

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO FEDERAL

SOLICITANTES: Felipe Santa Cruz, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil; e Marcus Vinícius Furtado Coelho, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais.

ASSUNTO: Possibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil ter o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (RE 1.182.189/BA).

Senhores Presidentes,

DA CONSULTA

Cuida-se de solicitação dos Senhores Felipe Santa Cruz, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil; e Marcus Vinícius Furtado Coelho, Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, para elaboração de parecer sobre a controvérsia relativa ao dever, por parte da OAB, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

Trata-se, na origem, do Recurso Extraordinário nº 1.182.189/BA, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Configurada a Repercussão Geral (Tema nº 1054), pretende-se discutir a fixação da seguinte tese, na esteira do voto do Ministro Relator: “A Ordem dos Advogados do Brasil está submetida à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União”.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Sendo esse o contexto, passar-se-á, em sequência, a desenvolver o presente estudo, com a análise de todas as nuances que enquadram a matéria de fundo objeto deste opinativo.

É a síntese do necessário.

DO PARECER

SUMÁRIO: I. Considerações Iniciais; II. Da taxionomia, das peculiaridades e das funções da Ordem dos Advogados do Brasil; III. Da inviabilidade de submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Da ausência de hipótese de incidência; IV. Da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittewirkung*); V. Do respeito à coisa julgada (Recurso em MS nº 797, oriundo do Tribunal Federal de Recursos e do Acórdão nº 1.765/2003-TCU- Plenário); VI. Da *ratio decidendi* da ADI 3026; VII. Da moldura fático-jurídica que enquadra o RE 1.182.189/BA.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Dispõe o artigo 133 da Constituição Federal de 1988, em claro e bom vernáculo, que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. A história constitucional do Brasil comprova que, além de serem os advogados indispensáveis à administração da Justiça, são também imprescindíveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito, por atuarem em um exercício extremamente salutar de defesa da democracia e cumprimento dos direitos e garantias fundamentais, visando sempre à preservação dos direitos humanos.

Daí o autorizado arremate do professor Pinto Ferreira, no sentido de que “o advogado exerce uma nobilitante função social, facilitando a obra do juiz e a aplicação

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

da justiça".¹ De fato, conforme assente em solo doutrinário, o causídico está intrinsecamente ligado à organização judicial, intermediando a relação entre o juiz-Estado e a parte, na busca de uma prestação jurisdicional que seja justa para aqueles envolvidos no caso concreto. Desse modo, a advocacia contribui de maneira salutar para a aplicação da justiça em um Estado de Direito, impedindo mitigações aos direitos subjetivos dos cidadãos e garantindo que todos possam se defender de maneira justa e equitativa.²

Importa salientar que nenhuma das nossas Constituições pretéritas outorgou à advocacia tratamento semelhante ao reconhecer a profissão do advogado como indispensável à administração da Justiça. O intuito foi evidenciar a função da advocacia e preservar as suas prerrogativas em um patamar constitucional mais proeminente do que desfrutavam nos demais textos constitucionais. Diante disso, a advocacia passou a ser vista como um *munus público*, por servir como requisito para as demais funções essenciais à Justiça.

Nesse passo, a Constituição Federal outorgou relevantes atribuições à Ordem dos Advogados do Brasil, sendo a principal delas a legitimidade ativa para abrir a via de controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103, VII, da CF/88). Mas não é só. Assegurou-se a participação da OAB nos concursos públicos para provimento de cargos de Magistratura e das funções essenciais à Justiça (arts. 93, inciso I; 129, §3º; e 132); bem como a prerrogativa de participação nos Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público (arts. 103-B, inciso XII e §6º; e 130-Z, inciso V e §4º).

A Lei nº 8.096/1994 ainda estabelece que a Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, 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; e promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina

¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 75.

² AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. P. 756.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

dos advogados em toda a República Federativa do Brasil (art. 44, incisos I e II, da Lei nº 8.096/1994). Vale dizer, para além de ser uma entidade representativa da classe dos advogados, a Ordem dos Advogados do Brasil ostenta o escopo de salvaguardar o Estado Democrático de Direito de injunções dissonantes da sua razão de ser.

Nos tempos hodiernos, a sociedade brasileira voltou a singrar os mares autoritários, tal como ocorreu em outras quadras da história, notadamente quando a tônica desses tempos estranhos emerge com o desprestígio aos ideais democráticos e o arrefecimento da “vontade de Constituição”, de que falava Konrad Hesse. Nesse contexto, a atuação enérgica da OAB é salutar para denunciar e debelar os acintes ao regime democrático, dado que a entidade nunca se furtou ao debate e ao impulsionamento da luta para a concretização dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, culturais e econômicos.

São diversos os exemplos nos quais a OAB serviu como um pilar de resistência contra as notórios acintes perpetrados contra o regime democrático. No contexto atual, faz-se necessário frisar que, tanto nos albores, quanto no pico da pandemia da COVID-19, a Ordem dos Advogados do Brasil militou de forma incansável na salvaguarda de direitos de estatura maior. Cite-se, à exemplo, a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.351, sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, com o cerne de suspender a eficácia de dispositivo que limitava o direito à informação, à transparência e à publicidade.³ Ou seja, a defesa desses preceitos sacrossantos consubstanciados nos direitos e garantias fundamentais, por questão

³ EMENTA: EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESTRIÇÕES GENÉRICAS E ABUSIVAS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA. SUSPENSÃO DO ARTIGO 6o-B DA LEI 13.979/11, INCLUÍDO PELA MP 928/2020. MEDIDA CAUTELAR REFERENDADA. 1. A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da publicidade como um dos vetores imprescindíveis à Administração Pública, conferindo-lhe absoluta prioridade na gestão administrativa e garantindo pleno acesso às informações a toda a Sociedade. 2. A consagração constitucional de publicidade e transparência corresponde a obrigatoriedade do Estado em fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. 3. O art. 6o-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação, pelo contrário, transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda Sociedade. 4. Julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.347, 6.351 e 6.353. Medida cautelar referendada.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

ontológica, sempre esteve presente na estrutura organizacional da OAB e sempre foi um *telos* no encaminhamento de seus posicionamentos, não precisando de um controle externo, contrariando normatizações constitucionais e infraconstitucionais, para efetuar o seu mister. É um dos poucos casos em que há concretização em um mesmo sujeito, da coincidência do eu transcendental com o eu empírico.

II. DA TAXIONOMIA, DAS PECULIARIDADES E DAS FUNÇÕES DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.

Resta evidente, de logo, que a OAB exerce uma função pública, não apenas por ser uma função essencial à justiça, não apenas por ser um dos corifeus do regime democrático, mas principalmente em razão de ser uma das principais vozes da sociedade civil, propugnando para a efetivação dos direitos fundamentais. Diante do que se exala como apodítico, não há a menor sombra de dúvidas de que a OAB não é um ente público, mesmo exercendo uma função pública, ela não pode ser taxada de um órgão estatal, tampouco se pode imputar que ostente uma taxionomia pública.

