

A OAB face o Direito Administrativo

Williams Mello da Silva de Oliveira*

SUMÁRIO: 1- A OAB face o Direito Administrativo.; 2- Da receita da OAB.; 3- Equiparação da OAB com a Autarquia.; 4- Controle do Tribunal de Contas da União.; 5- Polêmicas sobre a OAB.; 6- O interesse da OAB em ser considerada como Entidade Pública.; 7- Conclusão.; 8- Referência Bibliográfica.

RESUMO

O presente artigo tratará do avanço da descentralização dos serviços públicos através da criação de conselhos profissionais dotados de poder de polícia administrativa e independência funcional e hierárquica, desenvolvendo atividades de suma importância para o interesse público, desafogando o Estado que deixa de ser executor dessas atividades e passa, apenas, a ser "fiscalizador indireto" das suas autarquias especiais (no caso a OAB).

O assunto possui grande importância e significa um passo valioso para que este conselho profissional alcance o seu fim estabelecido por lei e conseqüentemente o bem-estar social.

As polêmicas que envolvem a OAB no aspecto da personalidade jurídica e a melhor aplicação do Direito Administrativo serão abordadas e esclarecidas no intuito de cristalizar o entendimento do Poder Legislativo elaborador da Lei 8.906/94.

1- A OAB Face o Direito Administrativo.

A OAB foi regulamentada pela Lei nº 8.906/94 e desde então surgiram inúmeras dúvidas acerca desta instituição, chegando a ser considerada pela doutrina como entidade de natureza *sui generis*.

Com base neste entendimento, Paulo Luiz Netto Lôbo menciona que "a OAB não é autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria *sui generis*, submetida ao direito público (exercício de polícia administrativa da profissão) e ao direito privado (demais finalidades)." (1)

Esclarecendo a questão de que o exercício do poder de polícia administrativa é de caráter público, é salutar a lição do Mestre Diogo de Figueiredo afirmando que "Desde logo, é necessário iniciar-se, assim, com uma reflexão sobre o próprio conceito de poder de polícia, propondo-se o abandono em definitivo da idéia de que se está diante de um tipo especial de poder do Estado próprio ou exclusivo da Administração Pública, para aceitar a visão mais moderna e mais ampla, que vem tomando fôlego doutrinário, de que se trata apenas de

um tipo de função estatal a ser exercida por quem receba a necessária competência da Constituição e das leis." (2)

Com relação as demais finalidades, existem correntes alegando que o Direito privado rege a estrutura interna da OAB e a sua finalidade (função pública), regida pelo direito público.

Paulo Luiz, citando Dario de Almeida Magalhães, transcreve "ser a OAB entidade jurídica sui generis, que não se inclui nem entre as autarquias administrativas nem entre as entidades exclusivamente privadas, por não gerir qualquer parcela do patrimônio público ou se manter com dinheiro público. (3)

2- Da receita da OAB

Paulo Luiz afirma que "as receitas da OAB, embora oriundas de contribuições obrigatórias, não são tributos porque não constituem receita pública, nem ingressam no orçamento público, nem se sujeitam à contabilidade pública. O art. 149 da Constituição não se aplica à OAB, inclusive por ser a única entidade de fiscalização profissional não vinculada à Administração Pública." (4)

O autor, ao abordar a questão sobre este prisma, visa cortar qualquer ligação com a administração pública. Todavia, realmente não se trata de vinculação funcional ou hierárquica, mas sim financeira, bastando a leitura do artigo 44, II, § 1º da Lei 8.906/94 que diz:

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

O disposto neste artigo visou dar independência funcional e hierárquica, mas não financeira, o que fica mais claro com o artigo 46 da referida Lei:

Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviço e multas.

Trata-se de contribuição parafiscal, assentado doutrinariamente como tributo instituído pela União e cobrado pelo beneficiário direto, neste caso, para a entidade que fiscaliza a profissão. A competência tributária é indelegável, salvo a atribuição arrecadadora. Tal entendimento é atribuído pelo art. 7º do CTN.

