

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — TRIBUNAL DE CONTAS —
INEXISTÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO

CONSULTA

Consulta-me, a ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL — CONSELHO FEDERAL, por intermédio de seu eminente presidente, Professor RUBENS APPROBATO MACHADO, se estaria a entidade sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União.

RESPOSTA

Entendo que não.

Ao comentar, no volume IV, tomo II, dos “Comentários à Constituição do Brasil”, o papel do Tribunal de Contas da União, escrevi:

“há de se reconhecer que suas estruturas, responsabilidades e importância cresceram no

atual texto constitucional, o que permite supor que, numa eventual revisão da Carta Magna, venha a ganhar densidade e independência, que não tem. Evitar-se-ia, assim, a rejeição política de seus pareceres, pelos detentores do Congresso, privilegiando as pressões políticas sobre os laudos técnicos, quando não, ocultando aspectos de fiscalização que possam atingir os amigos dos controladores do Poder Legislativo. Em outras palavras, quando o Tribunal de Contas for um Tribunal e não um órgão consultivo, sua função de fiscalização será maior”¹, tendo dedicado ao estudo dessa Corte as páginas 1 a 184 do referido volume.

Sempre defendi uma independência maior

1 *Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo II, 2ª ed., Saraiva, 2000, p. 17.*

para os Tribunais de Contas —no modelo que sugeri ao Senador Bernardo Cabral em 1987, quando relator da Constituinte — que resumo nos termos que se seguem:

“Continuam sendo, no sistema brasileiro, as Cortes de Contas órgãos de orientação do Poder Legislativo, não a ele subordinados, muito embora suas decisões possam não ser acatadas por aquele Poder.

Nas três formas clássicas de fiscalização da atuação financeira do Estado (anterior à execução, simultânea à execução e posterior à execução do orçamento), nada obstante falar-se, no passado, em ser o Tribunal de Contas um autêntico poder moderador, sempre esteve em posição de sinalizador moral, mais do que na de autêntico órgão de execução de um rígido controle.

Sua vinculação ao Poder Legislativo, nada obstante sua não subordinação ao mesmo, não lhe permitia, no passado, ação mais efetiva, a não ser aquela de mostrar à sociedade os desmandos, quando existentes, da execução dos orçamentos.

Cheguei a defender, em dois livros, em função desta atividade vicária dos Tribunais de Contas, quando da constituinte de 1986/88, a tese de sua incorporação ao Poder Judiciário, isto é, tornando-os uma vertente do poder que julga os demais poderes. Na ocasião, imaginei criar um Poder Judiciário com três funções, a saber: a de administração clássica de Justiça, a de proceder ao exame de matéria constitucional, com cortes constitucionais direcionadas ao julgamento exclusivo dessa matéria, e a de promover a responsabilização administrativa, tornando as Cortes de Contas órgãos do Poder Judiciário.

Não me impressionou, à época, o fato de, na tradição dos países civilizados, as Cortes de Contas não integrarem o Poder Judiciário. Todos os países têm suas peculiaridades e o Direito conforma os aspectos comuns e dife-

renciais da vida em sociedade das nações. Em minha opinião, tal postura universal reside no fato de que, ofertar às Cortes de Contas autonomia para promover a responsabilização implica redução do poder político de transigência e composição do Legislativo, até mesmo em matéria de moralidade administrativa, faculdade de que os legisladores, em todo o mundo, não desejam abrir mão.

Muito embora a tese por mim defendida não tenha sido, por inteiro, hospedada pelo constituinte, em parte o foi, na medida que o Tribunal de Contas da União recebeu, em expressa menção no texto constitucional, determinadas atribuições de autonomia absoluta não mais sujeita à interferência do Poder Legislativo”².

Daí o respeito que tenho à Instituição, lamentando não ter força maior e estar subordinada —sendo um órgão eminentemente técnico— às vicissitudes de um Poder Político, talvez o mais político dos dois poderes com tal perfil (Executivo e Legislativo).

O certo, todavia, é que a função técnica dos Tribunais de Contas é exercer o controle externo dos ingressos e recursos oficiais administrados pelo Poder Público, direta ou indiretamente. A sociedade necessita ter conhecimento da forma pela qual são aplicados seus tributos e de saber que seu esforço para sustentar o Estado e os detentores do poder — políticos e burocratas —, não foi em vão. Enfim, que o fruto de seu trabalho, em parte destinado às burras governamentais, através da imposição fiscal, não está sendo desfigurado ou desviado por má versão de verbas públicas.

