



ANO 6 - NÚMERO 2 - MAIO - AGOSTO 2021

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR





REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

ANO 6 - NÚMERO 2 - MAIO - AGOSTO 2021



ESA
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA

EXPEDIENTE

Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR.

A Revista Jurídica da Escola Superior da advocacia do Paraná tem por objetivo publicar a produção intelectual doutrinária de interesse prático do Advogado.

Periodicidade: quadrimestral.

Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Paraná Diretoria OAB/PR – Gestão 2019-2021

Cássio Lisandro Telles (Presidente)
Marilena Indira Winter (Vice-Presidente)
Rodrigo Sanchez Rios (Secretária-Geral)
Christhyanne Regina Bortolotto (Secretário-Geral Adjunto)
Henrique Gaede (Tesoureiro)
Alexandre Salomão (Diretor de Prerrogativas)

Escola Superior de Advocacia

Adriana D'Avila Oliveira (Coordenadora Geral da ESA-PR)
Marília Pedroso Xavier (Coord. de Direito Privado da ESA-PR)
Francisco Zardo (Coordenador de Direito Público da ESA-PR)

Coordenadores Científicos

Adriana D'Avila Oliveira
William Soares Pugliese

Conselho Editorial

Alexandre Barbosa da Silva
Carlos Eduardo Manfredini Hapner
Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk
Claudionor Siqueira Benite
Daniel Ferreira
Eduardo Talamini
Fernando Previdi Motta
Graciela I. Marins

João Bosco Lee
José Affonso Dallegrave Neto
Leila Cuellar
Lucia Maria Beloni Correa Dias
Marilena I. Winter
Rafael Munhoz de Mello
Rogéria Dotti
Sandro Gilbert Martins

Editor:

Maria Isabel M. Ritzmann (Bebel Ritzmann)

Produção: NCA - COMUNICAÇÃO E EDITORA LTDA.

CNPJ: 13.226.606/0001-91

Conheça nossa editora: www.livroslegais.com.br

Selo editorial

**Projeto Gráfico e edição:** Roberto Costa Guiraud – Designer**Revisão:** Próprios autores**Diagramação:** Equipe Edição por Demanda

Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná Escola Superior de Advocacia

Endereço postal:

Rua Brasilino Moura, 253 – Ahú

80.540-340 – Curitiba - Paraná

**Distribuição:** GRATUITA

Catalogação da Publicação na Fonte
Bibliotecária: Rosilaine Ap. Pereira CRB-9/1448
Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná

R454 Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR / Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná, Escola Superior de Advocacia; Coordenação científica por Adriana D'Ávila Oliveira, William Soares Pugliese -- v.6, n.2 (maio/ago. 2021) -- Curitiba: OABPR, 2021. 310 p. ; 15 cm x 20,5 cm.

Quadrimestral

Endereço eletrônico <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>

ISSN: 2525-6483 - (Versão eletrônica)

ISSN: 2525-5770 – (Versão impressa)

v.1, n.1 (2016)

1. Direito. 2. Artigos jurídicos. I. Escola Superior de Advocacia (ESA). II. Ordem dos Advogados do Brasil. Seção do Paraná. III. Oliveira, Adriana D'Ávila. IV. Pugliese, William Soares.

CDD: 340.05

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito 340

2. Direito – periódicos 340.05

ÍNDICE

PALAVRA DO PRESIDENTE _ _ _ _ _	7
APRESENTAÇÃO _ _ _ _ _	9
DOCTRINA _ _ _ _ _	11
ASPECTOS SOBRE O LICENCIAMENTO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA Alaim Giovani Fortes Stefanello e João Marcelo Santos Loyola de Araújo _ _ _ _ _	13
A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE E A REABILITAÇÃO ADMINISTRATIVA Ana Claudia Finger e Kleber Cazzaro _ _ _ _ _	39
QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUANTO À INCOMPATIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA: OS OCUPANTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO E GERÊNCIA EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS Ana Paula Pavelski e Christhyanne Regina Bortolotto _ _ _ _ _	61
A OAB NA DEFESA DA BOA APLICAÇÃO DAS NORMAS (Art. 44 da Lei 8.906/94) E NA PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS Antônio Carlos Efing e Karina da Silva Magatão _ _ _ _ _	79
COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E PROCESSOS PERANTE A OAB Cristina Bichels Leitão e Carina Lamas Roncato _ _ _ _ _	111
O CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA Gustavo Teixeira Villatore _ _ _ _ _	135

DIÁLOGOS ENTRE O PROCESSO PENAL E O PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL	
Jorge Sebastião Filho _ _ _ _ _	149
IDONEIDADE MORAL PARA INSCRIÇÃO - COMPETÊNCIA, PROCEDIMENTO E REQUISITOS NO ESTATUTO DA OAB	
Luiz Fernando Casagrande Pereira _ _ _ _ _	203
PRERROGATIVAS DAS MULHERES ADVOGADAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NO SISTEMA DE JUSTIÇA	
Marilena Indira Winter _ _ _ _ _	227
INIDONEIDADE NAS HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES: A PARADIGMÁTICA SÚMULA 09 (CFOAB)	
Ana Carla Harmatiuk Matos e Liliane Maria Busato Batista _ _ _ _ _	245
OS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O PROVIMENTO 200/2020 OS ARTIGOS 47-A E 58-A DO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ART. 36 DOS ESTATUTOS DA OAB	
Renato Cardoso de Almeida Andrade _ _ _ _ _	263
PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO E ASPECTOS LEGAIS DA LEI 13.869/19: DA LIMITAÇÃO AO ABUSO À GARANTIA DO DIREITO DE DEFESA	
Rodrigo Sánchez Rios e Allian Djeyce Rodrigues Machado _ _ _ _ _	273
DESAGRAVO PÚBLICO: ATO POLÍTICO- INSTITUCIONAL CONTRA ARBITRARIEDADES	
Sabrina Maria Fadel Becue _ _ _ _ _	299

PALAVRA DO PRESIDENTE

Firme em seu propósito de estimular a difusão de estudos e do conhecimento jurídico, a revista da ESA há seis anos vem sendo publicada, e, agora, chega ao número 2, deste sexto ano, com dedicação principal ao estudo de relevantes questões que envolvem a regulamentação da atividade advocatícia.

Há um conjunto de normas, que tem matriz na lei 8.906/94, composto por provimentos e resoluções, que regulamentam questões que vão desde os requisitos de ingresso na instituição, passando pelo seu exercício, e atingindo as garantias do pleno e livre exercício profissional, por meio da proteção às prerrogativas. Há também o papel institucional desempenhado pela OAB, previsto no artigo 44, I, da lei 8.906/94, que a coloca como uma instituição de classe que vai além das incumbências de controle do exercício profissional, transformando-a em organização da sociedade civil responsável pela proteção dos valores fundamentais, da Constituição, da legalidade, dos direitos humanos e da democracia.

Esse volume contém vários artigos escritos por conselheiros e conselheiras seccionais, e por membros do TED, que procuram abordar essa multidimensão da OAB.

Temas como licenciamento da profissão, averiguação de idoneidade moral (um dos requisitos para o exercício da profissão), independência da esfera administrativa e penal, na análise da idoneidade, utilização do processo penal como fonte subsidiária do processo administrativo disciplinar na OAB, possibilidade de termo de ajustamento de conduta para as infrações apenadas com censura, desagravo, contrato de associação e atuação da

OAB, na sua missão institucional de defensora dos direitos coletivos, são abordados nos trabalhos publicados nesta revista.

Sem dúvida, uma excelente contribuição que servirá para orientar novos e antigos advogados inscritos na nossa instituição, sobre temas que envolvem nossas relações profissionais com a OAB e com nossos colegas.

A revista da ESA é um caso de sucesso, como sempre temos afirmado, reconhecida na academia, na classe e nas demais seccionais como fonte rotineira de consultas. Aqui entregamos, portanto, mais um conjunto de ótimos estudos para essa finalidade.

Boa leitura.

Cássio Lisandro Telles
Presidente da OAB Paraná

APRESENTAÇÃO

Nesta edição, construída com um viés temático e voltado para o estudo e a interpretação da legislação que regula a atividade da advocacia, temos um conjunto de artigos formatados todos com temas de alta relevância doutrinária e com referentes que estão sendo tratados na atualidade, tanto dentro da Câmara de Seleção, quanto do Conselho Pleno da OAB PR.

E justamente no mês do advogado, aliás o último que está sendo comemorado sob o comando da atual gestão da OAB PR, que o trabalho diferenciado que foi construído por todos os autores dos artigos que formam esta edição serve também como homenagem para toda a advocacia paranaense.

Assim, fica a indicação para que o conjunto dos artigos seja apreciado e receba às críticas construtivas que merece.

Por fim, é fundamental registrar o agradecimento e a confiança da direção da ESA e da coordenação da Revista Jurídica por terem permitido a construção desta edição da forma singular como ela foi produzida.

Em última análise, o trabalho conjunto que se apresenta traduz a grandiosidade com que a OAB PR e a ESA se preocupam com a qualidade técnica, cada vez maior, da advocacia paranaense e dos profissionais do direito que se dedicam diuturnamente a pesquisar, interpretar e escrever sobre temáticas específicas envolvendo a legislação que regula a advocacia brasileira.

Ponta Grossa, agosto de 2021.

Adriana D'Avila Oliveira
William Soares Pugliese



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR



DOCTRINA



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

ASPECTOS SOBRE O LICENCIAMENTO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA

Alaim Giovani Fortes Stefanello¹

João Marcelo Santos Loyola de Araújo²

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a análise do instituto jurídico do licenciamento do exercício profissional, previsto no artigo 12 da Lei n. 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB).

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento do exercício profissional. Artigo 12 da Lei n. 8.906/1994. Hipóteses de cabimento. Regulamentação.

-
- 1 Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Conselheiro Estadual da OAB/PR. Advogado OAB PR n. 49.548.
 - 2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Advogado Instrutor da Câmara de Seleção da OAB/PR. **Advogado OAB PR n. 59.338.**

1. INTRODUÇÃO

O advogado regulamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ao longo de sua trajetória profissional, está sujeito a experimentar situações que ensejam a necessidade de, temporariamente, se afastar da advocacia, seja por motivos de ordem pessoal, funcional ou de saúde.

O Estatuto da Advocacia e da OAB permite fazê-lo e a medida administrativa que atende à essa finalidade é o licenciamento do exercício profissional.

Rotineiramente aportam na OAB-PR requerimentos de licença, que em razão de sua natureza demandam celeridade e retida análise pela Comissão de Seleção. Ao se desincumbir de seu mister, deve o órgão colegiado buscar uniformidade e isonomia nas decisões que profere, sob pena de propiciar disparidades indesejadas nas soluções encontradas envolvendo casos semelhantes.

É nessa conjuntura que edificou-se intenso e profícuo debate na esfera da Câmara de Seleção da OABPR, resultando na decisão do órgão colegiado pela necessidade de regulamentação interna da matéria, a ser aplicada a todos os requerimentos de licenciamento articulados por advogados inscritos neste Conselho Seccional.

O presente trabalho se propõe a expor, principalmente, o tema do licenciamento a pedido, quando apresentado por motivação de ordem pessoal, sem deixar de analisar também as demais hipóteses legais que autorizam a concessão da medida.

O primeiro segmento trata das elementares diferenças entre os institutos da suspensão e do licenciamento do exercício profissional, dado o habitual emprego equivocado dos termos respectivos.

A segunda parte, subdividida em três tópicos, aborda de modo direto os três tipos de licença previstos na legislação pertinente, com a especificação das regras procedimentais de cada uma delas. Traceja a linha temporal no desenvolvimento das normativas da OAB/PR referentes ao licenciamento solicitado com fulcro no artigo 12, inciso I, do Estatuto.

O terceiro recorte do trabalho discorre sobre questões atinentes à posição financeira do advogado perante os cofres da Instituição, enquanto licenciado.

Por último, na quarta divisão do artigo, são expostos aspectos gerais, inerentes à todas as hipóteses de licenciamento, notadamente no que diz respeito às consequências decorrentes da prática da advocacia durante o período de afastamento e sobre a reativação da inscrição.

2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE SUSPENSÃO E LICENCIAMENTO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

A inscrição no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil presume-se de caráter definitivo.

Salvo se houver alguma causa interruptiva de sua vigência, o registro profissional outorgado ao bacharel em Direito possui prazo indeterminado de validade. As causas que determinam sua interrupção são duas: a suspensão e o licenciamento do exercício profissional.

Ambas as medidas administrativas estão previstas na Lei Federal n. 8.906³, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia

3 BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm >. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

e da OAB, e que está em vigor no ordenamento jurídico pátrio desde 04 de julho de 1994.

A lei de regência insere a suspensão e o licenciamento em capítulos distintos. A primeira, no capítulo III, referente à inscrição, enquanto que a segunda medida está disposta no capítulo IX, que trata das infrações e sanções disciplinares.

Percebe-se, de início, que embora sejam causas interruptivas da vigência da inscrição, a suspensão e o licenciamento possuem *natureza jurídica* diversa.

A suspensão é *pena disciplinar*, aplicável quando o advogado pratica determinadas condutas vedadas pela legislação que regula o exercício profissional da advocacia. Constatada e comprovada a ocorrência de alguma das violações éticas definidas nos incisos XVII a XXV do artigo 34 da Lei, ou se reincidente em infração disciplinar, a aplicação de pena disciplinar de suspensão é medida que se impõe, conforme define a regra do artigo 37 do sobredito diploma legal.

Sancionado o advogado em processo ético-disciplinar movido pelo Tribunal de Ética e Disciplina, lhe é acarretada a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização específicos. Se a suspensão decorrer da recusa injustificada de prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele, a suspensão perdurará até que satisfaça integralmente a dívida, ao passo que se a pena aplicada deriva da incidência em erros reiterados que evidenciem a inépcia profissional, a sanção persistirá até que preste nova prova de habilitação.

Tem-se, por conseguinte, que incorrer em qualquer uma dessas práticas infracionais e se confirmada a culpabilidade do profissional, como consequência é *momentaneamente*

interrompida a vigência de sua inscrição, com as respectivas anotações em seu prontuário e mediante a disponibilização da informação na página de consulta pública mantida pelo Cadastro Nacional dos Advogados.

De outra parte, a interrupção do *status* de inscrição ativa também se dá quando diante de hipótese de licenciamento do exercício profissional, conforme antecipadamente mencionado.

Ao adentrar na análise deste específico instituto jurídico, de saída, é indispensável rechaçar costumeira confusão terminológica em relação ao instituto da suspensão. Isso porque o advogado licenciado não está suspenso. Licenciamento e suspensão não são sinônimos. A suspensão é medida compulsória, de ordem disciplinar, e que portanto tem como pressuposto a ocorrência de desvio ético. Em oposição a isso, o licenciamento nunca estará relacionado à conduta infracional por aquele que pretende ostentar a condição de licenciado. Conquanto possa ser determinado compulsoriamente, como adiante se verá, via de regra é implementado por ato voluntário do inscrito. Ainda que sua efetivação possa ser determinada de ofício, não tem por origem conduta antiética, sequer irregular.

3. O LICENCIAMENTO DO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

O licenciamento, tal como a suspensão, implica na interrupção provisória da manutenção da inscrição e as hipóteses que possibilitam sua concessão estão descritas em rol exaustivo, inserido no artigo 12 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Define o enunciado legal que é direito do profissional solicitar o afastamento temporário da advocacia em face de três distintas situações: i) quando assim o requerer, por motivo

justificado; ii) ao passar a exercer, em caráter temporário, atividade considerada incompatível com a advocacia; e iii) quando sofrer doença mental considerada curável.

3.1 Licenciamento a pedido, por motivo justificado

A primeira das hipóteses que confere ao inscrito a oportunidade de se dirigir até a Secretaria Administrativa da OAB e pleitear o licenciamento do exercício profissional, a despeito de, teoricamente, ser a mais singela forma de requerê-lo e a menos exigente em termos documentais, revela-se, em verdade, ser o procedimento que demanda maior prudência na análise pela autoridade administrativa responsável pela decisão.

É que a trivial leitura do dispositivo legal, dissociada da análise da regulamentação inserida no Regimento Interno da OAB-PR e em outros atos normativos, pode resultar em antecipada e equivocada conclusão de que qualquer motivo apresentado pelo inscrito resultará no deferimento do pedido de licença. Isto posto, é pertinente, para o fim a que se destina o presente artigo, traçar sucinto histórico da tratativa dada ao tema, ao menos no âmbito da Seção Paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil.

Aspirando conferir balizamento aos responsáveis pela análise dos pedidos administrativos dessa natureza, que na OAB-PR está sob encargo dos Conselheiros Estaduais vinculados à Câmara de Seleção, deliberou o Conselho Pleno por inserir no Regimento Interno da OAB-PR⁴ o comando do artigo 138, caput, que alude especificamente aos requisitos de admissibilidade do pleito, ao estabelecer a necessidade de que o postulante,

4 OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/regimento-interno-20191004.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

no ato do protocolo, esteja com a inscrição em situação ativa e quite com a Tesouraria da Seccional. Além desses requisitos de admissibilidade, outro está previsto no artigo 137, § 1º, da norma regimental, que institui a obrigatoriedade do recolhimento do respectivo preço de serviço. O Regimento Interno da OAB-PR, aprovado pelo Conselho Pleno em sessão realizada em 06/02/2009, fixou adicionalmente outra regra específica sobre o tema, não de natureza procedimental, *mas que diz respeito ao mérito* do requerimento, quando disciplinou no sentido de que se o requerimento for fundamentado no artigo 12, inciso I, do Estatuto, deve ser justificado, apresentando o postulante *motivo relevante* que impeça o exercício da advocacia durante o *período indicado e instruído com documentos*.

Estipulados os parâmetros na legislação interna da OAB-PR, tanto no que diz respeito aos requisitos de processamento, como quanto ao direito material, buscou-se dessa forma auxiliar a autoridade administrativa competente na tomada de decisão. Sucede, porém, que com o vertiginoso avanço e modificação da realidade social, econômica e profissional, ao longo do tempo as mais variadas justificativas foram sendo declinadas pelos inscritos para fins de fundamentação do pedido de licenciamento com base no artigo 12, inciso I, da Lei, o que por certo dificultou demasiadamente o trabalho dos Conselheiros da Câmara de Seleção, ao terem de analisar os pleitos veiculados e definirem, afinal, o que poderia efetivamente ser considerado, pela OAB, como *motivo relevante* a permitir a interrupção temporária de uma inscrição.

Dentro do órgão colegiado Câmara de Seleção da OAB PR, que em sua atual composição é subdividida por 10 Comissões de Seleção, cada qual integrada por três membros, dissensões se mostraram frequentes, embora natural e absolutamente salutar em se tratando de um órgão de natureza colegiada, em que a pluralidade de opiniões, respeitadas as divergências, enriquece sobremaneira os debates travados.

Utilizando-se da prerrogativa que lhe é inerente ao cargo, a Presidência da Câmara de Seleção da OAB-PR democraticamente submeteu a matéria, em abstrato, ao Plenário do Órgão, com a proposição de encaminhamento no sentido de constituir Comissão Especial, composta por membros do referido órgão deliberativo, com a atribuição de elaborar esboço de ato normativo na modalidade de Súmula, que contemplasse as situações que a Câmara de Seleção, em conjunto, reputasse como *justificadas e relevantes* a ensejar a permissão da licença e os respectivos limites temporais atribuídos a cada uma delas.

O encargo foi assumido por Conselheiros vinculados às Comissões que tratam especificamente de inscrição, que em conjunto de esforços finalizaram proposta de redação com a inclusão de cinco motivos justificadores da autorização de licença. O primeiro deles, é a realização de programa de pós-graduação *stricto sensu* ou vínculo de docência em qualquer área do Direito, no país ou no exterior, quando houver previsão expressa de dedicação exclusiva. O segundo motivo decorre do acometimento de problema de saúde considerado grave, pelo advogado requerente ou seus descendentes, que o impeça de exercer a advocacia temporariamente, pelo prazo indicado no laudo ou atestado médico, com a possibilidade de ser prorrogado até que persistam as condições clínicas. A terceira motivação autorizadora do afastamento é o nascimento de filhos. À mãe é observado o limite de até 6 meses, a partir do nascimento, condicionado à apresentação de certidão de nascimento, prorrogável, a requerimento, mediante comprovada justificativa médica de que o recém-nascido necessite de cuidados especiais que impeçam a profissional de exercer a advocacia; e ao pai advogado, mediante comprovada justificativa médica de que o recém-nascido necessite de cuidados especiais que também impeçam o profissional de advogar. Cuidou a Súmula de possibilitar a mesma condição aos casos de adoção. O quarto e último motivo está vinculado à comprovação de outras situações que

impeçam o exercício profissional e que com ela tenham estreita ligação, mediante demonstração e desde que assinalado prazo determinado.

O ato normativo excluiu situações do conceito de motivo justificado, a saber: a realização de qualquer outro curso que não esteja enquadrado no primeiro motivo acima elencado; viagem ou mudança de endereço – *temporária ou definitiva* – seja no país ou no exterior, salvo nas hipóteses previstas acima; e a preparação ou estudos visando participação em concursos públicos ou privados.

A Súmula elaborada pela Comissão designada e debatida com os demais integrantes do colegiado foi aprovada por unanimidade de votos pela composição integral da Câmara de Seleção, na sessão realizada em 26/04/2019. O ato regulamentador interno da OAB-PR foi disponibilizado em 29/05/2019 na Edição n. 104 do Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil⁵ e vem, desde então, conferindo luzes aos Conselheiros da Câmara de Seleção ao analisarem e profereirem decisões que têm por objeto o licenciamento do exercício profissional.

Imperioso salientar, porém, que a Súmula aprovada, sem embargo da nomenclatura que lhe foi empregada quando de sua edição (que poderia pressupor ser de observância obrigatória), constitui, em verdade, um *parâmetro de orientação*, que não vincula forçosamente o Conselheiro Relator do pedido a decidir hermeticamente dentro daquelas hipóteses descritas no aludido ato normativo, isso porque ao compreender o julgador que, no caso que está sob exame, há elementos suficientes

5 Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/59766> >. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

de convencimento de que o motivo arguido pelo postulante efetivamente o impede de exercer provisoriamente a advocacia, ainda que fora das cláusulas da Súmula, lhe é facultado - pois detém prerrogativa para tanto -, deferir a medida, pelo prazo que reputar suficiente para a conclusão da atividade realizada pelo solicitante.

