

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

DIEGO SOBRAL PEREIRA SILVA

**ANÁLISE CRÍTICA DAS PRERROGATIVAS DA OAB EM RELAÇÃO AOS
CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL**

Juiz de Fora
2014

DIEGO SOBRAL PEREIRA SILVA

**ANÁLISE CRÍTICA DAS PRERROGATIVAS DA OAB EM RELAÇÃO AOS
CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Pedro Mascarenhas Guzella.

Juiz de Fora
2014

DIEGO SOBRAL PEREIRA SILVA

**ANÁLISE CRÍTICA DAS PRERROGATIVAS DA OAB EM RELAÇÃO AOS
CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL**

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Pedro Mascarenhas Guzella.

Professor Pedro Mascarenhas Guzella (Orientador)
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Mestre Júlia Maurmo
Instituto Vianna Junior

Professor Mestre Bruno Stigert
Instituto Vianna Junior

Juiz de Fora
2014

RESUMO

Os Conselhos de Fiscalização Profissional são autarquias corporativas pertencentes à administração indireta, submetendo-se ao regime jurídico de direito público, assim possuindo diversas prerrogativas, mas também tendo que seguir inúmeras obrigações desse regime. Os Conselhos têm como sua principal característica fiscalizar os profissionais de suas respectivas categorias. A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) tem por atribuição principal fiscalizar os advogados. Mas ao contrário do que parece a OAB não segue exclusivamente o regime público, sendo uma entidade impar a luz do STF (Supremo Tribunal Federal), portanto gozando do que há de melhor do regime público e também do regime privado. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar de maneira crítica, à luz do princípio da legalidade, as diversas prerrogativas da OAB não estendidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional. Para tanto, analisaremos leis, doutrina, jurisprudência, a ADIN 3026 e diversos princípios do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho de Fiscalização Profissional; Ordem dos Advogados do Brasil; natureza jurídica; prerrogativas; obrigações; princípio da legalidade: tratamento desigual.

ABSTRACT

The Professional Oversight Board are corporative autarchies pertaining to indirect administration, which are under the polity of public law, thereby holding many prerogatives, but also having to follow several obligations of this regime. The main feature of the councils is supervise the professionals in their category. In the same way, the OAB (Order of Brazilians Lawyers) also have as major goal oversee professionals in its class, which are the lawyers. On the other hand, the OAB not only follows the public system, being a single corporation under the light of the STF (Supreme Court), therefore enjoying the best of public system and the private sector. Thereat, the present dissertation has the intention to analyze in a critical way, according to the principle of legality, the different OAB prerogatives not extended to the others Professional Oversight Boards. For this, we will analyze laws, doctrine, jurisprudence, ADIN 3026 and various principles of administrative law.

KEYWORDS: Professional Oversight Board; Order of Lawyers of Brazil; Legal; prerogatives; liabilities; principle of legality; unequal treatment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO 1 –HISTÓRICO DOS CONSELHOS DE FISCALIÇÃO PROFISSIONAL	9
CAPÍTULO 2– NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL	11
CAPÍTULO 3– CARASTERÍSTICAS E PRERROGATIVAS DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL	16
CAPÍTULO 4 – OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.....	24
CAPÍTULO 5 – ANÁLISE DA ADIN 3026.....	27
CAPÍTULO 6 – ANÁSILE DAS PRERROGATIVAS DA OAB FRENTE AOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL	33
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	39

INTRODUÇÃO

Os Conselhos de Fiscalização Profissional, que surgiram no Brasil no governo de Getúlio Vargas em 1930¹, são classificados como autarquias corporativas, sendo assim pessoas jurídicas de direito público interno pertencentes à administração indireta, submetendo-se ao regime jurídico público. Os Conselhos gozam de diversas prerrogativas enquanto entidades pertencentes à administração pública, tais como: imunidade tributária, prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar nos processos judiciais cíveis. Contudo, também se submetem a todas as obrigações do regime jurídico público, a saber: o ingresso em seus quadros de pessoal se dá através de concurso público, seus servidores se submetem ao regime estatutário, são obrigados a seguir as normas da Lei 8.666/93 que dispõe sobre licitações e contratos e são fiscalizados pelo TCU (Tribunal de Contas da União).

A principal finalidade dos Conselhos de Fiscalização Profissional, como a nomenclatura sugere, é fiscalizar a atuação dos profissionais vinculados, zelando pela lisura da respectiva profissão. O registro nesses conselhos é condição *sine qua non* para que o profissional possa atuar e, também por isso, anuidades de natureza compulsória são cobradas.

A OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) que tem a mesma finalidade dos Conselhos de Fiscalização Profissional, qual seja, fiscalizar os advogados, tem sua natureza jurídica única (*sui generis*), sendo ela pública e privada ao mesmo tempo, assim possuindo o que há de melhor da administração pública e o que há de melhor do setor privado.

¹ “Convém ressaltar que a opção pela criação de uma entidade para o desempenho de tal mister correspondeu igualmente a uma tendência que já havia algum tempo se vinha desenhando no cenário nacional como os direitos trabalhistas, o voto e uma maior intervenção do Estado no setor privado” Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência – Coordenação Vladimir Passos de Freitas

Esse status referente à natureza jurídica surge após o julgamento, pelo STF, da polêmica ADIN 3026, proposta pelo Procurador Geral da República, objetivando compelir a Ordem a prestar concurso público para ingresso em seus quadros².