Por esta razão, o constituinte refere-se à “legalidade, legitimidade, economicidade e aplicação das subvenções e renúncia de receitas”, todas públicas, pois tal dinheiro é apenas administrado pelo Estado em nome da sociedade³.

2 *Direito Constitucional Interpretado*, ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 37/39.

3 *Escrevi sobre o “caput” do artigo 70 o seguinte: “A dicção inicial demonstra que pretendeu o constituinte erradicar qualquer dúvida a respeito da extensão do controle pretendido, na medida em que faz menção à fiscalização orçamentária, acrescentando a contábil, operacional, financeira e patrimonial. Ora, no orçamento há previsão para todos os aspectos mencionados, que, de resto, o compõem. Assim*

O artigo 70 e seu parágrafo único têm a seguinte dicção:

“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.

§ único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, ‘que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiro, bens e valores públicos ou

pelos quais a União responda’, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (grifos meus),

enumerando o parágrafo único as entidades sujeitas à fiscalização, todas elas destinatárias de recursos públicos e, portanto, sujeitas ao controle externo. E aqui não estendo este poder fiscalizatório às entidades imunes, visto que não há “renúncia de receitas” onde a Constituição proíbe a tributação.

Interpreto, inclusive, que as formas desonerativas tributárias não decorrentes de vedação constitucional ao poder de tributar (isenções, não incidências, alíquota zero, remissão e anistia), não sujeitam, as entidades que delas

sendo, a mera fiscalização orçamentária implicaria fiscalização contábil, financeira, operacional e patrimonial. Poderia, pois, o constituinte ter adotado discurso mais escorreito, tendo preferido, todavia, a enunciação longa para afastar dúvidas a respeito.

Já sobre o Orçamento longamente tratei ao comentar os artigos 165 a 169 da Constituição Federal, no volume 6, tomo II, desta edição. Sendo um instrumento técnico, jurídico, econômico e financeiro, abrange todas as previsões de receita e despesas para o exercício, assim como a radiografia patrimonial da União. Por esta razão, o controle do orçamento é tão abrangente, sendo, pois, a fiscalização de suas diversas partes, essencial para que o Estado preste os serviços públicos à coletividade, dentro dos limites da legalidade.

A fiscalização, portanto, é consequência da aprovação orçamentária. De nada valeria aprovar-se um orçamento que não fosse aplicado, por falta de controle ou fiscalização.

A fiscalização contábil diz respeito ao controle das contas públicas de acordo com as regras da contabilidade pública, que seguem as normas gerais dos lançamentos contábeis com as peculiaridades próprias do direito público.

A fiscalização financeira está vinculada às questões pertinentes à moeda, ao crédito, ao endividamento público e quantias ingressadas, com particular cuidado sendo ofertado ao equilíbrio do nível de endividamento, para que seus impactos não gerem inflação ou provoquem desequilíbrio na administração da moeda.

A fiscalização operacional concerne a execução orçamentária, isto é, ao cumprimento do projeto estabelecido no orçamento entre previsões de receitas e despesas e sua real obtenção e aplicação.

Por fim, a fiscalização patrimonial está ligada à manutenção, crescente ou redução do patrimônio da União pelos fatores previstos no orçamento ou independentes de orçamento, entre os quais fatores imprevisíveis decorrentes de calamidade pública, “acts of God” ou caso fortuito e força maior.

O artigo faz menção a uma fiscalização exercida sobre todos os organismos do governo, estejam na Administração Direta ou Indireta, inclusive no que diz respeito à participação nominativa da União em empresas privadas (aspecto patrimonial), nada podendo ficar de fora.

Tal fiscalização será exercida, à luz da legalidade da execução orçamentária, de sua legitimidade (muitas vezes verbas aprovadas para determinadas atividades no exame de sua aplicação mostram-se ilegítimas, como ocorreu com aquelas examinadas na CPI do Orçamento), de sua economicidade (possibilidade material de aplicação nos termos de sua aprovação).

Legalidade, legitimidade e economicidade são, portanto, os parâmetros da execução orçamentária, cabendo rígida fiscalização de tais pressupostos, na operacionalidade das proposições aprovadas pelo Congresso. O mesmo se diga em relação às subvenções e renúncia de receitas, que, ao serem aplicadas ou negadas, devem ser inspiradas pelos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade” (Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo II, Saraiva, 1997, p. 3/6).

gozam, à fiscalização, visto que o parágrafo único não trata de “renúncia de receitas”⁴.