Os termos da Súmula habitualmente são observados, apesar disso, excepcionalmente flexibilizações são consentidas, a critério do Conselheiro que é designado para officiar no feito. Cite-se, como exemplo, advogados que foram admitidos em programas de Mestrado ou Doutorado no exterior, na área de Direito, mas que não estão sujeitos à cláusula de dedicação exclusiva, em razão de que, via de regra, inexistente norma restritiva dessa natureza em universidades estrangeiras, pelo que a aplicação literal do texto normativo poderia resultar na impossibilidade de cumprimento com a exigência feita pelo órgão de classe, e da qual não teria o requerente como dela se desincumbir. Cite-se também como exemplo, profissionais que se ausentaram do país, não para se dedicar a cursos de extensão acadêmica na área de Direito, mas em outros campos de conhecimento, e que, ao retornarem do exterior, inquestionavelmente terão adquirido amplo conhecimento técnico e científico, que resultará em inegável aprimoramento pessoal, acadêmico e profissional do advogado, agregando, via de consequência, melhora na prestação também dos serviços advocatícios. São vários os exemplos colacionados. Em razão disso, se tem interpretado que a Súmula encerra rol exemplificativo, que possibilita aplicação alargada das hipóteses nela previstas, desde que se verifique a existência de elementos que permitam concluir pela importância da atividade desenvolvida pelo postulante, e sobretudo se, ao fim e ao cabo, impactará positivamente em toda a sociedade.

Gladston Mamede, na obra “A Advocacia e a Ordem

dos Advogados do Brasil”, ao abordar a temática do licenciamento, alerta para a necessidade de que eventual decisão denegatória esteja devidamente fundamentada, com o indicativo expresso e claro das diretrizes que formaram o convencimento do Conselheiro ao indeferir o pedido, sob pena, inclusive, de o inscrito, se insatisfeito com a decisão, se valer da apreciação judicial da matéria. Defende o doutrinador, que o órgão responsável pela análise do requerimento de licenciamento detém o poder discricionário para avaliar o motivo declinado pelo peticionário, todavia, não lhe é autorizado, no exercício de sua atribuição, exceder o limite do senso comum sem compreender dificuldades materiais, psicológicas e econômicas que possam enfrentar os advogados. Diz Mamede que, no seu entender, dificuldades financeiras, a depender da gravidade, justificariam o pedido de licenciamento”⁶.

Por seu turno, Paulo Lôbo, opina no sentido de que dificuldades financeiras transitórias não constituem relevância a ensejar a concessão da medida⁷. Assim como há divergência sobre a matéria no ambiente doutrinário, eventualmente se verifica discordância entre membros da mesma Comissão de Seleção da OAB PR quanto ao mérito do pleito, hipótese em que o requerimento é submetido à apreciação do terceiro integrante do órgão colegiado para desempate, na forma estabelecida pelo artigo 134, § 2º, alínea, b, do Regimento Interno da OAB. Da decisão da Comissão de Seleção, se homologada pela Presidência, cabe recurso à Câmara de Seleção, caso haja insurgência do advogado quanto ao resultado proferido.

6 MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2011. p. 92.

7 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 134.

Independentemente da autonomia conferida aos Conselhos Seccionais para decidir sobre os pedidos de licenciamento diariamente recepcionados, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sede recursal, possui precedentes que evidenciam postura relativamente permissiva no sentido de acolher pleitos que, no entender daquela corte recursal, atendem aos requisitos mínimos para concessão da medida administrativa.

Na obra alusiva aos 25 anos do Estatuto da Advocacia e da OAB, publicada em 2019 pela OAB/PR sob o título “Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB – Prerrogativas, Seleção e Disciplina”⁸, Gustavo Teixeira Villatore colacionou no capítulo III, destinado ao tema inscrição, julgado da Primeira Câmara do Conselho Federal proferido no recurso n. 49.0000.2018.009837-5/PCA, para ilustrar o entendimento havido pela instância superior sobre a possibilidade de deferir o licenciamento à advogada que se dedicava à atividade profissional diversa da advocacia. Referiu-se ainda, à outras decisões proferidas no âmbito daquela jurisdição administrativa que acolheram a pretensão de advogados que, na origem, haviam obtido negativa do pleito.

Cristiana Helena Silveira Reis, ao assinar capítulo na obra intitulada “Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado”⁹, registrou que o licenciamento do exercício profissional, quando autorizado com fulcro no artigo 12, inciso I, do Estatuto, não retroage, mas produz efeitos a contar da data em que apresentado o protocolo respectivo. Assinalou que em não havendo, até

8 **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: prerrogativas, seleção e disciplina.** Giovanni Cássio Piovezan (org). – Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2019. p.182.

9 **Estatuto da Advocacia e da OAB comentado.** Organizado por Giovanni Cássio Piovezan, Gustavo Tuller Oliveira Freitas. – Curitiba: OABPR, 2015. p. 135.

a data do vencimento da medida, pedido de prorrogação pelo interessado, a inscrição é automaticamente reativada. Lecionou ainda, que o advogado licenciado, se porventura possuir inscrição suplementar ativa em outra congênera, será, por extensão, também licenciada, dada a natureza acessória que ostenta.

3.2 Licenciamento por incompatibilidade de cargo ou função

Examinado, quando menos em caráter abreviado, a licença requerida à luz do inciso I, do artigo 12, do EAOAB, prossegue-se ao estudo, também de forma sucinta, à segunda hipótese de licenciamento, que é aquela descrita no inciso II da Lei. Prescreve o artigo 12, inciso II, do Estatuto, que licencia-se o profissional que passar a exercer, *em caráter temporário*, atividade *incompatível* com o exercício da advocacia.

Para compreender acertadamente essa hipótese de licenciamento, se faz necessário recorrer ao que institui o sistema de incompatibilidades e impedimentos, também disciplinado pela Lei Federal 8.906/1994. Preceitua o artigo 27 da legislação analisada, que a incompatibilidade determina a *proibição total*, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Na sequência, o legislador ordinário alicerçou no artigo 28 quais são as atividades consideradas incompatíveis com a advocacia, e que portanto implicam na vedação total de exercê-la, *mesmo em causa própria*. São elas: chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais; membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como todos os que exercem função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; ocupantes de cargos ou funções de direção em

Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro; ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente à atividade policial de qualquer natureza; militares de qualquer natureza, na ativa; ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; e por último, ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Ao tempo em que a norma estatutária reconhece quais atividades profissionais implicam em incompatibilidade com o exercício da advocacia, também prevê regras de exceção. Aquele que exerce função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública e direta, desde que nele participe *na qualidade de titular ou suplente como representante da classe dos advogados*, tem afastada a aplicação da norma de incompatibilidade, todavia, fica impedido de exercer a advocacia perante o órgão em que atua, enquanto durar a investidura. É o que disciplina o artigo 8º, caput, e § 1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB¹⁰.

Igualmente não se insere na hipótese de incompatibilidade do artigo 28, inciso III, do EAOAB, os diretores que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a critério do Conselho Seccional competente da OAB, assim como a administração acadêmica diretamente vinculada ao

10 Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?LivroId=0000004095>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

magistério jurídico. Assim decidiu o legislador ao acrescentar o § 2º, ao referido dispositivo legal.

A terceira e última cláusula de exceção relaciona-se ao inciso IV do artigo 28, que tratou dos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário. Admite-se, em caráter excepcional, a obtenção e manutenção da inscrição dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, além dos Juízes Leigos vinculados ao Sistema do Juizado Especial. Conferiu-se a outorga por efeito de previsão contida no Código de Processo Civil e também nas Leis 9.099/1995¹¹ e 12.153/2009¹², que dispõem, respectivamente, sobre os Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

No que concerne à conjuntura legislativa e jurisprudencial inerente a esses auxiliares da justiça, que estão exonerados da decretação compulsória do licenciamento, editou a Câmara de Seleção da OAB/PR, durante a gestão 2016/2018, a Súmula n. 01/2018¹³, que conferiu tratamento próprio à matéria, pronunciando-se nos seguintes termos: “I. Os Juízes Leigos dos Juizados Especiais ficam impedidos de exercer a advocacia em todas as unidades dos Juizados Especiais da respectiva Comarca onde atuam, na forma do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.099/1995 e

11 BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

12 BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

13 OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: < <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/201801-cs-sumula.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

art. 6º da Resolução n. 174/2013 do Conselho Nacional de Justiça, assim como contra a Fazenda Pública a qual estão vinculados, por força do art. 30, inciso I, da Lei 8.906/1994. Aos Juízes Leigos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, aplica-se, além disso, o impedimento de atuar perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública de todo o território nacional, consoante texto do art. 15, § 2º, da Lei 12.153/2009. II. Os Conciliadores e Mediadores Judiciais ficam impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções, nos termos do artigo 167, § 5º do Código de Processo Civil, e contra a Fazenda Pública a qual estão vinculados, por força do artigo 30, inciso I, da Lei 8.906/1994”.

Ao advogado que é investido em algum cargo ou função classificado como incompatível, incumbe-lhe noticiar com a necessária brevidade ao Conselho Seccional em que se acha inscrito, de modo que o departamento responsável proceda à análise da forma de provimento no cargo, a partir do ato de nomeação ou do termo de posse. Em se tratando de cargo de provimento em comissão (exonerável *ad nutum*) ou de contratação por prazo determinado, o pleito de licenciamento, apoiado nesse específico dispositivo legal, admite deferimento, à exceção das hipóteses informadas, que ensejam exclusivamente o registro de impedimento. Nessas situações, o acolhimento da solicitação se dá em consequência do atendimento dos dois requisitos constantes do tipo legal, que é (i) passar a exercer atividade incompatível e (ii) prazo determinado.

Indique-se, como exemplo, os estágios de pós-graduação realizados no âmbito do Poder Judiciário ou do Ministério Público. O advogado aprovado em teste seletivo para contratação como estagiário dessas instituições faz jus à concessão do licenciamento do exercício profissional, com fulcro no artigo 12, inciso II, do EAOAB, pelo período de vigência da contratação.

Dito alhures, o licenciamento usualmente é concedido

por ato voluntário do advogado, quando formulado com assento no inciso I do artigo 12. Não obstante, nesta específica hipótese legal, do inciso II, caso o profissional não apresente em tempo hábil o pedido de licença à OAB, é dever do órgão de classe, ao ter conhecimento da situação de incompatibilidade, agir de ofício, e determinar compulsoriamente a medida, com efeitos retroativos à data do início da atividade e pelo tempo em que permanecer incompatibilizado.

Com relativa periodicidade aportam pedidos de licenciamento fundados no inciso II, formulados por profissionais que passaram a exercer cargo ou desempenhar função pública, mas que, à luz do artigo 28 do Estatuto da Advocacia e da OAB, não são reputados incompatíveis com a advocacia. Os pleitos, em situações como essas, não autorizam deferimento, isso pois o rol de incompatibilidades descrito no Estatuto é taxativo, pelo que não admite interpretação ampliativa. Isto é, para ser deferido pedido de licenciamento articulado no artigo 12, inciso II, é necessário que o Estatuto tenha definido aquela atividade como incompatível com a advocacia e que importa, por essa razão, na proibição de exercer a profissão conjuntamente com a atividade pública. Alude-se como exemplo, o cargo comissionado de Assistente Administrativo em Prefeitura Municipal. Mesmo na eventualidade de a Administração Pública local proibir os servidores que ocupam esse cargo de exercerem a advocacia enquanto a ele vinculados, para a OAB, em conformidade com o que dispõe a Lei Federal n. 8.906/1994, inexistente incompatibilidade com a advocacia, logo, incabível a concessão da licença nos moldes em que pretendido. Anota-se, em caso como esse, unicamente a restrição do artigo 30, inciso I, do EAOAB, comum a todo servidor público, a quem é vedado a advocacia contra a Fazenda Pública que o remunera, nada mais.

Por outro lado, se constatado que o cargo público incompatível em que investido o advogado é exercido em caráter

definitivo, leia-se, decorrente de aprovação em concurso público, a medida administrativa a ser decretada é o cancelamento do registro profissional, com suporte no artigo 11, inciso IV, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

À vista disso, deduz-se que a diferença entre o licenciamento do exercício profissional e o cancelamento da inscrição é a *transitoriedade* da atividade incompatível. Há de ser temporária para ser aprovada a licença, enquanto que se efetiva, ou presumidamente efetiva, o cancelamento é implementado.

Com relação a esse ponto específico, não há se falar na possibilidade de concessão de licença ao servidor público *estatutário* ocupante de cargo incompatível, ainda que esteja no período de estágio probatório, isso pelo motivo de que, malgrado estar seu desempenho pendente de avaliação dos requisitos de confirmação no período de prova, sem ter alcançado ainda a estabilidade, sua nomeação desde a posse é efetiva, e por isso, nesse caso, a inscrição deve ser cancelada.

Digno de apontamento, ainda sobre o tema licenciamento por incompatibilidade, é a Súmula n. 03/2020 da Câmara de Seleção da OAB PR, aprovada em 23/09/2020, e que dispôs especificamente sobre a incompatibilidade do gerente de instituição financeira com a advocacia, ao estabelecer a impossibilidade de concessão da inscrição a esse profissional, independentemente do nível gerencial, bem assim a vedação de, caso seja advogado e se for alçado à função ou cargo dessa natureza, obter a licença dos quadros da Ordem, salvo se comprovadamente passar a exercer a título temporário, como por exemplo, por ocasião de substituição em razão de férias do gerente titular ou de designação com termo pré-fixado.¹⁴

14 Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponí-

3.3 Licenciamento por doença mental considerada curável

Por derradeiro, assegura a Lei 8.906, a alternativa de o profissional se ver licenciado com amparo no inciso III do artigo 12, que é a hipótese remanescente destinada àquele que sofre de doença mental curável.

Hodiernamente, o Brasil figura como o país com mais deprimidos da América Latina. Cerca de 5,8% de sua população convive com a doença, de acordo com informações previamente divulgadas pela Organização Mundial da Saúde. O alarmante dado é corroborado por recente pesquisa publicada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que indica 16,3 milhões de pessoas com mais de 18 anos acometidas por quadro clínico depressivo¹⁵.

A acelerada ampliação no quadro de diagnósticos de transtornos ou doenças mentais na sociedade em geral, notadamente após a chegada e sedimentação do cenário pandêmico decorrente da disseminação da COVID-19 no país, que lamentavelmente até o momento em que finalizada a elaboração deste artigo já ceifou 472.629 vidas, incontestavelmente deflagrou processos de depressão e ansiedade em muitos profissionais da advocacia, que como último recurso optaram por recorrer ao pedido de licenciamento apoiado nessa hipótese legal, sem prejuízo do acionamento da Caixa de Assistência dos Advogados

vel em: < <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/264565>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

15 Revista Veja Rio. **IBGE: crescimento da depressão é realidade no Brasil**. Disponível em: < <https://vejario.abril.com.br/blog/manual-de-sobrevivencia-no-seculo-21/ibge-crescimento-depressao-brasil/>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

em busca do auxílio de subsistência alimentar, de auxílios estatutários e de médicos conveniados que lhe pudessem prestar assistência nesse período absolutamente desafiador.

4. REFLEXOS FINANCEIROS DA CONCESSÃO DO LICENCIAMENTO

O Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao apreciar o tema da proposição n. 2010.19.03171-01/COP, decidiu, na sessão ordinária realizada em 17/09/2012, editar a Súmula n. 03/2012¹⁶, que contemplou no item II a orientação de que o advogado regularmente licenciado do exercício profissional não está sujeito ao pagamento das anuidades, sendo, contudo, obrigatória sua manifestação expressa de opção nesse sentido, presumindo-se, com a ausência de requerimento correspondente, que pretende fazer jus aos benefícios proporcionados pela OAB, com a manutenção da obrigatoriedade do respectivo recolhimento. O documento se encontra publicado na página 124 da Seção 1 do Diário Oficial da União de 09/10/2012.

Nada obstante, a OAB/PR ao aferir quantitativamente o número de advogados que ao se licenciarem optavam por dar continuidade no recolhimento de anuidades, certificou ser número ínfimo, motivo pelo qual, dentro de sua competência operacional local, inverteu o questionamento constante do formulário de licenciamento, para indagar qual profissional planejara efetivamente continuar arcando com o valor cobrado à título de anuidades, e com isso, manter-se usuário dos serviços e

16 Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-032012COP.pdf>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

benefícios oferecidos pela CAA e pela OAB/PR, presumindo-se que a ausência de manifestação nesse sentido, indica a opção pela não fruição das benesses oferecidas pelo órgãos de apoio da Instituição.

5. ASPECTOS GERAIS

De qualquer forma, sendo o advogado licenciado não-usuário ou licenciado-usuário, durante o período em que permanecer nessa condição, lhe é desautorizada a prática de qualquer ato privativo da advocacia, sob pena de configurar infração ético-disciplinar, sem prejuízo de responsabilização criminal.

No que concerne à legislação estatutária, define o artigo 4º, parágrafo único, do EAOAB, que são nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, *licenciado* ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia. Para além do reconhecimento da nulidade do ato processual praticado, o infrator está sujeito a responder administrativamente perante a OAB, por enquadrar-se na conduta descrita no artigo 34, inciso I, do Estatuto, punível com a pena de censura, que eventualmente pode ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante. Sucede, entretanto, que em caso de reincidência de infração disciplinar, suspensão é aplicada.

Alternativamente à deflagração de processo ético-disciplinar para apurar desvio dessa natureza, é facultado ao advogado infrator, desde que atenda requisitos específicos, manifestar-se sobre o interesse em aderir a Termo de Ajustamento de Conduta, sob o compromisso de se abster de praticar a mesma infração no prazo fixado no instrumento correspondente. A aceitação do Termo implica na suspensão condicional do procedimento prévio ou do processo ético-disciplinar pelo período de

prova de 3 meses, com seu conseqüente posterior arquivamento, caso satisfaça as condições impostas, sem que impliquem, ao final, em registro no seu prontuário. Trata-se de medida de despenalização, recentemente regulamentada pelo Conselho Federal da OAB via Provimento n. 200/2020, publicado em 03/11/2020 na Edição n. 467 do Diário Eletrônico da OAB¹⁷.

Ainda assim, o profissional que incorre no tipo infracional do artigo 34, inciso I, do EAOAB, sem embargo de eventualmente firmar Termo de Ajustamento de Conduta junto ao Tribunal de Ética da OAB, sujeita-se à responsabilização criminal pela prática do delito previsto no artigo 205 do Código Penal (exercício de atividade com infração de decisão administrativa)¹⁸, medida essa que na esfera do Conselho Seccional do Estado do Paraná é ajuizada à critério da Procuradoria de Fiscalização do Exercício Profissional.

Por derradeiro, no tocante aos trâmites administrativos de Secretaria - que em nada estão vinculados à responsabilização disciplinar por falta cometida pelo profissional -, finalizada a causa que determinou a anotação do licenciamento, não importa qual o fundamento legal que a autorizou, inciso I, II, ou III do artigo 12 do Estatuto, a inscrição do advogado retorna à condição ativa, a partir da data do levantamento da medida, e com a reativação do registro, por consequência, é regularmente retomado o lançamento de anuidades pelo Departamento de Tesouraria, restaurando-se a qualidade de beneficiário de todos os serviços e be-

17 Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/276064>>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

18 BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: < ://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

nefícios ofertados pela OAB e pela Caixa de Assistência dos Advogado, salvo se já não ostentasse a condição de usuário enquanto afastado da advocacia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento jurídico-normativo conferido pela legislação vigente ao instituto do licenciamento do exercício profissional, prevê o direito de o inscrito se afastar provisoriamente da advocacia, desde que fundamente o requerimento em alguma das três hipóteses descritas no tipo legal.

Até meados do ano de 2009, a Seção do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil invariavelmente adotava postura flexível ao decidir sobre requerimentos dessa natureza, exigindo-se do advogado, para fins de autorizar a concessão da medida, mera comprovação de que estava regularmente inscrito, em dia com as anuidades e mediante o recolhimento do preço de serviço, sem adentrar na análise da justificção exposta no requerimento apresentado. Em outros termos, o afastamento era concedido independentemente do motivo apresentado.

A problematização do tema decorre da interpretação legislativa. Estabelece o artigo 11, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da OAB, que cancela-se a inscrição se o advogado *assim o requerer*, ao passo que o artigo seguinte, define que licencia-se o profissional que *assim o requerer, por motivo justificado*. Daí a inevitabilidade de que seja analisado qual é o motivo justificado, e se é relevante.

Revelou-se, com isso, a urgência de o Conselho Seccional paranaense, por seu órgão interno competente, definir parâmetros para resolver requerimentos administrativos que buscam a concessão de licença temporária.

Naquele contexto, quer nos parecer que andou bem a Câmara de Seleção da OAB PR ao instalar a arena de debates que culminou na edição da já explorada Súmula n. 02/2019, ato normativo de *orientação*, que adquire característica de bússola, mas que não inibe decisões concessórias de licença para além daquelas situações que previu originariamente, dada a autonomia e independência técnica assegurada aos integrantes dos órgãos deliberativos da OAB.

Compreendemos que, a par do *arcabouço normativo interno* que até aqui se produziu, e que segue vigente na área de atuação administrativa desta Seção da OAB, e *sem desconhecê-lo*, é forçoso e justo proceder à análise dos casos concretos com vistas aos ditames dos princípios norteadores da *razoabilidade* e da *finalidade* da medida, sob pena de frustrar e até esvaziar a natureza do instituto, que é a de *garantir ao advogado*, quando *justo motivo* tiver, de se afastar da advocacia por período determinado de tempo, sem que lhe seja retirada nesse interregno a condição de advogado.

Concluimos o presente trabalho com a percepção de que, sim, é legítimo aos Conselhos Seccionais da OAB regulamentarem internamente o licenciamento, entretanto, a leitura a ser feita, salvo melhor juízo, não pode ser despojada de certo tempero, especialmente considerada a importância de prestigiar e de conferir reconhecimento ao advogado que demonstra interesse em promover com afinco sua qualificação pessoal, acadêmica e profissional, ainda que, eventualmente, não se enquadre nas estantes disposições da Súmula editada.