No primeiro capítulo apontaremos o histórico dos Conselhos de Fiscalização Profissional, como surgiram os conselhos e os primeiros registros no Brasil.

Logo após iremos debater a natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização Profissional, porque os conselhos são classificados como autarquias corporativas e a evolução da jurisprudência ao longo dos anos em relação a esse tema.

Em seguida, trataremos das características dos Conselhos de Fiscalização Profissional, quais são as obrigações dos conselhos e quais são suas prerrogativas, estas últimas referentes a toda e qualquer autarquia.

No quarto capítulo vamos falar da evolução histórica da OAB e qual sua importância para a sociedade brasileira.

Seguindo, iremos analisar a mencionada ADIN 3026, proposta pelo Procurador Geral da República, visando obrigar a OAB a prestar concurso público para ingresso em seu quadro de pessoal.

Posteriormente, faremos uma análise de todas as prerrogativas da OAB não estendidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo analisar de maneira crítica, à luz do princípio da legalidade, as diversas prerrogativas da OAB não estendidas aos Conselhos de Fiscalização Profissional.

Por fim chegaremos à conclusão sobre qual a natureza jurídica da OAB e quais prerrogativas e obrigações, efetivamente, a entidade faz jus.

² Sendo esses profissionais contratados pelo regime celetista sem concurso público para trabalharem nas Seccionais e Subseções da OAB. Diferente dos advogados que submetem-se ao Exame da Ordem para que possam exercer sua profissão.

1- HISTÓRICO DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Os Conselhos de Fiscalização Profissional, apesar de ter sua origem em séculos passados, somente se difundiram no Direito brasileiro a partir do século XX. Os conflitos entre diferentes setores (trabalhadores, Estado e capital) fizeram com que fossem criadas instituições para controlar essas divergências³.

O gérmen dos Conselhos no Brasil foram os grêmios, pois nossos colonizadores lusitanos trouxeram suas experiências para nossas terras durante o período de colonização. Mas a implantação dos Conselhos no Brasil só foi possível devido ao movimento liberal europeu, que incentivou tanto o Estado, quanto os trabalhadores e empregadores. Este movimento fez com que surgissem os sindicatos que modernamente têm por base a tutela dos interesses públicos e não somente daqueles meramente corporativos⁴.

A primeira entidade de fiscalização profissional a surgir no Brasil foi a Ordem dos Advogados do Brasil, o que ocorreu através do Decreto 19.408, expedido pelo então presidente Getúlio Vargas. Com a criação da Ordem e com o crescimento do mercado interno, outras categorias profissionais começaram a se organizar, assim, surgindo outros conselhos, como os de Medicina, Odontologia e Contabilidade⁵.

“Verificamos que a atividade cria laços mais profundos entre os homens do que os decorrentes da localidade e até mesmo do parentesco, porque o exercício de uma atividade, e especialmente de uma profissão, cria características das quais o indivíduo jamais se liberta e que até transmite a seus descendentes. E isso aconteceu nas épocas mais primitivas, nos povos ainda nas suas fases de

³ Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência – Coordenação Vladimir Passos de Freitas

⁴ Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência – Coordenação Vladimir Passos de Freitas

⁵ O Conselho Federal de Medicina foi criado em 1957, o Conselho Federal de Odontologia foi criado em 1967 e o Conselho Federal de Contabilidade, em 1946.

formação social, unindo, em grupos ou castas guerreiros, sacerdotes, pastores”⁶.

⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. Ed. São Paulo: Ed. Ltr, 1991. Vol 2, p. 959.

2- NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Primeiramente, é preciso definir o que é natureza jurídica. Segundo José de Oliveira Ascensão⁷:

“A natureza jurídica busca-se mediante a comparação com institutos conhecidos. A determinação da natureza jurídica passa então a ser a identificação de uma grande categoria jurídica em que se enquadra o instituto em análise”.

Rubens Limongi França, na obra *Enciclopédia Saraiva do Direito*, diz que “mais do que por meio de uma análise conceitual, a determinação da natureza jurídica de um instituto deverá fazer-se mediante a determinação de seus efeitos”.

A natureza jurídica dos conselhos de fiscalização explica que tipos de pessoa jurídica constituem e a que ramo do direito estão vinculados.

Os conselhos de fiscalização anteriores à Constituição de 1988 tinham natureza jurídica de autarquias corporativas mesmo diante de inúmeras discussões, notadamente quanto à sua condição de entes privados ou públicos.

⁷ França, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 96

Após a promulgação da Constituição de 1988, a natureza jurídica dos conselhos passou por grandes mudanças, devido à Medida Provisória 1.549-35, de 09.10.1997 e à Lei 9.649 de 27.05.1998.

O advento da CF de 1988, em verdade, não representou solução de continuidade em relação às posições dominantes da jurisprudência e da doutrina quanto às entidades de fiscalização.

A natureza jurídica dos conselhos não alimentava grandes discussões, até o advento da Medida Provisória 1.549-35, a qual deu aos conselhos de fiscalização a natureza jurídica de direito privado.

Essa medida pretendeu transformar os conselhos de fiscalização, que até então eram considerados autarquias em entidades privadas sem vínculo algum com a Administração Pública.