Em relação a recursos ou benefícios recebidos “in pecunia”, todas as entidades, mesmo do setor privado, que os tenham recebido do Governo, deverão ser fiscalizadas pelo Tribunal de Contas, como órgão, repito, acólito do Congresso Nacional, no modelo adotado pela Constituição Federal.

A “máxima lex” refere-se, nitidamente, a “dinheiros, bens e valores públicos, além de obrigações assumidas em nome do Poder”.

Comentei o dispositivo como se segue:

“As contas serão prestadas por pessoa física ou entidade pública (seja da Administração Direta, seja da Indireta) que: a) se utilize; b) arrecade; c) guarde; d) gereencie ou e) administre recursos governamentais, a saber: a) dinheiro; b) bens; c) valores públicos.

De novo, detecta-se excesso de expressões equivalentes. Quem gereencia, administra e quem administra, gereencia. Bastaria o constituinte ter adotado uma ou outra expressão.

Por outro lado, o gerenciamento implica a utilização de verbas gerenciadas. Nem sempre quem se utiliza de recursos da União os gereencia, mas sempre quem os gereencia os utiliza.

Há de se notar, ainda, que todos os valores públicos são bens públicos. Qualquer “valor” é um “bem”, ainda aqui se percebendo o excesso de redação explicativa, em pleonasmo apenas compreensível para espancar qualquer dúvida ou interpretação restritiva.

O mesmo se pode dizer em relação aos “dinheiros”. Todo o dinheiro é um “bem” e um “valor”. A repetição, aí, nem se justifica, até por força de ser a moeda reserva de valor, unidade de conta e meio de pagamento.

A prestação de contas deve, ainda, ser feita por todas as pessoas físicas e entidades públicas em relação aos valores pelos quais a União responda, o que vale dizer, refere-se,

o constituinte, a responsabilidade decorrencial da União.

As hipóteses previstas no artigo 37 § 6º da Constituição Federal poderão implicar necessidade de ressarcimento, que obrigará, nos casos de dolo ou culpa, a ter, a União, que ingressar com ação de regresso contra o agente que provocou a despatrimonialização pública, sendo, hipótese, portanto, que gera a fiscalização orçamentária.

Por fim, cabe fiscalização orçamentária em relação às pessoas físicas ou entidades públicas que assumam, em nome da União, obrigações de natureza pecuniária.

Nesta hipótese, enquadram-se todas as obrigações das empresas estatais, mesmo aquelas empresas que atuam no regime de livre iniciativa exposta no artigo 173, além, é claro, daquelas sujeitas ao regime do artigo 175 da Constituição Federal e ao regime dos monopólios constitucionais.

As obrigações pecuniárias assumidas, que implicam responsabilidade indireta da União, nestes casos, na hipótese de inadimplência, estão sujeitas à fiscalização externa e ao controle interno e externo⁵.

Em nenhum momento, impõe, o texto constitucional, a obrigação do Tribunal de Contas fiscalizar entidades que não

utilizem,
arrecadem,
gereciem,
administrem

dinheiros públicos
bens públicos
valores públicos,

nem

assumam

4 Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina: “Fiscalização. Essa disposição procura arrolar, do modo mais amplo possível, quem está sujeito à fiscalização prevista na Seção em exame da Constituição. Por força deste dispositivo, autoridades de qualquer ente federativo ficarão sujeitas ao controle financeiro por parte do Tribunal de Contas da União, caso usem de recursos advindos de subvenções, ou renúncia de receitas” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 2, Saraiva, 1992, p. 126).

5 Comentários à Constituição do Brasil, 4º volume, Tomo II, Saraiva, 1997, p. 10/12.

ou
façam a União responder

por

obrigações de natureza pecuniária.

A entidade que não se enquadrar no parágrafo único — que diz respeito aos reflexos do controle externo sobre os ingressos públicos — nitidamente, não pode ser fiscalizada pelo Tribunal de Contas⁶.

Repito que o “caput” do artigo ao falar de “renúncia de receitas”, claramente exclui todas aquelas entidades que estão fora da competência impositiva do Estado por determinação constitucional (imunidades). À evidência, onde há proibição de instituir tributos, não se pode falar em “receitas renunciadas”. Entendo, repito também, que as desonerações oferecidas pelo governo às entidades sem fins lucrativos, estão fora da fiscalização, pois, do contrário, não haveria forma de o TCU controlar as despesas de milhares de ONGs, que fazem trabalho comunitário, que o governo deveria fazer, em prol do povo e, infelizmente, não faz, mesmo impondo uma carga tributária de 33% do PIB.