Afinal, é de absoluto interesse da Ordem, da comunidade jurídica e da sociedade em geral, que os profissionais da área de Direito que são habilitados advogados no Paraná, continuem se empenhando em direção à constante evolução, a cada dia, para que, amanhã ou depois, retribuam o conhecimento e a experiência adquiridos àqueles que lhe confiarão seus interesses nas causas advocatícias.

Não obstante esporádica crítica que se faça à rigidez da Súmula n. 02/2019 da Câmara de Seleção, a experiência tem atestado e confirmado a propriedade de seu conteúdo, sem prejuízo de sofrer aprimoramentos e de que sua interpretação seja ampliada sempre que houver motivo justo para tanto.

Por derradeiro, não se enquadrando o requerente nas hipóteses elencadas no ato normativo, ou ainda, se não lograr êxito em demonstrar à Ordem que o pedido está motivado por alguma situação que permita a interpretação ampliativa da Súmula *no espírito das considerações acima colocadas*, sugere-se, como medida alternativa, o cancelamento do registro profissional, sem que isso implique em vedação de reingresso futuro no quadro da Entidade, não lhe sendo exigido, para tanto, submissão a novo Exame de Ordem, conforme assegura o artigo 11, § 2º, do EAOAB.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

_____. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

_____. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

_____. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: prerrogativas, seleção e disciplina. Giovani Cássio Piovezan (org). – Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2019.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula032012COP.pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbrirPDF?LivroId=0000004095>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/264565>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/59766>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

Estatuto da Advocacia e da OAB comentado. Organizado por Giovani Cássio Piovezan, Gustavo Tuller Oliveira Freitas. – Curitiba: OABPR, 2015.

OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/regimento-interno-20191004.pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/201801-cs-sumula.pdf>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 10 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MAMEDE, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.** 4 ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

Revista Veja Rio. **IBGE: crescimento da depressão é realidade no Brasil.** Disponível em: <https://vejario.abril.com.br/blog/manual-de-sobrevivencia-no-seculo-21/ibge-crescimento-depressao-brasil/>. Acesso em: 01 de jun. de 2021.

A DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE E A REABILITAÇÃO ADMINISTRATIVA

Ana Claudia Finger¹

Kleber Cazzaro²

RESUMO: O ensaio trata da ausência de regulação do procedimento para renovar o pedido de inscrição dentro do sistema da Ordem dos Advogados do Brasil na hipótese de declaração de inidoneidade moral de bacharel em direito quando a restrição estiver fundada no artigo 8, parágrafo 3º, do EAOAB.

-
- 1 Advogada OAB PR n. 20.299. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogada integrante do Escritório Bacellar&Andrade. Advogados Associados desde janeiro de 1995. Professora da Escola de Direito e Ciências Sociais da Universidade Positivo (graduação e pós-graduação). Professora do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Conselheira Estadual da OAB/PR. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo.
 - 2 Advogado, OAB PR n. 25.962. Conselheiro Estadual da OAB PR. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC. Professor adjunto do Curso de Direito – graduação e mestrado - da Universidade Estadual de Ponta Grossa, UEPG. Membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Processual. Membro do Institutos dos Advogados do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: OAB. Bacharel em Direito. Inscrição de Advogado. Inidoneidade Moral. Reabilitação Administrativa. Prazo.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal assegura a todos, como um direito fundamental, o “livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, inciso XIII).

Em atenção ao comando constitucional, o legislador infraconstitucional estabeleceu que ter registro perante à OAB é pressuposto para o exercício da Advocacia. Ato formal, ele marca o início da vida profissional do Advogado. Para tanto, deve o bacharel demonstrar o cumprimento dos requisitos que estão taxativamente estabelecidos no artigo 8º, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

O texto constitucional dispensou especial atenção ao exercício da Advocacia, consagrando o Advogado como indispensável à administração da justiça (artigo 133).

Ante o tratamento constitucional outorgado ao Advogado, a concessão da licença para aquele que pretende se dedicar ao exercício da Advocacia é precedida de um processo administrativo em que são rigorosamente avaliados todos os requisitos estabelecidos no artigo 8º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, mormente porque, como já assentou, com razão, o Superior Tribunal de Justiça, a inscrição nos quadros da OAB “*não constitui mero título honorífico*”³. É que, ao prescrever os requisitos de inscrição nos quadros da OAB, mais do que definir os pressupostos para o exercício da Advocacia, dando cumprimento ao

pressuposto constitucional e às finalidades legalmente estabelecidas, o EAOAB objetiva a defesa dos interesses da sociedade.

Dentre os requisitos legalmente estabelecidos para a inscrição profissional, suscita maior polêmica a idoneidade moral estabelecida no inciso VI, do artigo 8º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, dado que se reveste de um conteúdo mais abstrato e subjetivo.

O Regulamento Geral do EAOAB, em seu artigo 20, § 2º, prevê que *“a conduta incompatível com a advocacia, comprovadamente imputável ao requerente, impede a inscrição no quadro de advogados”*.

Relativamente às condutas que trazem o desprestígio para a advocacia e, por consequência, retiram a idoneidade moral, o Conselho Federal da OAB já delimitou que não são compatíveis com a dignidade da advocacia a demissão de servidor público⁴, bem como a exoneração de cargo ou função em razão

4 Algumas doutrinas ainda referem a antiga fórmula *“demissão a bem do serviço público”*, prevista no antigo Estatuto do Servidor Público Federal, a Lei nº 1.711, de 28.10.1952 e na Lei nº 8.027, de 12/04/1990 que, no seu artigo 1º, arrolava os ilícitos funcionais. No entanto, a *“demissão a bem do serviço público”* é uma denominação que foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 8.112/90 que revogou o antigo estatuto e a Lei nº 8.027/90, estabelece, no artigo 132, os ilícitos funcionais puníveis com a pena de demissão, sem, contudo, fazer qualquer referência que se trata de demissão *“a bem do serviço público”*. E nem deveria fazê-lo pois, em se considerando que a demissão é aplicada, nos termos do disposto no § 1º, do artigo 41, da CF, para aquelas condutas graves tipificadas no artigo 132 da Lei nº 8.112/1990, é certo que o desligamento do servidor público ocupante de cargo ou função pública, com fundamento nesse dispositivo será sempre em atenção ao interesse público. Alerta-se, contudo, e, por oportuno, que não são todas as condutas tipificadas no artigo 132 da Lei nº 8.112/1990 que implicam o afastamento da idoneidade moral, mas, apenas aquelas diretamente relacionadas à dignidade da advocacia. Nesse sentido: LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 124.

da prática de crime, ainda que não tenha havido condenação criminal. Aquele que responde pela prática do crime de exercício ilegal da profissão também não atende ao requisito da idoneidade moral.

Mais recentemente, em 2019, o CFOAB editou as Súmulas 09, 10 e 11, que estabelecem que a violência contra a mulher, contra crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência física ou mental, e, também contra pessoa LGBTI+, “constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.”

Como se vê, ainda que se reconheça o caráter mais aberto e indeterminado da norma contida no inciso VI do artigo 8º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, é certo que a idoneidade moral não se verifica em critérios subjetivos, mas, pelo contrário, baseia-se em preceitos objetivos que visam à garantia da probidade e da dignidade da advocacia que são compartilhados pela comunidade jurídica.⁵

E, tendo em conta os *standards* objetivos de conduta que atentam contra o prestígio e a dignidade da advocacia, o Estatuto da Advocacia e da OAB prevê que a inidoneidade moral pode ser aplicada com fundamento no §3º e no §4º, do art. 8º.

Com efeito, de acordo com a previsão contida no arti-

5 Paulo Lôbo leciona que os parâmetros para determinar a idoneidade moral “*não são subjetivos, mas decorrem da aferição objetiva de standards valorativos que se captam na comunidade profissional, no tempo e no espaço, e que contam com o máximo de consenso na consciência jurídica*”. LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 123-124.

go 8º, § 4º, do EAOAB a restauração da idoneidade moral será alcançada com a reabilitação criminal. Entretanto, quando a declaração de inidoneidade se funda na hipótese no §3º do artigo 8º, a situação suscita controvérsia quanto ao restabelecimento da idoneidade moral, dada a ausência de capitulação legal de prazo para a reabilitação administrativa.

Daí a problemática a ser enfrentada no presente ensaio.

2. A AUSÊNCIA DE PRAZO LEGAL PARA A RESTAURAÇÃO ADMINISTRATIVA DA INIDONEIDADE MORAL DENTRO DO SISTEMA OAB

É cediço que a idoneidade moral é requisito indispensável àquele que pleiteia sua inscrição como Advogado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. A advocacia, serviço público que é (art. 2º, §1º, EAOAB), exige daquele que a pratica que tenha boa reputação, o que, por certo, não se coaduna com a violação de princípios morais e com condutas reprovadas pela sociedade.

Em vista disso, a averiguação da integridade moral do bacharel em Direito constitui prerrogativa da OAB que demanda uma avaliação discricionária da entidade, realizada no ambiente do devido processo legal, quer dizer, assegurando-se ao interessado as garantias do contraditório e da ampla defesa. Trata-se, portanto, de um juízo exclusivo expedido a partir de uma competência processualizada da entidade que, no ambiente do devido processo legal, pode negar a inscrição profissional quando verificar a existência de fatos desabonadores e suficientes para configuração da inidoneidade moral, sem, contudo, estar vinculado a qualquer processo judicial, cível ou

criminal.⁶

O processo administrativo, concebido como mecanismo de atuação da Administração Pública — e aí se insere a OAB que exercita uma função administrativa — foi elevado à categoria de direito fundamental (artigo 5º, inciso LV, CF) —, é um importante instrumento de garantia de direitos do cidadão e, também, mecanismo de controle da Administração Pública. Essa configuração constitucional do processo administrativo implica uma atuação processualizada da Administração Pública em todas as situações de conflito — litígio ou acusação — a desencadear a atuação dos sujeitos envolvidos nessa relação sob o prisma do contraditório.

Sobre o dever constitucional de processualização da Administração Pública, embora referindo-se ao exercício da competência disciplinar, mas, com inexcedível aplicabilidade ao exame da idoneidade moral do bacharel em Direito, registre-se a valiosa lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem:

“Se um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição Federal de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Ao lado desses princípios figuram outros — de modo explícito — e não menos significativo: da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII), do juiz natural (art. 5º, inc. LIII), do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV).

6 Como leciona Paulo LOBO, *“as instâncias judicial e administrativa não se confundem”*. LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12a. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 124.

*Implicitamente extraem-se da Constituição os princípios da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros. (...)*⁷

Daí se extrai a garantia constitucional do devido processo legal e seus corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa, que devem informar a atuação administrativa em qualquer situação de conflito, sendo indiferente haver, ou não, finalidade sancionatória.

O processo de averiguação de idoneidade moral constitui uma modalidade de processo administrativo e, como tal, se submete a regramentos e princípios próprios do Direito Administrativo. Não se trata, propriamente, de processo sancionatório, haja vista que eventual declaração de inidoneidade moral (a ser estabelecida com observância do disposto no § 3º, do artigo 8º, da Lei nº 8.906/94), **não configura sanção**⁸, cuja definição, como se sabe, pelo princípio da reserva legal, é competência exclusiva do legislador.

É bem verdade que, nos termos do disposto no §3º do artigo 8º, do EAOAB, o processo de averiguação de idoneidade moral segue o rito do processo disciplinar mas, isso se dá apenas quanto ao rito procedimental. Trata-se, portanto, de observância do aspecto formal (procedimental) do processo, não de sua natureza material.

7 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Prólogo. **In:** PIOVEZAN, Giovanni Cássio (Org). Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: prerrogativas, seleção e disciplina. 2019, p. 18.

8 As penalidades disciplinares são aquelas disciplinadas no artigo 35, do EAOAB, a saber: censura, suspensão, exclusão e multa. E, como se extrai da literal previsão normativa, a inidoneidade moral se insere como pena, cuja definição, como se sabe, pelo princípio da reserva legal, é competência exclusiva do legislador

Não obstante, dada a natureza de restrição de direitos, é certo que o incidente de averiguação de idoneidade moral exige uma atuação processualizada, marcada portanto, pelo respeito à garantia constitucional do devido processo legal e seus desdobramentos, os princípios do contraditório, da ampla defesa e, também, da duração razoável.

O devido processo legal condiciona e legitima o exercício dos poderes a que se acha submetida a Administração Pública, revelando-se numa perspectiva material, quanto ao conteúdo das regras processuais que, como adverte Romeu Felipe Bacellar Filho, “devem ser regras justas, racionais, razoáveis”⁹, e, em sentido formal “relaciona-se às formalidades previstas na lei para proteção do exercício das prerrogativas processuais inerentes ao contraditório e à ampla defesa.”¹⁰

Assim, pode-se dizer que o devido processo legal enfeixa um conjunto de noções que traduzem aquilo que é imparcial, reto e justo, apresentando, também como um de seus elementos conformadores, o respeito à duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, CF)¹¹.

O processo administrativo se submete a um conjunto de princípios próprios. Além dos denominados **(i)** “*princípios constitucionais fundamentais*” (devido processo legal, contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo); **(ii)** os princípios constitucionais administrativos (legalidade, impessoalidade,

9 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 228.

10 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

11 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230.

moralidade, publicidade e eficiência, e, por fim, **(iii)** os princípios processuais específicos (oficialidade, verdade material, formalismo moderado e pluralidade de instâncias).¹²

E é, sobretudo em razão dos princípios constitucionais fundamentais, notadamente o devido processo legal e a duração razoável do processo, que a ausência de previsão do instituto da reabilitação administrativa da declaração de inidoneidade moral estabelecida com fundamento no § 3º, do artigo 8º, da Lei nº 8.906/94, revela-se atentatória ao interesse público.

Vejamos:

A ausência de prazo temporal para a reabilitação do bacharel declarado inidôneo é absolutamente incompatível com o princípio da segurança das relações jurídicas, de cujo conteúdo se extrai a estabilidade desse ripo de relações, garantindo-se, assim, um mínimo de certeza na regência da vida, tão necessária à paz social.

As decisões administrativas que se protraem no tempo disseminam a incerteza, intranquilidade e insegurança e, por assim ser, decididamente, não se coadunam com a garantia constitucional da necessária segurança jurídica. Notadamente em se tratando de decisões que produzem efeitos restritivos e gravosos na vida dos cidadãos, tal como se dá com a decisão que declara a inidoneidade moral do bacharel em Direito justamente no momento em que ele pede sua inscrição junto à OAB.

Sobre o tema, embora tratando do instituto da prescrição como manifestação objetiva do princípio da segurança ju-

12 BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. O princípio da verdade material no processo administrativo. **In**: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vítor Rhein. Atuais Rumos do Processo Administrativo. São Paulo: RT, p. 197-198.

rídica, mas, absolutamente pertinente à questão em debate, eis que alude à limitação temporal como garantia da paz social, vale registrar o voto exarado pelo Min. Marco Aurélio, no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23436/DF, *verbis*:

*“(...) É sabido que dois valores se fazem presentes: o primeiro, alusivo à **justiça**, a direcionar à possibilidade de ter-se o implemento a qualquer instante; já o segundo está ligado à **segurança jurídica**, à estabilidade das relações e, portanto, à própria **paz social que deve ser restabelecida num menor espaço de tempo possível**.” (grifos nossos)*

Com tais referentes, tem-se que a ausência de definição de lapso temporal para a denominada “reabilitação administrativa” do bacharel declarado inidôneo, em última medida, implica violação direta do princípio do devido processo legal e seu corolário, o princípio da duração razoável do processo sobran- ceiramente assegurado no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF como uma garantia fundamental.¹³

Quanto ao estabelecimento de um marco temporal para a Administração Pública expedir os atos administrativos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, da eficiência e, numa dimensão substantiva, do devido processo legal, já assen- tou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SE-

13 É inudivosa a incidência da garantia constitucional à razoável duração do processo tanto aos processos judiciais quanto aos processos administrativos, sendo certo que o administrado não pode ficar sujeito a uma restrição imposta pela Administração Pública por tempo indefinido. Nesse sentido, STF, RMS 28172, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24.11.2015, DJe-018, divulg. 29.01.2016, publ. 01.02.2016.

*GURANÇA. **RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXCESSO DE PRAZO. CONCESSÃO DE ORDEM. LEGALIDADE.** 1. A Administração Pública direta e indireta deve obediência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal, art. 37, dentre os quais o da eficiência. 2. A prática de atos processuais administrativos e respectiva decisão encontram limites nas disposições da Lei 9.784/99, sendo de cinco dias o prazo para a prática de atos e de trinta dias para a decisão. Aqueles prazos poderão ser prorrogados até o dobro, desde que justificadamente. 3. Ultrapassado, sem justificativa plausível, o prazo para a decisão, deve ser concedida a ordem, eis que **fere a razoabilidade permanecer o administrado sem resposta por tempo indeterminado.**"¹⁴ (destaques adicionados)*

*“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REQUERIMENTO. DEMORA NA DECISÃO. ART. 49 DA LEI N. 9.874/99. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA RAZOABILIDADE. DIREITO FUNDAMENTAL À **RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E À CELERIDADE DE SUA TRAMITAÇÃO.** 1. A Lei n. 9.874/99, que regula o processo administrativo no âmbito federal, dispôs, em seu art. 49, um prazo de trinta dias para a decisão dos requerimentos veiculados pelos administrados, prazo esse prorrogável por igual período mediante motivação expressa. 2 No caso dos autos, ficou comprovado que a maioria dos **requerimentos formulados pelos impetrantes foi protocolizada há mais de 2 anos** e os mais recentes foram apresentados em novembro de 2012. 3. Com efeito, ainda que não se tenha notícias da conclusão da*

14 TRF4 5013737-37.2018.4.04.7200, QUARTA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 15/08/2019.

*fase instrutória do processo, **mostra-se abusiva e ilegal a conduta omissiva do órgão federal que, sem apontar motivação relevante, impõe aos servidores a espera indefinida pela realização de diligências, ferindo de forma flagrante o direito constitucional à razoável duração do processo administrativo e, por conseguinte, o princípio da eficiência e da legalidade aos quais está a administração pública obrigada a obedecer por imperativo constitucional.***¹⁵ (destaques adicionados)

*“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. **DEMORA NA ANÁLISE DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. MULTA. REDUÇÃO.** O prazo para análise e manifestação acerca de pedido administrativo submete-se aos princípios da legalidade e da eficiência, previstos no art. 37, caput, da CF/88, bem como ao direito fundamental à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação, nos termos do art. 5º, LXXVII, da CF/88. Redução da multa diária conforme precedentes da Corte.”*¹⁶ (destaques adicionados)

É nessa esteira que a prerrogativa da OAB, concebida como entidade autárquica federal¹⁷, de declarar a inidoneidade

15 TRF4 AG 5025513-42.2014.404.0000, QUARTA TURMA, Relator p/ Acórdão LUÍS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 18/11/2014.

16 TRF4 5008551-33.2018.4.04.7200, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 01/02/2019.

17 De um modo geral, a doutrina atribui à OAB a natureza jurídica de autarquia especial e, como tal, entidade integrante da Administração Pública Indireta. Não obstante, dadas as suas peculiaridades e, sobretudo, independência, eis que exerce funções constitucionais próprias como a legitimidade para a propositura de ação de controle

moral de um bacharel em Direito, não pode perdurar indefinidamente no tempo quando o foco é a incidência do artigo 8º, parágrafo 3º. do EAOAB. Essa situação, de restringir a esfera jurídica do cidadão por tempo indeterminado, viola os princípios constitucionais da segurança jurídica e da razoável duração do processo que aqui se revelam desdobramentos do princípio de devido processo legal.

Refletindo sobre isso de modo mais amplo, é de se colocar em relevo que o Direito Administrativo contemporâneo exige uma postura do agente público e dos operadores do direito que supere antigos dogmas que o marcaram como uma disciplina autoritária. Com efeito, ante a consagração dos princípios constitucionais da Administração Pública como elementos de legitimação dos seus “deveres-poderes”¹⁸, impõe-se uma postura sobre novos paradigmas teóricos, quais sejam: *“o direito por princípios em substituição ao direito por regras; o abandono da tese da vinculação positiva e estrita à lei diante da afirmação de uma vinculação da atividade administrativa ao direito, sobretudo ao princípio da dignidade humana; a democratização do exercício da atividade administrativa mediante a participação dos indiví-*

de constitucionalidade de leis, a defesa da Constituição, a participação na composição de Tribunais, como, também, a participação em concursos públicos da magistratura, é certo que a OAB ostenta uma qualificação jurídica diferenciada, assim estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3026/DF, sob relatoria do Min. Eros Grau. Entretanto, predomina o entendimento segundo o qual a OAB é uma “categoria sui generis, submetida ao direito público, na realização das atividades estatais que lhe foram delegadas, e ao direito privado, no desenvolvimento de suas atividades administrativas e de suas finalidades institucionais e de defesa da profissão.” LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 12a. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 124.

18 Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO entende as prerrogativas da Administração Pública como “deveres-poderes”. BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 32.

duos e da sociedade no processo decisório e no controle (social) das atividades administrativas; o deslocamento do eixo central da disciplina jus-administrativa do ato administrativo isoladamente considerado para o procedimento e as relações jurídicas subjacentes; a mitigação do exercício unilateral e autoritário do poder, que resta, em parte, substituído pela busca do consenso e pela solução pacífica das controvérsias; a Administração Pública deixa de ser imperial para ser consensual.”¹⁹

A tábua principiológica fixada pela Constituição Federal de 1988 e a evidente preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, promoveu a ampliação do princípio da legalidade, fazendo antever uma Administração Pública concebida como um aparelhamento do Estado voltado à satisfação do bem comum, mas comprometida, também, com a moralidade, a impessoalidade, a finalidade, a publicidade e a eficiência.²⁰

Dáí poder-se sustentar que, embora seja pressuposto, o princípio da legalidade, por si só, não basta para justificar a ação do poder administrativo, visto que as fronteiras da legalidade não excluem os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica, este último que, ao lado da boa-fé, é concebido como vetor sobre o qual se estrutura o Estado Democrático de Direito.²¹

19 FERRAZ, Luciano. Apontamentos sobre parcerias público-privadas. BDA – Boletim de Direito Administrativo, Abril/2005, p. 429.

