

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 405.267 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Inicialmente, cumpre-se fazer breves comentários sobre o objeto da presente ação, tendo em conta a longa tramitação do presente feito nesta Corte.

Não obstante seja da competência deste Egrégio Plenário julgar a matéria posta no recurso extraordinário de maneira original, considera-se proveitoso reproduzir a argumentação do Ministro Ricardo Lewandowski, meu antecessor na relatoria do feito, quanto à impossibilidade de cognição da questão referente à imunidade prevista no art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, por ausência de prequestionamento:

“Quanto ao outro fundamento alegado pela recorrente, concernente à imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, observo que essa questão não foi decidida no acórdão recorrido, bem como não foram opostos embargos de declaração para provocar o seu exame. Assim, incidem, quanto a esse ponto, as Súmulas 282 e 356 do STF, ante a ausência de prequestionamento da matéria.

Saliento, ainda, que, nos termos do julgamento do RE 479.419-AgRED/RS, Rel. Min. Eros Grau, e do RE 442.158-AgRED/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, “o interesse em recorrer na via dos embargos declaratórios prescinde da sucumbência (RE 220.682-ED, Rel. Min. Marco Aurélio)”.

Por fim, ressalto que é infundada a alegação de que a matéria relativa ao art. 150, VI, c, da Lei Maior foi suscitada em contrarrazões de recurso extraordinário, uma vez que a ora recorrente não apresentou a referida peça, conforme se verifica da certidão de fl. 219.”

Sendo assim, subscrevo a conclusão de Sua Excelência no sentido de que incidem na espécie as Súmulas 282 e 356 do STF.

Por conseguinte, a controvérsia a ser deliberada e decidida por este

Tribunal Pleno consiste em saber se a Caixa de Assistência dos Advogados está contemplada pela imunidade tributária recíproca, conforme previsto no art. 150, VI, "a", da Carta Constitucional.

De plano, impende registrar que já no primeiro Texto Constitucional da República brasileira notava-se a previsão da imunidade recíproca. Observa-se, nesse ponto, decisiva influência do notável Rui Barbosa, com inspiração no modelo constitucional norte-americano.

A propósito, no célebre caso *McCulloch v. Maryland*, a partir de argumentação capitaneada por *Chief Justice* John Marshall, a Suprema Corte dos Estados Unidos assentou que a atuação de um ente da Federação não poderia ser obstaculizada pela tributação levada a cabo por outro membro federativo. Com base nessa influência original, é seguro afirmar que um dos fundamentos da regra imunizante é o princípio federativo.

Por outro lado, o princípio da capacidade contributiva também se revela outro pilar dessa reciprocidade tributária, porquanto uma atividade de uma pessoa jurídica de direito público com vistas a alcançar uma finalidade pública possa ostentar capacidade de contribuir.

A esse respeito, transcrevem-se as lições do professor Luís Eduardo Schoueri:

“Vê-se, daí, que a linha divisora proposta pelo contribuinte reside no momento em que o Estado – bem como suas autarquias ou fundações – deixa de atuar no setor que lhe é próprio (domínio público), passando a atuar diretamente no setor da economia destinado aos empreendimentos privados (o ‘Domínio Econômico’).

A coerência com o raciocínio que se desenvolveu acima parece imediata: no domínio público, não há a capacidade contributiva; todos os recursos ali obtidos e despendidos já estão voltados à finalidade pública. Não há ‘sobras’ para contribuir. Só há que falar em capacidade contributiva – e, portanto, em tributação – quando se entra no Domínio Econômico.” (*Direito Tributário*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 439)

No plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal entende há muito que a imunidade recíproca é uma norma constitucional voltada a tutelar, em primeiro lugar, aos direitos dos cidadãos, pois o menoscabo desse comando normativo implicaria em um Estado despido das funções públicas para as quais fora instituído.