Depois de inúmeras modificações, houve o processo de conversão da Medida Provisória na Lei 9.649/98, o qual manteve os conselhos de fiscalização como entidades privadas.

O artigo 58 da Lei 9.649, com sua mais recente alteração, ocorrida em 2003, atualmente dispõe:

“Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo

vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no *caput*. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.”

Modificou-se completamente a natureza jurídica dos Conselhos de Fiscalização. Esses seriam pessoas jurídicas de direito privado e a fiscalização das profissões seria regulamentada, em caráter privado, por delegação do poder público.

Mas esse artigo não prevalece nos dias atuais, devido à ADIN 1.717-6 que o declarou inconstitucional, e devolveu a natureza jurídica de direito público aos conselhos:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OFICIAL. CONSELHOS REGIONAIS. SERVIÇO DE **NATUREZA PÚBLICA**. LEI N.º 9.649 /98. **ADIN N.º 1717-**

6. AUTARQUIA. QUADRO DE PESSOAL. EMPREGADO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO. ART. 37, II, CF/88. DEMISSÃO DE EMPREGADO IRREGULAR. MANUTENÇÃO PROVISÓRIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. APELAÇÃO E REMESSA PROVIDAS EM PARTE. 1. Trata-se de Remessa Oficial e de Apelação Cível interposta pelo Conselho Regional de Odontologia da Paraíba - CRO-PB, contra a sentença a quo, lavrada pelo MM. Juiz Federal Substituto da 1ª Vara-PB, que nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo MPF em face do CRO-PB e de seus empregados, julgou procedente em parte o pedido, condenando o réu ao não preenchimento de seu quadro de pessoal sem a realização de concurso público, observados os princípios estabelecidos no art. 37, caput, e inciso II, da CF/88 e declarando a nulidade das contratações, sem prévio concurso público, para determinar o afastamento dos réus de seu quadro de pessoal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a partir do trânsito em julgado da sentença. 2. Em face da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, na **ADIN 1.717-6**, que declarou inconstitucional a execução e a aplicabilidade do artigo 58, e seus parágrafos, da Lei nº 9.649/98, os Conselhos Profissionais conservam a personalidade jurídica de **autarquia** federal, continuando a serem considerados como integrantes da Administração Pública, devendo, pois, obedecer ao regime jurídico administrativo, aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública e, bem como, sujeitarem-se à fiscalização do Tribunal de Contas da União, a teor do art. 70 da Constituição Federal de 1988. 3. A referida decisão do tem eficácia "erga omnes", efeito "ex tunc" e força vinculante sobre as ações em que figurem como parte os Conselhos Regionais de Fiscalização Profissional. Deste modo, todos os efeitos da lei tida como inconstitucional"⁸.

Para o estabelecimento da exata natureza jurídica dos conselhos de fiscalização, há necessidade de verificar sua essência à luz da legislação constitucional e infraconstitucional.

O Decreto-Lei 200/67 traz a definição legal de autarquia:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

⁸ TRF-5 - AC: 404028 PB 2003.82.00.010704-8, Relator: Desembargador Federal Frederico Pinto de Azevedo (Substituto), Data de Julgamento: 14/05/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/06/2008 - Página: 629 - Nº: 112 - Ano: 2008

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

O Decreto-Lei apresenta somente uma falha ao conceituar autarquia; ele se limitou a enquadrar autarquia como tendo personalidade jurídica, sem salientar o fundamental, ou seja, que essa pessoa é submetida ao direito público, tem personalidade jurídica de direito público.

Assim, o conceito dado pelo decreto foi sendo aprimorado pela doutrina, e mais do que isso, é o conceito legal de autarquia em nosso Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello, diz “sinteticamente, as autarquias poderiam ser definidas como pessoas jurídicas de Direito Público de capacidade meramente administrativa”.

Assim, os Conselhos de Fiscalização profissional sempre foram e continuam sendo autarquias corporativas, uma vez que exercem atividade típica e indelegável do Estado.

3- CARACTERÍSTICAS E PRERROGATIVAS DOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Os conselhos são autarquias, e essas integram a administração indireta, sendo que estão submetidos ao direito público. Contrariamente ao viés privado, a submissão ao regime jurídico de direito público confere às autarquias características e prerrogativas específicas, que serão abordadas abaixo, notadamente devido ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁹.

A primeira característica dos conselhos é que somente são criados por lei específica, sendo que esta lei somente poderá versar sobre a criação do conselho, não podendo tratar de nenhum outro assunto. Ademais, também sua extinção somente poderá ocorrer por intermédio de lei. Trata-se de comandos constitucionais, conforme se depreende do artigo 37, XIX, da CF (Constituição Federal).

“ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

⁹ “A supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não poderiam prevalecer sobre o interesse público. (...). O direito não faculta ao agente público o poder para acolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. O agente é um servo do interesse público – nessa acepção, o interesse público é indisponível.” Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 9ª Ed., p. 166.

A criação e extinção dos conselhos somente por lei traz uma maior segurança jurídica para sua atividade. Os conselhos não serão extintos quando bem entender a classe de profissionais que são fiscalizados. A segurança jurídica de sua criação e extinção são reforçadas ainda mais quando diz que a lei precisa ser específica, ou seja, a lei que criar ou extinguir os conselhos só poderão tratar sobre esse assunto.