20 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídico do Servidor Público. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 196-197.

21 Segundo José Joaquim GOMES CANOTILHO, um Estado Democrático de Direito está estruturado sob dois vetores: a proteção da confiança dos cidadãos e a segurança jurídica. **In:** Direito constitucional. 6ª ed.

Como observa José Joaquim Gomes CANOTILHO,

“o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada como elementos objetivos da ordem pública – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.”²²

É necessário, desse modo, promover uma interpretação da ausência de previsão legal da reabilitação administrativa aqui tratada conforme a Constituição. Segundo Eduardo GARCIA DE ENTERRÍA, a supremacia da Constituição sobre todas as normas e o seu caráter central na construção e validade do ordenamento em seu conjunto “*obligam a interpretar este (...) no sentido que resulta dos princípios e regras constitucionais, tanto os gerais como os específicos da matéria de que se tratar*”²³, proibindo-se

Coimbra: Almedina, 1996. p. 380.

22 Ibidem, p. 256.

23 Tradução livre. No original: “*obligan a interpretar éste (...) en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los*

qualquer interpretação que conduza a um resultado direta ou indiretamente contraditório aos valores constitucionais.

Daí reconhecer-se que o cidadão, no Estado de Direito, não está garantido apenas pela certeza de que a Administração Pública só pode agir segundo os fins previamente assinalados em lei, mas, sobretudo, pela segurança de que só poderá fazê-lo conforme os meios adredemente estabelecidos.²⁴

Nessa toada, a ausência de definição de um prazo para o bacharel declarado inidôneo com fundamento no § 3º, do artigo 8º, da Lei nº 8.906/94 realizar novo pedido de inscrição principal viola o princípio da segurança jurídica, da duração razoável do processo e, por consequência, do devido processo legal. A definição de um prazo determinado para que cesse a restrição estabelecida pela entidade fiscalizadora do exercício profissional da Advocacia é medida que se impõe para o alcance do interesse público que não se coaduna com decisões de natureza punitiva – como o é, ainda que não em sentido formal, a declaração de inidoneidade – de caráter perpétuo.

generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985. p. 95.

24 Perceba-se a evidente imbricação do princípio da segurança jurídica, na medida em que, dentro dessas balizas, o princípio da legalidade oferece certa dose de previsibilidade aos atos estatais, de modo a evitar que o cidadão seja surpreendido pela intervenção do Estado na sua vida privada. Sobre essa relação entre legalidade e segurança jurídica. (Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Segurança Jurídica e as Alterações no Regime Jurídico do Servidor Público*. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.)

A propósito, sobre a vedação à imposição de penas de caráter perpétuo, o legislador infraconstitucional já estabeleceu parâmetros, podendo-se destacar: (i) o prazo de suspensão de direitos políticos por até 10 (dez) anos para atos de improbidade; (ii) a inelegibilidade por oito anos, prevista na Lei Complementar 135/2010 – Lei da Ficha Limpa, para os casos de condenação por crimes cometidos contra a Administração Pública, e, também, o prazo de reabilitação penal de 2 (dois) anos após a extinção da pena (artigo 93 do Código Penal).

Portanto, a lacuna na definição de prazo para o bacharel inidôneo alcançar a reabilitação administrativa é fonte de incerteza e insegurança, incompatíveis com a garantia da segurança jurídica, pilar de sustentação da ordem jurídica.

Diante dessa lacuna, qual seria o prazo razoável para que o bacharel declarado inidôneo por força do artigo 8º, parágrafo 3º, do EOAB, valendo-se da garantia constitucional do direito de petição, possa ter sua situação jurídica revista no sistema OAB?

Dada a ausência de definição legal de prazo, não se pode extrair outra conclusão que não a de que, a partir do encerramento do procedimento investigatório instaurado perante a OAB, quando esgotados os prazos recursais e/ou de reexame necessário, imediatamente se abre para o bacharel declarado inidôneo a possibilidade de formular novo pedido de inscrição principal que, todavia, não poderá ser indeferido com fundamento na ausência do requisito de idoneidade moral, ante a vedação do princípio do *non bis in idem*.

Adotar, por exemplo, a analogia do artigo 41 do EAOAB e o tempo de um ano de espera para resolver a questão é produzir regra mais gravosa e prejudicial ao bacharel que pretende buscar a reversão da declaração de inidoneidade e a consequente reabilitação administrativa perante a OAB.

Caso tivesse regulação administrativa tratando do restabelecimento da idoneidade moral dentro do sistema OAB até poderia ser adotado tal parâmetro temporal como referente.

Como não há, é a data do esgotamento de todos os recursos administrativos dentro do processo disciplinar por onde aconteceu o decreto de inidoneidade que deve ser o parâmetro para ser adotado porque é o caminho menos gravoso à vista da lacuna existente.

Gize-se: diante da falta de regulamentação do tema, eventual adoção, por analogia, do artigo 41 do EAOAB trará consequência mais onerosa ao bacharel que busca reabilitação administrativa.

Para dizer de outro modo: entre considerar a data do trânsito em julgado administrativo do processo disciplinar e tomar de referência o prazo de um ano previsto pelo artigo 41, a primeira hipótese é mais benéfica e deve servir para preencher a lacuna com melhor segurança e sem produzir hipótese mais gravosa aos interesses do bacharel declarado inidôneo com fundamento no artigo 8º, parágrafo 3º, do EAOAB.

Diante do vazio legislativo que existe sobre o tema, esta é a fórmula que impõe a solução mais razoável e proporcionalmente adequada para a questão.

Ademais disso, considerando que no sistema penal a regra menos gravosa é que deve beneficiar o réu quando há hipóteses diferentes para serem sopesadas, enquanto não houver regulação do prazo de reabilitação administrativa ora tratada, a regra mais benéfica que pode ser adotada e que deve ser considerada é a seguinte: estará aberta a possibilidade de requerer a reabilitação no dia imediatamente posterior ao do trânsito em julgado administrativo da decisão que encerrar o processo de averiguação de idoneidade moral por onde foi aplicado o artigo 8º, parágrafo 3º, do EOAB.

Esta é a providência que se coaduna com o princípio da proporcionalidade que deve orientar as decisões administrativas.

As competências administrativas somente podem ser validamente exercitadas na *“extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.”*²⁵

Disso decorre que, toda providência administrativa que imponha uma restrição ou um ônus para o exercício de um direito em medida e intensidade superior àquela necessária para o atendimento do interesse público é inválida.

Qualquer interpretação diferente daquela que aqui se propõe – esgotados os prazos recursais da decisão que declarou inidôneo o bacharel com fundamento no artigo 8º, parágrafo 3º, do EAOAB, abre-se para ele, imediatamente, a possibilidade de requerer novo pedido de inscrição nos quadros da OAB – implicará violação ao princípio da proporcionalidade cujo conteúdo foi explicitado no inciso VI do artigo 2º, da Lei nº 9.784/99.²⁶

Ante a lacuna normativa existente, considerando o conteúdo restritivo da decisão declaratória de inidoneidade, é certo que esta é a solução mais adequada ao cumprimento do princípio da proporcionalidade, concebido como uma dimensão substantiva da garantia constitucional do devido processo legal.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 113.

26 Art. 2º: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
(...) VI: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista da exposição até aqui feita, sem a intenção de esgotar a problemática, algumas considerações finais podem ser elencadas, de forma pontual e objetiva. São elas:

1. Partindo-se da concepção de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 acabou inaugurando uma nova era no território do Direito Administrativo. Suplantando uma perspectiva autoritária do exercício do poder, pondo fim ao monopólio da decisão administrativa, ela assegura no título dos direitos e garantias fundamentais que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem devido processo legal, alcançando o processo administrativo e garantindo aos litigantes e acusados em processo judicial ou administrativo o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Desse modo, a Constituição Federal traça os caminhos a serem seguidos, assegurando a qualquer pessoa a prerrogativa de não sofrer qualquer consequência, sancionatória ou não, senão através de um ambiente onde lhe reste garantido o direito de se defender dentro de um “devido processo legal”, com todas as garantias a ele inerentes.
2. O devido processo legal administrativo condiciona o exercício dos poderes a que se acha submetida, impondo uma atuação administrativa processualizada da Administração Pública no exercício de seus competências, sob pena de deslegitimar-se o agir administrativo, com grave ofensa aos postulados que informam a própria concepção de Estado Democrático de Direito.
3. Tendo em vista a intangibilidade do direito fundamental ao devido processo legal, que direciona e legitima a função administrativa, o exercício processualizado das

competências administrativas – e aí se insere a OAB que, no exercício do poder de polícia administrativa da Advocacia exerce típica função administrativa – presuppõe a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da duração razoável do processo, também concebidos como desdobramentos dos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.

4. A averiguação da idoneidade moral do bacharel em Direito constitui prerrogativa da OAB que, mediante critérios de avaliação discricionária, realizada no ambiente do devido processo legal, pode negar a inscrição profissional quando verificar a existência de fatos desabonadores e suficientes para configuração da ausência de integridade moral, sem, contudo, estar vinculada a qualquer processo judicial, cível ou criminal.
5. A ausência de definição de prazo legal específico para o bacharel declarado inidôneo com fundamento no artigo 8º, parágrafo 3º, do EAOAB, é situação que dissemina a insegurança, intranquilidade e incerteza, incompatíveis com o interesse público. Com efeito, considerando-se os efeitos restritivos que decorrem da decisão administrativa que nega ao bacharel em direito a inscrição nos quadros da OAB, a declaração de inidoneidade moral implicaria efeitos de uma pena – em sentido material, não formal – de caráter perpétuo, o que não se coaduna com o princípio da segurança das relações jurídicas, pilar de sustentação da ordem jurídica.
6. A lacuna normativa quanto ao prazo para a restauração administrativa do bacharel declarado inidôneo viola a garantia constitucional da duração razoável do processo, elemento garantidor do devido processo legal.
7. Exige-se a pronta intervenção do legislador a estabelecer um prazo razoável para a reabilitação administrativa, vez que a lacuna normativa, dissemina a insegu-

rança e intranquilidade incompatíveis com o mínimo de certeza na regência da vida social e, por assim ser, incompatível com o interesse público.

8. Contudo, enquanto não houver a positivação legal sobre o tema, que por certo deverá ser enfrentado legitimamente pelo legislador infraconstitucional, diante da ausência de definição legal de prazo, não se pode extrair outra conclusão, com dito alhures, que não a de que, a partir do encerramento do procedimento investigatório instaurado perante a OAB, quando esgotados os prazos recursais e/ou de reexame necessário, é que imediatamente se abre para o bacharel declarado inidôneo a possibilidade de formular novo pedido de inscrição principal nos quadros da Ordem. Diante de qualquer possibilidade que possa ser elencada, esta é a fórmula mais benéfica, adequada e proporcional que, neste momento, pode ser aplicada à luz do artigo 8º, parágrafo 3º, do EOAB. Esta solução interpretativa, aliás, se coaduna com o necessário respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoável duração do processo, concebidos como desdobramentos da garantia constitucional do devido processo legal, preenchendo-se, assim, a lacuna da problemática que deu ensejo a este ensaio.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS QUANTO À INCOMPATIBILIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA: OS OCUPANTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO E GERÊNCIA EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Ana Paula Pavelski¹

Christhyanne Regina Bortolotto²

- 1 Mestre em Direito pelo Unicuritiba. Professora da Pós-Graduação e da graduação em Direito do Unicuritiba. Professora da Ematra 9ª Região, do Curso Jurídico e de outros cursos. Advogada, sócia do escritório Zipperer & Minardi. Integrante da Diretoria da Associação dos Advogados Trabalhistas do PR. Conselheira Estadual da OAB/PR. Árbitra da Câmara Nacional de Arbitragem Trabalhista.
- 2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná / UFPR. Graduada em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Positivo - UNICENP. Especialista em Direito do Trabalho pelas Faculdades Integradas Curitiba - UNICURITIBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo IBEG. Advogada, sócia do escritório Bortolotto & Advogados Associados. Ex-diretora da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, gestão 2015/2017. Vice-Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR, gestão 2017/2019. Secretária Geral Adjunta da OAB/PR.

RESUMO: Analisa questões relacionadas ao exercício de atos privativos da advocacia. Elenca as consequências do exercício ilegal da profissão, com enfoque na nulidade. Cita as hipóteses de vedação ao exercício da advocacia que se apresentam de forma permanente e temporária. Estuda a diferença entre impedimento e incompatibilidade com o exercício da advocacia. Demonstra as hipóteses de impedimento e incompatibilidade. Trata do caso específico da incompatibilidade relacionada ao exercício de cargo de gerência e direção de instituições financeiras.

PALAVRAS-CHAVE: incompatibilidade - advocacia – gerência e direção – banco – instituição financeira

1. INTRODUÇÃO

O texto pretende demonstrar os motivos pelos quais aqueles que exercem cargos de gerentes e direção de instituições financeiras, inclusive privadas, estão vedados totalmente do exercício da advocacia.

Para tanto, primeiro será realizada uma análise de questões relacionadas ao exercício de atos privativos da advocacia. Inicia traçando considerações sobre quais são os atos privativos da advocacia e a razão desta imposição legal. Após, o artigo trata de consequências do exercício ilegal da profissão, com enfoque na nulidade. Porém, não se pode esquecer a possibilidade de sanções penais, civis e mesmo administrativas.

Seguindo, o texto fará considerações sobre as hipóteses de vedação ao exercício da advocacia que se apresentam de forma permanente e também aquelas temporárias.

Finalmente, haverá abordagem a respeito da diferença entre impedimento e incompatibilidade com o exercício da advocacia, citando as hipóteses destas. Ao final, debruçar-se-á

no caso específico da incompatibilidade relacionada ao exercício de cargo de gerência e direção de instituições financeiras, os motivos e consequências desta previsão legal.

2. ADVOCACIA: ATIVIDADES PRIVATIVAS, ATOS E CONTRATOS

O art. 1º da Lei 8906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB – EOAB) define quais são as atividades exercidas de forma privativa pelo advogado: postulação a órgãos do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais; consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Mencione-se que quanto ao período anterior à Lei 8906/1994, então regido pela Lei 4215/1963, o Provimento 66/88³ do Conselho Federal da OAB tratava das atividades

-
- 3 Observe-se o conteúdo de referido Provimento:
- Art. 1º. A advocacia compreende, além da representação, em qualquer juízo, tribunal ou repartição, o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica.
- Parágrafo único. A função de diretoria jurídica em qualquer empresa pública, privada ou paraestatal, é privativa do advogado, não podendo ser exercida por quem não se encontre inscrito regularmente na Ordem.
- Art. 2º. É privativo dos advogados legalmente inscritos nos quadros da Ordem o assessoramento jurídico nas transações imobiliárias e na redação de contratos e estatutos de sociedades civis e comerciais, e a elaboração de defesas, escritas ou orais, perante quaisquer tribunais e repartições.
- Art. 3º. A elaboração de memoriais do âmbito da Lei do Condomínio, no que concerne, estritamente, à sua fundamentação jurídica, também é privativa dos advogados legalmente inscritos nos quadros da Ordem.
- Art. 4º. É vedado aos advogados prestar serviços de assessoria e consultoria jurídica para terceiros, através de sociedades de prestação de serviços, inclusive de cobrança de títulos ou atividades financeiras

relacionadas à consultoria, direção jurídica e assessoria. O atual estatuto, consagra, portanto, a conhecida advocacia “preventiva”, ou seja, pessoas físicas e jurídicas buscam orientações e aconselhamentos jurídicos de forma a evitar litígios, conflitos ou até mesmo para soluções consensuais, extrajudiciais⁴, de situações que se mostram capazes de virem a ser discutidas em juízo. Nos últimos anos, tem-se visto um crescimento exponencial desta modalidade de atuação, ou seja, as empresas, instituições em geral e cidadãos estão preocupados em evitar demandas.

Paulo Lôbo observa que as hipóteses citadas não são exaustivas: “Enunciam tipos básicos e inconfundíveis, mas não excluem outros que por sua natureza enquadram-se na atividade própria da advocacia, ditados pela evolução das necessidades jurídicas e sociais.”⁵ Dentre exemplos citados pelo autor,

de qualquer espécie, se essas entidades não puderem ser inscritas na Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 5º. A prática dos atos previstos no art. 71, da Lei n. 4.215/63, por profissionais e sociedades não inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, constitui exercício ilegal da profissão, a ser punido na forma da lei penal. Disponível em < <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/66-1988>> Acesso em 10.06.2021.

- 4 Neste tocante, vale ressaltar que a Reforma Trabalhista (Lei 13467/2017), por exemplo, inseriu na CLT os arts. 855-B e seguintes, tratando do procedimento jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial. Assim, diante de um possível cenário litigioso, as partes interessadas podem, cada uma com seu respectivo advogado, realizar um acordo e apresentar em juízo os termos deste a fim de que seja homologado. Clara atuação extrajudicial na qual, após, postula-se o pronunciamento judicial com resolução de mérito (art. 487 do CPC) para que se forme a coisa julgada material, envolvendo segurança jurídica quanto aos termos e extensão da quitação passada pelo trabalhador ao contratante.
- 5 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 31.

encontra-se a arbitragem, cuja lei 9307/1996, em seu art. 21 §3º prevê a possibilidade de as partes se fazerem representar por advogado.

Importante observar, de qualquer forma, que na ADI 1127, o STF confirmou a possibilidade de “jus postulandi” nos Juizados Especiais Cíveis, nos termos da Lei 9099/1995. Realidade neste sentido também ocorre na Justiça do Trabalho, pois de acordo com o art. 791 da CLT e súmula 425 do TST, empregados e empregadores podem estar em juízo desacompanhados de advogado, não se aplicando o “jus postulandi” em recursos para o TST, Ação Rescisória, Mandado de Segurança e Ação Cautelar (aqui, esclarece-se que o referido entendimento sumulado ainda tem redação anterior ao CPC de 2015). O próprio EOAB, em seu art. 1º, §1º, expressamente exclui a necessidade de advogado para impetração de “habeas corpus”, o que se explica pela concretização da garantia fundamental de liberdade pessoal, bem assim da própria cidadania.

Finalmente, o EOAB, no §2º do dispositivo supramencionado, diz que atos e contratos de pessoas jurídicas somente podem ser admitidos para registro em órgãos competentes quando visados por advogado. Neste espectro de atuação, não se pode entender pela limitação à liberdade econômica do art. 170 da CF, porque ao visar estes documentos, o advogado tem um comprometimento com a forma e o conteúdo do ato, sujeitando-se a deveres ético-profissionais e mesmo à responsabilidade por eventuais danos. Por esse motivo, o art. 2º do Regulamento Geral diz que o profissional deve, somente depois de examinar e constatar que os documentos preenchem os requisitos leais necessários, apor seu visto. Existe, aqui, um interesse da coletividade, inclusive de forma a evitar litígios com o

uso de documentos incompletos, obscuros, inadequados.⁶

Observe-se, portanto, por novo ângulo, o importante papel do advogado na prevenção de conflitos.

3. ATOS PRIVATIVOS DA ADVOCACIA PRATICADOS DE FORMA ILEGAL: A NULIDADE

Em caso de exercício ilegal da profissão, a consequência consiste na nulidade do ato, ou seja, inexistência deste a partir do momento em que foi praticado. Dado seu caráter de nulidade absoluta, pode ser reconhecida de ofício ou mesmo suscitada por qualquer interessado e pelo Ministério Público, sendo, ainda, imprescritível, insuscetível de ratificação e convalidação, não pode ser sanada.

E esta regra de atos privativo da advocacia tem fundamento, ai menos, em todas as previsões do art. 2º do EOAB. Toda restrição explica-se:

“[...] em razão do múnus público e do caráter social que regem a advocacia, resguardando-se assim a credibilidade do exercício de função essencial à administração da justiça, protegendo-se adequadamente aqueles que confiam a um advogado seus mais caros interesses patrimoniais, emocionais ou familiares, tutelados pela ordem jurídica.⁷

6 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 42.

7 ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das nulidades dos atos de advocacia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano

O art. 4º do EOAB tem previsões sobre a nulidade ora tratada. No “caput” traz a previsão de nulidade como resultante de atos privativos da advocacia praticados por pessoa sequer inscrita nos quadros da OAB. Some-se, aqui, aquele que foi excluído dos quadros da OAB, ou, ainda, que teve inscrição cancelada.

Analisando-se o parágrafo único do mesmo dispositivo legal citado, quanto aos atos praticados por advogado suspenso, também se pode cogitar de nulidade. A medida disciplinar representa vedação ao exercício da advocacia, pelo lapso temporal nela contido.⁸ Na mesma toada, ou seja, vinculada a um lapso temporal, está a vedação da prática dos atos privativos por advogado que esteja licenciado. Cite-se, por fim, os casos de incompatibilidade constantes do art. 28 do EOAB, a seguir abordados. Em todos os exemplos aqui tratados, a limitação ao exercício da advocacia é total pelo prazo em que perdurarem as situações citadas.

Porém, Paulo Lôbo adverte que o STJ já entendeu que se os atos praticados por advogado afastado do exercício profissional por suspensão, por exemplo, forem depois ratificados por novo procurador constituído nos autos, somando-se a isso a ausência de prejuízo para as partes, não há nulidade a ser declarada (REsp 449.627).⁹

11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8316>> . Acesso em: 11 junho 2021.

8 RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 52.

9 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 42.

No caso dos impedimentos, art. 30 do EOAB, também há nulidade dos atos que estejam relacionados a este impedimento. Noutras palavras, fora dos limites deste impedimento determinado pelo cargo ou função exercida pelo advogado, este poderá exercer a profissão. Existe, aqui, portanto, uma limitação parcial.

Além da abordagem aqui realizada sobre nulidade, é evidente que o exercício ilegal da profissão, conforme o próprio EOAB, pode acarretar, ainda, consequências criminais, civis e mesmo administrativas – sanções dentro da OAB.

