (RE 595.332/PR. Relator Ministro Marco Aurélio. j. 31/8/2016)

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011. 1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. Precedentes: MS 10.272, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 11.07.1963; e MS 22.643, de relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 04.12.1998. 2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. Precedente: ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003. 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie “contribuições de interesse das categorias profissionais”, nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedente: MS

21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001. 4. Não há violação à reserva de lei complementar, porquanto é dispensável a forma da lei complementar para a criação das contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Precedentes. 5. Em relação à ausência de pertinência temática entre a emenda parlamentar incorporada à Medida Provisória 536/2011 e o tema das contribuições devidas aos conselhos profissionais em geral, verifica-se que os efeitos de entendimento da ADI 5.127, de relatoria da Ministra Rosa Weber e com acórdão por mim redigido, não se aplica à medida provisória editada antes da data do julgamento, uma vez que a este foi emprestada eficácia prospectiva. 6. A Lei 12.514/2011 ora impugnada observou a capacidade contributiva dos contribuintes, pois estabeleceu razoável correlação entre a desigualdade educacional e a provável disparidade de rendas auferidas do labor de pessoa física, assim como por haver diferenciação dos valores das anuidades baseada no capital social da pessoa jurídica contribuinte. 7. Não ocorre violação ao princípio da reserva legal, uma vez que o diploma impugnado é justamente a lei em sentido formal que disciplina a matéria referente à instituição das contribuições sociais de interesse profissional para aqueles conselhos previstos no art. 3º da Lei 12.514/11. 8. No tocante à legalidade tributária estrita, reputa-se ser adequada e suficiente a determinação do mandamento tributário no bojo da lei impugnada, por meio da fixação de tetos aos critérios materiais das hipóteses de incidência das contribuições profissionais, à luz da chave analítica formada pelas categorias da praticabilidade e da parafiscalidade. Doutrina. 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes.” (ADI 4697, Relator Edson Fachin, Tribunal Pleno, j 6/10/2016)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO. IMUNIDADE RECÍPROCA. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO AO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES ESSENCIAIS OU ÀS DELAS DECORRENTES. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR DESEMPENHAR ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO ESTÁ PROTEGIDA PELA IMUNIDADE RECÍPROCA APLICÁVEL AOS IMPOSTOS, NOS TERMOS DA LETRA A DO INCISO VI DO ART. 150 E § 2º DO MESMO DISPOSITIVO DA CARTA POLÍTICA DE 1988. PRECEDENTES JUDICIAIS." (AC 18068 RS. TRF 4ª Região. Primeira Turma. Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrére. 1/12/2010)

Recurso em Mandado de Segurança 797 (RMS 797)

33. O Recurso em Mandado de Segurança 797 do extinto Tribunal Federal de Recursos foi julgado em 1951, na vigência da Constituição Federal de 1946.

34. Trago à colação, por oportuno, a ementa da referida deliberação:

“Mandado de segurança. O Tribunal *ad quem* não pode apreciar a matéria preliminar decidida em primeira instância quando não foi, nessa parte, interposto recursos. Ordem dos Advogados do Brasil. Não há na lei nem na Constituição qualquer texto que obrigue uma entidade que não recebe tributos e tão pouco gira com dinheiros ou bens públicos, a prestar contas ao Tribunal de Contas.”

35. O Acórdão, tomado por maioria, pautou-se pelas competências do TCU previstas no art. 77 da Constituição Federal de 1946 e na Lei 830/1949, bem como pelas normas vigentes à época que delineavam a natureza jurídica da Ordem dos Advogados e das contribuições por ela geridas.

36. Por elucidativos, transcrevo trechos das razões de decidir do referido julgado:

“Para a caracterização da prestação de contas dúvida não pode haver de que é preciso que se trate de uma autarquia e que seja ela responsável por dinheiros e outros bens públicos. São essas as palavras textuais empregadas pelo legislador constitucional no art. 77, quando ao tratar ‘Do Orçamento’, colocando expressivamente o referido dispositivo nesse capítulo, especificou a competência do Tribunal de Contas. (...) Nesse particular, o que acontece com a Ordem dos Advogados? Acontece o seguinte, sem contestação: ela não administra patrimônio público, não recebe auxílio ou subvenção do Tesouro; não tem qualquer de seus dirigentes nomeados pelo Poder Executivo, porque todos são eleitos pelos próprios advogados; gratuitamente são exercidos todos os seus cargos diretos e de administração; a situação da Ordem é pois *sui generis*. Não recebendo