Caso a OAB não possuísse vínculo financeiro, a Lei não daria um status de autarquia para a mesma, com se vê:

3 – Equiparação da OAB com a Autarquia

Lei 8.906/94

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

Aqui, a OAB foi equiparada as Autarquias; porém, com caráter especial. Isto ocorre pelo fato de que a imunidade está baseada no art. 150, VI, a, § 2º da CRFB que diz:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios:

VI – instituir imposto 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.

Desta forma a sabença curial do legislador foi dar aos Conselhos Profissionais (OAB) a imunidade prevista para os entes de direito Público. Esclarecendo ainda mais, vejamos o conceito de tributo dado pelo CTN:

Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A contribuição instituída por lei e cobrada pela OAB tem caráter obrigatório, não constitui sanção de ato ilícito e é vinculada a atividade administrativa, ou seja, fiscalização da profissão.

O que traz confusão para a corrente que entende possuir a OAB natureza sui generis é o fato de defenderem que a contribuição especial não constitui receita pública, nem ingressa no orçamento público. Mas, tal entendimento é equivocado. Isto porque, a União criou o tributo e deu poder para a OAB cobrá-lo, ou seja, não entrará diretamente para o orçamento do Estado, porém, será a própria entidade que irá recebê-lo e administrá-lo diretamente.

Tão nobre atitude do Estado buscou evitar que no repasse de verba pública para a OAB, esta se perdesse. Assim sendo, tornou-se mais difícil a malversação da receita oriunda desta contribuição, passando a ser empregada de forma mais cristalina.

Este é o entendimento do Mestre Aliomar Baleeiro alegando que "Segundo ensina a doutrina e a jurisprudência assentada, competência é norma constitucional, atributiva de poder legislativo a pessoa estatal, para criar, regular e instituir tributos. Trata-se de norma originária..., indelegável e de plena eficácia... Igualmente, é ponto pacífico que, embora a competência seja indelegável, a pessoa estatal pode conferir a outra as funções de cobrar, arrecadar e fiscalizar tributos, portanto, a sua capacidade tributária ativa...

Denominado de parafiscalidade, significa que o produto correspondente à arrecadação não será receita integrante do orçamento fiscal do Estado, mas será orçado, centralizado e administrado de forma parafiscal." (5)

Continuando com a lição do ilustre autor, este menciona que "a parafiscalidade é apenas o fenômeno segundo o qual a lei da pessoa competente atribui a titularidade de tributo a pessoas diversas do Estado, que as arrecadam em benefício das próprias finalidades." (6)

Com fulcro neste entendimento doutrinário, aplica-se, perfeitamente, o instituído no art. 149 da CRFB por se tratar de contribuição especial, ou seja, verba pública.

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...

Segundo esta linha de raciocínio, a OAB administra verba pública e está sujeita ao controle do TCU (Tribunal de Contas da União), com base no art. 70, parágrafo único.

4 – Controle do Tribunal de Contas da União

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, assumas obrigações de natureza pecuniária.

Respeitando-se as regras do Direito Administrativo, constata-se facilmente que não se trata a OAB de entidade de personalidade sui generis, mas sim uma entidade genuinamente pública, porém, com maior liberdade e independência para gerir o seu fim estabelecido por lei.

5 – Polêmicas sobre a OAB

Bem, a OAB administra verba pública e esta administração irá causar outros confrontos. O primeiro diz respeito a Lei 8.112/93 que trata de servidor público. Esta lei traz a regra de que o órgão de natureza pública deve contratar funcionário de acordo com o estatuto do servidor público.

Todavia, com o advento da Emenda Constitucional nº 20, os funcionários públicos podem ser contratados pelo regime celetista, sendo assim, este conflito deixou de ser controvertido.

No segundo caso a OAB, administradora de dinheiro público, para contratar seus funcionários deve respeitar o processo seletivo próprio (concurso) e a demissão do mesmo deve ser motivada. O entendimento, ora empregado, traria maior eficiência para esta entidade e não faria surgir os famosos apadrinhados e nem o mau uso do que é arrecadado com a contribuição especial.