O “caput” do artigo não é destinado a tais entidades e seu parágrafo só pode ser utilizado para entidades que “recebem” recursos e não para entidades desoneradas de tributos por lei infraconstitucional.

Tal premissa é fundamental para a resposta que passo a dar à questão, lembrando-se que o artigo 71 da Constituição Federal em nenhum momento exige que entidades ou instituições que não recebem suporte, apoio ou recursos do Estado devam ser fiscalizadas pelo TCU, como se pode ler do texto que está assim redigido:

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

I. apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 dias a contar do seu recebimento;

II. julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedade 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;

6 Neste sentido, leia-se a decisão do Tribunal Federal de Recursos, cujos fundamentos são relevantes para os textos constitucionais pretéritos e atual: “RECURSO DE MANDADO DE SEGURANÇA Nº 797 — DF

RELATOR: Exmo. Sr. Ministro Candido Lobo

RECORRENTE: Ordem dos Advogados do Brasil

RECORRIDO: Tribunal de Contas da União

EMENTA: Mandado de Segurança — O Tribunal ‘ad quem’ não pode apreciar a matéria preliminar decidida em primeira instância quando não foi, nessa parte, interposto recurso.

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 dinheiro ou bens públicos, a prestar contas ao Tribunal de Contas.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso de Mandado de Segurança nº 797, D. Federal, em que é recorrente a Ordem dos Advogados do Brasil e recorrido o Tribunal de Contas da União:

Acordam os Ministros do Tribunal Federal de Recursos, em sessão plena, desprezada a preliminar de intempestividade do pedido, por unanimidade, dar provimento, por maioria de votos, ao recurso, vencidos os Srs. Ministros Artur Marinho, Cunha Vasconcellos e Alfredo Bernardes, que o negavam, tudo na conformidade das notas taquigráficas juntas que ficam fazendo parte integrante deste.

Rio de Janeiro, 25 de Maio de 1951.

(a) Abner de Vasconcellos — Presidente

(a) Candido Lobo — Relator” (acórdão com cópia autenticada em mãos do parecerista).

III. apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV. realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inc. II;

V. fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI. fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante con-

vênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII. prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII. aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX. assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X. sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI. representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”⁷.

7 Assim comentei o inciso II que interessa especialmente à questão formulada pela consulente: “O inciso II abrange uma gama enorme de contas a serem examinadas pelo Tribunal.

De início, faz menção às contas dos administradores, isto é, daqueles que são responsáveis por dinheiros públicos, sendo, pois, servidores da Administração direta.

A seguir, enuncia os demais gerenciadores de tais recursos, elencando pletora exemplificativa destes responsáveis da Administração direta e indireta. Cabe aqui a primeira observação de natureza diccional. Ao dizer “os administradores e demais responsáveis”, sendo os administradores também responsáveis, à evidência, poderia o constituinte ter extraído o discurso para dizer “os responsáveis”.

A rigor, ao invés de fazer menção a “dinheiros, bens e valores”, sendo os “dinheiros” e “bens”, “valores”, poderia o texto constitucional mencionar apenas: “os responsáveis por valores públicos”.

O discurso refere-se ainda à administração direta e indireta, com o que não exclui ninguém. Nem as pessoas de direito público, nem as de direito privado controladas pelo Estado.

Houve por bem, todavia, esclarecer que nesta última, ou seja, na Administração indireta estão incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal.

Tendo em vista que há fundações que não são mantidas pelo Poder Público, mas que são por ele auxiliadas, pergunta-se: no caso de fundações privadas, suas contas estariam também incluídas? E aquelas que se beneficiam de imunidades constitucionais, não estariam entre as beneficiadas pelo Estado? Suas contas estariam também sujeitas ao exame pelo Tribunal?

Pelo discurso constitucional, não. Apenas aquelas instituídas pelo Poder Público diretamente por lei ou mediante autorização legislativa estariam sujeitas, à luz do art. 71, II.

A parte final da dicção constitucional faz menção às contas de qualquer pessoa que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para o erário público.