dinheiros públicos, não aplicando dinheiros públicos, vivendo exclusivamente das contribuições de seus associados, não guardando dinheiros públicos, de que vai a Ordem prestar contas ao Tribunal de Contas? (...). Mesmo que se queira ampliar o conceito da expressão ‘dinheiros públicos’ até chegar ao ‘tributo’, mesmo aí, não se poderá enquadrar a Ordem, **pois ela não recebe tributo algum proveniente do Orçamento da União**, característica prevista no art. 101, §34 da Constituição Federal. (...) **E não há de ser somente por poder aplicar penas aos advogados faltosos, pelo seu Tribunal de Ética, cujas funções não são remuneradas, que a Ordem adquire, através de seus Conselheiros, as características de um serviço público, capas de por si só conceituá-la como autarquia.** (...) Por isso, estou com os que situam a Ordem, vamos dizer assim, com que numa zona fronteira entre os serviços paraestatais e os demais. (...) O art. nº 139 da Lei 830, em que se funda o Tribunal de Contas para exigir da Ordem sua prestação, assim determina: ‘Consideram-se entidades autárquicas: a) o serviço estatal descentralizado com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio independente do orçamento geral; b) as demais pessoas jurídicas especialmente instituídas por lei para execução de serviços de interesse público ou social, custeadas por tributos de qualquer natureza ou por outros recursos oriundos do Tesouro. **Ora, Sr. Presidente, qual o tributo arrecadado pela Ordem? Nenhum, oriundo do Tesouro. É absolutamente impossível, por maior extensão que se queira dar à expressão ‘tributo’, querer atribuir-lhe o caráter de ‘contribuição’, isto é, afirmar que essa contribuição anual estabelecida para os advogados inscritos, na forma do art. 94 do Regulamento da Ordem, equivale, pode ser equiparado a um tributo.** (...) Excluído esse dispositivo para enquadrar a Ordem, vejamos o outro, aquele que determina autarquia como sendo um serviço estatal descentralizado, com personalidade jurídica, custeado mediante orçamento próprio, independente do orçamento geral. Não tenho dúvida de dizer que, nesse dispositivo, **o legislador visou às autarquias que se constituíram mediante valores destacados do orçamento geral da União e, constituindo a seguir, um orçamento independente.**” (grifos acrescidos)

37. Ocorre que, no decorrer de todos esses anos, houve uma profunda mudança no arcabouço jurídico que fundamentou citada deliberação, sobretudo com a promulgação da Constituição de 1988.

38. A Carta Magna de 1988 ampliou sensivelmente a competência do Tribunal de Contas da União, robusteceu os instrumentos de controle, potencializou o dever de transparência das instituições, e definiu, com maior rigor, a natureza tributária de determinadas receitas.

39. Sobre esse último ponto, destaco que a nova Constituição definiu claramente a natureza de tributo das contribuições compulsórias cobradas pelos conselhos profissionais, ao prever, no seu Título VI, que trata “Da Tributação e do Orçamento”, a norma referente à competência da União para instituir “contribuições de interesse das categorias profissionais” (art. 149).

40. Ora, se levarmos em conta apenas essa mudança e cotejarmos com a *ratio decidendi* do RMS 767, chegaremos à conclusão que um dos fundamentos essenciais do RMS 797 foi alterado, qual seja, o de que as contribuições por ela colhidas dos seus inscritos não constituem tributo. Note-se que esta foi também uma das razões pela qual a OAB não foi considerada autarquia.

41. Além dessas mudanças, houve alterações infralegais que melhor definiram o conceito de autarquia, podendo-se citar o Decreto-lei 200/1967, recepcionado pela Constituição de 1988, bem como a natureza jurídica dos conselhos profissionais.

42. Com alterações tão profundas no ordenamento jurídico, não se pode dizer que a causa sob julgamento neste Tribunal constitui “coisa julgada” em decorrência do RMS 797.