Veja-se a ementa do RE 70.572, de relatoria de Aliomar Baleeiro e redatoria para acórdão do Ministro Amaral Santos, Primeira Turma, DJ 10.03.1972:

“IMUNIDADE TRIBUTARIA RECIPROCA. LEGITIMAÇÃO ‘AD CAUSAM’. INTERESSE DE AGIR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 74. ATO COMPLEMENTAR N. 57: INAPLICABILIDADE A ESPÉCIE. I - A IMUNIDADE CRIADA POR INTERESSE PÚBLICO, EM BENEFÍCIO DO PRÓPRIO ENTE PÚBLICO E PARA ASSEGURAR AS SUAS FINALIDADES, NÃO PODE SER RECUSADA, SOB PENA DO ENTE PÚBLICO DESPIR-SE DAS FUNÇÕES PARA AS QUAIS FOI INSTITUÍDO. II - SE O ENTE PÚBLICO FOGE DO SEU DEVER DE ALEGAR IMUNIDADE, O PARTICULAR, QUE SOFRE AS CONSEQUÊNCIAS DESSE SEU DESLEIXO OU DO INADIMPLEMENTO DO SEU DEVER JURÍDICO DE ALEGAR-LA, ESTA SUFICIENTEMENTE LEGITIMADO PARA PLEITEAR AQUILO QUE DEVERIA SER RECLAMADO, E NÃO O FOI, PELO MESMO ENTE PÚBLICO. III - A IMUNIDADE RECÍPROCA É NORMA CONSTITUCIONAL TUTELAR, EM PRIMEIRO LUGAR, DO DIREITO DOS CIDADÃOS. SE UM ENTE PÚBLICO, IMUNE AO IMPOSTO, DESCUIDA DE PRESERVAR O SEU DIREITO E DESCARREGA O ONUS CORRESPONDENTE SOBRE O PARTICULAR, O DIREITO DESTES FOI ALCANÇADO E OFENDIDO, CABENDO-LHE OS MEIOS PRÓPRIOS, JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS, PARA DEFENDE-LO OU RESTAURÁ-LO. IV - NO CASO, É DE ATENDER-SE AO QUE REZA A SÚMULA 74 E AO FATO DE SER A ESCRITURA DE

COMPROMISSO DATADA DE 29.11.65, ANTERIOR, POIS, AO ATO COMPLEMENTAR N. 57/69. V - VOTOS VENCEDORES DOS MINISTROS DJACI FALCAO E LUIZ GALLOTTI. VOTOS VENCIDOS DOS MINISTROS ALIOMAR BALEEIRO E RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO.”

De sua análise do sistema constitucional tributário, o professor Humberto Ávila infere da jurisprudência desta Corte os seguintes pressupostos de aplicabilidade da regra imunizante em tela:

“As decisões antes mencionadas demonstram que a imunidade recíproca é aplicável, quando estiverem presentes os seguintes pressupostos: (a) serviço público delegado; (b) a entidade que exerce o serviço é – em virtude de lei – um poder público; (c) o serviço é prestado por um ente público que não persegue finalidade econômica.” (*Sistema Constitucional Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 223)

A partir dessas diretrizes, propõe-se neste voto o deslinde da presente controvérsia.

De plano, extrai-se da jurisprudência desta Corte, em esparsos julgados de ambas as Turmas, no sentido de que não seria aplicável a imunidade tributária recíproca às Caixas de Assistência dos Advogados. Isso porque tais entidades não perseguiriam as finalidades essenciais da Ordem, a despeito de integrarem a estrutura maior da OAB.

Cito os seguintes julgados: RE-AgR 662.816, de relatoria do Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.03.2012, e RE 233.843, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 18.12.2009.

Porém, com todas as vênias devidas, entendo que tais julgados não refletiram a melhor interpretação da normatividade constitucional nem foram coerentes com os precedentes desta Suprema Corte.

É pacífico o entendimento de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca, na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado.

Confira-se a ementa do seguinte julgado:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SECCIONAL. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. INVESTIMENTOS. IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES FINANCEIRAS - IOF. ABRANGÊNCIA. DEVER DE FISCALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PLENA VINCULAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 1. A imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (art. 150, VI, a da Constituição), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado (defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado democrático de direito, dos direitos humanos, da justiça social, bem como a seleção e controle disciplinar dos advogados). 2. A imunidade tributária recíproca alcança apenas as finalidades essenciais da entidade protegida. O reconhecimento da imunidade tributária às operações financeiras não impede a autoridade fiscal de examinar a correção do procedimento adotado pela entidade imune. Constatado desvio de finalidade, a autoridade fiscal tem o poder-dever de constituir o crédito tributário e de tomar as demais medidas legais cabíveis. Natureza plenamente vinculada do lançamento tributário, que não admite excesso de carga. Agravo regimental ao qual se nega provimento.” (RE 259976 AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe 30.04.2010)

Sabe-se que este mesmo Tribunal Pleno assentou na ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006, que a OAB não é uma entidade da Administração Indireta, tal como as autarquias, porquanto não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública, nem a qualquer das suas partes está vinculada.