A segunda característica é a personalidade jurídica de direito público, que faz com que os conselhos respondam por suas obrigações, sendo um sujeito de direitos, mas também de deveres. Quando muito, no que toca aos compromissos com terceiros, pode-se cogitar de responsabilidade subsidiária da União, que os criou, e isso somente no caso de exaustão de seus recursos. Os direitos que a personalidade jurídica traz são inúmeros, mas o principal é a imunidade com relação a impostos. Todos os entes, sejam públicos ou privados, gostariam que não fossem cobrados impostos sobre suas atividades, mas esse é um direito garantido a todas as entidades públicas, portanto sendo consequência da personalidade jurídica de direito público.

Sua responsabilidade civil é objetiva, isso em razão do artigo 37, parágrafo 6º, da CF, pois a pessoa que for lesada por ação ou omissão dos conselhos não precisará provar culpa ou dolo.

“ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Aqui, encontra-se um ponto negativo de ser entidade pública, pois as entidades privadas têm sua responsabilidade subjetiva disposta no Código Civil, ou seja, o agente que sofreu o dano deve provar que o ente causador foi o responsável pelo corrido. Diferentemente da responsabilidade objetiva administrativa (teoria do

risco administrativo), em que o agente que sofreu o dano simplesmente deve provar o dano, a conduta e o nexa causal, não precisando existir os elementos culpa ou dolo.

Os conselhos têm seu patrimônio constituído de bens públicos, assim são impenhoráveis, imprescritíveis, inalienáveis relativamente e impossíveis de serem onerados, ou seja, os bens dos conselhos não poderão ser colocados à venda (lado negativo), mas se os conselhos tiverem endividados seus bens também não poderão sofrer penhora para pagamento de suas dívidas (lado positivo).

Outra característica marcante é a obrigatoriedade de licitação, portanto os conselhos submetem-se à Lei 8.666/93, sendo esta norma regulamentadora do artigo 37, XXI, da CF.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)”.

Os conselhos não podem comprar ou contratar como bem entenderem, suas compras devem observar diversos procedimentos da Lei 8.666/93, diferente do setor privado que é livre para comprar como melhor o convier. O setor público deve observar preços e garantias, o setor privado não precisa, pois ele pode comprar uma mercadoria como sendo a mais cara do mercado pensando em fazer uma parceria que futuramente poderá lhe render frutos positivos. Assim, o setor público deverá observar o princípio da impessoalidade em suas comprar e contratações.

A característica que passou por muitos debates é a sujeição dos conselhos à fiscalização do Tribunal de Contas da União (TCU), pois em determinados períodos não era pacificada esta determinação, sendo que alguns conselhos regionais de fiscalização não eram submetidos ao TCU. No entanto, depois de vários debates e algumas decisões jurisprudenciais, a divergência restou pacificada, devido ao fato de os conselhos possuírem natureza autárquica.

A CF, no art. 70, parágrafo único, estabelece que qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos devem prestar contas ao TCU. E essa característica é observada no julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL - LEIS 6.530/78 E 9.649/98 - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES - PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TCU - CONTROLE CONCENTRADO (ADI 1717-DF) - ATOS POSTERIORES À DECISÃO LIMINAR DO STF. EXAME DA ALEGADA MÁ-FÉ - NECESSIDADE DA DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECEBIMENTO DA INICIAL- ANTECIPAÇÃO DE TUTELA: REQUISITOS PRESENTES - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO. I - O recebimento da inicial da ação de improbidade administrativa é lastreado em juízo prévio de delibação dos fundados indícios de ilicitude. Durante a instrução é que as controvérsias são dirimidas por meio das provas carreadas aos autos, do contraditório e da ampla defesa. A lei de improbidade administrativa, nessa fase, exige do Juízo maior rigor nos fundamentos não para aceitar, mas para rejeitar a ação. Não é ela admitida em três hipóteses: se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita (art. 17, § 8º). II - Desde o decisório proferido pela Suprema Corte de Justiça Nacional, na Medida Cautelar referente à ADI 1717-6, que suspendeu os efeitos do § 2º do art. 58 da Lei nº 9.649/98, revelando a natureza de pessoa jurídica de direito público dos Conselhos Profissionais (Rel. Min. Sidney Sanches, DJU/I de 25/2/2000, p. 50), tornou-se indiscutível a irregularidade de qualquer contratação de servidor/empregado de tais Conselhos, sem prévia aprovação em concurso público. Logo, em princípio, pelo menos as contratações irregulares supervenientes podem ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92. III - No julgamento da citada ADI, o c. STF proclamou, também, a necessidade da prestação de contas pelos conselhos profissionais ao TCU, em face do que determina o parágrafo único do art. 70 da Carta Magna Nacional, que, "em uma primeira visão, não poderia ser desconsiderado por uma instrução normativa, pois o poder de

regulamentar de qualquer órgão não deve atuar para limitar a sua competência constitucional". IV. Assim, havendo indícios de ato de improbidade, não há que se proclamar a inexistência do mesmo, sem oportunizar ao MPF provar o alegado na inicial, durante a instrução do feito. Precedentes da Corte e do c. Superior Tribunal de Justiça. Necessidade do confronto fático dos autos, após a devida dilação probatória, com as normas previstas no arts. 11, I e V e 12, III, da Lei 8.429/92 IV - Agravo provido¹⁰.