43. A coisa julgada pressupõe a tríplice identidade dos elementos da ação, isto é, identidade das partes, do pedido e da causa de pedir (próxima e remota). Na situação em relevo, há flagrante diferença entre a causa de pedir próxima, ou seja, entre os fundamentos jurídicos que deram suporte à deliberação proferida em 1951 e os que alicerçam as conclusões destes autos.

ADI 3.026/DF

44. Friso que, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, ainda não houve pronunciamento do Supremo Tribunal Federal especificamente a respeito do dever de prestar contas de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da OAB ao Tribunal de Contas da União. Com essa afirmação, passo a tratar da terceira alegação de "coisa julgada", a decorrente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.026/DF.
45. As ações diretas de inconstitucionalidade são ações peculiares, uma vez que a causa de pedir é aberta e não existem propriamente partes. Destarte, não se pode falar em "coisa julgada material" nesse caso, mas sim em "coisa julgada formal", eficácia preclusiva e efeito vinculante.
46. A eficácia preclusiva da coisa julgada se limita ao que foi pedido na inicial e discutido no julgamento.
47. A ADI 3.026/DF não tratou do dever de prestar contas da OAB perante o Tribunal de Contas da União. O pedido da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador Geral da República, extraído *ipsis litteris* do processo, foi "declarar a inconstitucionalidade do trecho final do § 1º do artigo 79 da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994" e "dar interpretação conforme o inciso II do art. 37 da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei 8.906, para que seja firmado o seguinte entendimento: o provimento dos cargos da Ordem dos Advogados do Brasil deve ocorrer por meio de concurso público."
48. O art. 79, § 1º, da Lei 8.906/1994 assim dispõe:
"Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista.
§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração."
49. O pedido da ADI 3.026/DF, então, estava circunscrito a declarar ou não a inconstitucionalidade do art. 79, § 1º, Lei 8.906/1994, ou interpretar ou não o *caput* deste artigo no sentido de exigir o concurso público para ingresso nos quadros da OAB.
50. Balizada por esse pedido, a parte dispositiva do julgamento da ADI 3.026/DF assim restou assim assentada:
"Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido."
51. O que restou deliberado, portanto, foi que o art. 79, § 1º, Lei 8.906/1994, não era inconstitucional, e que o seu *caput* não estabelecia a exigência de serviço público para ingresso nos quadros da OAB.
52. Toda a fundamentação construída na citada ação foi dirigida ao pedido, logo os argumentos utilizados na ADI 3.026/DF não podem ser transportados para uma segunda causa absolutamente distinta.
53. O certo é que os fundamentos não são enunciados abstratos que podem ser pinçados do acórdão. Eles só possuem eficácia transcendental quando, balizados pelo pedido, indicam uma mesma *ratio*.
54. Isso significa que os fundamentos devem ser analisados pelas lentes do pedido e na direção do dispositivo, jamais autonomamente.

55. Anoto que há uma conexão íntima entre esses três elementos: pedido, fundamento e dispositivo. O pedido define o destino, o dispositivo define se ele foi atingido ou não, e o fundamento diz o itinerário trilhado.
56. Não se pode juntar argumentos esparsos mencionados *obter dicta* para tentar ampliar a eficácia de um julgado, ao arrepio da lei, pois isso significa usar palavras soltas sem saber o contexto em que foram usadas.
57. Embora não desconheçamos a teoria da transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato de constitucionalidade, essa teoria diz respeito à *ratio decidendi*, jamais à *obter dicta*.
58. Portanto, com as devidas vênias, discordo do parecer do ilustre Subprocurador Lucas da Rocha Furtado no sentido de que eventual julgamento desta Corte a obrigar a OAB a prestar contas ao TCU afrontaria a "coisa julgada" na ADI 3.096/DF, em razão do "entendimento do Supremo Tribunal Federal assentado em ementa".
59. Ademais, a entender que os fundamentos da ADI 3.096/DF pudessem ser transportados "descolados" do pedido, chegaríamos à incoerente conclusão de que o próprio STF afrontou "coisa julgada" advinda de própria deliberação contida no RE 595332/PR, proferido em 31/8/2016, que deixou assentada a competência da Justiça Federal para processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) figure como parte (conteúdo da parte dispositiva da deliberação).
60. Tal julgamento teve como fundamento, segundo o relator, o fato de que a OAB "não é pessoa jurídica de direito privado", mas sim "autarquia corporativista, o que atrai, a teor do artigo 109, inciso I, do Diploma Maior, competência da Justiça Federal para exame de ações, seja qual for a natureza, nas quais integre a relação processual".
61. Diante do exposto, ultrapassada a preliminar suscitada, passo à análise de mérito da controvérsia.

