

## VOTO DO RELATOR

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR):

No plano fático, cuida-se de advogado postulando impedir os efeitos de sanção disciplinar aplicada nos autos do processo ético disciplinar nº. 125930/2002, instaurado perante a Seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil por infração ao artigo 34, XXIII da Lei 8906/94. Versa-se sobre a suspensão do exercício profissional pelo prazo de 30 (trinta) dias prorrogáveis até o pagamento dos valores referentes às anuidades de 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000.

O tema com repercussão geral consiste em saber se as disposições do Estatuto da OAB que preveem a suspensão do exercício profissional de seus inscritos por inadimplência de anuidade afrontam o livre exercício da atividade profissional dos causídicos.

Por conseguinte, convém reproduzir os dispositivos do diploma legal que reputo relevantes para o deslinde da controvérsia:

“Art. 34. Constitui infração disciplinar: XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo; (...)

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em: I - censura; II - suspensão; III - exclusão; IV - multa. (...)

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de: I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34; §1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo. §2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária. (...)

Art. 42. Fica impedido de exercer o mandato o profissional a quem forem aplicadas as sanções disciplinares de suspensão ou exclusão. (...)

Art. 46. Compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multas. Parágrafo único. Constitui título executivo extrajudicial a certidão passada pela diretoria do Conselho competente, relativa a crédito previsto neste artigo.”

Por outro lado, o paradigma apontado está vertido da seguinte forma na Constituição da República:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

Em relação à natureza jurídica dos conselhos profissionais e da Ordem dos Advogados do Brasil, já tive a oportunidade de ocupar este Tribunal Pleno no Tema 877 da sistemática

da repercussão geral, cujo paradigma é o RE 938.837, de minha relatoria e com acórdão redigido pelo Ministro Marco Aurélio, DJe 25.09.2017, de modo que, por brevidade processual, reproduzo minha argumentação ali apresentada:

“Segundo o STF, a natureza jurídica de autarquia é conferida aos conselhos de fiscalização pela impossibilidade de delegação, a uma entidade privada, de atividade típica do Estado, que abrange poder de polícia, de tributar e até mesmo de punir no que tange ao exercício de atividades profissionais. Além disso, os conselhos são criados por lei, tem personalidade jurídica de direito público, autonomia financeira, funcional e administrativa, características típicas desse braço da administração pública. (...) Em ambas as oportunidades, consignou-se que: a) as entidades foram criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; b) exercem atividade de fiscalização de exercício profissional, atividade tipicamente pública, nos termos do disposto nos artigos 5º, XIII, e 21, XXIV; e c) tem o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

Em consequência do reconhecimento da qualidade de autarquia federal das entidades de fiscalização de profissionais, já que criadas por lei, com personalidade jurídica de direito público, prestando um serviço tipicamente público, de fiscalização do exercício de determinadas profissões, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo pela aplicação obrigatória a elas da regra contida no artigo 37, II, da CR/88, ou seja, reconheceu que a contratação de servidores dessa espécie de autarquia deve observar o regime jurídico único previsto na Lei 8.112/90. O entendimento foi sufragado nos seguintes julgamentos: RE 611.947, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 06.09.2011; AI 791.759, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 02.08.2011; RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 22.05.2012. (...) De fundamental importância, ainda, para a solução desta lide, a referência ao julgamento proferido na ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, em que se discutiu a constitucionalidade da parte final do § 1º do art. 79 da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), que aplicava aos servidores da OAB o regime trabalhista e assegurava àqueles que sujeitos ao regime da Lei 8.112/90 a opção de nele permanecer, mediante

pagamento de indenização. Argumentou-se, ainda, a necessidade de que os cargos da OAB sejam supridos por concurso público, diante da circunstância de se tratar de autarquia, com sujeição ao regime jurídico previsto no artigo 37, da Constituição Federal.