A estruturação de seu funcionamento é de um órgão tipicamente privado, de natureza associativa, ganhando a dimensão institucional em razão de sua legitimidade histórica e de seus posicionamentos aguerridos em prol do Estado Democrático de Direito. Sua relevância e amplitude de prerrogativas transbordam os estritos limites do conceito de autarquia. Mas as diferenças em relação às autarquias não repousam apenas nesses pontos. As autarquias estão sujeitas ao controle administrativo, direcionando as atividades realizadas, mas igualmente vinculando-se a algum órgão da administração centralizada. Nas autarquias, a administração pública exerce um controle financeiro centralizado, subordinando-se ao órgão da administração direta no qual se vincula. Esse controle se dá especialmente pela aprovação de seu orçamento, por decreto do Poder Executivo e pela sua vinculação ao orçamento da União. Ainda, nesses entes públicos, a nomeação de seus dirigentes dá-se pelo Poder Executivo, quer através de listas tríplices, quer através de escolha própria.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Por outro lado, cite-se que a prerrogativa conferida à OAB não se configura como uma imunidade tributária, mas, sim uma isenção tributária, uma hipótese de não incidência (art. 45, §5º, do Estatuto da OAB). Nesse sentido, convém mencionar, inclusive, que se caso a OAB fosse uma autarquia típica, não precisaria de norma expressa para instituir a isenção mencionada em linhas anteriores, pois teria assento constitucional no art. 150, §2º, da CF/88. A receita da OAB não ostenta natureza de tributo, mas de recurso particular. Isso porque além de não ser instituída por lei, não há a presença de elementos caracterizadores do tributo, a teor do que prescreve o artigo 3º do Código Tributário Nacional. Outrossim, as contribuições da OAB não são instituídas pela União, mas estabelecidas através de Resolução dos Conselhos Seccionais, nos termos do art. 58, inciso IX, da Lei nº 8.096/94. Ou seja, foge-se da conceituação clássica de tributo, que exige a especificidade mediante a incidência do princípio da legalidade tributária.

As anuidades constituem uma contribuição associativa a quem deseja advogar, no que não há coercitividade, pois em caso de desligamento do advogado, não haverá necessidade de pagamento da anuidade ao órgão. Tem-se, portanto, que os recursos arrecadados não têm natureza de tributo, nem tampouco de receitas públicas, pois se assim fosse, integrariam a lei orçamentária, nos termos do art. 165, §5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.⁴ Não havendo caráter tributário, eventual imputação

⁴ PROCESSO CIVIL - ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO LEVADA A EFEITO PELA OAB PARA COBRANÇA DE ANUIDADES - JULGADO DA CORTE DE ORIGEM QUE RECONHECE A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO, BEM COM A NECESSIDADE DE SEGUIR O RITO DA LEI N. 6.830/80 - RECURSO ESPECIAL - PRETENDIDA A REFORMA - ACOLHIMENTO. - Diante da natureza intrínseca da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, que não se equipara à autarquia propriamente dita, denota-se que as contribuições recebidas pela entidade, efetivamente, não possuem natureza tributária. Pensar de modo diferente, data venia, é crer que a OAB faz parte da administração pública e que os valores que recebe a título de anuidade equivalem a dinheiro público. - A corroborar com esse entendimento, a douta Ministra Eliana Calmon já assentou, "com base na jurisprudência da Corte e na doutrina, ser a OAB autarquia especial, mas as contribuições por ela cobradas não têm natureza tributária e não se destinam a compor a receita da Administração Pública, mas a receita da própria entidade, o que afasta a incidência da Lei n. 6.830/80" (REsp n. 497.871-SC, in DJ de 2/6/2003). - Recurso especial conhecido e provido para o fim de que a execução a ser promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB observe o disposto nos artigos 566 e seguintes do Diploma Processual Civil. (STJ - REsp: 449760 SC 2002/0086730-4, Relator: Ministro FRANCIULLI NETTO, Data de Julgamento: 25/11/2003, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 12/04/2004 p. 191)

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

denota uma nítida finalidade metajurídica, sem consistência teórica, no que se denomina com uma ficção jurídica.

Não se pode imputar às anuidades uma natureza tributária, pois se assim fosse, seria criada por lei. Os rigores do princípio da legalidade tributária não estão presentes na exação das anuidades, não há obrigatoriedade de previsão orçamentária, balizamento pelo princípio da anuidade, assentimento do poder legislativo ou demais requisitos constantes no microssistema tributário. Não são tributos porque apresentam uma origem distinta, a natureza de sua arrecadação foge da tributária e a destinação de seus recursos tem aplicação diferente. Nem mesmo se pode asseverar sua taxonomia tributária em razão de ser uma espécie parafiscal, haja vista que não é arrecadada por uma autarquia. Portanto, a anuidade paga por todos os advogados a OAB não apresenta taxonomia tributária. Nesse sentido, cite-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ANUIDADES. COBRANÇA. IRRELEVÂNCIA DO EFETIVO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO. **1. Os créditos decorrentes da relação jurídica entre a OAB e os advogados não possuem natureza tributária, e independe do efetivo exercício para cobrança.**

Precedentes: AgInt no REsp. 1.633.675/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL DJe 4.5.2017; AgInt no REsp. 1.419.757/SC, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 22.3.2017. 2. Agravo Interno do Particular desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 957962 RJ 2016/0197031-5, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 07/10/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2019) ⁵

⁵ "ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL/OAB. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. COBRANÇA DE ANUIDADE. NATUREZA CIVIL DO CRÉDITO EXEQUENDO. OBSERVÂNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos. 2. Os créditos decorrentes da relação jurídica travada entre a OAB e os advogados não compõem o erário e, consequentemente, não têm natureza tributária. Por isso, a pretensão executória de tais verbas observará o prazo prescricional estabelecido pelo Código Civil. 3."A jurisprudência desta Corte é no sentido de que em relação às anuidades cobradas pela OAB, deve incidir o prazo prescricional quinquenal previsto no art. 206, § 5º, I, do Código Civil de 2002, uma vez que se trata de títulos executivos extrajudiciais, consubstanciados em espécie de instrumento particular que veicula dívida líquida."(AgRg no REsp 1.562.062/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/12/2015). 4. Recurso especial a que se nega provimento."(STJ, REsp 1574642 / SC, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, publicado no DJe de 22/02/2016). Além disso, é sabido que conforme a jurisprudência pacífica desta Corte, as anuidades pagas à OAB não têm natureza tributária, devendo os títulos

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

É em virtude dessa ambiência que a Ordem dos Advogados do Brasil possui natureza jurídica *sui generis*. Explica-se

Rememore-se, por oportuno, o que verte da cabeça do artigo 44 da Lei nº 8.096/1994, quando define a Ordem dos Advogados do Brasil como serviço público, dotada de personalidade jurídica de forma federativa. Ensina o Ministro Eros Grau, ancorado nas lições de Duguit e Cirne Lima, ser o serviço público “atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social- ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico”.⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados.⁷