IV

II - Da inserção da OAB como entidade da Administração Pública Indireta

62. Entendo que não merece reparos o parecer do MPTCU quando aborda este tópico. O exame é perfeito na sua lógica e conclusão.
63. A competência do TCU para exercer controle sobre os atos administrativos da OAB depende do seu enquadramento como entidade pertencente à Administração Pública Federal ou gestora de recurso público federal, uma vez que os arts. 70 e 71 da Constituição de 1988 assim estabelecem:
- “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.
- Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária. (redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 4/6/1998)
- Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
- (...)
- II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;"

64. Note-se que o art. 71, II, da CF subdivide-se em duas partes. A primeira trata do dever de prestar contas dos agentes que integram os quadros da Administração Direta e Indireta da União (contas ordinárias) e a segunda do dever de prestar contas daqueles que, inseridos ou não na Administração Pública Federal, derem a prejuízo ao erário público (contas especiais).

65. Assim, são dois os pressupostos para a submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à jurisdição de contas do TCU: i) integrar a Administração Pública Federal e/ou ii) gerenciar dinheiros, bens ou valores públicos federais. Na primeira situação, em caso positivo, está a entidade obrigada a apresentar ao Tribunal, para julgamento, de forma ordinária, periódica e incondicionada, ou, ainda, de forma extraordinária e condicionada à ocorrência de certos eventos previstos em norma infraconstitucional, as contas prestadas por seus administradores ou responsáveis por dinheiros, bens e valores. Na segunda, está a entidade obrigada a apresentar ao Tribunal, para julgamento, de forma especial, as contas tomadas de todos aqueles (administradores ou não) que, incumbidos da gestão de recursos da OAB, ainda que ocasionalmente, derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo aos cofres da entidade.

66. Neste tópico, trataremos do primeiro caso.

67. O Decreto-lei 200/1967, o qual foi recepcionado pela CF/1988, assim define Administração Federal:

"Art. 4º. A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (alínea incluída pela Lei 7.596/1987)"

68. Mais adiante, em seu art. 5º, I, conceitua autarquia como "o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

69. Como bem defende o MPTCU, a OAB preenche todos os requisitos descritos na lei para se enquadrar como autarquia, ou seja, consiste em: "[1º] **serviço autônomo**, [2º] **criado por lei**, [3º] **com personalidade jurídica**, [4º] **patrimônio e receita próprios**, [5º] **para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada**."

70. A característica de **serviço autônomo, com personalidade jurídica**, está expressamente descrita no art. 44 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - EAO):

"Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), **serviço público**, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

§ 1º A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcionalizou hierárquico.

§ 2º O uso da sigla OAB é privativo da Ordem dos Advogados do Brasil." (grifo acrescido)

71. Em relação ao requisito da **criação por lei**, transcrevo a percuente pesquisa histórica contida no parecer do MPTCU:

"A OAB tem origem remota e, ao longo do tempo, várias foram as normas jurídicas que deram suporte à atuação da entidade. O Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB foi o embrião da OAB. Fundado em 7/8/1843, por meio de Aviso Imperial, o IAB tinha o exposto propósito de organizar uma futura ordem de advogados no Brasil, objetivo que somente foi alcançado, após muitas tentativas sem êxito, mediante o Decreto 19.408, de 18/11/1930. O regulamento da criada Ordem dos Advogados Brasileiros foi aprovado mediante o Decreto 20.784, de 14/12/1931, com alterações mediante os Decretos 21.592, de 1/7/1932, 22.039, de 1/11/1932, e 22.266, de 28/12/1932, passando a entidade a figurar, a partir da edição desse último decreto, como Ordem dos Advogados do Brasil. Posteriormente, as disposições regulamentares da ordem aprovadas por meio de todos esses decretos foram alteradas e consolidadas mediante o Decreto 22.478, de 20/2/1933. Note-se que todos os decretos acima mencionados foram editados durante o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil instituído em 11/11/1930, quando os decretos expedidos pelo chefe daquele governam tinham força de lei. O referido Decreto 22.478/1933 seguiu regendo a profissão de advogado e a OAB até a edição da Lei 4.215, de 27/4/1963, sucedida pela atualmente vigente Lei 8.906/1994, editada em conformidade com as competências e prerrogativas conferidas à entidade pela Constituição de 1988."