À evidência, ao não distinguir quem seriam “aqueles”, o constituinte cuida de todos, servidores ou não, que tenham lesado o erário.

De três hipóteses tratou o constituinte. Da perda, do extravio ou qualquer outra irregularidade.

Passo a analisar, agora, o que diz o título IV, Capítulo do Poder Judiciário e órgãos essenciais à Administração da Justiça, na Constituição.

Os artigos 92 a 126, cuidam do Poder Judiciário (Capítulo III) e os artigos 127 a 135 das Funções Essenciais à Justiça.

Não há Poder Judiciário, sem as instituições que provocam a sua atuação. Não há Poder Judiciário, sem Ministério Público e Advocacia.

O Ministério Público é essencial à lei e à cidadania, sendo seus integrantes os defenso-

res naturais e institucionais da Ordem Legal e dos cidadãos⁸.

A Advocacia, em suas três vertentes (Advocacia Pública, Advocacia e Defensoria Pública), está na mesma linha, embora sua atuação principal seja em defesa de interesses e direitos concretos de seus representados. Uma consequência natural de seu “munus” público é a defesa da lei e da cidadania⁹.

Não sem razão, entre os legitimados para defesa da Ordem Jurídica, em Controle Concentrado, ao lado do Procurador Geral da República, encontra-se o presidente do Conselho Federal da OAB¹⁰.

Bastaria ter dito, mais uma vez, “ou qualquer pessoa que tenha dado causa a qualquer irregularidade da qual resulte prejuízo ao erário”. Se a perda de valores públicos, se o extravio de valores são irregularidades, novamente poderia ter o constituinte adotado discurso mais técnico e menos prolixo.

Por fim, os vocábulos “perda” e “extravio” equivalem-se e se referem, naturalmente, a perda ou extravio de valores, nada obstante o silêncio do constituinte.

O inc. II pode ser resumido a que qualquer responsável a Administração direta ou indireta ou qualquer pessoa que tenha dado prejuízo ao Erário, deverá ter suas contas examinadas pelo Tribunal de Contas.

O discurso poderia ser, portanto, mais escorreito” (Comentários à Constituição do Brasil, ob. cit., p. 25/28).

8 *O “caput” do artigo 127 da Constituição Federal está assim redigido: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.*

9 *No decálogo preparado para meus alunos da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, escrevi:*

“1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a terra, abandona-a porque não és advogado.

2. O direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas, que suscita, ou no litígio dos problemas, que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas, nem levandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras.

...

7. Quando os governos violentam o Direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas.

8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto, fores advogado e lutares para recompor o Direito e a Justiça, cumprirás teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis, que não cederam às tentações do desânimo.

9. O ideal da Justiça é a própria razão de ser do Direito. Não há direito formal sem Justiça, mas apenas corrupção do Direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de Justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Por isto estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo”.

10 *Está o artigo 103 da Constituição Federal assim redigido: “Podem propor a ação de inconstitucio-*

A Advocacia pode ser pública e, à evidência, nesse caso está sujeita ao controle do Tribunal de Contas da União, como departamento governamental, ostentando o Advogado-Geral da União o título de Ministro de Estado. E pode ser mantida pelo Estado para defender os necessitados e insuficientes, através das Defensorias Públicas, também, entidades estatais, sujeitas ao controle do Tribunal de Contas da União ou dos Estados.

A Advocacia privada, todavia, está fora da Administração e do controle governamental. É exercida pela sociedade, para a sociedade e em defesa da sociedade, grande parte das vezes contra as tendências — mesmo em regimes democráticos — totalitárias do Estado ou daqueles que o empalmam, a justificar a definição de Helmut Kuhn, no seu livro “El Estado” (Ed. RIALP), de que o “Estado é uma mera estrutura de poder”¹¹.

A entidade que controla todos os advogados é instituída por lei, com personalidade “sui generis”, pois se a advocacia é uma função essencial à justiça e de proteção da sociedade,

a entidade que a controla não pode estar sujeita, nem subordinada ao Poder, tendo plena independência e autonomia financeira, visto que é exclusivamente mantida pelos advogados. É de se lembrar que, muitas vezes, tem-se transformado na única voz do povo, como ocorreu no regime de exceção de 1968 a 1977, quando houve censura de imprensa e a sociedade só se manifestava contra o Estado, através da OAB.