Ocorre que a lei 9.649/98 quis alterar a situação, dando aos conselhos de fiscalização profissional a natureza jurídica de direito privado. Assim, os conselhos não manteriam nenhum vínculo com a Administração Pública e o controle das atividades financeiras e administrativas seria realizado pelos órgãos de controle interno de cada conselho. Mas a ADIN 1.717/DF tratou logo de declarar o artigo 58 da referida lei inconstitucional e novamente a fiscalização dos conselhos passou a ser do TCU.

A decisão do STF foi de suma importância e também já esperada, pois as contribuições cobradas pelos conselhos de fiscalização profissional de seus membros têm natureza de contribuição social corporativa de interesse de categoria profissional ou econômica, sendo, portanto, tributos. Assim, nada mais justo que os conselhos serem submetidos à fiscalização do TCU. Dessa forma, esse é o entendimento atual dominante.

Com relação ao regime de pessoal dos servidores dos conselhos, esta característica passou por constantes mudanças. Primeiro porque antes da promulgação da CF/88 estes servidores eram submetidos ao regime celetista de acordo com o artigo 1º do Decreto-Lei 968/69.

“Art. 1º - As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação

¹⁰ TRF-1 - AG: 15231 MT 2007.01.00.015231-2, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL ASSULETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 11/11/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 28/11/2008 e-DJF1 p.23

específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter-geral, relativas à administração interna das autarquias federais”.

Mas após a promulgação da CF/88 e o advento da Lei 8.112/90 os servidores dos conselhos de fiscalização se submeteram ao regime estatutário, isso porque de acordo com o artigo 39, da CF, todos os servidores da administração direta, autárquica e fundacional serão submetidos ao regime jurídico único, que é o estatutário.

“Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas (Vide ADIN nº 2.135-4).”

ADIN 2.135-4:

Ementa

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODERCONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTIVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público.
2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o *quorum* de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.
3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressaltando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.
4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência.
5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior.
6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

Assim, os servidores que entram nos conselhos hoje são obrigados a prestarem concurso público. Essa característica vincula a contratação de pessoal ao concurso público, e determina que essa contratação deva seguir todos os princípios da Administração Pública. Esse tipo de contratação se diferencia muito da contratação no setor privado, em que elementos como personalidade e experiência profissional podem ser levados em conta dependendo do interesse de cada empresa.

Outras características dos conselhos são: regime diferenciado de execução das dívidas passivas, regime diferenciado para cobrança de dívida ativa, privilégio da prescrição quinquenal, prazo prescricional de cinco anos para punir profissionais a eles vinculados, prazo decadencial para anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, submissão à Lei 9.784/99 (Lei do

processo administrativo), possibilidade de impetração de mandado de segurança contra atos dos dirigentes, possibilidade de ajuizamento de ação popular contra atos dos dirigentes, legitimidade para propor ação civil pública, legitimidade para propor ações em defesa das prerrogativas da profissão regulamentada, prazos processuais privilegiados (dobro para recorrer e quádruplo para contestar), privilegio do reexame necessário, prazos privilegiados nas ações de despejo, imunidade tributária em relação aos impostos que incidem sobre o patrimônio e competência da Justiça Federal para conhecer das ações por eles propostas ou contra eles propostas.

Portanto, os Conselhos de Fiscalização Profissional, são pessoas jurídicas de direito público interno, pertencentes à administração indireta, classificados como autarquias corporativas e que têm por fim fiscalizar suas profissões, tanto tecnicamente como eticamente, assim resguardando os valores supremos, pois seu maior objetivo não é a defesa para profissão, mas sim a defesa da sociedade ao impedir que pessoas inabilitadas exerçam as atividades profissionais de cada categoria.

4- OAB - ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

A OAB foi instituída em 1930 pelo governo de Getúlio Vargas e pelo Ministro da Justiça Osvaldo Aranha, através do Decreto 19.408, que previa que a OAB seria regida por um regulamento votado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros.

Os três principais dispositivos que regem a OAB nos dias de hoje são: a Lei 8.906/94 que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, e o Código de Ética e Disciplina da OAB.

O artigo 44 Do Estatuto da Advocacia diz que a OAB é um serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, mas não diz se essa personalidade jurídica é de direito público ou privado, muito menos que tipo de serviço público, se é delegável pela administração pública ou se ela exerce esse serviço exclusivamente.

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.

A finalidade da OAB é vista no inciso I e II do artigo 44 acima exposto. Assim, mostrando que a OAB é uma instituição independente e que está presente no Estado democrático de direito para fiscalizar os profissionais do direito e acima de tudo servir a sociedade como um todo.

A OAB se mostrou ao longo dos anos uma das instituições mais representativas da sociedade civil. O fato de esta instituição ser tão diferenciada das demais entidades de fiscalização pode-se atribuir a razões históricas, principalmente ao papel que este órgão teve durante o período do fim da ditadura.

A Ordem foi reconhecida e referendada como uma das principais vozes da sociedade civil. Foi assim durante a ditadura militar, quando se tornou, junto com a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a Associação Brasileira de Imprensa (ABI), um dos principais baluartes da luta em favor da abertura política e do restabelecimento pleno das prerrogativas do estado de direito. Ou ainda em 1992, quando atuou como um dos mais importantes polos da mobilização política e social que acabou resultando no processo de *impeachment* do presidente Collor.