Cabe asseverar que o fato de exercer serviço público não transmuda sua natureza jurídica, nem a sua qualificação, haja vista que serviço público pode ser exercido, inclusive, por pessoa jurídica de direito privado, como as concessionárias de serviço público, por exemplo. Noutro quadrante, não se pode, à maneira da classificação dos Conselhos de Fiscalização Profissional (CREA, CRM, COREN, CRO, CRC etc.), classificar a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) como autarquia federal. Ao caracterizar a autarquia, o Decreto Lei nº 200/1967 consignou ser ela um serviço autônomo, criado por lei com personalidade jurídica própria, igualmente com patrimônio e receitas próprios, com a finalidade de executar atividades típicas da administração que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa

executivos extrajudiciais delas decorrentes sujeitarem-se ao prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 206, § 5º, do Código Civil. Por essa razão, resta inconcebível a aplicabilidade da Lei nº 12.514/11 à OAB, considerando sua natureza eminentemente tributária, não possuindo, portanto, o condão de alcançar as anuidades de natureza civil. (STJ - AgInt no REsp: 1783533 AL 2018/0318859-1, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 28/03/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 04/04/2019)

⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 130.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P. 695.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

e financeira descentralizada. Para Hely Lopes Meireles, as autarquias são órgãos autônomos da Administração, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.⁸

Diferentemente das autarquias, a OAB não mantém com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico, a teor do que se extrai do art. 44, §1º, da Lei nº 8.906/1994. Desse modo, não integra a Administração Indireta da União, nem se sujeita ao respectivo controle ministerial. Assevera José dos Santos Carvalho Filho que a OAB não pode ser comparada às demais autarquias profissionais, porque, “além de seu objetivo básico de representação da categoria dos advogados- tem ainda função institucional de natureza constitucional. Seu quadro de pessoal é regido pela CLT e não se submete ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que exige aprovação prévia em concurso público”.⁹ Some-se a isso, também, o fato de que o título executivo estampado no art. 46, parágrafo único, do Estatuto da OAB, sujeita-se à execução prevista no Código de Processo Civil, não sendo aplicável a Lei nº 6.830/1980, que disciplina o processo de execução fiscal.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, sedimentou entendimento no sentido de que, 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.¹⁰ De igual modo, o Ministro Edson Fachin

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Autarquias e Entidades Paraestatais. *Revista de Direito Administrativo* 68. P. 17:49.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. Ed. São Paulo: Atlas, 2019. P. 702.

¹⁰ 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

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

reafirmou o entendimento de 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 (RE 405267).¹¹

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. Improcede 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. (STF - ADI: 3026 DF, Relator: 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)

¹¹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA AFETADA PARA JULGAMENTO NO TRIBUNAL PLENO PELA SEGUNDA TURMA. ARTIGOS 11, I, PARÁGRAFO ÚNICO C/C 22, PARÁGRAFO ÚNICO, "B", AMBOS DO RISTF. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS ADVOGADOS. 1. A questão referente à imunidade aplicável às entidades assistenciais (CF, 150, VI, "c") é impassível de cognição na via do recurso extraordinário, quando não há apreciação pelas instâncias ordinárias, nem foram interpostos embargos declaratórios para fins de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. 2. É pacífico o entendimento de que a imunidade tributária gozada pela Ordem dos Advogados do Brasil é da espécie recíproca (CF, 150, VI, "a"), na medida em que a OAB desempenha atividade própria de Estado. 3. 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. ADI 3.026, de relatoria do Ministro Eros Grau, DJ 29.09.2006. 4. Na esteira da jurisprudência do STF, considera-se que a Ordem dos Advogados possui finalidades institucionais e corporativas, além disso ambas devem receber o mesmo tratamento de direito público. 5. As Caixas de Assistências dos Advogados prestam serviço público delegado, possuem status jurídico de ente público e não exploram atividades econômicas em sentido estrito com intuito lucrativo. 6. A Caixa de Assistência dos Advogados de Minas Gerais encontra-se tutelada pela imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, "a", do Texto Constitucional, tendo em vista a impossibilidade de se conceder tratamento tributário

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Sendo essa a contextura, vislumbra-se que a Ordem dos Advogados do Brasil ostenta a natureza jurídica peculiar no que tange às demais entidades no Direito brasileiro, no que, diante dessas especificidades, deve ser reconhecida como uma entidade jurídica autônoma, sujeita a regime jurídico especial e próprio. Conquanto tenha-se esposado o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2006 e 2018, cumpre anotar que a matéria de fundo já foi debatida quando do julgamento do Recurso em MS nº 797, oriundo do extinto Tribunal Federal de Recursos; e no Acórdão nº 1.765/2003-TCU-Plenário, razão pela se porá em evidência a necessidade premente de conferir efetivo prestígio à coisa julgada, tanto na senda judicial, quanto na administrativa.

III. DA INVIALIDADE DE SUBMISSÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

Conforme a ideia que sai do *caput* do art. 70 da Constituição Federal de 1988, 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. Ato contínuo, o parágrafo único do referido dispositivo constitucional estabelece que 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, assuma obrigações de natureza pecuniária.

O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete, no ponto objeto deste opinativo, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e

diferenciado a órgãos da OAB, de acordo com as finalidades que lhe são atribuídas por lei. 7. Recurso extraordinário parcialmente conhecido a que se nega provimento. (RE 405267, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 17-10-2018 PUBLIC 18-10-2018) (STF - RE: 405267 MG - MINAS GERAIS, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 06/09/2018, Tribunal Pleno)

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988).

Para José Soriano de Souza, a importância dos Tribunais de Contas “sempre resultou a um tempo do seu caráter constitucional e do fim a que destinou a Constituição, e que a necessidade e o valor dos Tribunais dessa natureza sempre foram reconhecidos, desde longo tempo, em todos os países civilizados”.¹² É inegável que os Tribunais de Contas têm posição proeminente no imprescindível mister de zelar pela coisa pública, exercendo o controle dos gastos públicos para que os valores provenientes do erário não sejam empregados de forma a promover assaques aos direitos fundamentais dos cidadãos. Todavia, seu campo de incidência tem que estar amparado em marcos legais e toda sua atuação não pode confrontar com parâmetros normativos, muito menos de forma autoevidente, como no caso do disposto no art. 44, §1º, do Estatuto da OAB.

Em virtude dessa parêmia somente nos anos recentes os Tribunais de Contas vêm utilizando de outros parâmetros, mas partindo do princípio da legalidade, para adotar meios de fiscalização mais eficientes, dentre eles o que privilegia as auditorias, como acontece no controle de mérito ou gestão. O parâmetro da fiscalização, mesmo tendo como pedra angular a legalidade, deve igualmente levar em conta a legitimidade, se os atos estão de acordo com os anseios da coletividade, e a economicidade, se o dinheiro público não é dissipado, atendendo suas funções com o menor preço possível.¹³

Acontece que a própria Constituição Federal de 1988 impõe limites à incidência da atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas da União. Somente prestará contas pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie

¹² DE SOUZA, José Soriano. *Apud*. MARANHÃO, Jarbas. Competência do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*. RDP 59-60/182. Jul-dez./1981.

¹³ CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995. P. 18.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. Ou seja, a entidade que não se enquadrar nessa moldura traçada pela *Lex Mater* não pode ser fiscalizada pelo Tribunal de Contas.

Em tese, a questão posta sob análise seria um *easy case*, sendo necessário apenas a correta subsunção para fins de saber se a entidade poderia ser fiscalizada pela Corte de Contas. No entanto, a temática assumiu contornos extremados diante das várias das vozes que tentam soerguer uma exegese fugidia aos bons e claros parâmetros constitucionais. O nó górdio da questão cinge-se à natureza jurídica dos valores cobrados a título de anuidade, bem como à natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil. Além de não pertencer aos quadros da Administração Pública, seja da administração direta ou indireta, conforme explanado ao longo deste parecer, as contribuições recebidas pela OAB não possuem natureza tributária.

