

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 vênua, 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 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, assuma 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, assuma 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, assuma 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 vênha 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 010-09/15/20 0015