4. INCOMPATIBILIDADE X IMPEDIMENTO

Ratificando considerações anteriores, a incompatibilidade acarreta a vedação total ao exercício da advocacia, sendo previstas suas hipóteses no art. 28 do EOAB, que abaixo segue transcrito:

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:

I - chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Poder Legislativo e seus substitutos legais;

II - membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da justiça de paz, juízes classistas, bem como de todos os que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; (Vide ADIN 1.127-8)

III - ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público;

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

V - ocupantes de cargos ou funções vinculados di-

reta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza;

VI - militares de qualquer natureza, na ativa;

VII - ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais;

VIII - ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

§ 1º A incompatibilidade permanece mesmo que o ocupante do cargo ou função deixe de exercê-lo temporariamente.

§ 2º Não se incluem nas hipóteses do inciso III os que não detenham poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, a juízo do conselho competente da OAB, bem como a administração acadêmica diretamente relacionada ao magistério jurídico.

Quanto aos impedimentos, existe proibição parcial no exercício da advocacia, observe-se o art. 30 do EOAB:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar a limitação de atuação contida no art. 29 do EOAB:

Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

Quanto à incompatibilidade, a vedação ao exercício da advocacia pode ocorrer de forma a impedir a inscrição do indivíduo nos quadros da OAB, bem assim ocorrer em caso de alguém que já esteja inscrito, o que acarretará a perda da eficácia desta inscrição.

A incompatibilidade pode ser permanente, citando-se como exemplo os membros do Poder Judiciário, cuja advocacia é vedada por completo. Neste exato cenário, tem-se recente decisão do STF, que, por unanimidade, reconheceu a constitucionalidade das regras do EOAB que vedam o exercício da advocacia por servidores do Judiciário e do Ministério Público da União. Trata-se da ADI 5235, a Associação Nacional dos Analistas, Técnicos e Auxiliares do Poder Judiciário e do Ministério Público da União (Anata) defendia que o EOAB e leis sobre as carreiras dos servidores em questão estariam em choque com princípios constitucionais, tais como da isonomia, do livre exercício da profissão, da ordem econômica e da livre iniciativa. No voto, fundamentou-se que a Constituição Federal, em que pese tenha a previsão da liberdade de exercício profissional como direito fundamental, esta é norma de eficácia contida. Assim, se mostra passível de aplicação imediata e em toda sua extensão, porém enquanto não sobrevier lei ordinária restringindo seu âmbito de aplicação. A liberdade de exercício de atividade, ofício ou profissão deve ser pautada no objetivo de proteger a coletividade contra possíveis riscos e com a promoção de valores constitucionais, como a moralidade, a eficiência, a igualdade e a

segurança pública.¹⁰ A decisão reitera entendimentos em casos semelhantes já julgados no âmbito do STJ.

O termo permanente não corresponde a perpétuo¹¹, porque se as pessoas citadas no exemplo forem aposentadas, exoneradas, ou seja, desligarem-se do serviço público, podem se inscrever na OAB. O fato é que não se tem uma previsão de tempo para isso ocorrer.

Não se ignore, porém, que a incompatibilidade pode estar ligada a um lapso temporal. Por exemplo, enquanto o sujeito estiver exercendo o cargo de Chefe do Poder Executivo, em que se observará o tempo de mandato, bem assim uma ocupação temporária do cargo de gerência em instituições financeiras, o qual será melhor explorado adiante.

Nos casos citados, a incompatibilidade tem relação com o cargo, pouco importando se o servidor está realizando atividades de outro cargo ou mesmo totalmente alheias ao seu, em desvio funcional. Irrelevante, ainda, a disponibilidade remunerada do ocupante do cargo.¹²

Reitere-se que se o profissional já tem inscrição nos quadros da OAB e passa a exercer atividade incompatível com a advocacia, deve requerer o cancelamento da sua inscrição, nos termos do art. 11 do EOAB, ou pode requerer o licenciamento,

10 Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467875&ori=1>> Acesso em 19 junho 2021.

11 ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das nulidades dos atos de advocacia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8316>> . Acesso em: 11 junho 2021.

12 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 202.

conforme art. 12, II do EOAB se o exercício da atividade for em caráter temporário.

5. A HIPÓTESE DOS OCUPANTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO E GERÊNCIA EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

O enfoque, por fim, deve ser realizado nos casos dos ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas, previsto no art. 28, VIII do EOAB.

Note-se que os demais casos de incompatibilidade, pela simples leitura do art. 28 antes transcrito, normalmente estão ligados a sujeitos que estejam, por algum ângulo, ligados à Administração Pública. Todavia, no caso em análise, abrange expressamente instituições privadas.

Aqui, importante esclarecer que:

”Entende-se por instituições financeiras os bancos, as bolsas de valores e de mercadorias e futuros, as distribuidoras e corretoras de câmbio e de valores mobiliários, as sociedades de crédito, financiamento e investimentos, as sociedades de crédito imobiliário e de arrendamento mercantil, as administradoras de cartões de crédito, associações de poupança e empréstimo e as entidades de liquidação e compensação, sejam públicos ou privadas.”¹³

O CFOAB, por sua vez, manifestou-se de que os critérios para configurar esta hipótese legal são: envolvimento em ati-

vidade de natureza bancária, poder decisório para autorizar e efetuar operações financeiras e interferência sobre direitos de terceiros.¹⁴

O fato é que estes profissionais possuem acesso a dados de clientes e no cotidiano exercem atividades como avaliação e concessão de empréstimos e créditos, ou seja, realizam negócios e operações financeiras em geral, possuindo um grande acesso a documentos e informações de pessoas físicas e jurídicas.

Gisela Gondin Ramos ressalta que o poder decisório destes profissionais, para além de interferir em interesses de terceiros, pode ser capaz de captação irregular de clientela, tráfico de influência e mesmo concorrência desleal. Nítido, portanto, que se estes profissionais possuem informações diferenciadas de uma pessoa que não atue nestas atividades, de fato podem ser vislumbradas estas ocorrências citadas pela autora. O profissional incompatibilizado pelo OAB para o exercício da advocacia tem tanto informações de clientes que pode usar em demandas contra as instituições financeiras, como informações das operações destas, as quais podem lhe ajudar na defesa dos mesmos clientes.

No caso da OAB/PR a Câmara de Seleção tem inclusive súmula quanto ao tema, observe-se:

SÚMULA Nº 03/2020 da Câmara de Seleção da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Estado do Paraná: “GERENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. Conforme dispõe o artigo 28, VIII, do EAOAB, a função de gerente em instituição financeira, mesmo que em instituição privada, em todos os

14 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 217/2018.

níveis, é atividade considerada incompatível com o exercício da advocacia. Diante disso, não cabe inscrição nos quadros da OAB, com base no artigo 8, V do EAOAB, nem licenciamento do exercício profissional, com fulcro no artigo 12, inciso II, do EAOAB, exceto se o profissional a exercer temporariamente, por exemplo, quando cobrirá gerente titular em férias, hipóteses de designação com termo pré-fixado.”¹⁵

Este é o posicionamento predominante no Conselho Federal da OAB:

RECURSO N. 49.0000.2019.010394-8 PCA Recorrente: Patrícia Borba Reis (Advogado: Jose Roberto Borba OAB/MG 64249). Interessado: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais. Relator: Conselheiro Federal Carlos Medauar Reis (BA). Ementa n. 007/2020/PCA. Recurso. Incompatibilidade. GERENTE DO BANCO DO BRASIL. - INCOMPATIBILIDADE DO ART. 28, VIII, DO EAOAB. Ocupante de função de direção e Gerencia em instituição financeira. Negado provimento ao recurso. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedida de votar a Representante da OAB/Minas Gerais. Brasília, 10 de dezembro de 2019. José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral, Presidente. Carlos Medauar Reis,

15 Disponível em < <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/09/202003-cs-sumula.pdf>> Acesso em 11.06.2020

Relator. (DEOAB, a. 1, n. 278, 3.2.2020, p. 3)¹⁶

RECURSO N. 22.0000.2019.013553-6/PCA Recorrente: Renata de Moura Gomes (Advogado(s): Aroldo Bueno de Oliveira OAB/PR 54249, Jackson Barbosa de Carvalho OAB/RO 8310). Interessado: Conselho Seccional da OAB/Rondônia. Relator(a): Conselheiro Federal Antônio Pimentel Neto (TO). Ementa n. 020/2020/PCA. Recurso. Incompatibilidade. Gerente de Relacionamento do Banco Santander. A ocupação de cargo gerencial em instituição financeira é incompatível com o exercício da advocacia, nos termos do art. 28, Inciso VIII da Lei n. 8.906/94. Negado provimento ao recurso. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Rondônia. Brasília, 12 de abril de 2021. José Alberto Simonetti, Presidente. Antonio Pimentel Neto, Relator. (DEOAB, a. 3, n. 599, 13.05.2021, p. 2)¹⁷

Porém, não se desconhece que este mesmo Conselho já chegou a abordar o caso de forma diferente, enveredando para uma análise das atividades exercidas pelo ocupante dos cargos em análise, observe-se:

16 <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/17798?title=22-0000-2019-013553-6&search=gerente%20banco%20incompatibilidade> Acesso em 18.06.2021

17 <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/17798?title=22-0000-2019-013553-6&search=gerente%20banco%20incompatibilidade>. Acesso em 18.06.2021

RECURSO N. 49.0000.2017.004192-2/PCA. Recte: Cesanildo da Silva Cordeiro. Interessados: Conselho Seccional daOAB/Pernambuco. Relatora: Conselheira Federal Sandra Krieger Gonçalves (SC). EMENTA N. 067/2017/PCA. RECURSO.ART. 28, VIII DO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. GERENTE DE UNIDADE DE APOIO DO BANCO DO BRASIL. INCOMPATIBILIDADE NÃO CONFIGURADA. 1) A incompatibilidade para o exercício da advocacia na forma do artigo 28, inciso VIII do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil se configura quando, além do nome do cargo exercido pelo bacharel, que em suas atividades haja ingerência sobre terceiros capaz de configurar a captação de clientela, e assim, a concorrência desleal. 2) Recorrente exercente do cargo de Gerente de Unidade de Apoio sem contato com clientes bancários, ou interferência sobre direitos de terceiros e sem poderes decisórios. 3) Descrição do cargo que denota simples administração de ambiente com logística de armazenamento e descarte de material bancário posto aos seus cuidados. 4) Recurso provido para deferir a inscrição do recorrente, com a restrição imposta no art.30, I do EAOAB. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora. Impedido de votar o Representante daOAB/Pernambuco. Brasília, 18 de setembro de 2017. Felipe Sarmiento Cordeiro, Presidente. Sandra Krieger Gonçalves, Relatora. (DOU, S.1, 03.10.2017, p. 78)¹⁸

18 <https://www.oab.org.br/util/print/15010?print=Ementarios>. Acesso em 18.06.2021

Com a devida vênia, esta análise pormenorizada não encontra respaldo no EOAB, pois em maior ou menor grau, estes profissionais tem interferência em interesses de terceiros e as informações que possuem, como dito, podem auxiliar na captação irregular de clientela, além de outras formas de concorrência desleal, que prejudicaria a possibilidade de contratação de outros profissionais (advogados) não exercentes destas funções.

Não se pode confundir, a previsão do EOAB com a análise realizada nas Reclamações Trabalhistas em que muitos ocupantes de tais funções discutem suas atribuições e poderes por assim dizer para efeitos de definição de regras atinentes à tutela da duração do trabalho e pagamento de horas extras ou mesmo outras vantagens previstas em negociação coletiva.

Uma análise pormenorizada e detalhada como faz a Justiça do Trabalho certamente acarretaria uma enorme insegurança na análise desta hipótese de incompatibilidade.

6. CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, fica claro que o EOAB define as atividades que somente podem ser exercidas pela advocacia, ou seja, pessoas regularmente inscritas nos quadros da OAB. Se praticados fora desta condição, no geral os atos são nulos o que gera sanções administrativas, criminais e mesmo civis.

Ainda, o EOAB prevê de forma clara as hipóteses de impedimento e incompatibilidade e, quanto a este último caso, tem-se a especial previsão dos ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas. Estes, de forma bastante objetiva, não podem exercer a advocacia por causa do poder de interferência em interesses de terceiros que possuem. Além disso, o fato de possuírem informações privilegiadas de clientes e mesmo das próprias instituições financeiras poderia significar concorrência desleal entre profissionais da advocacia, algo que o EOAB repele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das nulidades dos atos de advocacia. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8316>> . Acesso em: 11 junho 2021.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 217/2018.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 52.

A OAB NA DEFESA DA BOA APLICAÇÃO DAS NORMAS (Art. 44 da Lei 8.906/94) E NA PROTEÇÃO DE DIREITOS COLETIVOS

Antônio Carlos Efig¹

Karina da Silva Magatão²

RESUMO: Este estudo objetiva abordar o papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) na proteção da coletividade

-
- 1 Doutor em Direito pela PUCSP. Professor titular da PUCPR, na graduação, especializações, mestrado e doutorado. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Conselheiro Estadual da OABPR. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. Membro e Diretor do BRASILCON. Líder do Grupo de Pesquisa Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica, do PPGD-PUCPR registrado no Diretório do CNPq. Advogado em Curitiba. **OAB PR n. 16.870.**
 - 2 Mestre em Direito pela UFPR. Professora no curso de graduação da PUCPR. Professora convidada da pós-graduação da PUCPR e da FURB – Universidade Regional de Blumenau. Membro integrante do Instituto Brasileiro de Direito Processual e Membro da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito do Consumo e Sociedade Tecnológica, do PPGD-PUCPR. Advogada. **OAB PR n. 41529.**

enquanto entidade *sui generis* que exerce importante função pública, eis que tem por finalidades 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. O foco da pesquisa é a finalidade da boa aplicação das leis, entendida, mais adequadamente, como boa aplicação das normas e a importância de a OAB atuar para garantir a defesa da sociedade por meio da Ação Civil Pública. A OAB é apresentada como entidade legitimada para a propositura de Ação Civil Pública, por meio de seu Conselho Federal, dos seus Conselhos Seccionais e das suas Subseções, quando dotadas de Conselho próprio. A desnecessidade de pertinência temática é uma das questões analisadas, bem como defendida a importância em se reconhecer a OAB enquanto entidade que deve atuar para a defesa de direitos ou interesses difusos e coletivos e para a defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos, sempre em prol da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Finalidades institucionais da OAB - Boa aplicação das normas - Legitimidade da OAB - Ação Civil Pública - Defesa da Sociedade.

1. INTRODUÇÃO

Desde a vigência da Lei n.º 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a OAB é reconhecida pela sua atuação em favor da sociedade, cuja finalidade, dentre outras, é 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.

Dentre as suas finalidades destaca-se a de pugnar pela boa aplicação das leis, defendida como boa aplicação das normas neste estudo. A OAB, portanto, deve ser cuidadosa para com as situações em que se percebe o desrespeito, a omissão ou mesmo a aplicação inadequada das normas, especialmente por aqueles agentes que devem prezar pelo respeito à Constituição e às leis, sob pena de restarem violados os direitos do povo e prejudicada a sociedade.

O objetivo deste estudo é apresentar a possibilidade de a OAB atuar na defesa da boa aplicação das normas por meio da propositura de Ação Civil Pública, já que o EAOAB também prevê a possibilidade de manejo desta Ação Coletiva em favor da coletividade.

Para tanto, realizou-se pesquisa de natureza qualitativa, pautada no método hipotético-dedutivo, bem como a análise e levantamento de dados bibliográficos e documentais enquanto técnica de investigação, analisando-se a legitimidade da OAB para a defesa de direitos ou interesses difusos, coletivos individuais homogêneos, independentemente de pertinência temática, tendo em vista que defender a Constituição, o Estado democrático de direito e a justiça social é atuar em favor da coletividade, o que deve ocorrer quando os seus direitos ou interesses são objeto de ameaça ou de violação.

Analisa-se a atuação tanto do Conselho Federal, como dos Conselhos Seccionais e das Subseções, dentro dos limites existentes, produzindo-se argumentos embasados na doutrina, na interpretação das normas legais e nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. O PAPEL DA OAB NA DEFESA DA BOA APLICAÇÃO DAS NORMAS

Ainda na vigência da Lei n.º 4.215/63, que já dispunha sobre o Estatuto da Advocacia, por conta das ditaduras vivenciadas no Brasil, havia o prenúncio do papel da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em direção ao civismo e à solidariedade social, assumindo coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direitos.

Com o advento da vigente Lei n.º 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB (EAOAB), tudo isso tornou-se expresso no art. 44, o qual reconhece a OAB como serviço público, cuja finalidade, dentre outras, é 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.

Foi nesta perspectiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.026/DF, que considerou a OAB mais que um conselho profissional. Segundo o entendimento do Supremo a OAB teve reconhecida a sua categoria jurídica especial, compatível à sua importância e peculiaridade no mundo jurídico.

Nos termos no julgado, a OAB é entidade autônoma prestadora de serviço público independente, cuja categoria é ímpar dentro do elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. Não pertence à Administração Pública, tampouco está submetida ao seu controle. E suas finalidades não são apenas corporativas, mas também institucionais, nos termos da

lei federal própria.³

-
- 3 EMENTA: 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 PRECATORIA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênera 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

Por ocasião do julgamento, o Min. Carlos Ayres Brito, sustentou que “a OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados do Brasil permaneça desatrelada do Poder Público.”

Conforme ressalta Paulo Lôbo, “a OAB engrandeceu-se, adquirindo confiabilidade e prestígio populares, porque não se ateve apenas aos interesses de economia interna, fugindo à enganosa tentação da paz burocrática de seu microcosmo [...]”⁴

E continua o mesmo autor,

Em suma, a OAB não é nem autarquia nem entidade genuinamente privada, mas serviço público independente, categoria *sui generis*, submetida ao direito público, na realização das atividades estatais que lhe foram delegadas, e ao direito privado, no desenvolvimento de suas atividades administrativas e de suas finalidades institucionais e de defesa da profissão.

Considerada a natureza de serviço público não estatal, mas serviço público de âmbito federal, os processos judiciais em que a OAB seja interessada sujeitam-se à competência da justiça federal (STF,

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. (ADI 3026, Relator: EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006, DJ 29-09-2006 PP-00031 EMENT VOL-02249-03 PP-00478 RTJ VOL-00201-01 PP-00093)

4 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 294.

HC 71.314-9), salvo no caso de cobrança das anuidades (STJ, EREsp 462.273).⁵

Tudo isso faz com que a OAB se distinga de outros conselhos de classe, e não foi outra a vontade do legislador quando dispôs sobre as suas finalidades, além do fato de a advocacia ser reconhecida na Constituição Federal enquanto indispensável à administração da justiça, nos termos do seu art. 133.

Gisela Gondim Ramos, ao tratar da perspectiva pública da atuação da OAB, explica que “[...] o ‘Serviço Público’ que caracteriza a Ordem é aquele que decorre de seus objetivos institucionais, elencados no inciso I do art. 44 (...). Referem-se, portanto, a atuações em benefício da coletividade em geral, por isso o adjetivo público”.⁶

Fica evidente, portanto, da leitura do art. 44 da Lei n.º 8.906/94, que a OAB atua na prestação de serviço público à coletividade, que sua atuação não se limita aos interesses corporativos da classe de advogados e advogadas. É em prol da sociedade que muito daquilo que a OAB faz se realiza. Suas contribuições para a sociedade brasileira derivam de suas funções institucionais, de modo que a OAB tem compromissos com o país e com a nação, porque é seu dever 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.⁷

5 Ibidem, p. 293.

6 RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia – Comentários e jurisprudência selecionada**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2009. p. 521.

7 Nas palavras de João Gonçalves de Lemos: “[...] a OAB deve cui-

Portanto, sobre as finalidades e objetivos da OAB, de um lado estariam os interesses corporativos e do outro a atuação político-institucional, mas como complementos. Não se trata da indicação de opções políticas conjunturais, mas de denunciar os desvirtuamentos do Estado democrático de direitos, dos direitos humanos e da justiça social.⁸

Veja-se que as questões político-institucionais são tratadas como uma das finalidades da OAB previstas no art. 44 do EAOAB e devem ser cumpridas efetivamente por seu Conselho Federal (art. 54, I), Conselhos Seccionais (art. 57) e pelas Subseções (art. 61, I).

A atuação institucional da OAB, tem razão de ser quando estiverem em jogo interesses que transcendem relações individuais, no caso de ser conveniente a sua atuação para a defesa da coletividade.⁹

dar em realizar os objetivos estabelecidos no EAOAB e, para esse fim, precisa desempenhar equilibrada atividade que, a um só tempo, atenda à precípua representatividade da classe de Advogados(as) e de vanguarda na defesa dos compromissos com o País a que cidadãos e cidadãs se obrigam, bem assim as diferentes instituições nacionais. Esse cuidado, portanto, não deve ser apenas no atendimento à Instituição, a seus associados, senão, também, contribuir em benefício de toda a sociedade brasileira. [...]” (COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; TEIXEIRA, Gilberto Lopes. **A Nova Advocacia**. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Gestão fev. 2019 a fev. 2020. p. 164).

- 8 “A função da OAB não é indicar opções políticas conjunturais, porque não é o Parlamento do País, mas denunciar os desvirtuamentos dos parâmetros do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos, da justiça social, colaborando para a melhoria das instituições, inclusive com propostas político-legislativas, tendo em mente sempre as linhas estruturais da vida nacional” (LÔBO, Op. Cit. p. 295).
- 9 “A atuação institucional da OAB apenas é cabível quando em jogo interesses que transcendem relações individuais. A defesa dos interes-

A partir do dever de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis (ou normas), pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, é que a OAB atuará em defesa da coletividade.

Dentre as finalidades referidas, primeiro está a defesa da Constituição que se inclui entre as finalidades político-institucionais da OAB e pode ser cumprida, dentre outras formas, no campo jurisdicional, por meio do ajuizamento de ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das leis, nos termos do art. 103, VII, da Constituição.¹⁰

Além da defesa da Constituição, também a defesa da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, a defesa dos direitos humanos e a luta pela justiça social estão entre as finalidades da OAB. Aliás, a luta pelo respeito e efetivação dos direitos humanos é um dos maiores pontos da atuação histórica da OAB. Trata-se de atuação frente à violação consumada, ou mesmo da promoção de meios preventivos ou de efetivação do exercício dos direitos humanos pelas pessoas e comunidades. E sobre a justiça social, busca-se a supressão ou redução das desigualdades sociais ou regionais, para a promoção de uma sociedade justa e solidária.¹¹

Outra finalidade político-institucional da OAB é o aperfeiçoamento da cultura jurídica, dentro de seu próprio quadro,

ses de grupos determinados de pessoas só se pode fazer pela OAB, excepcionalmente, quando convenha à coletividade como um todo” (Ibidem, p. 296).