Tal entidade não se enquadra, em nenhum aspecto, nos pontos mencionados no parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal ou nas hipóteses de fiscalização do artigo seguinte. Controla uma função essencial à Administração da Justiça, mas, ao contrário do Ministério Público, da Advocacia Geral da União e da Defensoria Pública da União — as duas últimas departamentos do Estado e a primeira instituição mantida pelo Estado — a OAB é independente, autônoma e exclusivamente mantida por seus associados, com contribuições democraticamente definidas por seus representantes eleitos livremente pela classe¹².

nalidade: ... VI. o Procurador-Geral da República: VII. o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ...”.

11 José Afonso da Silva, em parecer para a entidade, com pertinência escreve: “Como foi visto, a prestação de contas ao 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, assumira 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.

VI. RESPOSTA AO QUESITO DA CONSULTA.

36. À vista de todo o exposto, podemos responder pela negativa o quesito da consulta, ou seja: ‘O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas ao Tribunal de Contas nem a qualquer outra entidade externa’. Pois ela não está sujeita a controle externo algum, mas exclusivamente ao controle interno. Pois a esses Conselhos é que cabe, com exclusividade, apreciar o relatório anual e deliberar sobre o balanço e as contas de suas diretorias (Lei 8.906/94, arts. 54, XI, e 58, IV)” (cópia de parecer a que o parecerista teve acesso).

12 Dario de Oliveira Magalhães ensina que: “Ordem dos Advogados do Brasil

- ‘Sua natureza jurídica, seus poderes, funções e encargos.
- Conceito de autarquia em face da doutrina e da lei.
- Prestação de contas ao Tribunal de Contas.’
- À Ordem dos Advogados não 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

Cheguei, há muitos anos atrás, a vislumbrar na contribuição para a OAB natureza jurídica de tributo no interesse de categorias sociais, sem, entretanto, ter-me pronunciado de forma definitiva. Hoje, já não tenho dúvidas que não tem natureza tributária, nem mesmo devendo ser imposta por lei, o que ocorreria se fosse uma contribuição, nos termos do artigo 149 da C.F.¹³.

O elemento que me levou a firmar posição neste sentido, reside no aspecto de que se a entidade que exerce o controle da advocacia

estivesse sujeita à definição do “quantum” dos recursos fundamentais à sua manutenção por parte do próprio Estado (lei produzida pela Casa Legislativa e sancionada pelo Executivo), à nitidez sua autonomia deixaria de existir e ficaria atrelada à boa vontade do Poder que lhe cabe muitas vezes controlar¹⁴.

Em outras palavras, a independência e autonomia da Ordem — em nenhum momento recepciendária de recursos governamentais e que se mantém exclusivamente com as contribuições de seus associados livremente de-

subvenção do Tesouro Nacional; custeia os seus serviços 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” (in RDA 20/340).

13 *O artigo 149 da Constituição Federal está assim redigido: “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.*

Parágrafo único. O Estado, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social”.

14 *O Ministro Rafael Mayer escreveu sobre a contribuição: “A análise feita ao longo do parecer contém as premissas que permitem induzir as respostas aos quesitos enunciados pela ilustrada Consulente, definidas nas proposições a seguir:*

1) *Do próprio texto legal se tem que as funções da OAB não se cingem à fiscalização do exercício profissional, pois outras, igualmente relevantes, e até eminentes, compõem a sua finalidade institucional, como se vê dos incisos I e II do art. 44 da Lei 8.906/94.*

2) *A destinação, pela OAB/DF de 40% de sua receita para a CAA/DF, atende ao princípio da legalidade, pois resulta de imposição do art. 62, § 5º da Lei 8.906/94, e esta norma, por sua vez, não vai de encontro a texto constitucional, supostamente o que veda a vinculação de receita de impostos (art. 167, IV), eis que se trata de despesa decorrente de seu orçamento próprio, inerente à sua autonomia institucional.*

3) *Sendo a CAA um dos órgãos da OAB, a destinação de receita de um a outro se conforma, plenamente, à previsão legal, inserida no Estatuto, e se comporta de acordo com o sistema federativo da OAB, em que os vários órgãos são vinculados e interdependentes.*

4) *Embora as anuidades da OAB sejam exações obrigatórias para os advogados inscritos, elas não assumem o caráter de tributo, em qualquer das espécies, constitucionalmente previstas, o que ademais está decidido em coisa soberanamente julgada, na qual a OAB foi parte, não havendo, pois, considerar-se a Lei 8.906/94, no ponto em que dispõe sobre a competência dos Conselhos Seccionais para fixá-las e cobrá-las, passível do vício de inconstitucionalidade formal, pelo fato de não ter cabido a iniciativa da lei ao Presidente da República.*