Não é de todo excessivo rememorar que a *ratio* para a sujeição ao poder fiscalizatório e sancionador do órgão está na origem pública dos recursos e não na natureza jurídica dos terceiros envolvidos.¹⁴ A OAB, repita-se, não utiliza, arrecada, guarda, gerencia, recebe ou administra dinheiros, bens e valores públicos. Até porque a receita do Conselho Federal da OAB é proveniente de percentual dos valores arrecadados da anuidade e preços de serviços das Seccionais, a teor do que prevê os artigos 55 e 56 do Regulamento Geral da OAB.¹⁵

¹⁴ “Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal. 4. Denegação da segurança. (MS 24.379/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 8 jun. 2015.)”.

¹⁵ Art. 55. Aos inscritos na OAB incumbe o pagamento das anuidades, contribuições, multas e preços de serviços fixados pelo Conselho Seccional. (NR) 35 § 1º As anuidades, contribuições, multas e preços de serviços previstos no caput deste artigo serão fixados pelo Conselho Seccional, devendo seus valores ser comunicados ao Conselho Federal até o dia 30 de novembro do ano anterior, salvo em ano eleitoral, quando serão determinadas e comunicadas ao Conselho Federal até o dia 31 de janeiro do ano da posse, podendo ser estabelecidos pagamentos em cotas periódicas. § 2º (REVOGADO) § 3º O edital a que se refere o caput do art. 128 deste Regulamento divulgará a possibilidade de parcelamento e o número máximo de parcelas. Art. 56. As receitas brutas mensais das anuidades, incluídas as eventuais atualizações monetárias e juros, serão deduzidas em 60% (sessenta por cento) para seguinte destinação: (NR) I – 10% (dez por cento) para o Conselho Federal; (NR) II – 3% (três por cento) para o Fundo Cultural; (NR) III – 2% (dois por cento) para o Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados - FIDA, regulamentado em Provimento do Conselho Federal. (NR) IV – 45%

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Vê-se, da análise do dispositivo constitucional (art. 70, parágrafo único, da CF/88), que não há a menor possibilidade de subsunção normativa na questão analisada pelo motivo de que não existem recursos públicos de valores provenientes da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo erário público federal. A subsunção configura-se no enquadramento da norma ao caso concreto, amoldando-se um instrumento normativo genérico e abstrato, em maior ou menor grau, a um evento fático. É a correlação entre um fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo). Para Lenio Streck, a subsunção deve ser entendida no contexto paradigmático da relação sujeito-objeto, em que o sujeito é o encarregado de fazer a operação mental entre a subjetividade e a coisa, ocorrendo a subsunção quando se busca subsumir o geral (norma) ao caso concreto (ou vice-versa).¹⁶

Ainda nessa esteira intelectiva, Ricardo Lobo Torres assevera que a subsunção não é inferência puramente lógico-formal, que se possa fazer por intermédio de linguagem binária, senão que é qualificação do fato segundo a valoração da lei.¹⁷ Conforme explana Pontes de Miranda, se há qualquer atenuação ou extensão da lei, não se subsume no preceito legal o caso ocorrido.¹⁸ No caso *sub examine*, há uma

(quarenta e cinco por cento) para as despesas administrativas e manutenção do Conselho Seccional. § 1º Os repasses das receitas previstas neste artigo efetuam-se em instituição financeira, indicada pelo Conselho Federal em comum acordo com o Conselho Seccional, através de compartilhamento obrigatório, automático e imediato, com destinação em conta corrente específica deste, do Fundo Cultural, do Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados - FIDA e da Caixa de Assistência dos Advogados, vedado o recebimento na Tesouraria do Conselho Seccional, exceto quanto às receitas de preços e serviços, e observados os termos do modelo aprovado pelo Diretor-Tesoureiro do Conselho Federal, sob pena de aplicação do art. 54, VII, do Estatuto da Advocacia e da OAB. § 2º O Fundo Cultural será administrado pela Escola Superior de Advocacia, mediante deliberação da Diretoria do Conselho Seccional. § 3º O Fundo de Integração e Desenvolvimento Assistencial dos Advogados - FIDA será administrado por um Conselho Gestor designado pela Diretoria do Conselho Federal. § 4º Os Conselhos Seccionais elaborarão seus orçamentos anuais considerando o limite disposto no inciso IV para manutenção da sua estrutura administrativa e das subseções, utilizando a margem resultante para suplementação orçamentária do exercício, caso se faça necessária. § 5º Qualquer transferência de bens ou recursos de um Conselho Seccional a outro depende de autorização do Conselho Federal. (NR).

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. P. 282.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O princípio da tipicidade no Direito Tributário. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 235: 193-232. Jan./Mar. 2004.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Sistema de ciência positiva do Direito*. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 2005. P. 221.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

tautológica impossibilidade de se falar em subsunção em razão de que o suporte normativo não pode incidir no evento fático porque seu campo de incidência destoa dos parâmetros auferidos na seara da normalidade.

Para que ocorra um consequente deôntico, exige-se, de forma inexorável, um antecedente fático que pode ser delineado na hipótese normativa. Sem isso, estar-se-ia configurado um silogismo viciado, um entimema, ou seja, um silogismo formulado apenas em função do seu efeito retórico, mas carente de rigor formal, no que faz com que as premissas normativas não guardem relação com a questão da normalidade. Por hipótese alguma, as anuidades arrecadadas pela OAB apresentam a taxionomia de dinheiro público ou verba pertencente a entidades da administração direta ou indireta. Há uma distância muito grande entre a facticidade e a normalidade, no que não acarreta nem mesmo um *gap* normativo, mas a mera pretensão da realização de um solipsismo jurisprudencial.

A teratologia de tal intenção de subsunção reside em que as anuidades arrecadadas pela OAB não constam da estrutura normativa do parágrafo único do art. 70 da Constituição, nem mesmo em núcleos verbais distantes que se possa fazer correlação com a hipótese fática. Esse quadro normativo e fático apresentado, em que a OAB não se configura como autarquia, nem arrecada recurso público, faz com que, seja na seara lógico-formal, seja na seara da pragmática, haja impossibilidade de aplicação do mencionado dispositivo constitucional.

Na verdade, intenta-se uma extensão da competência do Tribunal de Contas da União sem amparo normativo ou mesmo legitimidade factual que ampare suas pretensões. Se acaso fosse permitida essa extensão de prerrogativas, em detrimento da autonomia constitucional e infraconstitucional outorgada a OAB, estar-se-ia maculando a independência de um dos órgãos mais relevantes da sociedade civil brasileira, em menoscabo aos trinta e dois anos de história democrática e cidadã da Constituição de 1988.

Nos tempos em que imperam os assaques aos cânones constitucionais, a aplicação irrestrita do princípio da legalidade deve ser a bússola e o ímã no exercício

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

hermenêutico, em que partindo-se dessa premissa, deve-se chegar aos desígnios da Lei Maior. O princípio da legalidade é, por isso mesmo, para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o pilar fundamental do sistema democrático, sendo aquele que qualifica e dá identidade própria ao Estado de Direito.¹⁹ Sem o respeito irrestrito ao princípio da legalidade, as estruturas normativas restarão abaladas, momento a partir do qual se abrem os caminhos das veredas dos voluntarismos e das sobreposições autoritárias em detrimento da materialização da soberania popular.