O apoio e participação da OAB à Campanha das Diretas-Já mostrou o comprometimento com o processo de redemocratização e com a volta imediata das eleições diretas para Presidente da República.

Relevante foi a participação da OAB no processo constituinte, o que lhe assegurou visibilidade política depois de encerrada a fase mais aguda da luta pela restauração democrática. O art. 133 da CF afirma que o advogado é indispensável à administração da justiça, ou seja, sem advogado não há justiça. Isso colocando a OAB em posição inalterada de representante da sociedade.

Em 2004 a OAB ajudou a criar o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) órgão de controle externo do Poder, após sua aprovação pelo Senado Federal, possibilitando uma maior profissionalização e eficiência administrativa dos órgãos do judiciário.

A Ordem se apresenta como um órgão auxiliar e complementar dos órgãos do judiciário, o que lhe incumbe é o encargo de zelar pelo exercício regular e correto da advocacia, a fim de que as instituições jurídicas se desincumbam também de maneira esmerada e eficiente dos seus deveres. O serviço executado pela Ordem é

público de caráter permanente. A armada de tais poderes, voltada ao desempenho de serviços público de alta relevância é o que dá o caráter de ente público da OAB.

Não há dúvidas do papel fundamental desempenhado pela OAB ao longo dos anos de sua existência. Mas diferenciar a sua natureza jurídica de todas as demais entidades públicas parece uma forma de premiar a Ordem por tudo que ela fez pela sociedade brasileira ao longo dos anos de formação do Estado Democrático de Direito. O que deveria ser feito, a nosso sentir, é seguir uma linha lógica de raciocínio, de que quem exerce função pública típica deve ser tratada como entidade pública, assim sendo uma autarquia e gozando de todas as suas prerrogativas e obrigações.

Portanto, o tratamento diferenciado dado pelo STF a OAB acaba perdendo sua credibilidade pela sua fundamentação em fatores históricos e não legais.

5 – ANÁLISE DA ADIN 3026

A ação direta de inconstitucionalidade 3026 foi proposta pelo Procurador Geral da República com o intuito de declarar inconstitucional o parágrafo 1º do artigo 79 da Lei 8.906. O objetivo primordial da ADIN era ver declarada a obrigatoriedade de realização de concursos públicos para ingresso nos quadros da OAB. Portanto, inicialmente, não se discutia a natureza jurídica nem mesmo o regime de pessoal da OAB. A norma rechaçada pela Procuradoria Geral da República é a seguinte:

Art. 79. Aos servidores da OAB, aplica-se o regime trabalhista
§ 1º Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração.

A ADIN foi rejeita por oito votos a dois, sendo vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa. E o que inicialmente era para ser um simples debate tornou-se uma das maiores discussões do Direito atual, qual seja, a natureza jurídica da OAB e suas prerrogativas. Isso porque referidas prerrogativas não são estendidas a nenhum dos demais Conselhos de Fiscalização Profissional, por justificativas que são completamente contrapostas à finalidade da instituição OAB.

Por imperioso à abordagem do presente trabalho, mister colacionar a ementa do julgado:

“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. Improcedente 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”¹¹.

A principal discrepância que a ADIN 3026 trouxe foi em relação ao seu item 5, pois mostrou que a OAB não está sujeita ao controle da administração pública e assim foge da fiscalização de suas contas pelo TCU, logo uma afronta ao artigo 70 caput e parágrafo único da CF.

Com essa decisão, não restam dúvidas de que a OAB não compõe a Administração Indireta, assim, não tendo mais natureza autárquica. Mas continua gozando das prerrogativas das autarquias, como o não pagamento de impostos. Para o Supremo, a OAB está classificada como uma categoria ímpar, simplesmente pelo fundamento de que é o único órgão de fiscalização de categorias de profissionais que está presente na CF e porque é fundamental à administração da justiça.¹²

E para justificar essa afronta ao Estado Democrático de Direito o Supremo Tribunal Federal usou palavras, a saber: unidade ímpar e *sui generis*.

Uma grande contradição, contudo, surgiu após o julgamento da ADIN 3026, pois como a OAB teria a Justiça Federal como competente para julgamento de suas demandas judiciais?

Com o resultado da mencionada ação constitucional, a situação deveria ser alterada: se não mais se enquadra como autarquia federal, não mais se enquadra no

¹¹STF - ADI: 3026 DF, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 08/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093

¹² No voto do relator da ADIN 3026, o Ministro Eros Grau deixa enfatizado que a OAB é uma entidade diferente de todas as outras entidades de fiscalização profissional, para o Ministro a Ordem é uma entidade autônoma, sendo essa característica própria dela e não presente nos demais entes. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados que exercem função constitucionalmente privilegiada na medida em que são indispensáveis a administração da Justiça, nos termos do art.133 da CF. Entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesse e seleção dos advogados não poderia vincular-se ou subordinar-se a qual quer órgão público.

rol de competências da Justiça Federal, constitucionalmente estabelecido no artigo 109.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Assim, o que se tem é um verdadeiro impasse: após o julgamento da ADIN 3026, a competência para processar e julgar demandas envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil transferiu-se, regra geral, para a Justiça Estadual.

Diante disso, sempre compete ao juiz estadual julgar ações de conhecimento, de execução e cautelar contra a OAB, desde que não sejam propostas pela União, autarquias, fundações públicas ou empresa pública federais; e ao juiz federal, o mandado de segurança individual ou coletivo contra dirigente da OAB quando envolver “exame de ordem” ou punição de advogado ou estagiário.