Nos termos do voto do Ministro-Relator, definiu-se a natureza jurídica da OAB, nos seguintes termos:

“19. A Ordem dos Advogados do Brasil é, em verdade, entidade autônoma, porquanto autonomia e independência são características próprias dela, que, destarte, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. Ao contrário deles, a Ordem dos Advogados do Brasil não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas, mas, nos termos do art. 44, I da lei, tem por finalidade ‘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’. Esta é, iniludivelmente, finalidade institucional e não corporativa.

20. A Constituição do Brasil confere atribuições de extrema relevância à OAB, bastando para ratificar a assertiva ressaltar o disposto no inciso VIII do artigo 103 da Constituição, que confere legitimidade ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, bem assim a definição do advogado como essencial à promoção da Justiça, ao qual é assegurada inviolabilidade no que tange aos seus atos e manifestações no exercício da profissão.”

À luz desse precedente, não nos parece razoável aferir a viabilidade constitucional da extensão da imunidade recíproca às caixas de assistência dos advogados, a partir de uma interpretação restritiva dos critérios de pertença orgânica e de persecução das finalidades essenciais.

Sabe-se que o art. 45, IV, da Lei 8.906/94, preconiza as Caixas de Assistência dos Advogados como órgãos da OAB, ao passo que o artigo 62 do mesmo diploma legal incumbe-lhes prestar assistência aos inscritos no Conselho Seccional a que se vincule.

Igualmente, o Pleno do STF manifestou-se no sentido de que não há como traçar relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais, porque as funções que deveriam, em tese, ser por eles desempenhadas foram atribuídas à Ordem dos Advogados, sendo esta entidade prestadora de serviço público independente, na esteira da

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Veja-se, a propósito, a ementa da ADI 2.522, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 18.08.2006:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONTRIBUIÇÃO ANUAL À OAB. ISENÇÃO DO PAGAMENTO OBRIGATÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, INCISOS I E XVII; 8º, INCISOS I E IV; 149; 150; § 6º; E 151 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei Federal n. 8.906/94 atribui à OAB função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, ou seja, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria. 2. A Ordem dos Advogados do Brasil ampara todos os inscritos, não apenas os empregados, como o fazem os sindicatos. Não há como traçar relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais. As funções que deveriam, em tese, ser por eles desempenhadas foram atribuídas à Ordem dos Advogados. 3. O texto hostilizado não consubstancia violação da independência sindical, visto não ser expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos. Não se sustenta o argumento de que o preceito impugnado retira do sindicato sua fonte essencial de custeio. 4. Deve ser afastada a afronta ao preceito da liberdade de associação. O texto atacado não obsta a liberdade dos advogados. Pedido julgado improcedente.”

Por conseguinte, esses reiterados julgados nos levam a crer que a OAB possui finalidades institucionais e corporativas, além disso ambas devem receber o mesmo tratamento publicizante, consoante o Direito Constitucional posto.

Retomando os pressupostos de aplicabilidade da regra imunizante, não há dúvidas de que a parte Recorrida presta serviço público delegado e possui *status* jurídico de ente público. Ademais, as finalidades essenciais

das Caixas de Assistência não se inserem no Domínio Econômico, isto é, ao não buscarem à exploração de atividade econômica em sentido estrito, não se constata a manifestação de capacidade contributiva na hipótese. Em suma, encontram-se presentes os referidos pressupostos.

Conclui-se, portanto, que as Caixas de Assistência dos Advogados encontram-se tuteladas pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, “a”, do Texto Constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se conceder tratamento tributário diferenciado a órgãos da OAB, de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei.

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso extraordinário a que se nega provimento.

É como voto.

Cópia