Em sendo o processo interpretativo não apenas cognitivo, mas volitivo, criativo, com a consequente produção de norma e atribuição de um significado preexistente do enunciado linguístico, faz-se premente impor balizas seguras para que não se ultrapasse o alcance do sentido originário conferido pelo legislador, mesmo naquelas hipóteses que padeçam da parêmia romana *in claris cessat interpretatio*.²⁰ Ensina o professor Nelson Saldanha que “a interpretação, que visa o concreto e que atende ao movimento da ordem para a prática, aparece motivada por uma finalidade, que é a aplicação”.²¹

É bem verdade que a interpretação é imprescindível para o operador jurídico, porém há limites claros para o procedimento interpretativo. O principal deles é que a interpretação não pode macular parâmetro legal. Nesse sentido, é comezinho nas técnicas interpretativas que toda e qualquer interpretação que porventura possa vir a impor limitação ao pleno exercício dos direitos fundamentais, deve ser restritiva. Na aplicação da exegese restritiva deve-se apenas declarar o sentido evidente, o alcance exato da norma, evitando a dilatação para suprimir uma prerrogativa outorgada ou estender uma competência sem amparo normativo e que malbarata a autonomia e independência de uma instituição imprescindível à sociedade.

Para o Ministro Barroso, a utilização da interpretação restritiva cinge-se às normas que criam regras gerais, concedem benefícios, estabelecem punições, bem

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. P. 91.

²⁰ TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método, 2006.P. 60

²¹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. P. 246.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

como as de natureza fiscal.²² Somado a isso, entende-se que as normas que alargam competências aos órgãos estatais também devem sofrer a restrição inerente a esse método interpretativo, sobretudo porque uma das finalidades da Constituição é a de estabelecer competências e delimitar espaços de poder. Ou seja, não se pode, por vias transversas e fugidias às técnicas interpretativas, dilatar o espectro competencial para fins de impor uma ingerência indevida com o escopo de fiscalizar um ente sem amparo no princípio da legalidade constitucional.

A situação assume contornos preocupantes quando, sem parâmetro legitimador algum, modifica-se entendimento de há muito sedimentado, de modo a perpetrar acintes frontais ao sacrossanto princípio da segurança jurídica. A segurança jurídica é valor fundamental para qualquer sistema jurídico, já que o Direito consubstancia-se em um fenômeno de “ordem, resolução e paz”.²³ Assim, Norberto Bobbio explana ser a segurança o elemento constitutivo do sistema jurídico, tratando-se de elemento intrínseco, sem o qual não se pode falar no ordenamento como jurídico.²⁴

No caso concreto, houve uma modificação abrupta do entendimento, pelo Tribunal de Contas da União, acerca da possibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil ter o dever de prestar contas à referida Corte. Conforme exaustivamente narrado neste opinativo, o entendimento havia sido soerguido em 1951, reafirmado em 2003 e, sem qualquer alteração do arcabouço normativo e da moldura jurídica que enquadra a temática, foi modificado em 2018. Tenha-se que o princípio da legalidade e a segurança jurídica são o que o professor Miguel Reale denomina de invariante axiológica, ou seja, em virtude de sua relevância e essencialidade para o

²² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 125.

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. 2. Ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1972.p. 143.

²⁴ BOBBIO, Norberto. “La certezza del diritto è un mito?”. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*. VOI. XXVIII, 1951. P. 146.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Ordenamento Jurídico, se tornam constantes e perenemente exigíveis.²⁵ O respeito a esses postulados revela o primado à legitimação e à concretude normativa.

Vê-se, com apanágio em tudo que fora exposto neste opinativo, que não há suporte legitimador algum para que a Ordem dos Advogados do Brasil seja submetida à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Reforça-se o disposto no art. 44, §1º, do Estatuto da OAB, quando versa que a entidade não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico; justamente para que a classe possa exercer seu *múnus* público com desassombro, altivez e em defesa do regime democrático, pois conforme aduz o Professor José Afonso da Silva, a advocacia é um sacerdócio que está sempre ao lado oposto em que se posiciona o autoritarismo.²⁶

IV. DA EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DRITTWIRKUNG).

Não se pode esmaecer o regime jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, com todos os seus apanágios explicitados no pórtico deste opinativo, para, então, conjurar a necessidade premente de aplicação dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), a um órgão que não é uma entidade da Administração Indireta da União. Há que se atentar para o regime jurídico das entidades, bem como para a organicidade do Direito. Isso porque, pelas variadas peculiaridades inerentes à Ordem dos Advogados do Brasil, que não se pode transpor os princípios da Administração Pública à espécie, mas ainda assim não se estranha a incidência dos direitos e obrigações delineados no capítulo pertinente aos direitos fundamentais.

²⁵ Para o professor Miguel Reale, as “invariantes axiológicas são exigências axiológicas constantes e inamovíveis por serem consideradas da essência mesma do ser humano: são as constantes axiológicas transientes do Direito, porquanto, no fundo, foram elas que tornaram a experiência jurídica possível”. REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 109.

²⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. Ed. São Paulo: Malheiros, 2017. P. 596.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Fala-se na eficácia (extensão) horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da ideia de que não apenas o Estado estaria vinculado às declarações de direitos, mas igualmente os particulares.²⁷ Assim, interpreta-se as relações privadas com um viés constitucional, com a possibilidade de manutenção do equilíbrio de justiça. Pondera Daniel Sarmento que o alargamento da incidência dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no quadro hodierno de sociedades cada vez mais desiguais, em que o Estado Leviatã é superado na afronta realizada por uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa.²⁸ No entanto, esta eficácia não pode ser absoluta, devendo respeitar prerrogativas que igualmente foram ofertadas aos cidadãos pela Constituição, dentro de sua natureza sistêmica.²⁹

Mesmo que não sofra os efeitos irradiadores dos princípios da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) ou a fiscalização do Tribunal de Contas da União, não significa dizer que a OAB não tenha compromissos com princípios éticos e republicanos, a saber: a transparência, o dever à informação, a publicidade, a fiscalização por parte da sociedade e de seus membros, o dever inexorável de prestar contas, a moralidade de seus atos; e todos os preceitos que estruturam a OAB como um dos alicerces de sustentação da democracia brasileira.

Então, mesmo restando impedida a aplicação dos princípios da Administração Pública, em razão de não se configurar como um ente público ou manusear recursos públicos, não haverá um *capitis diminutio* na integridade da gestão financeira e contábil da OAB, nem mesmo afastamento dos ditames da ética porque os deveres deontológicos dos imperativos anteriormente mencionados terão aplicação plena, haja vista que consistem em normatizações de aplicabilidade imediata. Princípios públicos que atingem a esfera de relações de entidades híbridas, com a Ordem dos Advogados do Brasil, fazem com que essas entidades possam exercer suas funções

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 530.

²⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 185.