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, SECCIONAL DO TOCANTINS, E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE JUIZ SUBSTITUTO

- COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. Inexiste entre a Ordem dos Advogados do Brasil e a Administração Pública Federal Direta vínculo de coordenação ou subordinação hierárquica e funcional.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a competência da Justiça Federal, quando não houver interesse direto e manifesto da União.

3. Em Ação Civil Pública, a regra para a fixação da competência é territorial e funcional, definindo-se pelo local onde ocorreu o dano e,

sobretudo, pela função exercida pela autoridade pública, a quem se atribui a responsabilidade do dano ocorrido (Lei nº 7.347/85, art. 2º).

4. Ação Civil Pública proposta contra concurso público, para o provimento de cargo de Juiz Substituto do Estado do Tocantins, deve ser processada e julgada na Justiça Estadual, devido à obrigação do Poder Judiciário de zelar pela intangibilidade do Pacto Federativo e pela garantia da autonomia dos entes federados.

5. Conflito conhecido, para declarar a competência da Justiça Estadual.

(STJ, 3ª Seção, CC 47613-TO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ acórdão Min. Paulo Medina, j. 22/6/2005, DJU 22/8/2005)."

"Da mesma forma, os dirigentes da OAB não podem ser considerados autoridades federais para fins de mandado de segurança, pois não recebem qualquer delegação ou derivação de poder de qualquer entidade federal e as conseqüências de ordem patrimonial do ato da OAB contra o qual se requer mandado de segurança não serão suportados pela União ou pelas entidades autárquicas federais, conforme exige o art. 2º da Lei n.º 1533/1951.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DE PRESIDENTE DE SUBSEÇÃO DA OAB - COMPETÊNCIA - PROCESSO DISCIPLINAR - QUEBRA DE SIGILO - IMPOSSIBILIDADE.

1. A Justiça estadual é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Presidente de Subseção da OAB restrito à esfera de sua competência, que não se projeta no âmbito federal.

2. Inadmissível a divulgação ostensiva dos nomes dos indiciados em processo disciplinar, quando inexistente decisão definitiva do órgão competente sobre presumível infração à ética profissional pelos implicados.

3. Recurso conhecido, porém, improvido¹³.

A despeito de o artigo 70 da CF mostrar que a OAB deveria ser fiscalizada pelo TCU:

¹³ STJ - CC: 47613 TO 2004/0179600-1, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 22/06/2005, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 22/08/2005 p. 126

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, assumia obrigações de natureza pecuniária.

O STF decidiu ao contrário do art.70 da CF.

Segundo o STF, a OAB como é uma entidade ímpar, não precisa prestar contas ao TCU. Uma afronta aos princípios da transparência e publicidade, pois uma entidade como esta deveria ter estes princípios como um dos seus nortes. Segundo a autora Fernanda Marinela “o princípio da publicidade nada mais é que a divulgação, tendo como finalidade o conhecimento do público”. Como a anuidade cobrada pela Ordem para o exercício da profissão tem natureza compulsória, esta se classificaria como dinheiro público, sendo assim indispensável à fiscalização pelo TCU.

Portanto, a ADIN 3026 que seria para resolver o problema do ingresso na OAB sem concurso público, trouxe ainda mais prerrogativas para a Ordem, assim resultando em mais discussões a serem resolvidas pelo STF.

6 – PRERROGATIVAS DA OAB FRENTE AOS CONSELHOS DE CLASSE PROFISSIONAL

A OAB, que segundo o STF na ADIN 3026 é uma entidade ímpar, não pertencente à administração pública e nem ao setor privado, assim gozando do que há de melhor desses dois setores, conforme detalhado alhures.

A primeira prerrogativa da OAB não estendida aos conselhos de fiscalização é que a OAB não precisa prestar concurso público para ingresso nos seus quadros de servidores.

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

Assim, se consideramos a OAB como entidade privada, está correta a interpretação do STF que a entidade não precisa prestar concurso, pois não se enquadra nem na administração direta e nem na indireta. Já quanto aos conselhos de fiscalização é correta a afirmação de que prestem concursos para seus quadros de pessoal já que são autarquias e se enquadram no artigo 37, da CF.

Outra prerrogativa que beneficia somente a OAB se dá em relação a não obrigatoriedade de seguir a lei 8.666/93, que dispõe sobre o processo licitatório na administração pública.

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, enquadrando a OAB mais uma vez como entidade privada, não podemos obrigá-la a seguir o processo licitatório discriminado na lei 8.666/93. Por sua vez, os Conselhos de Fiscalização profissional são obrigados a seguir a referida norma, por tratarem-se, inequivocamente, de entidade autárquica pertencentes à administração indireta.

A OAB não se livraria da prestação de contas ao TCU pelo simples fato de ser uma entidade privada, não pertencente ao setor público, pois como muito bem menciona o parágrafo único do artigo 70, da CF, entidades públicas e privadas devem prestar contas desde que movimentem dinheiro público, que é o caso da OAB quando esta cobra compulsoriamente suas anuidades dos profissionais da advocacia. A anuidade cobrada pela OAB tem natureza de tributo, portando cabendo ao TCU fiscalizar suas contas.