10 Idem.

11 Ibidem, p. 296-297.

mas com repercussões para além dele, e o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, no âmbito nacional, quando articulam a organização do povo, inclusive daquelas que não tenham ligação direta com a advocacia.¹²

Por fim, a respeito da finalidade político-institucional da boa aplicação das leis, foco principal deste estudo, inicialmente deve-se enfrentar a significação da expressão “lei”, já que se trata do objeto de zelo da OAB. Assim, desde já se afirma que não há sentido em se referir tão somente à lei, de forma restritiva, sendo mais adequado falar em boa aplicação das normas.

Isto porque diferentemente do que ocorria no positivismo jurídico, a justiça não se reduz à lei. Hoje estão “[...] expressas as combinações possíveis entre os princípios constitucionais, que se limitam a estabelecer os pontos irrenunciáveis de qualquer combinação. A lei mantém seu caráter de ato criador do direito e não vem degradada a mera execução da Constituição”.¹³

E tanto os princípios como as regras são normas¹⁴, porque dizem o que deve ser, admitindo formação por meio de expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição.¹⁵

12 Ibidem, p. 299.

13 ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 97.

14 Regras e princípios são razões para normas e, como tal, razões para ações. Enquanto razões para normas podem ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou razões para normas individuais (juízos concretos de dever ser) (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Original em alemão), p. 106-108).

15 Ibidem, p. 87.

A distinção, para Robert Alexy, deve ser feita baseada num critério que reúne características dos critérios tradicionais: “[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, são mandamentos de otimização cuja característica é sua satisfação em graus variados; “regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”, contêm determinações em relação àquilo que é fática e juridicamente possível, deve-se fazer exatamente o que está previsto. Trata-se de uma distinção qualitativa.¹⁶

No caso dos princípios, como existe uma pluralidade por eles representada, pois expressam vários valores e contextos, é possível afirmar que admitem inúmeras discussões quando da busca dos seus conteúdos. Diferentemente do que ocorre com as regras, que se aplicam na medida do tudo ou nada, os princípios apresentam uma dimensão que as regras não possuem: do peso e da importância.

De tudo que foi dito, pode-se concluir que, a partir do Estado constitucional, o jurista deve compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, de maneira que a lei, antes objeto, agora é um componente que vai levar à construção de uma nova norma decorrente do significado da sua própria interpretação.¹⁷

Na condição de entidade ímpar, que tem por dever defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos e a justiça social, é pouco falar

16 Ibidem, p. 90-91.

17 ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1, p. 63.

em dever de boa aplicação das leis, muito mais adequado é reconhecer que a OAB tem o dever de zelar pela boa aplicação das normas, para garantir que a lei seja compreendida à luz da Constituição, e também é dever da OAB que a própria Constituição seja bem aplicada, pois só assim são respeitados a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos e a justiça social.

A respeito da boa aplicação das normas, elucida Paulo Lôbo: “[...] A aplicabilidade das leis dá-se por sua observância espontânea pelos destinatários ou por aplicação mediante o Poder Judiciário. Cabe à ordem promover ambas, com todos os meios disponíveis”.¹⁸

Os destinatários da norma devem aqui ser considerados no seu sentido mais amplo, como sendo todos aqueles que têm por dever respeitar a norma e também aplicá-la em favor da coletividade.

Inicialmente, ressalta-se que a OAB deve promover a boa aplicação das normas por meio da sua espontânea observância pelos destinatários, ou seja, tudo aquilo que estiver ao alcance da OAB para incentivar e garantir que os destinatários das normas voluntariamente a respeitem, em prol da sociedade.

Também é possível que haja a necessidade de intervenção jurisdicional para a boa aplicação das normas, no caso de não existir a sua observância espontânea pelos destinatários da norma. Neste caso deve a OAB atuar para que o Poder Judiciário obrigue o destinatário da norma a observá-la, de modo que compete a ela propor ação judicial para discutir a necessidade da boa aplicação das normas.

18 LÔBO, Op. Cit. p. 298.

A busca da tutela jurisdicional, por meio da atuação da OAB, é fundamental, quando a sociedade necessita que as normas sejam aplicadas adequadamente, especialmente por aqueles que, em razão de sua função, deveriam zelar pelo seu respeito e aplicabilidade. A Administração Pública, inclusive, enquanto destinatária das normas, deve respeitá-las e bem aplicá-las, competindo à OAB a propositura de medida judicial frente ao descumprimento das normas em desfavor da coletividade.

A tutela jurisdicional pode se realizar, nestas hipóteses, por meio da Ação Civil Pública, cuja propositura está prevista dentre as competências da OAB, então arroladas no art. 54 do EAOAB.

Assim, considerada a possibilidade de propositura de Ação Civil Pública pela OAB para assegurar a boa aplicação das normas pelo Poder Judiciário, deve-se relacionar tal finalidade com as possibilidades de cabimento da referida ação, que estão previstas no art. 1º da Lei n.º 7.347/85 (LACP). Segundo dispõe referido dispositivo, a Ação Civil Pública pode viabilizar a tutela jurisdicional do meio-ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica, da ordem urbanística, da honra e da dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, do patrimônio público e social e de qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Desta forma, é possível concluir que a OAB pode e deve atuar para garantir a boa aplicação das normas diante da ofensa ou da ameaça de lesão a qualquer destes ou outros direitos coletivos, como será melhor defendido adiante.

3. A LEGITIMAÇÃO ATIVA DA OAB PARA ATUAR EM AÇÕES DE PROTEÇÃO DE DIREITOS OU INTERESSES COLETIVOS

A legitimidade para a defesa de direitos ou interesses coletivos¹⁹ é extraordinária, pois atribuída por lei a entes que atuam em nome próprio, defendendo um interesse próprio. Mas este interesse próprio não é um simples direito individual, é a defesa de direitos ou interesses da coletividade (interesses alheios), que não pode ser feita de forma individual, precisa de uma estrutura coletiva.²⁰

O paradigma moderno observado em relação à tutela coletiva não diz respeito à titularidade da pretensão invocada, mas à autonomia e à exclusividade mediante as quais as entidades legalmente mencionadas estão autorizadas a ajuizar ações

19 Direitos ou interesses coletivos são gênero, do qual são espécies os direitos ou interesses metaindividuais ou transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e os direitos ou interesses individuais homogêneos. Os conceitos se encontram positivados no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que a "A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

20 VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 101.

coletivas.²¹

Ao ser reconhecida por lei a legitimidade de algum ente para a tutela de direitos ou interesses coletivos, tem-se legitimação concorrente, pois todos os que têm essa legitimidade para demandar reconhecida na lei, podem fazê-lo. Além disso, a legitimidade é disjuntiva, pois a tutela de um direito ou interesse coletivo independe da participação ou anuência de todos os legitimados, uma entidade *sponte propria* pode agir. Portanto, nestes casos qualquer formação de litisconsórcio é facultativa.

A opção pelos representantes idôneos e adequados é legislativa. Essa idoneidade e adequação do ente para buscar a tutela dos direitos ou interesses coletivos vem presumida, em alguns casos, como se dá com o Ministério Público²², ou depende da comprovação de requisitos objetivos, como se passa com as associações, que necessitam ter sido constituídas a mais de ano e dia²³, bem como deve constar do seu estatuto social a defesa

21 Idem.

22 Art. 129, inciso III, da Constituição Federal; art. 5º, inciso I, da Lei da Ação Civil Pública.

23 Este requisito já foi relativizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento unânime do REsp 1.443.263, pela 3ª Turma, ao reconhecer a legitimidade ativa de uma associação, constituída há menos de um ano, na defesa jurídica dos portadores de doença celíaca. No julgamento entende-se que apesar do requisito da pré-constituição ser expresso na lei, ele pode ser dispensado quando houver manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, isso não foi verificado no caso. Também na oportunidade a Min. Nancy Andrighi destacou precedente da 3ª Turma que reconheceu a legitimidade de associação que complete um ano de existência no curso do processo, por aplicação do princípio da economia processual.

daquele direito ou interesse coletivo que se quer tutelar.²⁴

No caso da OAB, o EAOAB, em seu art. 54, inciso XIV, estabelece:

Art. 54. Compete ao Conselho Federal:
XIV - ajuizar ação direta de inconstitucionalidade de normas legais e atos normativos, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei;

A lei, portanto, atribuiu legitimação extraordinária ao Conselho Federal da OAB para propor Ação Civil Pública, permitindo ao Conselho atuar na defesa de direitos ou interesses coletivos.

Não se trata de legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública para a defesa institucional dos interesses coletivos dos advogados e advogadas, da dignidade profissional, independência, prerrogativas e valorização da advocacia, pois a atribuição contida no inciso II do art. 54 do EAOAB não pode ser confundida com a do seu inciso XIV. Trata-se de legitimidade para a tutela de interesses coletivos em geral, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Referida legitimidade é reconhecida apenas à OAB e não aos demais conselhos federais profissionais, por conta das funções institucionais atribuídas por lei à OAB, segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF - ADI 6410).

Ademais, quando o art. 44, inciso I, do EAOAB, reconhece a OAB como um serviço público, que tem por finalidades de-

24 Art. 82, inciso IV, e Parágrafo Primeiro, do Código de Defesa do Consumidor; art. 5º, inciso V, alíneas *a* e *b*, da Lei da Ação Civil Pública.

fender 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, espera-se que a entidade atue para atender aos seus fins por meio dos instrumentos permitidos por lei para tal, e se a lei autoriza a entidade a promover a Ação Civil Pública, é porque espera-se que as finalidades da OAB sejam alcançadas por meio da busca da tutela jurisdicional dos direitos ou interesses coletivos em prol da sociedade.

Outra questão a se observar diz respeito à legitimação para a propositura da Ação Civil Pública enquanto autorização para a atuar na defesa de direitos ou interesses difusos ou coletivos, tão somente, já que o EAOAB trata expressamente em Ação Civil Pública e a LACP, de modo geral, cuidando da tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos e seu procedimento.

Ocorre que não devem ser deixados de lado pela OAB os direitos ou interesses individuais homogêneos. A sua preocupação deve ser tanto com os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Isto deve ocorrer por conta do diálogo entre as normas da Ação Civil Pública, previstas na LACP, e as da Ação Coletiva, previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC), diálogo este autorizado pelo art. 21 da LACP e pelo art. 90 do CDC.²⁵

25 Nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: “[...] entende-se que não há embasamento para tratar “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva” como ferramentas processuais diversas. Pelo contrário, o melhor encaminhamento é perceber que o atual ordenamento positivo faculta que quaisquer técnicas processuais disponíveis sejam utilizadas tanto na proteção coletiva de direitos individuais quanto na tutela jurisdicional de interesses metaindividuais – representando leitura harmonizadora voltada à proteção do processo coletivo brasileiro” (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo**

Na medida em que a LACP disciplina a tutela de direitos difusos e coletivos e que a o CDC trata da tutela de direitos individuais homogêneos, reconhecer o diálogo existente entre os dois sistemas de tutela permite reconhecer a existência de um microsistema de processo coletivo, que contém um procedimento padrão par as causas coletivas em geral.

Referido diálogo, além de outras consequências, viabiliza que se discuta, numa mesma ação, a ofensa a direitos ou interesses coletivos, sejam eles metaindividuais ou individuais homogêneos, tudo ao mesmo tempo e no mesmo processo. Afinal de contas, uma mesma ocorrência social, econômica ou de outra ordem pode afetar direitos ou interesses situados em qualquer dos planos do universo coletivo.

Paulo Lôbo, inclusive, afirma que a ação civil se presta à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e os autores legitimados são entes ou entidades, públicos ou privados, que incluam entre as suas finalidades a tutela desses interesses, como é o caso da OAB. Segundo o autor, a legitimidade atribuída pela lei à OAB configura dever, e não faculdade de agir.²⁶

Considerado tudo isso, restringir a atuação da OAB para os casos de interesses difusos ou coletivos é desconsiderar a sistemática existente que estabelece o diálogo entre os microsistemas da LACP e do CDC, bem como ignorar o fato de que interesses individuais homogêneos, especialmente quando forem de relevância social ou tiverem caráter indisponível, precisam

Coletivo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020).

da atuação da OAB para a sua tutela.²⁷

Oportunas são as lições de Elton Venturi sobre o assunto:

“Uma vez garantida a ampla tutela jurisdicional de quaisquer direitos subjetivos, sejam de natureza individual ou meta-individual, não é admissível que o emprego de ações coletivas sofra restrições advenientes do apego a um exacerbado conceitualismo. O que se deve inferir é que os direitos meta-individuais não são passíveis de proteção jurisdicional pelo fato de serem tipificados e conceituados como difusos, coletivos e individuais homogêneos pela legislação infraconstitucional (Código de Defesa do Consumidor), mas sim pelo fato de constituírem direitos subjetivos constitucionalmente assegurados, cuja necessidade de tutela avulta em função de sua relevância social”.²⁸

Situação semelhante ocorre com o Ministério Público, que tem a sua legitimidade reconhecida para a tutela de direitos individuais homogêneos de relevância social ou de caráter indisponível. A jurisprudência tem reconhecido com frequência essa legitimidade:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

27 A idoneidade do MP é presumida pela Constituição, é sua função institucional proteger interesses difusos e coletivos, bem como interesses individuais homogêneos que tenham relevância social ou caráter indisponível.

28 VENTURI, Op. Cit., p. 89.

DA SEXTA TURMA ACERCA DO TEMA, EM CONSONÂNCIA COM RECENTE PRECEDENTE DA QUINTA TURMA. 1. É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo Parquet, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante. 2. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que veicule pretensões relativas a benefícios previdenciários, no caso relacionadas ao recebimento, ou à revisão, de benefícios de pensão por morte concedidos nos termos da Lei nº 9.528/97 quando os óbitos tenham ocorrido anteriormente à sua vigência. Precedente da Quinta Turma. 3. Recurso especial improvido. (REsp 946.533/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 13/06/2011).

Sobre a questão, a Súmula de Entendimento n.º 7, do Conselho Superior do Ministério Público Paulista, esclarece:

“O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81, III, c/c o art. 82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21 da Lei nº 7.347/85 (LACP), que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.””.

Esse entendimento deve também nortear a atuação da OAB, especialmente por conta de suas finalidades institucionais. Não se deve, portanto, cogitar limitar a atuação da OAB à defesa de direitos ou interesses difusos ou coletivos. É preciso reconhecer sua legitimidade para a tutela de direitos individuais homogêneos, pois estes também são direitos ou interesses constitucionalmente assegurados.

Comumente sua proteção é de relevância social e seu caráter, por vezes, é indisponível, além do fato de existir geralmente, grande dispersão dos lesados ou mesmo ser de interesse da coletividade que a sua tutela se realize por meio da atuação de entidade que tem, dentre as suas finalidades, buscar garantir a sua proteção de coletivamente perante o Judiciário, dentre outras razões que demonstram a relevância social na atuação da OAB para a tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos.

Superada a questão acerca dos direitos ou interesses objeto de defesa pela OAB, cumpre tratar da desnecessidade de pertinência temática para o reconhecimento da legitimação extraordinária da OAB na propositura de Ação Civil Pública.

Como explica Gustavo Tuller Oliveira Freitas, a OAB tem legitimidade para:

“[...] ingressar com ações de defesa de interesse coletivo dos advogados e, além disso, de interesse coletivo de outras classes e grupos, bem como de interesses difusos, dispensada a comprovação de pertinência temática se demonstrada a violação à Constituição, à ordem jurídica do Estado democrático de direito, aos direitos humanos, a justiça social, devendo e podendo a OAB pugnar pela boa aplicação das leis e pelo aperfeiçoamento das ins-

tituições jurídicas”.²⁹

Ou seja, foi do legislador a opção de reconhecer na OAB um representante idôneo e adequado da coletividade para questionar, junto ao Poder Judiciário, a lesão ou ameaça de lesão a direitos ou interesses coletivos, quando tal circunstância decorrer da afronta à Constituição, à ordem jurídica do Estado democrático de direito, aos direitos humanos, à justiça social, ou mesmo da má aplicação das normas, da morosa administração da justiça e do aperfeiçoamento inadequado da cultura e das instituições jurídicas.

Assim, não há de se falar em demonstração de pertinência temática no caso concreto, a OAB tem dentre as suas funções instituições o dever de propor Ação Civil Pública para a tutela de direitos ou interesses da coletividade, a fim de atender as suas funções institucionais.

Paulo Lôbo defende este aspecto, ao afirmar que a legislação que atribui à OAB legitimidade para a propositura de ações coletivas não fez distinção em relação aos interesses objeto de tutela ou em relação à ofensa constatada, de modo que não se exige pertinência temática com as suas finalidades, sendo a legitimidade da OAB de caráter legal.³⁰

O Superior Tribunal de Justiça, em importante julgado sobre o tema, estabeleceu que:

“[...] A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 - para propositura de ações civis

29 PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (org.). **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. 2. ed. Curitiba. 2017. p. 413.

30 LÔBO, Op. Cit., p. 328.

públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos. Recurso especial provido.”³¹

-
- 31 Esse julgamento é extremamente importante quando se trata da atuação da OAB na defesa de direitos ou interesses coletivos por meio de Ação Civil Pública. Cite-se a íntegra da ementa: PROCESUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL. PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO URBANÍSTICO, CULTURAL E HISTÓRICO. LIMITAÇÃO POR PERTINÊNCIA TEMÁTICA. INCABÍVEL. LEITURA SISTEMÁTICA DO ART. 54, XIV, COM O ART. 44, I, DA LEI 8.906/94. DEFESA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ESTADO DE DIREITO E DA JUSTIÇA SOCIAL. 1. Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão que manteve a sentença que extinguiu, sem apreciação do mérito, uma ação civil pública ajuizada pelo conselho seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em prol da proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico local; a recorrente alega violação dos arts. 44, 45, § 2º, 54, XIV, e 59, todos da Lei n. 8.906/94. 2. Os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84. 3. A legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 - para propositura de ações civis públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui

Em seu voto, assim fundamentou o exmo. relator: “[...] Em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, penso que a legitimidade ativa da OAB não está sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo-lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais”.

A posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça foi tomada a partir de uma leitura sistemática do art. 54, XIV, com o art. 44, I, do EAOAB, para autorizar que a OAB atuasse na proteção do patrimônio urbanístico, cultural e histórico.

Noutro caso, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a legitimidade da OAB também para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos consumidores a título coletivo, em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social. Assim, a legitimidade ativa da OAB não estaria sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo-lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais.³²

todos os direitos coletivos e difusos. Recurso especial provido. (Resp 1351760/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

32 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. TEORIA DA ASSERÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DA OAB PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS CONSUMIDORES A TÍTULO COLETIVO. POSSIBILIDADE. 1. São cabíveis embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, acolhendo preliminar de ilegitimidade ativa (art. 530 do CPC/1973). 2. “No sistema recursal brasileiro, vigora o cânone da unicidade ou unirrecorribilidade recursal, segundo o qual, manejados dois recursos pela mesma parte contra uma única decisão, a preclusão consumativa impede o

Portanto, não é possível limitar a atuação da OAB na defesa de direitos ou interesses coletivos em razão da pertinência temática, pois defender a Constituição, o Estado democrático de direito e a justiça social significa atuar em favor de todo e qualquer direito ou interesse difuso ou coletivo. No que diz respeito aos individuais homogêneos, também a sua defesa pode ter essa significação, como já visto.

Outra questão importante, que toca o tema da legitimação da OAB na propositura de Ação Civil Pública, diz respeito à possibilidade de os Conselhos Seccionais, também atuarem para

exame do que tenha sido protocolizado por último” (AgInt nos EAG 1.213.737/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 17/8/2016, DJe 26/8/2016). 3. Conforme decidido em sede de repercussão geral pelo STF, “ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional” (RE 595332, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 31/8/2016, Dje 23/6/2017) 4. A Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, possui legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública para a defesa dos consumidores a título coletivo. 5. Em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, a legitimidade ativa da OAB não está sujeita à exigência da pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, devendo lhe ser reconhecida aptidão genérica para atuar em prol desses interesses supraindividuais. 6. No entanto, “os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n.8.906/84” (REsp 1351760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 9/12/2013). 7. No presente caso, como o recurso de apelação da OAB não foi conhecido, os autos devem retornar ao Tribunal de origem para a reapreciação da causa, dando-se por superada a tese da ilegitimidade do autor. 8. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1423825/CE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, 4ª Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 18/12/2017)

a tutela dos direitos ou interesses coletivos.

Segundo o parágrafo 2º, do art. 45, do EAOAB, os Conselhos Seccionais são órgãos da OAB, dotados de personalidade jurídica própria, e têm jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios.

Eles exercem e observam, segundo dispõe o art. 57, do EAOAB, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.

Adota-se o modelo federativo (no caso, o paradigma dos Estados-membros), de modo que os Conselhos Seccionais atuam em área territorial delimitada, mesmo que dotados de personalidade jurídica própria. Não são independentes, porque se vinculam juridicamente ao centro (Conselho Federal).³³

E como explica Gustavo Tuller Oliveira Freitas, sobre o rol de competências do Conselho Federal, disposto pelo art. 54 do EAOAB, como não exaustivo e tão somente exemplificativo. Algumas delas são competências exclusivas do Conselho Federal, outras podem ser delegadas aos Conselhos Seccionais e, em alguns casos, às Subseções. Dentre as atribuições previstas no referido art. 54, aplica-se às Seccionais: ajuizar Ação Civil Pública e demais ações cuja legitimação lhe seja outorgada por lei. Neste caso, trata-se de competência concorrente do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais.³⁴

33 LÔBO, Paulo. Op. Cit., p. 303.

34 PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (org.). Op. Cit., p. 409.

Assim, é certo afirmar que também os Conselhos Seccionais têm legitimidade extraordinária para a propositura de Ação Civil Pública em favor da coletividade, nos limites da sua atuação territorial. Até mesmo as Subseções, quando contarem com Conselho próprio (art. 61, parágrafo único, do EAOAB).