²⁹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*: Coimbra: Almedina, 2005. P. 86.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

constitucionais ou legais, com relativa eficiência, sem a possibilidade de sua autonomia ser assaltada por devaneios autoritários.

Mesmo sem a inconstitucional possibilidade de fiscalização por parte do Tribunal de Contas da União, por hipótese alguma haverá arrefecimento na transparência, na integridade e na divulgação dos dados auferidos pela OAB, pois a verticalização dos direitos fundamentais impõe obrigações que asseguram o fator teleológico almejado. Todavia, assim o fará com inegáveis vantagens, haja vista que não precisará de um órgão externo que não tem trilhado suas decisões sob o manto do princípio da legalidade para conquistar um objetivo que pode ser alcançado pela fiscalização inerente ao elevado grau de legitimação social.

A medida em tons de profilaxia que se pretende erguer pode caminhar no sentido da mitigação da independência e autonomia necessárias ao desempenho destemido das funções institucionais exercidas pela OAB, que será supervisionada por um órgão auxiliar do Poder Legislativo. A OAB poderá ser fiscalizada por órgão contra o qual poderá se insurgir quando houver deliberações dissonantes aos desígnios da Constituição Federal e aos da sociedade civil organizada. Evidentemente que nessa quadra histórica de populismo e de autoritarismo exacerbado, o órgão perderá autonomia na consecução de suas finalidades institucionais e constitucionais.

V. DO RESPEITO À COISA JULGADA (RECURSO EM MS Nº 797, ORIUNDO DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS E DO ACÓRDÃO Nº 1.765/2003- TCU-PLENÁRIO).

O instituto da coisa julgada torna definitiva uma solução dada pelo Poder Judiciário a determinada controvérsia que a ele tenha sido submetida. A coisa julgada é consagrada constitucionalmente no inciso XXXVI do art. 5º da CF/88, sendo um instituto que tem a finalidade de garantir a segurança jurídica. Para Luigi Mattiolo, a autoridade de coisa julgada se funda sobre o princípio *res iudicata pro veritate*

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

*habetur.*³⁰ Pontua Osvaldo Alfredo Gozaíni que a coisa julgada significa dar definitividade à sentença, impedindo que uma mesma situação seja mais uma vez provocada.³¹ Pontes de Miranda ainda explana que as palavras “coisa julgada” indicam uma decisão que não pende mais dos recursos ordinários, ou porque a lei não os concede, ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios, ou porque já foram esgotados. O efeito de uma tal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que porventura se cometessesem contra o direito das partes, já não seriam suscetíveis de revogação.³²

Destarte, o fenômeno da coisa julgada identificava-se com a “descoberta da verdade”, identificada com a clássica tese de que ela é considerada como a veracidade processual, havendo também quem a vislumbrasse como ficção ou presunção da verdade. Ocorre que a coisa julgada não se liga, ontologicamente, a esse fundamento. Trata-se de uma opção do legislador, escolhida pela conveniência, em cumprimento à exigência da estabilidade das relações sociais e, consequentemente, das decisões judiciais.³³

Sintetiza a Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha, que, com isso, não se quer a insegurança, mas não se aspira à imutabilidade absoluta das coisas, atos e fatos da vida. O que se busca é a firmeza das condições segundo as quais se dá a viver todas as instituições no espaço das relações humanas e das relações jurídicas. Sob essa ótica, há que se cristalizar o entendimento de que a finalidade de todas as instituições do direito é a justiça, que orienta suas atividades à segurança, não na certeza processual de um momento, mas em postulados que não contrariem todos os princípios postos de justiça, dignidade e liberdade.³⁴ Desse modo, o que realmente deve importar é saber se a decisão jurisdicional encontra legitimidade na base

³⁰ MATTIROLO, Luigi. *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*. v. V. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1905. p. 14.

³¹ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Teoría general del derecho procesal*. Buenos Aires: Ediar, 1996. p. 265.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo V, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 172

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 7. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 645.

³⁴ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de constitucionalidade. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57937>>. Acesso em: 3 out. 2020.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

produtiva e fiscalizadora do processo, uma vez que só podem transitar em julgado as decisões que encontram legitimidade em sua formação. Ou seja, se o ato sentencial atendeu aos princípios constitucionais do devido processo legal.

O instituto em questão é dividido, em geral, em duas espécies: a coisa julgada formal e a coisa julgada material. A coisa julgada formal, como conceituado por Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, corresponde à preclusão definitiva dentro do processo, coincidindo com o fim da prestação jurisdicional na demanda em espécie.³⁵ Para Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada formal opera exclusivamente no interior do processo em que se situa a sentença sujeita a ela. Tem, bem por isso, uma feição e uma missão puramente técnico-processuais. Toda e qualquer sentença é apta a receber a coisa julgada formal, porque todas elas têm o efeito programado de extinguir o processo e, quando nenhum recurso tem cabimento ou o cabível não é interposto, o processo se extingue por força dela e nenhuma outra se proferirá naquele feito específico.³⁶

Representa situação jurídica caracterizada pela proibição da rediscutir no mesmo processo uma decisão anteriormente tomada.³⁷ Refere-se, portanto, à impossibilidade de rediscutir a sentença dentro do processo em que foi proferida, sendo por isso denominada de intraprocessual, ocorrendo quando tiver havido preclusão temporal, consumativa ou lógica à interposição de recurso contra a sentença ou acórdão.³⁸ Constitui-se a coisa julgada formal em uma imutabilidade do *decisum* somente no âmbito do processo em que foi prolatado.³⁹

Por sua vez, a coisa julgada material é a qualidade de imutabilidade e indiscutibilidade, ou mais precisamente, a autoridade, com a qual resta revestida uma determinada decisão de mérito. Destina-se a coisa julgada

³⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. I, p. 548.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito processual civil*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 297.

³⁷ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 29-35.

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil: as relações processuais, a relação processual ordinária de cognição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 373.

³⁹ GONÇALVES, Marcos Vinícius Rios. *Novo curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 24.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

material a garantir a segurança das relações jurídicas. A coisa julgada material é a coisa julgada por excelência. Expõe Nelson Nery Júnior que é a responsável pela conferência de segurança jurídica ao Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se o apogeu dos objetivos do direito processual civil, haja vista que tem a força de criar a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida em juízo mediante a sentença de mérito transitada em julgado.⁴⁰ .

Feitas essas ligeiras digressões acerca do instituto da coisa julgada, cumpre trazer à baila, nessa toada, os meandros do Recurso em MS nº 797 e do Acórdão nº 1.765/2003- TCU- Plenário.

No que tange ao Recurso em MS nº 797, do extinto Tribunal Federal de Recursos, cumpre rememorar que se tratava, na espécie, de impetração de *mandamus* pela OAB contra ato do Tribunal de Contas da União a fim de reconhecer não estar a entidade compreendida entre aquelas a que se referia o então artigo 77 inciso II, da Constituição Federal de 1988, notadamente para fins de não necessitar prestar contas anuais à Corte de Contas. Após ascender ao então Tribunal Federal de Recursos, o sodalício deu provimento ao recurso da OAB para conceder a ordem, nos seguintes termos: *“A Ordem dos Advogados do Brasil não está obrigada a prestar contas ao Tribunal de Contas da União; não recebe ela tributos nem gira com dinheiros ou bens públicos”*. Transitada em julgado, a referida decisão fez coisa julgada material, tornando-se, bem por isso, imutável e indiscutível.