5) *Não há colisão infra-constitucional entre as normas específicas de assistência social — e as normas gerais de previdência e assistência, haja vista as normas supralegais sobre conflito de leis.*

6) *Conclusivamente, a cobrança da anuidade e seus respectivos repasses à CAA/DF, pela OAB/DF, são constitucionais porque inteiramente conformes ao princípio da legalidade” (em voto a que o parecerista teve acesso).*

finidas por dirigentes democraticamente escolhidos pela classe — são o que fazem dela uma instituição plasmada em defesa da categoria, da ordem jurídica e da nação, sendo a verdadeira controladora — pois não subordinada ao Poder — do Estado. Jamais, portanto, tal independência poderia estar sujeita aos humores voláteis e volúveis do Poder que deve controlar.

Por ser uma instituição essencial à Administração da Justiça, fora do Estado e inserida na sociedade e apenas por esta mantida, através de seu segmento profissional, nitidamente, a contribuição que eles pagam não é tributo. Não poderia esta contribuição jamais depender de aprovação legislativa e sanção executiva — e efetivamente não o é (artigo 46 do EOAB) —, por ser a OAB entidade postada fora da organização estatal e dentro da organização social.

Hoje, não mais tenho dúvidas que tal contribuição não tem natureza tributária, não estando entre aquelas a que o artigo 149 se

refere, ao cuidar das contribuições no interesse das categorias, como ocorre, por exemplo, com os Sindicatos patronais e dos trabalhadores, beneficiados pelas contribuições do “Sistema S” nitidamente de natureza tributária, como já demonstrei em publicações diversas¹⁵.

Ora, se a OAB estivesse subordinada ao Tribunal de Contas da União — que, constitucionalmente, não tem poderes para fiscalizar entidades que não recebem subsídios, subvenções, recursos ou contribuições do Estado — tal subordinação representaria nítida violação ao disposto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. A OAB, sem ter qualquer benefício pecuniário do Estado, estaria, à evidência, cerceada em sua liberdade de escolher, de acordo com a vontade de seus associados, ou seja, de todos advogados, os melhores caminhos de Direito a serem trilhados pela classe e pela sociedade, como última guardiã — e já o demonstrou no passado — da Democracia no país¹⁶.

15 Pessoalmente, entendo que seria mais adequada a classificação de tais contribuições, como sociais e não no interesse da categoria: “Por esta razão, o artigo 240 preserva as únicas contribuições sociais que não são desviadas e que são bem aplicadas, demonstrando que, em alguns momentos de lucidez, o constituinte conseguiu produzir texto adequado, reafirmativo daquele que já estava contido no artigo 149.

A campanha, todavia, para destruir o trabalho, sustentado pelas únicas contribuições sociais que não são desviadas, é intenso. É que, no Brasil, o que dá certo não pode ser mantido e deve ser aniquilado pelos representantes de si mesmos, nos dois poderes políticos, que de há muito não representam mais o povo, apesar de por ele eleitos”.

Como se percebe, entendo que tais contribuições especiais não se enquadram naquelas de interesse das categorias, mas sim na das contribuições sociais, na medida em que todo o sistema “S” é dedicado a dar condições de integração na sociedade dos que frequentam tais escolas de aprendizado” (Revista Dialética de Direito Tributário nº 57, junho de 2000, p. 126).

16 O artigo 46 da Lei 8.906/94 está assim redigido: “Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas.

Parágrafo único. Constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo”.

Ora, se a contribuição fosse tributo teria que sua fixação ser feita por lei e não pela OAB.

Eros Roberto Grau, que esposa idêntico entendimento escreve: “12 — Demonstrarei, na exposição que segue, que as contribuições anuais fixadas e cobradas pela OAB constituem o objeto de um ‘ônus’. Daí por que, participando de uma espécie não ‘obrigacional’, não podem elas ser entendidas como modalidade tributária.

Desejo neste ponto enfaticamente salientar que — como já afirmei em outro contexto — não estou, no alinhamento do raciocínio adotado no presente parecer, a desenvolver construção ‘ad hoc’. A tese da existência, ao lado das modalidades tributárias (obrigacionais) de prestações de dar, instituídas em lei, que constituem condição para o exercício de determinadas condutas — ou seja, objeto de ‘ônus’ — já a esboçara eu em meu ‘Depósito compulsório’, posteriormente, firmando-a em meu ‘Notas sobre o ordenamento jurídico dos preços.’