Neste sentido pondera Paulo Lôbo:

“Essas ações coletivas podem ser propostas não apenas pelo Conselho Federal, mas pelos Conselhos Seccionais (art. 57 do Estatuto) e Subseções quando contarem com Conselho próprio (art. 61, parágrafo único, do Estatuto). Nesse sentido o TRF-3ª Região decidiu pela competência da OAB-SP em promover ação civil pública em defesa dos consumidores em geral, perante a Justiça Federal (Agl 1999.03.00.005975).”³⁵

Este tema também foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgado referido anteriormente, tendo sido decidido que “os conselhos seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil podem ajuizar as ações previstas - inclusive as ações civis públicas - no art. 54, XIV, em relação aos temas que afetem a sua esfera local, restringidos territorialmente pelo art. 45, § 2º, da Lei n. 8.906/84”.³⁶

Portanto, tanto o Conselho Federal, como os Conselhos Seccionais e as Subseções, quando contarem com Conselho próprio, dentro dos seus limites territoriais, têm legitimidade extraordinária para a propositura de Ação Civil Pública para a tutela de interesses coletivos em geral, sejam eles difusos,

35 LÔBO, Paulo. Op. Cit., p. 327.

36 REsp 1351760/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013.

coletivos ou individuais homogêneos, independente de pertinência temática.

Em relação à boa aplicação das normas, configurada como uma das finalidades da OAB, é dever da entidade, por meio de Ação Civil Pública, buscar que o Poder Judiciário obrigue o destinatário da norma a observá-la, especificamente no caso daqueles sujeitos que, por mal aplicarem ou desrespeitarem as normas, lesam ou ameaçam lesar a coletividade.

A busca da tutela jurisdicional por meio da atuação da OAB é fundamental, mormente num momento em que a sociedade necessita que as normas sejam aplicadas adequadamente, especialmente por aqueles sujeitos que, em razão de suas atribuições, deveriam zelar pelo seu respeito e boa aplicabilidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise do papel da OAB na defesa da boa aplicação das normas jurídicas, constata-se que já no advento da Lei n.º 4.215/63, que já dispunha sobre o Estatuto da Advocacia, por conta das ditaduras vivenciadas no Brasil, contemplava a vocação da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em direção ao civismo e à solidariedade social, assumindo coletivamente a defesa dos direitos humanos e os princípios do Estado Democrático de Direitos.

Com a promulgação da Lei n.º 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a OAB (EAOAB), o seu art. 44, reconhece expressamente a OAB como serviço público, cuja finalidade, dentre outras, é defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das normas, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 3.026/DF considerou a OAB mais que um conselho profissional, reconhecendo a sua categoria jurídica especial, compatível à sua importância e peculiaridade no mundo jurídico.

Assim, a OAB é entidade autônoma prestadora de serviço público independente, cuja categoria é ímpar dentro do elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro, não pertencendo à Administração Pública, tampouco está submetida ao seu controle e suas finalidades não são apenas corporativas, mas também institucionais.

Este reconhecimento jurídico faz com que a OAB se distinga de outros conselhos de classe, pois dentre as suas finalidades, além do fato de a advocacia ser reconhecida na Constituição Federal enquanto indispensável à administração da justiça, a entidade tem atuações em benefício da coletividade em geral, de modo que a OAB tem compromissos com o país e com a nação, porque é seu dever defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das normas, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

No cumprimento destas finalidades, prioritariamente está a defesa da Constituição que se inclui entre as finalidades político-institucionais da OAB e pode ser cumprida, dentre outras formas, no campo jurisdicional, por meio do ajuizamento de Ação Direta de Constitucionalidade ou de Inconstitucionalidade das leis, nos termos do art. 103, VII, da Constituição.

Ainda como finalidade político-institucional da OAB, está o aperfeiçoamento da cultura jurídica, dentro de seu próprio quadro, mas com repercussões para além dele, e o aperfeiçoamento das instituições jurídicas, no âmbito nacional, quando articulam a organização do povo, inclusive daquelas que

não tenham ligação direta com a advocacia.

Já para realizar a sua finalidade político-institucional de boa aplicação das normas, a OAB deve incentivar e garantir que os destinatários das normas voluntariamente a respeitem, em prol da sociedade, contudo havendo a necessidade de intervenção jurisdicional a OAB deve atuar para que o Poder Judiciário obrigue o destinatário da norma a observá-la, inclusive por meio da Ação Civil Pública.

A legitimação para a defesa de direitos ou interesses coletivos é extraordinária, e a lei atribuiu ao Conselho Federal da OAB a legitimidade para propor Ação Civil Pública, permitindo ao Conselho atuar na defesa de direitos ou interesses coletivos, não se confundindo com a legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública para a defesa institucional dos interesses coletivos dos advogados e advogadas, da dignidade profissional, independência, prerrogativas e valorização da advocacia, mas também trata-se de legitimidade para a tutela de interesses coletivos em geral, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Uma vez que a LACP disciplina a tutela de direitos difusos e coletivos e que a o CDC trata da tutela de direitos individuais homogêneos, reconhecer o diálogo existente entre os dois sistemas de tutela permite reconhecer a existência de um microssistema de processo coletivo, que contém um procedimento padrão par as causas coletivas em geral, permitindo que se discuta, numa mesma ação, a ofensa a direitos ou interesses coletivos, sejam eles metaindividuais ou individuais homogêneos, tudo ao mesmo tempo e no mesmo processo.

Restringir a atuação da OAB para os casos de interesses difusos ou coletivos é desconsiderar a sistemática existente que estabelece o diálogo entre os microssistemas da LACP e do CDC e ignorar que os interesses individuais homogêneos, espe-

cialmente quando forem de relevância social ou tiverem caráter indisponível, precisam da atuação da OAB para a sua tutela.

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a legitimidade da OAB também para a propositura de Ação Civil Pública em defesa dos consumidores a título coletivo, em razão de sua finalidade constitucional específica, da relevância dos bens jurídicos tutelados e do manifesto viés protetivo de interesse social, não se limitando a legitimidade ativa da OAB à pertinência temática no tocante à jurisdição coletiva, reconhecendo-se a aptidão genérica para atuar em prol de interesses supraindividuais.

Ademais, os Conselhos Seccionais, também possuem autorização legal para atuarem para a tutela dos direitos ou interesses coletivos, quando dotados de personalidade jurídica própria, obedecida a jurisdição sobre os respectivos territórios dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Territórios. Da mesma forma os Conselhos Seccionais têm legitimidade extraordinária para a propositura de Ação Civil Pública em favor da coletividade, nos limites da sua atuação territorial de até mesmo as Subseções, quando contarem com Conselho próprio.

Assim, em relação à boa aplicação das normas, configurada como uma das finalidades da OAB, é dever da entidade, por meio de Ação Civil Pública, pleitear perante o Poder Judiciário o seu cumprimento, sendo a sua salvaguarda e guardião do Estado Democrático de Direito, da observância dos direitos humanos, realização da justiça social, enfrentando e combatendo a má aplicação das normas, a morosidade da administração da justiça, com vistas a realização do objetivo de construção no Brasil duma sociedade livre, justa e solidária.

Portanto, não se pode ignorar a necessária luta da OAB em busca da proteção dos direitos pelo Judiciário, inclusive de forma coletiva. É salutar atuar e manter-se forte para a concreti-

zação da Constituição, na promoção de uma advocacia cada vez melhor e mais comprometida com a sociedade, que tanto necessita da tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio A. da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. (Original em alemão).

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Coletivo**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. v. 1.

COELHO JÚNIOR, Hélio Gomes; MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis; TEIXEIRA, Gilberto Lopes. **A Nova Advocacia**. Colégio de Presidentes dos Institutos dos Advogados do Brasil. Gestão fev. 2019 a fev. 2020

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (org.). **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. 2. ed. Curitiba. 2017.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da advocacia – Comentários e jurisprudência selecionada**. 5. ed. São Paulo: Forense, 2009.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil**. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E PROCESSOS PERANTE A OAB

Cristina Bichels Leitão¹

Carina Lamas Roncato²

RESUMO: No presente ensaio as autoras buscam responder se é viável a adoção da coisa julgada administrativa nos processos instaurados perante a Ordem dos Advogados do Brasil. Para tanto, analisam a coisa julgada como qualidade que se agrega aos efeitos das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, tanto cíveis como criminais absolutórias. Também analisam a viabilidade da adoção de um conceito de coisa julgada administrativa e sua aplicabilidade aos processos disciplinares ou não instaurados no âmbito da OAB.

1 Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Professora de Direito Processual Civil, Negociação, mediação e Arbitragem da FAE – Centro Universitário. Procuradora do Estado do Paraná. Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Associada ao Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr.

2 Graduanda do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Membro do Grupo de Estudos e Competição em Arbitragem FAE. Médica.

PALAVRAS-CHAVE: Decisão administrativa. Coisa julgada administrativa. Processos perante a OAB.

1. INTRODUÇÃO

No presente ensaio, pretende-se analisar se é possível admitir a coisa julgada administrativa nos processos instaurados perante a Ordem dos Advogados do Brasil, delimitando que tipo de processo admite a aplicação de uma suposta preclusão máxima na esfera administrativa, sob a perspectiva dos princípios da segurança jurídica, eficiência e dignidade da pessoa humana.

Para tanto, as autoras analisam o instituto da coisa julgada material nos processos civil e penal, para em seguida abordar a viabilidade de uma coisa julgada administrativa. Ao final, buscam responder como a coisa julgada administrativa pode ser aplicável nos processos instaurados perante a Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL

No Estado Democrático de Direito, um dos princípios basilares e pressupostos para sua manutenção é a segurança jurídica.³

3 A segurança é contemplada no preâmbulo da Constituição da República: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica

No campo do direito processual, a segurança jurídica toca à previsibilidade, coerência, harmonia e confiança das decisões judiciais. Não se admite, num Estado democrático de direito, decisões que impliquem o retroagir das leis, decisões diversas a tratar questões idênticas, ou decisões que não estabilizem as relações jurídicas.⁴

O instituto da coisa julgada permite a segurança das decisões judiciais que solucionam litígios, após o decurso dos respectivos prazos recursais, impedindo que as declarações nelas contidas sejam discutidas novamente no futuro, garantindo a imutabilidade e estabilidade do comando ou da autoridade das decisões.

A Constituição alça a coisa julgada a direito fundamental⁵ e a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ratifica o respeito ao instituto, conceituando-o no art. 6º, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Quando opera coisa julgada material, a decisão de mérito proferida no processo civil passa a ser definitiva, devendo ser respeitada, inclusive em outros processos, o que tem como

das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

- 4 Paulo Mendes de Oliveira lembra, citando Humberto Ávila, comenta que, “para o alcance de um ideal de segurança jurídica é essencial que o ordenamento confira aos cidadãos: cognoscibilidade, confiança e calculabilidade. São as dimensões de concretização da segurança jurídica” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 24).
- 5 Constituição da República, art. 5º, XXXV: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

fundamento os imperativos (i) político – no sentido de o Estado informar sua autoridade perante a sociedade –, (ii) social – para encerrar o conflito de interesses e pacificar a sociedade – e (iii) jurídico – para outorgar tutela jurisdicional às partes.

A partir da ausência de recursos contra a sentença proferida no processo civil, a coisa julgada torna seus efeitos – declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo – imutáveis. A decisão de mérito não transitada em julgado produz (ou pode produzir) os referidos efeitos, mas é desprovida da qualidade que os torna imutáveis. Ainda que tais efeitos sejam materialmente realizados, o que se permite, por exemplo, pela efetivação da tutela antecipada ou da sentença impugnada por apelação desprovida de efeito suspensivo, a sua imutabilidade apenas se opera com o advento da coisa julgada, quando não mais pende prazo para a interposição de recursos contra a sentença.⁶

A coisa julgada já foi considerada “uma presunção absoluta de verdade” (Pothier), uma “ficção da verdade” (Savigny) e “um efeito da decisão” (Hellwig).⁷ A teoria de Hellwig foi aceita na Alemanha e Itália (Chiovenda), como também no Brasil (Pontes de Miranda e Celso Neves).⁸

6 Conforme a doutrina de Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 274): “Enquanto sujeita a recurso, a sentença não passa de ‘uma situação jurídica’. Os efeitos próprios da sentença só ocorrerão, de forma plena e definitiva, no momento em que não mais seja suscetível de reforma por meio de recursos. Ocorrerá, então, o trânsito em julgado, tornando o decisório imutável e indiscutível (art. 502)”.

7 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente**, cit., p. 67.

8 Idem.

Já em Liebman, coisa julgada passa a ser uma **qualidade** que se agrega aos efeitos da sentença.⁹ Este conceito acabou sendo adotado na doutrina processual civil brasileira, superando-se a concepção anterior de que a coisa julgada seria considerada um dos efeitos ou uma eficácia específica da sentença.¹⁰

Verifica-se que a doutrina brasileira incorporou o conceito de Liebman, conforme se extrai das obras de processualistas, como Humberto Theodoro Júnior¹¹, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero¹², Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,¹³ Teresa Arruda Alvim Wambier

9 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. posterior à ed. de 1945 e notas de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981, p. 54.

10 LIEBMAN, Enrico Tulio. Cit., p. 2. Assim concluiu o processualista italiano sobre a natureza da coisa julgada: "Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. A eficácia natural da sentença, com a aquisição dessa ulterior qualidade, acha-se, então, intensificada e potencializada, porque se afirma como única e imutável formulação da vontade do Estado de regular concretamente o caso decidido".

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, cit., p. 1104.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 622 e ss.

13 Os autores conceituam coisa julgada assim: "A coisa julgada material é *qualidade* de que se reveste o pronunciamento de *mérito tran-*

et. al.¹⁴, Paulo Mendes de Oliveira,¹⁵ dentre tantos outros.

A coisa julgada foi conceituada distintamente nos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015:

CPC DE 1973	CPC DE 2015
Art. 467: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário”.	Art. 502: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

sitado em julgado, consistente na *imutabilidade* de seu comando” (WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. Vol. 2, 16 ed., reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 792).

- 14 “A coisa julgada **não** é um **efeito da sentença** ou da **decisão de mérito**, mas uma **qualidade que se agrega aos efeitos da sentença**. Não pode ser vista como um efeito autônomo da sentença (ou da decisão interlocutória de mérito). Indica a **forma como certos efeitos se exteriorizam, a sua força, a sua estabilidade, a sua autoridade**. Expressões como imutabilidade, definitividade, intangibilidade exprimem uma **qualidade**, uma propriedade, um atributo do objeto a que se referem” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO e Leonardo Ferres da Silva, MELLO. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 502). Em outras oportunidades, a autora já havia se posicionado assim: “A imutabilidade pode definir-se como a principal característica ou qualidade que se acrescenta aos efeitos do comando contido na parte decisória da sentença” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 20).

- 15 OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Coisa julgada e precedente, cit., pp. 78 e ss.

Percebe-se que o legislador adotou a conceituação de Liebman no CPC de 2015, ao trocar o substantivo “eficácia” por “autoridade” na conceituação de coisa julgada.

Ademais, constata-se outra modificação conceitual importante, que se refere à decisão de mérito no dispositivo legal, não se restringindo ao pronunciamento judicial “sentença”. Isto porque há decisões que não se enquadram na categoria de sentenças, tal como definido no artigo 203, §1º, do CPC, mas que também apreciam o mérito da causa (ou de parte dela). Justamente pela característica de resolução do mérito, tais decisões também produzem coisa julgada material e são inclusive passíveis de ação rescisória.

Vale lembrar que a coisa julgada material somente pode ser desconstituída por meio de ação rescisória, cujo prazo decadencial é de dois anos.¹⁶

3. A COISA JULGADA NO PROCESSO PENAL

Igualmente a sentença proferida no processo penal produz coisa julgada: após julgados os recursos pertinentes ou decorrido o prazo para sua interposição, a sentença se torna imutável, podendo ser modificada em casos excepcionais, como pela propositura da revisão criminal, que se trata de ação autônoma com a finalidade de impugnar decisões judiciais penais condenatórias transitadas em julgado.¹⁷

16 Já a sentença inexistente pode ser assim declarada a qualquer tempo por meio de ação declaratória - a denominada querela nullitatis (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. Cit., p. 210 e ss.).

17 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed.,

Os fundamentos da coisa julgada material já foram antes mencionados, mas aqui também é relevante frisar que o sistema processual necessita da segurança de um fim na busca por justiça: “reconhece-se a imutabilidade de uma decisão para que a insegurança na solução de determinado conflito não se perpetue. O mal de uma injustiça imutável pode ser menor do que a busca incessante de uma justiça, no fundo, igualmente impalpável e sempre discutível”.¹⁸

Contudo, quando o réu é condenado no processo penal, cabe a revisão da sentença transitada em julgado, quando presente uma das hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal, a saber:

- sentença condenatória contrária a texto expresso da lei penal ou à evidência dos fatos;
- sentença condenatória fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- descoberta de novas provas da inocência do condenado ou de circunstâncias que levem à diminuição da pena.

A revisão criminal pode ser requerida a qualquer tempo, não havendo prazo para sua propositura.¹⁹ Tem fundamento no direito fundamental à liberdade,²⁰ que deve prevalecer sobre o princípio da segurança jurídica quando demonstrado o erro ju-

rev., atual e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 489.

18 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Grupo GEN, 2020. Versão *on line*, item 2.1.

19 Código de Processo Penal, art. 623.

20 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Grupo GEN, 2020. Versão *on line*, item 2.1.

diciário, e na falibilidade humana²¹, possibilitando a correção de erros, que, por si só, caracterizam iniquidade abominável: não se pode admitir a manutenção da condenação de indivíduo caso supervenientemente se verifique erro judiciário.

Quando a revisão criminal é julgada procedente, a classificação da infração é alterada, o réu é absolvido, sua pena é modificada ou o processo é anulado.²²

Logo, a sentença penal condenatória não produz coisa julgada material, pois sua imitabilidade é endoprocessual, sendo permitida sua modificação após o trânsito em julgado diante das hipóteses acima elencadas. A autoridade da coisa julgada material só se impõe à sentença penal absolutória.²³

4. A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Alguns países, como Itália e França, adotam o sistema do contencioso administrativo, ou seja, além das justiças civil e penal, há também a justiça administrativa,²⁴ a qual exerce função jurisdicional típica sobre questões de direito administrativo²⁵.

21 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. Cit, p. 489.

22 Código de Processo Penal, art. 626 e parágrafo único.

23 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12 a ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 33.

24 MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 237-277, maio-ago. 2018, p. 246.

25 Ibidem, p. 247.

As decisões proferidas no âmbito do contencioso administrativo (Conselho de Estado) são definitivas e imutáveis, produzindo a denominada coisa julgada administrativa.²⁶

Entretanto, no Brasil, as funções jurisdicional e administrativa, pela forma como atuam no Estado, diferem entre si em vários aspectos. Ao prestar a tutela jurisdicional, o Estado-juiz atua como terceiro imparcial, sendo sua decisão de mérito a única a adquirir a qualidade de imutabilidade em qualquer seara.

De outra forma, a função administrativa, realizada pela Administração Pública, a qual é parte da relação, é parcial, não podendo, assim, se tornar definitiva, posto que não há juiz, não há terceiro imparcial. A decisão proferida na esfera administrativa poderá sempre ser apreciada pelo Poder Judiciário por vontade das partes e, portanto, não produz coisa julgada material.

Todavia, alude-se à coisa julgada administrativa para justificar a impossibilidade de a Administração Pública modificar suas próprias decisões quando não couber mais recurso ou reexame no **âmbito administrativo**.²⁷

Frise-se, tais decisões administrativas podem ser controladas pelo Poder Judiciário, dado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, disposto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Dessa forma, a decisão administrativa está submetida ao controle do Poder Judiciário, embora o inverso não aconteça.

Mas a decisão administrativa também deve proporcio-

26 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2020.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2020, versão *on line*, p. 941.

nar a segurança jurídica, não obstante não possua a mesma força conclusiva do ato jurisdicional.

Os princípios que regem a Administração Pública são distintos daqueles que norteiam o processo judicial, principalmente no que concerne ao poder de autotutela daquela e no que toca à unidade da jurisdição.²⁸ Por meio do exercício da autotutela, o ato administrativo pode ser revogado ou anulado pela própria Administração, perante a existência de vício sanável ou insanável, respectivamente. Dessa forma, o poder-dever de autotutela administrativa não deveria enfrentar óbices para alterar decisão administrativa final de mérito.²⁹

Diante disso, a doutrina diverge em relação à aplicação do instituto da coisa julgada à esfera administrativa.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “não se pode simplesmente transpor uma noção, como a de coisa julgada, de um ramo, onde tem pleno fundamento, para outro, em que não se justifica”.³⁰

Hely Lopes Meirelles defende que não há empecilho para que a decisão final de mérito seja revista em outro procedimento pela mesma autoridade administrativa, salvo os limites impostos pela decadência e direito adquirido.³¹

28 MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Cit., p. 242.

29 MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Cit., p. 250.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cit., p. 941.

31 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª ed.

Egon Bockmann Moreira e Gabriel Jamur Gomes defendem um conceito brasileiro de coisa julgada endoadministrativa, que merece ser citado:

Por óbvio, não se afigura factível repetir o conceito de coisa julgada material advindo do direito processual, simplesmente se alterando a autoridade julgadora (de “judicial” para “administrativa”), como se estivéssemos diante de um sistema com dualidade jurisdicional. As premissas de atuação das referidas formas de processo e jurisdições não permitem tal movimento. Em verdade, faz-se necessária a construção de conceito próprio de coisa julgada administrativa, em conformidade com os caracteres que regem a administração pública no sistema jurídico brasileiro. Mesmo que não se identifique com o conceito judicial de coisa julgada, há pontos de conexão com este, no sentido de “conferir segurança e estabilidade ao processo administrativo”. Tais elos residem, acima de tudo, nos elementos teleológicos e axiológicos constitutivos da coisa julgada judicial.³²

De fato, a transferência de instituto ínsito à função jurisdicional para a administrativa é indevida, devendo ser consideradas as diferentes funções da Administração Pública e do Poder Judiciário. Mas, feitas as devidas distinções de natureza jurídica, é possível entender, adequar e adotar a expressão coisa julgada administrativa. O substantivo “administrativa” altera o sentido da expressão global.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 576.