Já no tocante ao Acórdão nº 1.765/2003- TCU- Plenário, cuidava-se, no caso do Processo TC nº 006.255/1999-0, de Representação formulada pelo MP/TCU, na qual versava sobre a obrigatoriedade de a Ordem dos Advogados do Brasil prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Ao debruçar-se sobre a matéria, o TCU firmou o entendimento de que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão obrigados a prestar contas à Corte, em respeito à coisa julgada, decorrente da decisão proferida pelo Tribunal Federal de Recursos nos

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 56.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

autos do Recurso de Mandado de Segurança nº 797. De igual modo, operou-se o trânsito em julgado da referida decisão.

Na oportunidade, o Ministro Ubiratan Aguiar reverberou não ser possível o TCU, “braço do Poder Legislativo no exercício do controle externo, adotar interpretação que deponha contra o instituto da coisa julgada, cláusula pétreia insculpida no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal”. Alertou-se, ainda, que “a estabilidade das relações jurídicas é o princípio que assegura a continuidade das sociedades modernas. Mais que isso, é o pilar sobre o qual se erguem edifícios em que residem os Estados Democráticos de Direito. A ser aceita a tese trazida pelo Relator, estar-se-á abrindo portas para que outros abusos ocorram, sempre em nome do suposto interesse público”.

Isso dito, tem-se que para projetar-se para fora do processo faz-se necessário que a coisa julgada encontre limites, que podem ser de ordem subjetiva e objetiva. Os limites subjetivos são os concernentes aos sujeitos afetados pela imutabilidade do ato sentencial. De acordo com a ideia que sai do artigo 506 do Código de Processo Civil, a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.⁴¹ Já os limites objetivos, por seu turno, procuram delimitar o conteúdo da sentença que será revestido pelo manto da coisa julgada. Referem-se, portanto, à parte da sentença que fica revestida pela autoridade da coisa julgada. Vale dizer, somente o objeto do processo, o pedido, o mérito, o objeto litigioso é que deve receber a autoridade da coisa julgada.

Ensina Liebman que, para identificar o objeto do processo e, em consequência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso tem ela os mesmos limites desses pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa

⁴¹ No Código Buzaid o dispositivo em apreço correspondia ao contido no artigo 472, *in verbis*: “A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

julgada.⁴² No mesmo sentido José Frederico Marques pontua que a coisa julgada material tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta.

O que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a causa de pedir. Portanto, a limitação objetiva da coisa julgada está subordinada aos princípios que regem a identificação desses elementos objetivos.⁴³ Para Humberto Theodoro Júnior é na conjugação dos atos das partes e do juiz que se chega aos contornos objetivos da coisa julgada. São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir julgadas pelo Judiciário que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade.

Observa-se, nesse quadrante, que os elementos dispostos tanto no Recurso em MS nº 797 e do Acórdão nº 1.765/2003- TCU- Plenário, são os mesmos, a saber: pretensão (obter prestação de contas da OAB), sujeito ativo (TCU), sujeito passivo (OAB) e razão da exigência (natureza dos recursos arrecadados e natureza jurídica da OAB). No Recurso Extraordinário nº 1.182.189/BA, reconhece-se a identidade dos elementos, no que o Tema de Repercussão Geral nº 1054 possui a seguinte dicção: “Controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União”. Outrossim, a proposta de tese, pelo Ministro Relator, a ser fixada quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.182.189/BA foi a seguinte: “A Ordem dos Advogados do Brasil está submetida à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União”.

Denota-se, à toda evidência, que, demonstrada a identidade de sujeitos, objeto e pretensão, o que se propugna não é outro panorama senão o de tratar da mesma questão já exaustivamente decidida, em uma afronta à coisa julgada. Isso porque, de 1951, passando por 2003, até os dias hodiernos, não houve mudança nos pressupostos fático-jurídicos que autorizassem uma revisão de entendimento. Sendo esse o contexto, resta claro que essas questões já se tornaram inquestionáveis,

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre coisa julgada*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, P. 53.

⁴³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1975, P. 237.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

porquanto acobertadas pelo manto da coisa julgada, no que não se pode, nessa quadra, rever a questão de forma abrupta, sem fator legitimante apto para a consecução desse desiderato.

II.I DA *RATIO DECIDENDI* DA ADI 3026.

Conforme exposto em tópico preambular do presente estudo, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026, sob a relatoria do Ministro Eros Grau, sedimentou entendimento no sentido de que, 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. Naquele caso, é bem verdade, tratava-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade para fins de questionar a constitucionalidade do art. 79, *caput*, e §1º, da Lei nº 8.906/94, requerendo-se a aplicação da técnica de interpretação conforme a *Lex Mater* para firmar entendimento de que o provimento dos cargos da OAB deveria ocorrer por meio de concurso público. Ao final do julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a OAB não ostenta natureza autárquica, no que seria incabível a exigência de concurso público para a admissão de contratados.

No entanto, em que pese objeto da ADI 3026 não ter sido exatamente a possibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil estar submetida à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, a *ratio decidendi* do referido julgado evidencia que a OAB não é uma entidade da Administração Indireta, no que não se sujeita a controle hierárquico ou ministerial da Administração Pública.⁴⁴

⁴⁴ “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 congênero 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” (**voto do Ministro Eros Grau**). “Noutras palavras, o caráter público do serviço se reconhece, é a função da Ordem, está ligado menos à necessidade de submetê-la a regras próprias da Administração Pública, seja direta ou indireta, do que ao fato de ela não poder sofrer

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Se uma das *ratio decidendi* do julgamento da ADI 3026 não fosse essa, o Ministro Luiz Edson Fachin não teria, por ocasião do julgamento do RE nº 405267, que tratava da aplicação da imunidade tributária (art. 150, VI, a, da CF/88) às Caixas de Assistência dos Advogados, reafirmado o entendimento versado na referida ADI, nos seguintes termos: *“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”.*

Noutro vértice, a Ministra Rosa Weber, nos autos do Mandado de Segurança nº 36.376/DF, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil contra o Acórdão nº 2573/2018 oriundo do TCU, assentou o seguinte entendimento: “Ocorre que neste momento processual, referente ao exame meramente perfunctório da controvérsia, sobressalta o fato de que a conclusão do TCU contraria linhas basilares de entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte. *No julgamento da ADI nº 3026/DF, firmou-se entendimento indicativo de que “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”.*

Em tempo, não se pode olvidar que no controle de constitucionalidade a causa de pedir é aberta,⁴⁵ no que os limites do litígio abrangem as linhas que vão além da

nenhuma interferência no desempenho de suas funções com a nota típica da independência. Ou seja, esse caráter público tem um sentido tuitivo, não tem alcance de tentar equipará-la à natureza orgânica da Administração Pública para efeito de atrair para sua administração interna as mesmas regras da Administração Pública em geral” (**voto do Ministro Cezar Peluso**).