72. Quanto a possuir **patrimônio e receitas próprios**, as características mostram-se presentes à luz do previsto nos arts. 46, *caput*, 54, XVI, e 55, §1º, do EAO, a saber:

"Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas.

(...)

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:

(...)

XVI - autorizar, pela maioria absoluta das delegações, a oneração ou alienação de seus bens imóveis;

(...)

Art. 55. A diretoria do Conselho Federal é composta de um Presidente, de um Vice-Presidente, de um Secretário-Geral, de um Secretário-Geral Adjunto e de um Tesoureiro.

§ 1º O Presidente exerce a representação nacional e internacional da OAB, competindo-lhe convocar o Conselho Federal, presidi-lo, representá-lo ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, promover-lhe a administração patrimonial e dar execução às suas decisões."

73. Por fim, não há como se afastar a assertiva de que a OAB desempenha atividade típica da Administração Pública. A atividade de fiscalização é, por essência, uma atividade de Estado, pois interfere diretamente na liberdade individual. É reflexo do poder soberano da sociedade em relação ao indivíduo que, por esse motivo, só pode ser exercido pelo Estado, de forma direta (Administração Pública Direta) ou indireta (Administração Pública Indireta).

74. Em outras palavras, replicando os dizeres do Procurador Lucas da Rocha Furtado, em seu parecer, "a regulamentação e a fiscalização de profissões, entre as quais a de advogado, constitui atividade típica de Estado, pois envolve o exercício do poder de polícia administrativa sobre particulares, mediante limitação de direitos e aplicação de penalidades".

75. Corroborando a conclusão de que a atividade de fiscalização profissional é típica atividade da Administração Pública, o contido nos arts. 21, inciso XXIV, e 22, inciso XVI, da Constituição Federal:

"Art. 21. Compete à União:

(...)

XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

(...)

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;"

76. No âmbito jurisprudencial, as decisões também são fartas no mesmo sentido. Trago à colação alguns julgados:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

Decisão unânime." (ADI 1717/DF. STF. Tribunal Pleno. Relator Sydney Sanches. 7/11/2002)

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. DESEMPENHO DE ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO. IMUNIDADE RECÍPROCA. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO AO CUMPRIMENTO DAS FINALIDADES ESSENCIAIS OU ÀS DELAS DECORRENTES. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR DESEMPENHAR ATIVIDADES TÍPICAS DE ESTADO ESTÁ PROTEGIDA PELA IMUNIDADE RECÍPROCA APLICÁVEL AOS IMPOSTOS, NOS TERMOS DA LETRA A DO INCISO VI DO ART. 150 E § 2º DO MESMO DISPOSITIVO DA CARTA POLÍTICA DE 1988. PRECEDENTES JUDICIAIS." (AC 18068 RS. TRF 4ª Região. Primeira Turma. Relatora Maria de Fátima Freitas Labarrére. 1/12/2010)

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSELHOS PROFISSIONAIS. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO. NATUREZA DE AUTARQUIA FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58, §§1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º E 8º DA LEI 9.649/98 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 1.717/DF (Pleno, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 28.3.2003). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA.

I - O Conselho Regional de Engenharia Arquitetura e Agronomia do Estado do Amazonas tem personalidade jurídica própria, distinta do Conselho Federal, e também se encontrava sob a esfera de incidência do dispositivo normativo impugnado nestes autos, afigurando-se, pois, como parte legítima para integrar o pólo passivo da presente demanda.

II - O Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade do art. 58, §§ 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º da Lei 9.649/98, por ocasião do julgamento da ADI 1.717/DF, entendeu que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas constituem atividade típica de Estado, preservando, assim, a natureza de autarquias federais dos Conselhos de Fiscalização Profissional.