A conclusão a que chegou a Corte, entretanto, foi no sentido de que a OAB não faz parte da Administração indireta e, portanto, não se vincula ao artigo 37, sendo dispensável a realização de concurso público para a contratação de seus empregados.

Disse o relator, na ocasião: ‘A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro (...) de feitio único. Distinta e diversa da categoria na qual estariam inseridas essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’, para pretender-se afirmar, e de modo equivocado, certa independência das hoje chamadas ‘agências’.’

Os demais ministros que o acompanharam ressaltaram as diferenças entre a OAB e os demais conselhos, especialmente pela função excepcional da defesa da ordem jurídica e da Constituição, não possuindo atribuições apenas ligadas à fiscalização dos respectivos profissionais, à finalidade corporativa, bem como asseveraram destacadamente que a decisão então tomada não se estendia aos demais conselhos.

Também nesse julgamento houve divergências, nada obstante prevalece no Supremo Tribunal Federal, portanto, o entendimento segundo o qual os conselhos de fiscalização, por exercerem atividade típica de Estado, não delegável a um ente privado, são pessoas jurídicas de direito público e, dadas algumas de suas características, a essas pessoas se aplica o regime jurídico das autarquias federais.”

Igualmente, no tocante às verbas em discussão, ressalto que o Tribunal Pleno do STF iterativamente conclui pela natureza jurídica tributária das anualidades, especificamente da espécie contribuições de interesse das categorias profissionais. A esse respeito, translado excerto da ementa da ADI 4.697, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe 30.03.2017:

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO CONJUNTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONSELHOS PROFISSIONAIS. AUTARQUIAS FEDERAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE INTERESSE PROFISSIONAL. ANUIDADES. ART. 149 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LEI COMPLEMENTAR. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. LEGALIDADE TRIBUTÁRIA. PRATICABILIDADE. PARAFISCALIDADE. LEI FEDERAL 12.514/2011.

1. A jurisprudência desta Corte se fixou no sentido de serem os conselhos profissionais autarquias de índole federal. Precedentes: MS 10.272, de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 11.07.1963; e MS 22.643, de relatoria do Ministro Moreira Alves, DJ 04.12.1998.

2. Tendo em conta que a fiscalização dos conselhos profissionais envolve o exercício de poder de polícia, de tributar e de punir, estabeleceu-se ser a anuidade cobrada por essas autarquias um tributo, sujeitando-se, por óbvio, ao regime tributário pátrio. Precedente: ADI 1.717, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJ 28.03.2003. 3. O entendimento iterativo do STF é na direção de as anuidades cobradas pelos conselhos profissionais caracterizarem-se como tributos da espécie ‘contribuições de interesse das categorias profissionais’, nos termos do art. 149 da Constituição da República. Precedente: MS 21.797, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 18.05.2001. (...) 9. Ações Diretas de Inconstitucionalidade improcedentes.”

Ademais, tem-se ciência da Representação 1.481-9/AL, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, Tribunal Pleno, DJ 02.09.1988, realizada sob a ótica da ordem constitucional anterior e a Lei 4.215/1963, impedindo ingerência da Corregedoria do Estado de Alagoas em aplicar sanções disciplinares a advogados, haja vista que o poder de polícia em questão é de exclusividade do conselho profissional, a Ordem dos Advogados do Brasil. Como se facilmente infere, não é a questão de direito haurida desta demanda. Eis o teor da ementa do referido julgado:

“REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA. FISCALIZAÇÃO. PROVIMENTO N. 01/87, DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. SUBSTITUIÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DE FISCALIZAÇÃO QUE CABE A OAB E APLICAÇÃO DE SANÇÕES. A UNIÃO CABE LEGISLAR SOBRE AS PROFISSÕES LIBERAIS E, PORTANTO, SOBRE O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA (INC. XVI, DO ART. 8, DA C.F.). A LEI N. 4.215/63, ESTIPULA SER DEVER DO ADVOGADO PAGAR EM DIA SUAS CONTRIBUIÇÕES EM FAVOR DA OAB (ART. 87, XXII) E DEIXANDO DE FAZÊ-LO PODERÃO SER SUSPENSOS PELA ORDEM, TUDO COMO PREVISTO NOS ARTS. 140 E 141, C/C O ART. 110, III, TUDO DO ESTATUTO DAQUELA ENTIDADE. NÃO CABE, ASSIM, AO JUIZ IMPOR SANÇÕES AO ADVOGADO QUE SE ATRASA NO PAGAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES, IMPEDINDO O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, POIS TAIS MEDIDAS CABEM A OAB. O PROVIMENTO QUE DETERMINA A IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES POR AQUELE MOTIVO É INCONSTITUCIONAL.”

No presente caso, a questão constitucional é se conselho profissional ou entidade prestadora de serviço “sui generis” tem como possibilidade perpetrar sanção de interdito profissional, por tempo indeterminado até a satisfação da obrigação pecuniária, com a finalidade de fazer valer seus interesses de arrecadação frente a infração disciplinar consistente na inadimplência fiscal.

Postos nesses termos, firmo convicção sobre a higidez da irresignação apresentada pela parte Recorrente, à luz da inconstitucionalidade das disposições em tela da Lei 8.906/1994, merecendo provimento o recurso extraordinário. Isso porque a suspensão do exercício profissional de seus inscritos por inadimplência de anuidades por parte de conselho dotado de atributos de estatalidade traduz-se em sanção política rechaçada pela jurisprudência assente deste Tribunal.

É consabido que a obrigação tributária principal não ostenta natureza sancionatória, ao passo que as sanções de maneira geral, inclusive infrações disciplinares, possuem como finalidade reprimir conduta ilícita. As sanções políticas consistem em restrições estatais no exercício da atividade tributante que culminam por inviabilizar injustificadamente o exercício pleno de atividade econômica ou profissional pelo sujeito passivo de obrigação tributária, logo representam afronta aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do devido processo legal substantivo.

Cito, a propósito, o ARE-AgR 915.424, de relatoria do Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJE 30.11.2015, assim ementado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – SANÇÕES POLÍTICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO – INADMISSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE MEIOS GRAVOSOS E INDIRETOS DE COERÇÃO ESTATAL DESTINADOS A COMPELIR O CONTRIBUINTE INADIMPLENTE A PAGAR O TRIBUTO (SÚMULAS 70, 323 E 547 DO STF) – RESTRIÇÕES ESTATAIS, QUE, FUNDADAS EM EXIGÊNCIAS QUE TRANSGRIDEM OS POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO, CULMINAM POR INVIABILIZAR, SEM JUSTO FUNDAMENTO, O EXERCÍCIO, PELO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, DE ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL LÍCITA – LIMITAÇÕES

ARBITRÁRIAS QUE NÃO PODEM SER IMPOSTAS PELO ESTADO AO CONTRIBUINTE EM DÉBITO, SOB PENA DE OFENSA AO ‘SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW’ – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE O ESTADO LEGISLAR DE MODO ABUSIVO OU IMODERADO (RTJ 160/140-141 – RTJ 173/807-808 – RTJ 178/22-24) – O PODER DE TRIBUTAR – QUE ENCONTRA LIMITAÇÕES ESSENCIAIS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL, INSTITUÍDAS EM FAVOR DO CONTRIBUINTE – ‘NÃO PODE CHEGAR À DESMEDIDA DO PODER DE DESTRUIR’ (MIN. OROSIMBO NONATO, RDA 34/132) – A PRERROGATIVA ESTATAL DE TRIBUTAR TRADUZ PODER CUJO EXERCÍCIO NÃO PODE COMPROMETER A LIBERDADE DE TRABALHO, DE COMÉRCIO E DE INDÚSTRIA DO CONTRIBUINTE – A SIGNIFICAÇÃO TUTELAR, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, DO ‘ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE’ – DOCTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”