Com relação aos contratos firmados com outros entes públicos e até mesmo particulares, estes devem respeitar os princípios da licitação de acordo com a explicação supra.

A não observância destes critérios poderá acarretar a malversação de verbas públicas e prejudicar a fiscalização da classe e o cumprimento da finalidade da instituição.

6 – O interesse da OAB em ser considerada como entidade Pública.

Agora, cabe ressaltar que a OAB quando possui interesse em determinadas situações, retira vantagem de ser pessoa jurídica de direito público. Sequer faz questão de entendimento contrário. Neste caso, cita-se, por exemplo, o informativo nº 117 do STF.

Título – cobrança de taxa em favor da OAB

Artigo

Indeferida medida Liminar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra a Lei 5.607/90, do Estado de Mato Grosso, que atribui parcela do recolhimento de custas processuais à Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Mato Grosso. Afirmando que a OAB é pessoa jurídica de Dir. Público (autarquia), que presta serviço de fiscalização da profissão de advogado – indispensável à administração da justiça nos termos do art. 133, da CF -, o Tribunal considerou não haver, à primeira vista, alegada ofensa ao art. 145, II, da CF, que exige a vinculação do pagamento de taxa à prestação de serviço público. Adin MC I. 707 – MT, rel. Min. Moreira Alves, 1º.7.98.

A independência da OAB deve ser mantida, até porque, se não o fosse, deixaria de cumprir sua finalidade estabelecida por lei e passaria a seguir uma política governamental.

A OAB possui personalidade jurídica de direito público, desempenhando atividade de interesse público, o que lhe dá o título de autarquia especial de Polícia Administrativa. Sendo criada por lei para desempenhar funções estatais com autonomia funcional e hierárquica.

Este entendimento visa apenas dar maior clareza e expandir a nobre idéia do Poder Legislativo, fazendo com que o próprio interessado pela fiscalização da profissão tomasse a frente e valorizasse sua classe, bem como desafogar o Poder Público.

A respeito da personalidade da OAB, o STF vem se manifestando acerca do assunto com se verá:

Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei nº 5.607, de 31.05.90, 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 CF/88, é indispensável à administração da justiça, não tem relevância, de plano, a fundamentação jurídica de 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. Ausência, também, do periculum in mora ou da conveniência em suspender-se, liminarmente, a eficácia dessa Lei estadual. Pedido de liminar indeferido. (STF – ADInconst. Nº 1.707/1 – MT – Rel. Min. Moreira Alves – J. 01.07.98 – DJU 16.10.98).

A solução encontrada pelo STF vem reforçar ainda mais a questão da OAB possuir personalidade jurídica de direito público.

Outro ponto a ser destacado, é a questão do foro competente para apreciar matéria que envolve a OAB. Nesta parte, traz-se alude o art. 46, parágrafo único da Lei 8.906/94 que diz:

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

Ressalta-se a possibilidade da OAB, de maneira mais ágil, cobrar o que lhe é devido. Por esta disposição legal, entende-se que não há necessidade destes valores serem lançados na dívida ativa da Fazenda Pública. Agora, pergunta-se: qual o foro para a execução deste crédito?

Ora, trata-se de pessoa jurídica de direito público, equiparada a autarquia, com vinculação apenas financeira. O melhor entendimento para esta questão é reconhecer que o foro competente é o da Justiça Comum Federal. Aliás, este também é o entendimento do STJ em julgamento de conflito de competência quando autor ou réu seja conselho profissional (CC nº 21.932 – RJ – (98.0021641-3) – Relator: Exmo. Sr. Ministro José Delgado. 09.09.98) (LEX – JSTJ e TRF – volume 115 – Página 27).

Para finalizar o caráter público desta entidade, deve ser levado em consideração o Princípio da Publicidade. Segundo o autor José Maria Pinheiro Madeira "o administrador deverá manter sempre a transparência dos seus atos, não podendo ocultar as manobras realizadas pela administração que atinjam tanto coletiva quanto individualmente os indivíduos e suas relações jurídico-administrativas. Desse modo, para que os atos produzam efeitos externos deverão previamente ser publicados para o conhecimento de todos, a fim de que

os atos irregulares não sejam convalidados e os regulares sejam analisados para sua efetiva realização." (7)

Tal preceito está balizado no art. 45, § 6º da Lei 8.906/94, assim:

§ 6º 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.

Com tal regra, constata-se que a lei criadora da OAB utilizou-se de todos os princípios e conceitos da administração pública em sua essência.

7 – Conclusão.

Desta forma, não há outro entendimento senão conhecer a OAB como:

1.Uma autarquia especial de polícia administrativa por fiscalizar a profissão de advogado;

2.Pelo fato de administrar verba pública (tributo – contribuição especial), estar sujeita aos princípios do concurso público para admissão de pessoal e dos princípios da licitação para firmarem contratos;

3.Sujeita-se ao controle do TCU (Tribunal de Contas da União) por administrar dinheiro público diretamente;

4.Sendo pessoa jurídica de direito público, equiparada a autarquia, seu foro é a Justiça Comum Federal;

A Democracia Pública Social deve observar os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, dentre outros já reconhecidos, como forma de obstruir a malversação da Máquina Administrativa. Esta deve ser voltada para o interesse público e não como forma de enriquecimento sem causa por partes daqueles que estão no cargo em um dado momento.

Foi pensando nesta idéia que o legislador atribuiu competência para a OAB cobrar tributos instituídos pela União, desafogando a máquina administrativa e evitando o desvio de verba pública. A forma empregada para a OAB, pode ser perfeitamente considerada uma obra prima, pois são os próprios interessados que administram a entidade. Isto dá transparência e discricionariedade para o administrador do órgão gerir os interesses coletivos de forma mais dinâmica.

Agora, de acordo com o Direito Administrativo, a personalidade da OAB deve ser encarada como abordada em epígrafe para que seus fins não sejam distorcidos e que tão nobre idéia do legislador não fique apenas nas leis sem, contudo, ter um fim prático e eficiente.

Notas

01. LÔBO, Paulo Luiz Netto: Comentários ao Estatuto da Advocacia. 2. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Brasília Jurídica, 1996. p. 180.

02. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000. p. 131.

03. LÔBO, Paulo Luiz Netto: Comentários ao Estatuto da Advocacia. 2. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Brasília Jurídica, 1996. p. 179.

04. LÔBO, Paulo Luiz Netto: Obra citada. p. 180.

05. BALEEIRO, Aliomar: Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 81 - 82.

06. BALEEIRO, Aliomar: Obra citada. p. 83.

07. MADEIRA, José Maria Pinheiro: Administração Pública Centralizada e Descentralizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000. p. 15.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BALEEIRO, Aliomar: Direito tributário Brasileiro. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. 11. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BONAVIDES, Paulo: Reflexões política e direito. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos: Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 1999.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado: Poder Judiciário. Flagrantes Inconstitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. NETO, José Nuzzi: Temas de Direito Constitucional. São Paulo: Esplanada – ADCOAS, 2000.

GASPARINI, Diógenes: Direito Administrativo. 6. ed., revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes: Direito Administrativo Brasileiro. 20. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

MADEIRA, José Maria Pinheiro: Administração Pública Centralizada e Descentralizada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: Mutações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

_____ : Curso de Direito Administrativo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOTTA, Sylvio. DOUGLAS, William: Direito Constitucional. 8. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di: Direito Administrativo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SOUZA JÚNIOR, Paulo Roberto de. VIANNA ESPER, Regina Célia: Lições Práticas de Teoria Geral do Estado. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

* Advogado; Professor Universitário e Assessor Jurídico

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4564>> Acesso em: 26 Set. 2008.