III - Apelação desprovida. Sentença confirmada." (AC 1304 AM. TRF 1ª Região. 8ª Turma. Relator Souza Prudente. 23/11/2010)

77. Outrossim, volto a mencionar que o Supremo Tribunal Federal, em sede do recurso extraordinário 595.332/PR, julgado em 31/8/2016, firmou entendimento, com repercussão geral, no sentido de que "Compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual".

78. O entendimento se fundou na premissa de que a Ordem dos Advogados do Brasil tinha a natureza de autarquia.

79. Para afirmar tal competência, o fundamento não poderia ser outro, uma vez que a competência da Justiça Federal está disposta no artigo 109 da Constituição Federal, o qual dispõe:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

80. Por fim, conforme abordado no parecer ministerial, a imunidade tributária de que goza a OAB com fulcro no art. 45, § 5º, da Lei 8.906/1994, só pode ser considerada válida, se entendermos que a entidade possui natureza jurídica de autarquia.

81. Isso porque imunidade tributária não pode ser instituída mediante norma infraconstitucional. Ela deve estar prevista na constituição.

82. Assim, para que o artigo 45, § 5º, da Lei 8.906/1994 não seja considerando inconstitucional, ele precisa estar de acordo com o art. 150 da Constituição Federal, abaixo-transcrito:

"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º A vedação do inciso VI, 'a', é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes."

83. Por todas essas razões, considero indubitável a natureza autárquica da Ordem dos Advogados do Brasil.

84. Por fim, cumpre esclarecer que a natureza autárquica da entidade não contraria o art. 44, § 1, da Lei 8.906/1994, o qual dispõe que "a OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico".

85. O dispositivo serve apenas para afirmar que a OAB é entidade autônoma e independente, não estando subordinada a qualquer órgão da administração pública. Essa ausência de subordinação ou vínculo não significa dizer que ela não está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União. Ausência de vínculo funcional ou hierárquico não é sinônimo de ausência de controle.

86. O vínculo hierárquico está relacionado ao poder do órgão superior de ordenar e revisar as atividades do órgão inferior, ao passo que o vínculo funcional se reflete no poder do órgão vinculante de ditar a forma de prestação do serviço pelo órgão vinculado.

87. O TCU não exerce, em hipótese alguma, nem o poder hierárquico, nem o poder funcional, sobre seus jurisdicionados. Como bem afirma o parecer do MPTCU, "o que o Tribunal faz, no exercício do controle externo, é verificar, sob o aspecto da legalidade, da legitimidade e da economicidade, o bom e adequado uso de bens, dinheiros e valores públicos colocados à disposição de

qualquer pessoa - física ou jurídica, pública ou privada - que os utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre, em conformidade com o disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição".

88. Imaginar de forma diversa, seria o mesmo que dizer que órgãos da Justiça, como o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça, ou também essenciais à Justiça, como o Ministério Público ou a Defensoria Pública, estariam vinculados hierarquicamente ou funcionalmente ao TCU por estarem sujeitos ao controle externo.

V

III - Da natureza pública dos recursos geridos pela OAB

89. As contribuições cobradas por conselhos de fiscalização profissional estão previstas no art. 149 da Constituição Federal, que assim prescreve:

"Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo." (grifo acrescido)

90. É importante frisar que tal dispositivo está inserido no Título VI da CF, que trata "Da Tributação e do Orçamento" e sob o Capítulo I, que estabelece normas sobre o "Sistema Tributário Nacional". Assim, sob a óptica da própria Constituição Federal, as contribuições de interesse das categorias profissionais constituem tributo.

91. Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou algumas vezes. Cito como exemplo:

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ENTIDADES FISCALIZADORAS DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL. CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA: NATUREZA AUTÁRQUICA. Lei 4.234, de 1964, art. 2º. FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

(...)

IV - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313.

(...)

VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida" (MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.5.2001).

92. Assim, não se nega a categoria de tributo das contribuições cobradas pela OAB.

VI

IV - Considerações finais

93. Diante do exposto, concluo que a OAB se submete à jurisdição do Tribunal de Contas do TCU e, portanto, deve ser incluída como unidade prestadora de contas.