⁴⁵ EMENTA Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Decisão agravada mediante a qual se negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade em virtude de nela se impugnar norma já declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 3.378/DF. Tentativa de modificação do entendimento então firmado sob nova fundamentação. Causa de pedir aberta da ação direta de inconstitucionalidade. Agravo regimental ao qual se nega provimento. 1. No julgamento da ADI nº 3.378/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, que tinha por objeto os §§ 1º, 2º e 3º do art. 36 da Lei Federal nº 9.985/2000, o STF julgou procedente a ação tão somente no tocante ao § 1º do art. 36 do mencionado diploma legal, de modo que, dado o caráter dúblice das ações de controle concentrado, restou declarada a conformidade dos demais dispositivos legais com a Constituição Federal de 1988, dentre eles, o art. 36, § 3º, novamente impugnado na presente ação. 2. **A causa de pedir, no controle objetivo de normas, é aberta, o que significa dizer que a adequação ou não de determinado texto**

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

petição inicial, para fins de analisar a compatibilidade da norma com a Carta Magna, eis que, de acordo com lição do Ministro Eros Grau, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços, no que a interpretação de qualquer texto de direito impõe sempre ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele até a Constituição.⁴⁶

Vale dizer, ao julgar a ADI 3026, o Supremo Tribunal Federal não limitou-se ao objeto da fiscalização abstrata de constitucionalidade, no que abrangeu todas as possibilidades de aferição da norma com a Constituição, estando, no ponto, o entendimento no sentido de que a OAB não é uma entidade da Administração Direta da União, nem muito menos uma autarquia. Desse modo, ressumbre iniludível que apesar de o objeto da ADI 3026 não ter sido exatamente a possibilidade da Ordem dos Advogados do Brasil estar submetida à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, a *ratio decidendi* da decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à temática versada no Recurso Extraordinário nº 1.182.189/BA, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio.

III. DA MOLDURA FÁTICO-JURÍDICA QUE ENQUADRA O RE 1.182.189/BA.

Intentou-se, na origem (Processo nº 200733000086740), pela via de Ação Civil Pública, compelir a Ordem dos Advogados do Brasil a prestar contas perante o Tribunal de Contas da União. Julgado improcedente o pedido, o Ministério Público Federal, em sede de Apelação, aduziu que o objeto de da ADI 3026 não discutia a

normativo é realizada em cotejo com todo o ordenamento constitucional vigente ao tempo da edição do dispositivo legal. Assim, caso declarada a constitucionalidade de uma norma, consideram-se repelidos todos e quaisquer fundamentos no sentido da sua inconstitucionalidade, e vice-versa. 3. É de se negar seguimento à ação direta de inconstitucionalidade em que se impugne norma cuja constitucionalidade já tiver sido reconhecida pela Corte sem que haja quaisquer alterações fáticas ou jurídicas relevantes que justifiquem a rediscussão de tema já pacificado. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ADI 5180 AgR, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO Dje-116 DIVULG 12-06-2018 PUBLIC 13-06-2018) (STF - AgR ADI: 5180 DF - DISTRITO FEDERAL 0000177-84.2014.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 27/04/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dje-116 13-06-2018)

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo de juízes: (a interpretação/aplicação do direito e os seus princípios).* 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. P.86.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

obrigatoriedade de prestação de contas da OAB junto ao TCU e que a OAB estaria obrigada a prestar contas, já que arrecada dinheiro público, na medida em que as contribuições relacionadas pelo art. 149 da Constituição Federal de 1988 têm expressa natureza tributária.

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2007.33.00.8674-0/BA, o então Desembargador Federal, o Senhor Reynaldo Fonseca, entendeu que não se poderia ignorar a *ratio decidendi* do julgamento proferido na ADI 3026, como forma da racionalidade e segurança do sistema normativo próprio. Assentou-se, na oportunidade, que o entendimento perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a OAB não é uma entidade da Administração Indireta, não estando, por isso mesmo, sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes vinculadas, tem sido adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região.⁴⁷ O acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL PRESTAÇÃO DE CONTAS AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DESCABIMENTO. ADIN 3.026-4/DF. 1. Não se pode ignorar a *ratio decidendi* do julgamento proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADIN 3 026-4/DF), como forma de promoção da racionalidade e segurança do sistema normativo pátrio. 2. A Ordem dos Advogados do Brasil não está sujeita à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União - TCU (Precedentes do STF, STJ e TRF/5ª Região), pois a natureza das suas finalidades institucionais exige que a sua gestão seja isenta da ingerência do Poder Público. 3. Apelação não provida. Sentença mantida.

⁴⁷ “Não obstante essa natureza pública, a Ordem não apresenta qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração, sendo justamente essa independência que lhe autoriza a colocar-se em conflito com o Poder Público (RESp 552299/SC, Rel Min. Luiz Fux, DJ 16/08/2004. P. 137). E ainda: Como é cediço, a OAB é uma autarquia *sui generis*, com atividade que constitui serviço público dotado de personalidade mista, materializando-se como instituição corporativa de direito privado quando promove, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e disciplina dos advogados; por outro lado, apresenta caráter eminentemente público quando atua com o intuito de defender a Constituição, a ordem jurídica, os direitos humanos e a justiça social, pugnando pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. Não obstante essa natureza pública, tal entidade não apresenta qualquer vínculo funcional ou hierárquico com a Administração, sendo justamente essa independência que lhe autoriza a colocar-se em conflito com o Poder Público (STJ, Primeira Turma, RESP nº 552299/SC, Rei. Min. Luiz Fux, DJ 16/08/2004)”. (APELREEX nº 26996, rel. Desembargador Federal Manoel Erhardt, DJE de 09/05/2013, pág. 195).

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal, que foram posteriormente rejeitados, o *Parquet* interpôs Recurso Extraordinário, apontando transgressão ao artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988. Asseverou-se, nas razões recursais que a obrigação de prestar contas mostra-se imperativa a qualquer pessoa, natural ou jurídica, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores, quer sejam públicos, quer sejam de responsabilidade da União, ou em nome desta, assuma obrigação pecuniária. Ponderou-se, demais disso, que arrecadando e gerindo recursos públicos, a entidade está submetida a controle do TCU.

Em 26 (vinte e seis) de setembro de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu possuir repercussão geral a controvérsia relativa ao dever, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Como se vê, a matéria de fundo tem o cerne de revisitar o que já fora julgado e acobertado pelo manto da coisa julgada, além de tentar, por vias hermenêuticas transversas, perfilhar uma tese fugidia às argumentações sedimentadas ao longo dos anos, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Tribunal de Contas da União e pelos sodalícios em *terrae brasiliis*.

DA CONCLUSÃO

Pelo fio de tudo que foi exposto, exala-se como conclusão que o Conselho Federal e os Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil não estão submetidos à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, especificamente em respeito à impossibilidade de subsunção, pela quebra ao princípio da legalidade, pela proteção à coisa julgada nos autos do Recurso em MS nº 797, do Acórdão nº 1.765/2003- TCU- Plenário e da ADI 3026; à segurança jurídica, ao regime democrático e à imposição da aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

Walber de Moura Agra
Livre Docente pela Universidade de São Paulo.
Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Faculdade de Direito do Recife.
Advogado.

Brasília (DF), 6 de outubro de 2020.

É o meu parecer.



WALBER DE MOURA AGRA

Livre Docente pela USP
Professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE)
Procurador do Estado de Pernambuco
Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem
dos Advogados do Brasil
Advogado