Já escrevi, para meus alunos, quando ainda lecionava em bacharelado na Universidade Mackenzie, como titular de Direito Constitucional, que:

*“3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter o espírito do legendário ‘El Cid’, capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos”*¹⁷.

Com efeito, uma nação sem advogados livres, não é uma nação democrática, sendo o direito de defesa o verdadeiro divisor entre uma democracia e uma ditadura. Na Alemanha de Hitler, na Cuba de Fidel Castro, no Chile de Pinochet, na União Soviética de Stálin, na China da atualidade, havia e há advocacia, porém, com notórios cerceamentos ao

direito de defesa e, à evidência, por decorrência, à livre expressão e ao direito de oposição e de convivência com idéias políticas diversas¹⁸.

Nas democracias, o direito de defesa é amplo, como o é o da livre expressão, e o direito de defesa na esfera judicial só é exercido plenamente pelos advogados. A instituição que os congrega, portanto, não pode, em nenhum momento, ficar sujeita a qualquer fiscalização, que não a “interna corporis”, ou seja, de seus membros, na medida em que não é uma instituição dos detentores do poder, mas sim da sociedade não governamental.

É de se lembrar que a atual Constituição, pela primeira vez, ofertou a justa dimensão da relevância da advocacia, na conformação da atuação do Poder Judiciário, colocando-a no mesmo nível do Ministério Público, como instituição essencial à Administração da Justiça¹⁹.

Além disso, em junho de 1981 emiti parecer, no qual concluí que “As anuidades a que se refere o parágrafo único do art. 22 da Lei 3.820/60 não estão sujeitas à disposição contida no n. I do § 2º do art. 21 da EC 1/69; não consubstanciam modalidade de tributo, mas ‘ônus’, conforme, ademais, já decidiu o TRF, nos autos do Ag. pet. 37.917/SP” (no parecer a que tive acesso).

17 *Decálogo do Advogado.*

18 *Celso Ribeiro Bastos ensina sobre o direito de defesa e o devido processo legal: “O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito.*

Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei.

O princípio se caracteriza por sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

É por isso que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição.

Contudo, a sua enunciação no Texto Constitucional não é inútil; pelo contrário, ela tem permitido o florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que procura agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões.

A sua origem histórica data da Carta Magna, que tornava certo que ninguém seria despojado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade senão em virtude de devido processo legal (art. 39).

No ano de 1791, a Constituição americana foi emendada, introduzindo-se a avaliação de punições ‘without due process of law’, sendo o mesmo limite imposto aos Estados pela emenda XIV, que reza: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residam. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos, nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular, nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º volume, 2ª ed., Ed. Saraiva, 2001, p. 279).

19 *O artigo 133 da Constituição Federal está assim redigido: “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites*

Por todo o exposto, respondo à consulta formulada, que não está sujeita, a OAB — Conselho Federal, ao controle do Tribunal de Contas da União, controle externo e vicário ao Congresso Nacional, por não manipular os recursos a que se referem os artigos 70, § único e 71 da Constituição Federal e por ser entidade independente, autônoma, sem inter-

ferência e controle do Estado, dispondo para manter-se exclusivamente das contribuições livremente acordadas por seus membros.

S.M.J.

Ives Gandra da Silva Martins, Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional.

da lei”, tendo Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim o comentado: “Advocacia. O direito anterior não possuía norma equivalente.

Dois aspectos se revelam no texto em exame. Um torna a figura do advogado ‘indispensável’ à administração da Justiça. Isto quer dizer que, em todos os processos que se desenvolvam perante a Justiça, deve existir a participação de advogado, ou esta possibilidade, ao menos, para a defesa de interesses em causa, sob pena de descumprimento do mandamento constitucional, o que significa sob pena de nulidade.

O segundo concerne ao ‘status’ do advogado enquanto advogado, ou seja, considerado no exercício da profissão. Nesta situação, é ele ‘inviolável’, nos limites definidos por lei. Assim, em princípio, não poderá ser sancionado por atos ou palavras, isto é, por sua conduta, em vista do exercício da profissão. Responderá, sim, por abusos, nos termos da lei aí referida” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 3, Ed. Saraiva, 1994, p. 53).