A respeito da jurisprudência do STF no que diz respeito às sanções políticas, peço vênua para transcrever trecho de obra doutrinária em homenagem ao Professor catedrático da Universidade Federal do Paraná Rubens Requião, por mim editada em conjunto com Carlos Henrique Abrão e Rubens Edmundo Requião, in verbis:

“Adota-se como marco inicial de análise a década de 1960, pois foi nela que foram editadas três Súmulas da Suprema Corte acerca da vedação às sanções não pecuniárias tributárias configuráveis como ‘sanções políticas’. Na Súmula 70 do STF, de 1963, embasadas nos precedentes extraídos dos RMS 9.698 e RE 39.933, preconizou-se que ‘é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para a cobrança de tributo’.

No particular, o Tribunal assentou que a prévia existência de executivo fiscal por parte do Estado da Guanabara, tornava ilícito o uso de meio tão gravoso quanto à interdição de estabelecimento para a cobrança de dívidas tributárias. Na Súmula 323 do STF, de 1963, cujo precedente também foi o RE 39.933, em que se declarou a inconstitucionalidade de dispositivo do Código Tributário do Município de Major Izidro no Estado do Alagoas o qual previa a retenção de mercadoria em caso de inadimplência fiscal. Assim, cristalizou-se no Enunciado Sumular ser ‘inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos.’

Por fim, a Súmula 547 do STF, de 1969, dispõe que ‘não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais’, a partir de uma série de recursos extraordinários nos quais o Tribunal Pleno declarou a inconstitucionalidade dos arts. 1º do DL 5/1937 e 2º e 3º da DL 42/1937.

A compreensão do Supremo Tribunal Federal não se alterou com o advento da Carta Constitucional de 1967 ou da Emenda Constitucional 1/1969, porquanto era prevista a liberdade profissional, nos termos de seu art. 153, §23.

Por vezes, o Tribunal utilizou-se desse parâmetro para declarar a inconstitucionalidade da conduta da Administração Tributária, como, por exemplo, o recolhimento de talões de notas fiscais, por conta do não recolhimento do antigo ICM. Sob a égide da atual

Constituição da República, o STF apreciou em diversas ocasiões a contraposição do dever fundamental de pagar tributos em relação ao princípio da livre iniciativa.

Assim, abalizou a própria jurisprudência em relação à questão dos meios indiretos para a cobrança de débitos tributários. Com observância da regra da reserva de plenário, o Tribunal Pleno já declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais as quais almejavam à eficiência na tributação, mas também implicavam em empecilho à livre iniciativa.

No RE 413.782, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, assentou-se incompatível com a ordem constitucional decreto estadual catarinenses que proibia a impressão de notas fiscais em bloco, quando o contribuinte que estivesse inadimplente sob a ótica tributária. Logo, a necessidade de requerimento de expedição de nota fiscal avulsa a cada negócio jurídico ostentava caráter punitivo e desproporcional. Novamente, o fundamento determinante da corrente vencedora consistiu nos

princípios da liberdade profissional e da livre iniciativa, bem como na Súmula 524 do STF.

De todo modo, nota-se dissenso razoável no caso particular, tendo em vista que o Ministro Eros Grau restou vencido, ao fundamento de não haver restrição da atividade mercantil com a medida impugnada, asseverou Sua Excelência: 'Não posso dar uma interpretação ao princípio da liberdade da iniciativa econômica de modo a permitir que a ordem jurídico-tributária não seja rigorosamente atendida.'

No âmbito da ADI 173, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o Tribunal Pleno declarou, por unanimidade, a inconstitucionalidade de uma série de dispositivos da Lei Federal 7.711/1988, pois se traduziam em normas condicionantes à prática de atos civis e empresarias, à luz da quitação de créditos tributários.

O assentou residir na infringência do devido processo legal substantivo (razoabilidade e proporcionalidade), embora na ementa e no voto do Ministro Relator tenha se consignado a impossibilidade de valer-se da orientação jurisprudencial do STF para desrespeitar a legislação tributária.