94. Aproveito a oportunidade para enfatizar que o momento atual é de uma sociedade que exige cada vez mais a transparência das instituições. A consolidação do Estado Democrático de Direito e a efetivação do princípio republicano estão intimamente ligadas a essa transparência e a *accountability* pública.

95. No desenho institucional brasileiro, a OAB exerce papel fundamental de vigilante sobre o exercício do poder estatal e de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Por essa

razão, deve ser a primeira, entre os conselhos de fiscalização profissional, a servir de exemplo, e apresentar uma gestão transparente e aberta ao controle público.

96. Por outro lado, a atual compreensão de que a OAB não estaria sujeita a qualquer tipo de controle administrativo está minando a possibilidade de real *accountability* sobre seus atos.

97. Atualmente, sujeitam-se ao controle do Tribunal de Contas da União mais de 550 conselhos de fiscalização do exercício profissional (Acórdão 1.877/2018-TCU-Plenário), os quais, somados, gerem recursos da ordem de R\$ 3,3 bilhões anuais (Acórdão 96/2016-TCU-Plenário). Tais conselhos se submetem à fiscalização do Tribunal desde muitos anos, não havendo qualquer alegação de mácula provocada por esta Corte em relação à sua autonomia finalística.

98. Nos Acórdãos 96/2016 e 1.8774/2018, ambos do Plenário, relatados pelo Ministro Weder de Oliveira, o TCU avaliou o grau de transparência dos Conselhos Profissionais, tendo por base os ditames da Lei de Acesso à Informação (LAI). Uma das conclusões do monitoramento foi de que, no interregno entre as duas deliberações, houve sensível evolução na qualidade das informações disponibilizadas ao público, o que indica aprimoramento na transparência, em alguma medida, induzido pela atuação desta Corte. Evidentemente, a OAB não foi avaliada.

99. Já a análise realizada pela unidade instrutiva no âmbito dos presentes autos, conforme exposto no relatório que acompanha este Voto, indica que a OAB “possui baixa transparência, pois não estão disponíveis, de forma ativa, em seu sítio, informações detalhadas relativas aos resultados de suas atividades, às suas receitas e despesas, aos seus contratos e aos seus empregados”.

100. De fato, embora a entidade já tenha alegado ser controlada internamente, são ainda opacas as informações prestadas ao público e a seus contribuintes. A tentativa de levantar qual o valor gerido anualmente pelas entidades que compõem a Ordem é bastante infrutífera. Na verdade, nesse ponto, a mídia tem exercido papel de destaque no afã de “descobrir” alguma informação. O Observatório Nacional da Advocacia estima que a OAB arrecada algo em torno de R\$ 1,3 bilhão com a anuidade e o exame (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1942632-observatorio-defende-mudancas-nas-regras-da-oab.shtml>). Compilando as esparsas informações disponibilizadas por cada seccional e com o apoio de informações disponíveis no sítio Migalhas (o qual também deve ser parabenizado por contribuir nesse tema), é possível estimar que o valor arrecadado com anuidades gire em torno de R\$ 600 milhões por ano. Registro que se trata de estimativa bastante imprecisa, dada a ausência de informações padronizadas, comparáveis e confiáveis.

101. Conforme exposto no presente voto, a natureza de autarquia e o regime público e compulsório dos tributos que arrecada sugerem que a OAB, como qualquer conselho profissional, deva estar sujeito aos controles públicos. Não há nada que a distinga, nesses aspectos, dos demais conselhos profissionais.

102. A Ordem tem assegurada participação nos concursos públicos mais relevantes da carreira jurídica (magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores estaduais), é legitimada universal na propositura das ações do controle abstrato de constitucionalidade, indica dois membros e oficia junto ao Conselho Nacional de Justiça e junto ao Conselho Nacional do Ministério Público. Essas relevantes prerrogativas, que a distinguem dos demais conselhos, só reforçam, na verdade, o caráter público das funções que são por elas desempenhadas - o que fortalece a posição aqui adotada. Firmar o entendimento de que a OAB deve prestar contas ao Tribunal é, além de tudo, uma decisão que homenageia o princípio da isonomia.

103. Num momento em que o Estado vem reforçando e exigindo transparência e regras de *compliance* até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam, não é razoável querer justificar validamente que a OAB possa ser a única instituição infensa a controle.



Ante o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de novembro de 2018.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator