

Artigo
TCU e MPF x OAB:

mais uma tentativa de subjugar a advocacia e a sociedade

“Prometheus

(...) Submission, thou dost know I cannot try

For what submission but that fatal word,

The death-seal of mankind's captivity,

Like the Sicilian's hair-suspended sword,

Which trembles o'er his crown, would he accept,

Or could I yield? Which yet I would not yield (...).”

Percy Shelley[1]

Ana Tereza Basílio[2]

Bruno Di Marino[3]

O Ministro Marco Aurélio de Mello submeteu a regime de repercussão geral (CF, art. 102, §2º) – e o Pleno do Supremo Tribunal Federal já aprovou em plenário virtual – o seguinte tema: se, à luz do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil submete-se ao dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. A questão ascendeu àquela Corte por meio do RE 1.182.189/BA, interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que afastou a OAB da jurisdição do TCU. A tese sustentada no recurso é a de que a OAB gere um serviço público; por isso, deveria sujeitar-se ao controle do TCU.

Paralelamente, também tramita perante o STF, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, o Mandado de Segurança n. 36.376, impetrado pela OAB contra o acórdão nº 2573/2018, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União no processo TC nº 015.720/2018-7. O TCU, em síntese, avocou a OAB para seu raio de controle. Entendeu, para tanto, que esta seria uma autarquia como qualquer outra, nos termos do art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, e que as anuidades pagas por advogados teriam natureza de tributo, na modalidade de contribuição, com a incidência do art. 149 da Constituição Federal. No dia 7 de junho de 2019, a relatora concedeu liminar para, suspendendo a eficácia daquele acórdão, “desobrigar a OAB a prestar contas e a se submeter à fiscalização do TCU”.

Este é o cenário que se coloca; essas as teses que estão sobre a mesa. De novo, no entanto, não há nada. O tema, ao contrário, é requeitado. E já fora enfrentado e resolvido,

e bem resolvido, não só pelos tribunais de cúpula (STF, ADIn 3.026/DF; STJ, vários acórdãos), como pelo próprio TCU. Trata-se, portanto, de um movimento recalcitrante: quer-se ruminar e regurgitar algo já debatido e digerido. A iniciativa, portanto, já na largada, não atende a nenhum propósito de racionalidade ou segurança. Resta, então, aferir as razões que levam a isso. Antes, no entanto, convém retomar as premissas fático-normativas (e também jurisprudenciais) que já ficaram sedimentadas ao longo do caminho, e não mudaram – o quadro é o mesmo (e o próprio TCU já reconheceu esse fato). São elas:

Autonomia e independência são os apanágios da OAB; de acordo com o art. 44, §1º, da Lei 8906/1994, ela “não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico”;

Por quê? Porque a OAB – eis o seu traço distintivo – não serve unicamente a uma corporação; ela não nasceu, em outras palavras, para servir apenas à classe dos advogados, muito menos à Administração Pública, ou a qualquer tipo de governo; a OAB nasceu para servir à sociedade e ao homem (art. 44 da Lei 8906/1994); suas finalidades são supraestatais; é um serviço público em prol da democracia, da Justiça, da ordem e da paz; ela deve contas, portanto, às liberdades (públicas e individuais), aos ideais republicanos e à marcha civilizatória;

Assim, aliás, já assentou o STF, em sede de controle concentrado (ADIn 3.026/DF, Relator Ministro Eros Grau): “(...) A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional (...) Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta (...) 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 (...) 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’ (...) Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração (....)”;

A OAB, portanto, não é uma autarquia tout court, isto é, uma longa manus do Estado; nem uma simples corporação, ou entidade de classe; aliás, o art. 58, §9º, da Lei n. 9.649/1998 exclui expressamente a OAB do regramento das corporações, conselhos ou entidades de classe;

Nesse contexto, enquanto a aprovação do orçamento das autarquias tout court se dá por decreto e vincula-se ao orçamento da União, a aprovação do orçamento da OAB é função privativa de seus conselheiros (art. 54, XI e XII e art. 58, IV, da Lei 8906/94);

Mais precisamente, as anuidades pagas por advogados são instituídas por Resolução dos Conselhos Seccionais (Lei 8.906/1994, art. 58, IX); não integram, desse modo, o Erário, nem constituem receita da Administração Pública, mas da própria OAB, com vistas à consecução das suas finalidades institucionais; não têm, pois, natureza de tributo (contribuição) - elas constituem um ônus suportado pelos advogados;

A jurisprudência do STJ é pacífica nesse sentido: “(...) a OAB (...) mesmo incumbida de realizar serviço público (...) não se inclui entre as demais autarquias federais típicas, já que não busca realizar os fins da Administração. Assim, a anuidade paga pelos advogados não pode ser enquadrada no conceito de tributo (...)” (REsp 915.753/RS, Relator Ministro Humberto Martins); “(...) Não há como qualificar a anuidade paga pelos advogados como tributo (...) a anuidade paga não constitui receita pública, eis que não pode a OAB ser incluída no conceito de Fazenda Pública (...)” (EREsp 503.252/SC, Relator Ministro Castro Meira); “(...) Os créditos decorrentes da relação jurídica travada entre a OAB e os

advogados não compõem o erário e, conseqüentemente, não têm natureza tributária (...)" (REsp 1574642/SC, Relator Ministro Sérgio Kukina);

Os conselheiros da OAB são eleitos pelos próprios advogados, sem ingerência de quaisquer dos poderes (Lei 8.906/94, arts. 63 e 67); e seus empregados são celetistas; não se submetem a concurso público;

Por fim, já em 1951 restou decidido que a OAB não se sujeitaria à jurisdição do TCU (TFR, Recurso em Mandado de Segurança n. 797); e, mais recentemente, já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, o órgão Plenário do TCU reafirmou esse entendimento, ao prolatar o Acórdão nº 1765/2003, no qual consignou que nada mudou de lá para cá: "(...) a OAB é, hoje, exatamente o que era em 1951 (...) E os recursos por ela geridos são (...) o que sempre foram (...). Não houve, no interregno, qualquer alteração (...) que modificasse quer a natureza jurídica da OAB, quer a dos recursos por ela geridos (...)".

Ainda no plano das teses, cabe uma última palavra. O MPF sustenta, sic et simpliciter, o seguinte: se a advocacia é um serviço público, então a OAB deve sujeitar-se à jurisdição do TCU. O argumento, no entanto, é, na raiz, manquitolante; e padece, ainda, de síndrome de gigantismo e onipotência - própria do Poder Público; própria, pois, da lógica da autoridade. O advogado, na sua atividade privada, exerce um múnus público porque ele é essencial à Justiça (CF, art. 133) – e a Justiça serve à manutenção da ordem e da paz. Justiça, ordem e paz, no entanto, são valores e metas ínsitas a qualquer organização civil da sociedade; não são monopólio do Estado – leia-se: do Estado na sua configuração moderna; antes, são anteriores ao Estado; e mais do que isso: vão além do Estado; são supraestatais. Aliás, dentro do próprio Estado, reconhece-se a autonomia de outros meios de resolução de conflitos não estatais. A arbitragem é um exemplo – cada vez mais florescente e frisante. Também ali a figura do advogado é essencial; e, também ali, o próprio Poder Público figura muitas vezes como parte. Qual seria, então, o próximo passo? A submissão das Cortes Arbitrais – entidades privadas – ao controle de contas do TCU? Vê-se, pois, que o argumento se assenta no vazio. O fato de servir à Justiça não faz do advogado – e, por ampliação, da OAB - um servidor do Erário. O público nasce público, definido em lei; não se torna público por interpretação ou quererismo – como se pretende agora. E o advogado nasce livre; o compromisso da OAB é com a liberdade.

Se a questão, portanto, já foi resolvida - há muito tempo, e em todas as esferas decisórias -, e se nada, absolutamente nada, mudou, o que move, então, esse movimento? Aqui, também aqui, é necessário perscrutar o fundo da alma humana, do demasiado humano, inserindo-o no contexto histórico atual. E aí se chega aos seguintes motores:

antes de mais nada, uma generosa, e irremediável, e inconfessável dose de curiosidade; há muito, com efeito, e com renitente insistência, o MPF, a partir de construções cerebrinas, calcadas em teorias da conspiração, pretende escarafunchar e ter acesso ao valor de honorários contratados entre clientes e advogados; cite-se, g., o Mandado de Segurança n. 2005.51.10.005825-1, julgado, em grau de apelação, pela Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reafirmou, contra a pretensão do Parquet, a garantia de inviolabilidade do sigilo do advogado na sua relação com o cliente; agora o MPF quer saber o valor da arca total da OAB;

Depois, é certo, há, por trás, a volúpia estimulante do poder, sempre querendo mais poder; e aqui intervém, diretamente, o nosso velho, e incrustado, e crônico, e doentio, e quiçá incurável publicismo:

b.1.) o mesmo publicismo que pretende abarcar e atrair a totalidade do mundo da vida (nas vertentes econômica, cultural e social) para o seu raio de gravitação e intervenção, como se o canal do público fosse uma via inexorável de batismo e controle, além de uma garantia de santidade e correção para todas as propaladas distorções e perversidades oriundas das relações diretas interpessoais;

b.2.) o mesmo publicismo que lobotomiza nas cátedras e nos tribunais a tese autoritária de que o público tem supremacia sobre o particular, e que os atos do poder público gozam, naturaliter, de presunção de legitimidade, mesmo que a cláusula fundante da nossa República (CF, art. 1º, III) tenha sido edificada sobre a base da pessoa humana em sua dignidade como indivíduo – e não como um ser de rebanho que deve ceder ao arrastão do coletivo;

b.3.) o mesmo publicismo que, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, não conhece, há muito tempo – numa jurisprudência que já virou jargão forense - de recursos extraordinários nos quais sejam veiculadas violações a direitos e garantias individuais – que são direitos e garantias para além da Constituição Federal;

b.4.) o mesmo publicismo que propugna, implementa e banaliza, diariamente, devassas de toda sorte, a torto e a direito, no sigilo fiscal e bancário dos cidadãos e tenta submeter a vida privada ao jugo de um grande BIG BROTHER sob o seu controle implacável;

b.5.) o mesmo publicismo que se arroga a autoridade de criar, por sentença, tipos penais não previstos em lei;

b.6.) o mesmo publicismo que, ao validar a emissão de cheques em branco por parte do Legislador ao Administrador, converte agências reguladoras (em mais um genuíno produto desviante do nosso tropicalismo), a um só tempo, em legisladoras, executoras e julgadoras das penas por elas próprias editadas, aplicadas e marteladas de modo irracional, sem qualquer parâmetro mínimo, razoável e prévio definido em lei;

b.7.) o mesmo publicismo que admite, contra as empresas, a figura anômala do dano moral coletivo como uma supermulta (ou superbomba), também não prevista em lei, cujo produto é reversível para o caixa do Poder Público, e não para a reparação de danos ou melhoria de serviços;

b.8.) o mesmo publicismo que impõe que a sociedade financie o inadimplemento de entes estatais, mesmo que ele se refira a despesas básicas, correntes e, portanto, mezinhas, próprias da ordem do dia de qualquer administração minimamente responsável, tais como gastos com luz, telefone e gás (tem-se, aqui, na verdade, mero desdobramento do irresponsável pensamento econômico que propugna que o público deve ser deficitário e gerar mais dívida pública, a ser financiada pela posteridade);

b.9.) o mesmo publicismo que, num Estado Federado, e de proporções continentais, admite a anomalia federativa que a decisão de um magistrado isolado de primeiro grau, ainda que de uma comarca situada num dos rincões mais inacessíveis do país, tenha força, autoridade e jurisdição por todo o território nacional;

b.10.) o mesmo publicismo que a sustenta a tese – indefensável - de que tudo o que é cobrado na via de execução fiscal constituiria, ipso facto - apenas pela forma, e não pelo conteúdo -, receita pública não sujeita ao regime de concursabilidade vigente em recuperações judiciais, mesmo que se trate de receitas não tributárias, mas, sim, oriundas de multas administrativas, que não são, nem podem ser, a razão de ser do Estado; etc.

a todo esse publicismo, portanto, e a tantos outros, cuja enumeração não caberia neste curto artigo, pode-se, também em larga medida, atribuir a insistência nesse retorno do que já foi, consubstanciada nessa ruminância sem fim acerca de temas já superados, até que se obtenha, ou pela força, ou pela autoridade, o resultado que lhe satisfaça;

c) Por fim, como último motor – este, agora, mais atual, em vogue - de todo esse movimento de escopo bem direcionado, cite-se o pacto velado no sentido de, inclusive com efeitos especiais midiáticos, tentar demonizar a advocacia; satanizar as liberdades e excomungar as relações privadas, como se a advocacia contribuísse e fosse mesmo responsável por todo esse quadro de estagnação e retrocesso (político, econômico e moral) em que se encontra o país. A verdade, no entanto, é que é muito alto o custo de se internalizar tudo numa constituição; e de se transferir a gestão de tudo para o Poder Público. Esse é o preço que estamos a pagar pela Constituição Federal de 1988: ela encarna o mito (no seu pior sentido) do público; ela consolidou a superstição do público; ela consagrou, enfim, a nossa tradição autoritária de publicismo; e, 30 anos depois, somos uma sociedade de substituídos, inertes, reféns do Poder Público; uma sociedade depauperada, infantilizada, que perde comércio, perde indústrias, perde serviços, perde alento e capacidade criativa, e nada, ou quase nada, ganha em troca (hospitais, estradas, escolas, segurança etc); o serviço mais eficiente do Poder Público é o serviço de arrecadação (neste ano de 2019, só até o mês de junho; já foram arrecadados mais de 1 trilhão de reais em impostos; só impostos); uma sociedade, enfim, que trabalha para pagar aposentadorias do Poder Público – a reforma da Previdência, ao fim e ao cabo, não é senão isto; afinal, os particulares se aposentam com o mínimo. Em meio a esse quadro caótico, qual a solução engendrada pelo Público, no alto de seu Ministério? Capturar a OAB, quer dizer, capturar o símbolo da liberdade e da sociedade civil, para o seu raio de gravitação. Assim o Poder Público acena para a sociedade na condição de salvador. E nomeia os seus mártires em transmissão on line para regozijo da mídia; e elege seus inimigos - os inimigos públicos, sendo a OAB um deles; com isso, o Poder Público impoluto mira na advocacia a responsabilidade pelo desastre que o projeto publicista redundou para nós, com esse estado de paralisia econômica, indigência ética e sujeição civil.

É por demais evidente, já concluindo, o simbolismo embutido nesse dramático debate: de um lado, a força bruta da autoridade; do outro, a fina flor da liberdade. E esse, justamente esse, é o bom combate para o qual todo advogado é convocado e prontamente se coloca de pé; essa, aliás – em tempos distorcidos de Iluminismo público - é a verdadeira semente de luz que todo advogado carrega no peito: a de que todo poder, tanto mais numa República, deve ser limitado, e não ampliado. Não é dinheiro, portanto, o que está em jogo – e a OAB nada tem a temer com relação às suas contas. A questão é mais alta: pois, quando avança, o poder não recua; quando incha, não murcha; quando cresce, não mingua; e quando se dilata, a liberdade se comprime. Direitos fundamentais não são a verdadeira garantia da sociedade; e as Constituições, no final do dia, podem não ser mais do que pedaços de papel; sem o advogado para lutar por aqueles e por estas, tornando-as realidades vivas, a sociedade é uma folha ao vento sujeita aos caprichos do poder. A OAB,

portanto, não deve e jamais se curvará a este, nem aceitará nenhum tipo de sujeição e controle, seja político, seja financeiro. Submeter a OAB à matemática do TCU é sujeitar a sociedade, de vez, ao império do Poder Público; é fechar o caminho para que ela, a própria sociedade, encontre as soluções para os seus problemas, sem o pagamento de pedágios públicos. Afinal, os homens e aquilo que eles criam são a força real de qualquer comunidade (David Hume).

A curiosidade, como se sabe, matou o gato; agora, a curiosidade (mas não só ela) quer subjugar a advocacia; o publicismo, enfim - as coisas indo como vão -, ainda nos levará à total ruína; o publicismo – ai de nós! - ainda nos transformará numa sociedade de servos a trabalharem continuamente em prol da manutenção da engrenagem desse imenso Leviatã. Mas não enquanto houver advogados altivos e ciosos da sua infatigável função: todo advogado é um Quixote disparatado sempre pronto para se arremessar em armas (e suas armas são as palavras) contra os moinhos triturantes e nada imaginários do poder. A advocacia e a sociedade não se submeterão.

NOTAS DE RODAPÉ:

[1] - SHELLY, Percy, in “Prometheus unbound”, BH, Antêntica, 2015, p. 94.

[2] Vice-Presidente da OAB/RJ.

[3] Advogado.