Em suma, 'Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial.' Sob a sistemática da repercussão geral, em dois casos piloto já se reafirmou a jurisprudência relativa à vedação da utilização de restrições estatais para fins de cobrança indireta de tributos.

No RE 565.048, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, retornou-se à questão da impressão de documentos fiscais com a finalidade de assentar a tese da inconstitucionalidade da exigência de fiança, garantia real ou fidejussória como condição para impressão de notas fiscais de contribuintes com débitos tributários.

Por sua vez, no ARE 914.045, de relatoria do primeiro autor, declarou-se a inconstitucionalidade de lei estadual mineira que restringia o cadastro de produtores agrícolas ao prévio adimplemento de débitos tributários perante o ente federativo.

Na oportunidade, aprovou-se súmula de julgamento com conteúdo amplo, de maneira a cristalizar a inconstitucionalidade de restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos.” (FACHIN, Luiz Edson; FONSECA, Rafael Campos Soares da. Livre iniciativa e restrições concorrenciais e tributárias: estudo sobre as sanções políticas na jurisprudência do STF. In: Luiz Edson Fachin; Carlos Henirque Abrão; Rubens Edmundo Requião. (Org.). O Moderno Direito Empresarial do Século XXI: estudos em homenagem ao centenário do Professor Rubens Requião. Rio de Janeiro: GZ, 2017)

Por conseguinte, neste caso não caberia confundir o poder de tributar do Estado com o ius puniendi em prol da persecução de débitos fiscais.

De fato, a legislação atacada representa ofensa à livre iniciativa e à liberdade profissional. Isso porque a desproporcionalidade da referida prática decorre da plêiade de garantias, privilégios e preferências a que faz jus a Fazenda Pública, além de instrumentos processuais próprios. Impende rememorar que a contribuição anual constitui título executivo extrajudicial, desde a certificação pela diretoria competente, assim como que o Plenário do STF assentou a competência da Justiça Comum Federal para processar a execução dos débitos referentes às anuidades no Tema 258 da repercussão geral, cujo caso líder é o RE 595.332, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, DJe 23.06.2017, assim ementado:

“COMPETÊNCIA – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – ANUIDADES. Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.”

Nesse ponto, relatório elaborado pelo IPEA e pelo CNJ dão conta da utilidade desses executivos aos conselhos de fiscalização profissional em geral, quando comparados à Dívida Ativa da União administrada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal: relatório de pesquisa. Brasília: IPEA/CNJ, 2011).

De toda forma, há diversos outros meios alternativos para cobrança de dívida civil que não obstaculizam a percepção de verbas alimentares e a inviolabilidade do mínimo existencial do devedor. Isso, por si só, demonstra o desacordo da medida estatal em relação ao devido processo legal substantivo e, por consequência, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista a ausência de necessidade do ato estatal.

Ante o exposto, conheço do recurso extraordinário e dou-lhe provimento com a finalidade de garantir ao Autor desta ação cautelar inominada o direito de retornar e exercer suas atividades profissionais na advocacia, sem a possibilidade de sofrer penalidades de suspensão em decorrência de inadimplência referente a contribuição anual.

Igualmente, para efeitos de repercussão geral, adota-se neste voto e propõe-se para deliberação colegiada a constar no acórdão a seguinte tese de julgamento: “É

***inconstitucional a suspensão realizada por conselho de fiscalização profissional do exercício laboral de seus inscritos por inadimplência de anuidades, pois a medida consiste em sanção política em matéria tributária.”***

Declaro a inconstitucionalidade da Lei 8.906/1994, incidentalmente e com a eficácia própria da repercussão geral, no tocante ao art. 34, XXIII, e ao excerto do art. 37, §2º, que faz referência ao dispositivo anterior.

Despesas processuais às custas da parte vencida e inverte a condenação de honorários advocatícios sucumbenciais fixados no acórdão recorrido. É como voto.