O TCU fiscaliza todas as pessoas e entes que movimentem dinheiro público, independente desse dinheiro ser repassado diretamente pela Administração Pública ou não. Assim, sem prejuízo da competência dos demais sistemas, instituições e órgãos legitimados no controle da administração pública e da legalidade dos atos

administrativos, os Tribunais de Contas são verdadeiros tutores dos interesses públicos, ou dos direitos públicos subjetivos que é na verdade o poder de reivindicar, de comandar para a tutela de interesse da sociedade, inclusive nos casos em que a conduta do Estado violenta qualquer norma ou princípio, seja de natureza constitucional, seja de natureza infraconstitucional, sem violar qualquer direito individual, o que inibiria, na prática, o controle judicial. Portanto, de forma alguma OAB como entidade pública ou privada poderia ficar fora do controle do TCU.

Como o maior beneficiário da OAB é a sociedade. Em razão do que a OAB fez ao longo de sua existência. A população deveria receber uma prestação de contas independente, não podendo essa prestação ser privada como acontece nos dias atuais, uma afronta a sociedade e aos princípios da publicidade e transparência.

Outra característica estendida é a imunidade da OAB para o pagamento de imposto das suas atividades fins. Como a OAB poderia ter imunidade se não é uma entidade pública. Isso feriria o princípio da igualdade, pois as demais entidades privadas (não públicas) do mesmo setor deveriam ser privilegiadas também com essa isenção.

A competência para julgamento de causas da OAB é a Justiça Federal ou a Justiça Estadual? Como não se enquadra no art.109 da CF, a OAB não poderia ser julgada pela Justiça Federal, somente se fosse considerada como uma autarquia especial é que a OAB teria competência para julgamento de suas causas nessa Justiça. Como a OAB é julgada na Justiça Comum, ela não se classifica como autarquia e assim essa posição fica totalmente contraposta a posição que a OAB teria imunidade com relação aos impostos da sua atividade fim, prerrogativa conferida somente aos entes públicos.

A OAB goza dos privilégios de uma autarquia, mas não se submete às suas obrigações. O mesmo raciocínio se aplica em relação ao setor privado, onde a OAB só encontra benefícios, não se submetendo em igualdade com as demais instituições do setor privado.

Portanto, o que se vê com todas essas prerrogativas da OAB é o poder político que tem essa entidade. A OAB goza claramente de prerrogativas que não deveria gozar (imunidade tributária) e não segue deveres que deveria ser obrigada a seguir

Como uma entidade que afirma seus valores na busca da legalidade e da moralidade pode sequer prestar concurso público para ingresso em seu quadro de pessoal? Espanta, mais ainda, a Suprema Corte se esquivar de decidir tal situação utilizando palavras e expressões sem qualquer embasamento constitucional/legal, chancelando, outrossim, uma instituição que não encontra quaisquer limites, como demonstrado anteriormente. Fere, a nosso sentir, os valores do Estado Democrático de Direito e mostra, indubitavelmente, o fisiologismo tão presente na política brasileira.

CONCLUSÃO

O debate sobre as prerrogativas da OAB afeta sua natureza jurídica e também tem como consequência uma equiparação ou não com os Conselhos de Fiscalização Profissional.

A OAB deve ser posicionada como uma autarquia corporativa com poderes de polícia para fiscalizar seus profissionais ou como uma entidade do setor privado. Nesse trabalho, não foi nosso objetivo discutir a importância da OAB na sociedade brasileira, pois todos nós sabemos o papel fundamental por ela desempenhado. Mas tratar a OAB como uma entidade distinta dos demais Conselhos de Fiscalização Profissional constitui um flagrante tratamento desigual, pois os objetivos de todas essas instituições são o mesmo, ou seja, fiscalização do exercício profissional.

Como a OAB presta um serviço baseado no poder de polícia e sendo esse serviço indelegável, não há dúvida que esta entidade deveria pertencer à administração indireta, sendo classificada como uma autarquia corporativa. Assim, se igualaria a todos os Conselhos de Fiscalização Profissional. A OAB deve prestar contas ao TCU (Tribunal de Contas da União), devido às contribuições pagas anualmente, as quais possuem natureza compulsória; prestar concurso público para ingresso no seu quadro de pessoal, mesmo seu regime sendo celetista; submeter-se às normas da lei 8.666/93 para contratação de obras e serviços; e ter como competência para julgamento a Justiça Comum Federal.

A prestação de contas ao TCU, a submissão à Lei 8.666/93 e a prestação de concurso público para seu quadro de pessoal têm o condão de evitar a proliferação de interesses particulares de agentes e de terceiros, devendo assim a vontade da lei ser a base de tudo que se deve seguir.

Portanto, esse presente trabalho conclui pela equiparação da OAB aos demais Conselhos de Fiscalização Profissional, em relação às prerrogativas e as suas obrigações. Assim, deve-se repensar o posicionamento do STF em relação à

ADIN 3026 a qual ocasionou todas as citadas prerrogativas para a OAB, não submetendo-a, paradoxalmente, às mesmas obrigações dos demais Conselhos de Fiscalização Profissional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Competência da justiça federal*. Curitiba: Juruá, 1995.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 48 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1977.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). *Conselhos de Fiscalização Profissional: Doutrina e Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Ed. RT, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. Ed. Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: Ed. LTr, 1991. Vol. 2.