32 MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Cit., p. 249.

Significa dizer que é preciso conferir estabilidade às decisões de mérito proferidas no âmbito dos processos administrativos instaurados perante a Administração Pública, justo para conferir segurança jurídica ao administrado, além da necessária “proteção da confiança, a colaboração com o controle da Administração Pública, a redução da judicialização da atividade administrativa, a promoção do reconhecimento de direitos dos administrados e a busca do aumento da eficiência administrativa”.³³

Como a referida estabilidade é considerada dentro do processo administrativo, a coisa julgada administrativa é similar à coisa julgada formal dos processos civil e penal, que impede a modificação da decisão dentro do mesmo processo, mas não inviabiliza a sua mutação em outra seara. No caso dos processos civil e penal, em outro processo perante o próprio Poder Judiciário; no caso do processo administrativo, em outra esfera de poder – a judicial.

Murillo Giordan Santos define coisa julgada administrativa como “a imutabilidade dos efeitos favoráveis gerados por um ato administrativo, que não mais poderão ser alterados pela Administração Pública que proferiu em razão de limites fáticos e jurídicos”.³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello igualmente defende que a coisa julgada administrativa só é aplicável em relação a atos que ampliam a esfera jurídica dos administrados.³⁵

Há precedente do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a coisa julgada administrativa após ultrapassado o prazo

33 SANTOS, Murillo Giordan. **Coisa julgada administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 42.

34 Idem.

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 459.

de cinco anos previsto no artigo 54 da Lei 9.784/99, *verbis*:

Ementa: AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NEGATIVA DE REGISTRO DE APOSENTADORIA. GRATIFICAÇÃO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO – COMPLEMENTO GATS. REPUTADA ILEGAL PELO ÓRGÃO DE CONTROLE. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI 9.784/99. OCORRÊNCIA. FORMAÇÃO DA COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. A decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 não se consuma, apenas, no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (CRFB/88, art. 71, III) -, porquanto o respectivo ato de aposentação é juridicamente complexo, que se aperfeiçoa com o registro na Corte de Contas. Precedentes: MS 30.916, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 08.06.2012; MS 25.525, Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 19.03.2010; MS 25.697, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 12.03.2010. 2. In casu, o início do prazo decadencial para revisão das parcelas de aposentadoria da agravada se deu com a prolação do Acórdão TCU 1.774/2003, pois englobou a discussão acerca da base de cálculo para o recebimento do “Complemento GATS”, imposta por sentença judicial transitada em julgado, de sorte que os atos impugnados - Acórdãos TCU 6.759/2009 e 1.906/2011 - restam alcançados pela decadência administrativa (Lei 9.784/99, art. 54). Precedentes: MS 28.953, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 28.03.2012; MS

27.561 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 04.10.2012. 3. Agravo interno a que se nega provimento.³⁶

A seguir, serão analisadas decisões proferidas pelo Conselho Federal da OAB, a fim de verificar a aplicação da coisa julgada administrativa nos processos instaurados perante o órgão de classe.

5. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA NOS PROCESSOS DISCIPLINARES INSTAURADOS PERANTE A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Nos casos envolvendo processo disciplinar, o Estatuto da OAB (Lei nº 8.906 de 04 de julho de 1994) permite a revisão das decisões de mérito, com fulcro no art. 73, § 5º, por erro de julgamento ou por condenação baseada em falsa prova.

Conforme o dispositivo supracitado, o rol que possibilita a instauração da revisão do processo disciplinar é taxativo, exigindo a existência de **erro de julgamento** ou a **condenação baseada em prova falsa**.

Da apreciação da referida norma e seu cotejo com os institutos da coisa julgada cível e penal e da coisa julgada administrativa, pode-se concluir que a decisão proferida em processo disciplinar perante a OAB é capaz de produzir uma estabilidade endoprocessual, que pode ser afastada por meio da revisão

36 MS 30780 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 11/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 09-10-2017 PUBLIC 10-10-2017.

administrativa apenas nas hipóteses de cabimento descritas. De modo que se trata de coisa julgada administrativa endoprocessual em favor do representado. Significa dizer que o órgão de classe não poderá, findo o julgamento e decorridos os prazos recursais, modificar sua decisão, a não ser nas hipóteses em que requerida a revisão pelo próprio representado.

Em análise das decisões proferidas pelo Conselho Federal da OAB, foi utilizado o critério de busca por palavras-chave, na pesquisa de ementários do sítio eletrônico www.oab.org.br, com a inserção das palavras “coisa julgada administrativa”, a fim de selecionar e examinar os julgados referentes ao tema.

Como resultado, foram apresentadas, em sua maioria, decisões acerca de revisão de processo disciplinar e exclusão de advogados dos quadros da OAB. Todas as decisões negaram provimento aos recursos face à coisa julgada administrativa. A fundamentação das decisões foi baseada no art. 73, § 5º do Estatuto da OAB, exigindo, para a revisão processual, o cumprimento de requisitos explicitados na norma.

Exemplificando, cita-se alguns julgados nesse sentido:

Revisão de processo disciplinar. Artigo 73, § 5º, da Lei n. 8.906/94. Ausência de erro de julgamento na decisão rescindenda. Pretensão ao mero reexame dos fundamentos das decisões proferidas no processo disciplinar objeto da revisão. Nítido caráter recursal. Inovação de tese processual. Impossibilidade. Pedido de revisão conhecido, face à alegação de erro de julgamento, mas julgado improcedente. 1) O artigo 73, § 5º, da Lei n. 8.906/94, admite a revisão de processo disciplinar por erro de julgamento ou por condenação baseada em falsa prova, tratando-se de ação de natureza autônoma que visa à desconstituição da coisa julgada administrativa, somente sendo admitida nas hipóteses

taxativamente ali previstas. 2) Não se trata, pois, de mera via recursal destinada a nova análise de questões fáticas, probatórias e de mérito do processo disciplinar revisando, sendo ônus da parte requerente demonstrar expressamente o alegando erro de julgamento trazendo em suas razões os fundamentos da decisão rescindenda ao analisar a tese jurídica trazida na qual considera que houve erro de julgamento. Assim, se a parte não se desincumbe do ônus de apontar expressamente onde reside o erro jurídico no qual incidiu a decisão rescindenda, verifica-se a nítida pretensão do mero reexame dos fundamentos da decisão, circunstância não admitida na revisão disciplinar. 3) A seu turno, os precedentes deste Conselho Federal da OAB não admitem a inovação de tese jurídica somente em sede de revisão de processo disciplinar, por se tratar de matéria alheia ao julgamento dos órgãos disciplinares da OAB no processo de origem, razão pela qual não pode ser considerado como erro de julgamento a ausência de manifestação sobre matéria que não fora trazida no processo originário. 4) Pedido de revisão conhecido, mas indeferido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em julgar improcedente o pedido de revisão, nos termos do voto do Relator. Brasília, 17 de maio de 2021. Ary Raghiant Neto, Presidente. Emerson Luis Delgado Gomes, Relator. (DEOAB, a. 3, n. 603, 19.05.2021, p. 2)³⁷

37 Pedido de Revisão n. 49.0000.2021.001875-0/SCA. Requerente: D. C.S.J. (Advogado: Gustavo Tuller Oliveira Freitas OAB/PR 54.411). Requerido: Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB. Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Fe-

Recurso ao Conselho Federal da OAB. Processo de exclusão de advogado dos quadros da OAB. Art. 38, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da OAB. 1) A sanção disciplinar de exclusão de advogado dos quadros da OAB, na forma do artigo 38, inciso I, da Lei nº. 8.906/94, exige apenas a existência de 03 (três) condenações anteriores à sanção disciplinar de suspensão do exercício profissional, transitadas em julgado, não se admitindo no processo de exclusão qualquer pretensão ao reexame do mérito das condenações anteriores ou análise de questões relativas aos processos disciplinares já transitados em julgado, face à coisa julgada administrativa, limitando-se o contraditório à existência dos requisitos objetivos para a procedência da pretensão punitiva. 2) Recurso conhecido e improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Segunda Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 108 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 12 de abril de 2021. Carlos Roberto Siqueira Castro, Presidente. Emerson Luis Delgado Gomes, Relator ad hoc. (DEOAB, a. 3, n. 579, 14.04.2021, p. 20)³⁸

deral Emerson Luis Delgado Gomes (RR). EMENTA N. 006/2021/SCA. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 07 jun 2021.

- 38 Recurso n. 49.0000.2020.002021-1/SCA-STU. Recorrente: E.C.Q. (Advogado: Eliézer Castro de Queiroz OAB/PR 18.443). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Relator: Conselheiro Federal Aniello Miranda Aufiero (AM). EMENTA N. 036/2021/SCA-STU. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 07 jun 2021.

Além da análise desses objetos, foi proferida decisão acerca de pedido de nulidade de notificação por edital, sob a alegação de cerceamento de defesa, na qual também foi negado provimento ao recurso interposto em processo de pedido de revisão, nos moldes do art. 73, § 5º do Estatuto da OAB:

Recurso ao Conselho Federal contra decisão unânime proferida pela Seccional paranaense. Nulidade da notificação inicial por edital. Inocorrência. Nulidade por cerceamento de defesa. Utilização de revisão de processo disciplinar nitidamente para exame de supostas nulidades ocorridas no procedimento do processo disciplinar já transitada em julgado. **Clara pretensão à desconstituição da coisa julgada administrativa, sem a demonstração de erro de julgamento ou condenação baseada em falsa prova.** Improvimento. 1) Conforme determina o parágrafo segundo do art. 137-D do Regulamento Geral do EAOAB, impõe-se a notificação editalícia, por meio de publicação na imprensa oficial do Estado, sempre que frustrada a notificação por via postal. 2) Incabível a utilização de pedido de revisão para rediscussão de teses de mérito já analisadas no processo originário e acobertadas pela coisa julgada. 3) Recurso que se conhece e nega provimento. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Paraná. Brasília, 6 de agosto de 2018. Carlos Roberto Siqueira Castro, Presidente e Relator.

(DOU, S. 1, 10.08.2018, p. 174).³⁹ (grifo nosso).

Como se pode perceber, tais recursos, dirigidos ao Conselho Federal da OAB, tiveram a pretensão de desconstituir a coisa julgada administrativa relacionada a processos disciplinares, o que, segundo o Estatuto da OAB, tem cabimento apenas mediante demonstração de erro de julgamento ou condenação baseada em falsa prova.

As decisões tiveram como fundamento a coisa julgada administrativa e a impossibilidade de modificação sem a demonstração dos requisitos da revisão.

De modo que o Conselho Federal da OAB adota a conceituação da coisa julgada administrativa em seus processos disciplinares, o que parece adequado, levando em consideração as ressalvas antes explicitadas.

Contudo, nos processos relativos à proteção de direitos dos advogados, a aplicabilidade da coisa julgada administrativa pode constituir uma ofensa a direitos fundamentais, questão que será analisada a seguir.

6. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA EM PROCESSOS NÃO DISCIPLINARES DA OAB

Para além dos disciplinares, há outros tipos de processos instaurados perante a OAB, tais como: inscrição, declaração

39 RECURSO N. 49.0000.2018.003929-3/SCA-PTU. Recte: D.C.S. (Adv: Danúbio Cunha da Silva OAB/PR 26086). Recdo: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Relator: Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro (RJ). EMENTA N. 137/2018/SCA-PTU. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 07 jun 2021.

de idoneidade moral, licenciamento, reabilitação e anistia de débitos.

Nesse tido de requerimento, também são instaurados processos administrativos, dotados de ampla defesa e contraditório.

Por exemplo, um requerimento de licenciamento perante a Câmara de Seleção gera uma decisão do órgão, que, não havendo recurso, opera estabilidade a qual se pode denominar coisa julgada administrativa. O intuito é o mesmo: gerar segurança jurídica. Deferida a licença do advogado ou advogada, nos termos do artigo 12 do Estatuto da OAB, a decisão produz a denominada coisa julgada administrativa e o beneficiado permanece seguro de que aquela decisão não será modificada posteriormente.

Em sentido reverso, indeferida a licença a advogado, esgotados os respectivos prazos, opera-se a coisa julgada administrativa.

Todavia, nesses casos, propõe-se a aplicação da coisa julgada administrativa com ressalvas, já que decisões modificativas devem se permitidas para resguardar direitos fundamentais, especialmente o direito à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, em voto proferido por ocasião do julgamento de requerimento de anistia de débitos formulado por advogado que demonstrou doença incapacitante para o exercício da advocacia, da lavra de uma das autoras do presente ensaio, admitiu a Câmara Especial da OAB/PR por afastar a coisa julgada administrativa e conceder o benefício pleiteado.⁴⁰

40 Processo nº 3618/1996.

7. CONCLUSÕES

A coisa julgada material é instituto exclusivo das decisões emanadas do Poder Judiciário **(i)** no processo civil, quando julgarem o mérito e contra as quais não caiba mais recurso ou tenha expirado o prazo recursal, e **(ii)** no processo penal, quando forem absolutórias do réu.

Tais sentenças cíveis e criminais também possuem eficácia preclusiva, na medida em que, após passado o prazo recursal, não mais podem ser modificadas dentro do próprio processo. É o que se denomina coisa julgada formal.

Ainda que não se trate da natureza jurídica da coisa julgada material inerente exclusivamente às decisões judiciais de mérito transitadas em julgado, parte da doutrina defende o cabimento da coisa julgada administrativa. O substantivo “administrativa” modifica o sentido da expressão coisa julgada, razão por que se entende plausível a adoção da coisa julgada administrativa às decisões proferidas no âmbito de processos administrativos.

A coisa julgada administrativa se assemelha à coisa julgada formal do processo judicial, de reflexos endoprocessuais. Trata-se de atributo das decisões proferidas pela Administração Pública nos processos administrativos.

Decisões proferidas em processos disciplinares instaurados perante a Ordem dos Advogados do Brasil têm o condão de produzir a coisa julgada administrativa, com fundamento na estabilidade e segurança. A coisa julgada administrativa das decisões disciplinares pode ser afastada por meio da revisão prevista no artigo 73, § 5º, do EAOAB, nas seguintes hipóteses de cabimento: erro de julgamento ou condenação baseada em falsa prova.

Decisões proferidas no âmbito da OAB em outras searas

igualmente devem ser estáveis após o julgamento dos respectivos recursos ou do decurso do prazo recursal. Todavia, mesmo que operada a coisa julgada administrativa, é cabível a modificação das decisões proferidas pelo órgão de classe, a fim de salvar direitos fundamentais.

As decisões administrativas estão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, embora o contrário não aconteça, dado o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos Recursos Penais**. 3ª ed., rev., atual e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: <Constituição (planalto.gov.br)>. Acesso em: 07 jun 2021.

BRASIL. Lei 8.903 de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 de julho de 1994. Disponível em: <L8906 (planalto.gov.br)>. Acesso em: 07 jun 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 33ª ed., 2020.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Trad. posterior à ed. de 1945 e notas de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Coisa julgada e precedente: limites temporais e as relações de trato continuado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. V. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MOREIRA, Egon Bockmann; GOMES, Gabriel Jamur. A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 237-277, maio/ago. 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Grupo GEN, 2020. Versão *on line*.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 07 jun 2021.

SANTOS, Murillo Giordan. **Coisa julgada administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**. Vol. 2, 16 ed., reformulada e ampliada de acordo com o novo CPC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

____; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva, MELLO. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

O CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Gustavo Teixeira Villatore¹

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade o estudo do contrato de associação para o exercício da advocacia, nos termos do art, 39 do Estatuto da Advocacia e da OAB, e provimentos 112/2006, 169/2015 e 170/2015 do Conselho Federal da OAB.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de Associação. Direito à livre associação. Características. Remuneração do associado. Piso Ético.

1. INTRODUÇÃO

Na atualidade, o exercício da advocacia tem exigido cada vez mais uma especialização dos profissionais nos mais diversos ramos do Direito, sendo extremamente difícil que um mesmo advogado tenha condições de atuar com excelência em todos as áreas.

1 Mestre em Direito de Empresa em face dos Direitos Fundamentais pela PUC/PR, advogado, professor de Direito Empresarial da Universidade Positivo, Conselheiro Estadual da OAB/PR. **Advogado OAB PR n. 25658.**

Nesse contexto, a criação de vínculos associativos para a prestação de serviços de advocacia passa a ser algo natural pela dinâmica da própria atividade, permitindo que profissionais, com experiência e conhecimento diversos, possam colaborar entre si na prestação do serviço.

O presente estudo tem por objeto uma breve análise do contrato de associação entre sociedades de advogados, sociedades individuais de advocacia e advogados, começando pelo direito à livre associação, as características próprias do contrato de associação e dos critérios para fixação da remuneração do associado.

2. DO DIREITO À LIVRE ASSOCIAÇÃO

A garantia à livre associação é, fundamentalmente, um princípio democrático do Estado de Direito, e decorre de um princípio maior de liberdade.

A partir do início do século XX, com o reconhecimento e consagração dos direitos coletivos, o direito à livre associação adquiriu internacionalmente a importância merecida.

Como reflexo disto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, expressamente fez constar em seu artigo 20, que: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas; 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação”.

No Brasil, a expressa previsão do direito à livre associação no direito constitucional pátrio se deu apenas com a Constituição de 1891, que o previu em seu artigo 72, §8º. Porém, neste estágio, sua previsão ainda se confundia com o direito à reunião, que se distingue daquele, especialmente, por não possuir natureza permanente.

Somente com a Constituição Federal de 1934, o direito à livre associação passou a ser previsto de forma autônoma, em seu artigo 113, item 12, o que representou um grande avanço. A previsão autônoma do direito à livre associação repetiu-se nas cartas constitucionais de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº1 de 1969.

Já na atual Constituição Federal de 1988, o direito à livre associação foi consagrado em diversos dispositivos², dentre os quais destacam-se os incisos XVII e XX do art. 5º, a seguir transcritos: “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”; “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Para caracterizar a liberdade de associação, tão importante quanto o direito de associar-se é o de não ser compelido a tal e, por essa razão, é ele entendido como um direito individual, que pode ser ainda *positivo* ou *negativo*.

Como direito individual positivo, caracteriza-se pelo direito de constituir, criar com terceiros, associações com fins lícitos, bem como o de aderir às já existentes, verificados os pressupostos legais e estatutários e em condições de igualdade (MIRANDA, 2000, p. 476).

Por sua vez, como o outro lado de uma mesma moeda, pode o direito à livre associação ser visto como um direito individual negativo. Este entendido, como o direito de não ser compelido a formar, integrar ou mesmo permanecer em uma associação da qual não deseje, bem como o de decidir dissolver espontaneamente seu vínculo associativo.

Para que se possa caracterizar uma associação, é necessário que se identifiquem alguns elementos, sendo o primeiro a

2 CF/88, Art. 5º, inc. XVII, XVIII, XIX, XX e XXI.

sua *base contratual*, fruto da vontade de todos os seus membros (REGULES, 1998, p. 211 e SILVA, 2002, p.266).

O segundo elemento da associação é a *permanência*, o principal elemento que a diferencia da reunião, de natureza eminentemente circunstancial. A associação caracteriza-se pela criação de vínculos estáveis e contínuos entre os seus membros, apesar de não serem eternos.

O último elemento é o *fim lícito*, ou seja, não contrário ao direito. Por óbvio que o ordenamento jurídico não pode tutelar nenhum instituto que tenha por finalidade à sua afronta. A associação é uma poderosa ferramenta para o desenvolvimento de toda e qualquer atividade lícita, devendo por tal razão, ser energeticamente protegida. Por outro lado, caso tenha por finalidade a prática de atos contrários à ordem jurídica, a mesma deve ser por ela reprimida com a mesma força.

3. DO CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA:

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, em seu art. 39 e parágrafo único, expressamente prevê que “A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados. Os contratos referidos neste artigo são averbados no registro da sociedade de advogados.”. Complemente-se que, conforme o Provimento 170/2016 do Conselho Federal da OAB, o contrato de associação pode ser firmado não só com advogados, mas também com sociedades individuais de advocacia³. Logo, o contrato de associação para a prestação de serviços de advocacia é algo natural e expressamente previsto, devendo o mesmo ser

3 CFOAB, Provimento nº170/2015, art. 7º, I e II. §2º e §3º.

registrado perante a OAB, à margem da inscrição da sociedade de advogados.

Por sua vez o art. 5º do Provimento 169/2015 do Conselho Federal da OAB expressamente prevê que o advogado associado, na forma do art. 39 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, poderá se associar a uma ou mais sociedades de advogados, mantendo sua autonomia profissional, sem subordinação ou controle de jornada e sem qualquer outro vínculo, inclusive empregatício, firmando para tanto contrato de associação que deverá ser averbado no Registro de Sociedades de Advogados perante o respectivo Conselho Seccional.

Desse dispositivo é possível extrair algumas características essenciais ao contrato de associação para o exercício da advocacia. A primeira delas é a possibilidade de um mesmo advogado manter mais de um contrato de associação com diferentes sociedades de advocacia. Nessa hipótese o advogado associado deve comunicar esse fato prévia e formalmente a todas as sociedades de advogados com quem vier a ter o vínculo associativo. Tal exigência se dá, não apenas por uma questão de lealdade e boa-fé, mas em especial para se evitar eventuais conflitos de interesses, caso tais sociedades com quem mantenha o vínculo associativo patrocinem interesses conflitantes, devendo sempre ser respeitado, neste ponto, o que dispõe o Código de Ética e Disciplina da OAB.

A segunda característica é a autonomia profissional do associado. Não é ele um funcionário, um empregado cuja atuação profissional está subordinada aos comandos de um empregador. Inclusive é expressamente vedada a averbação perante a OAB de contrato de associação que detenha elementos caracterizadores de relação de emprego⁴.

4 CFOAB, Provimento nº169/2015, art. 9º.

Pode o advogado associado, inclusive, deter sua própria clientela com total autonomia e independência da sociedade com quem se associou, desde que essa atuação não acarrete conflito de interesses com os clientes da sociedade com quem se associou. Nas palavras de ASSIS GONÇALVES (2016, p. 151-152):

“Mesmo trabalhando sob o mesmo teto e usufruindo a estrutura organizacional da sociedade de advogados, o advogado associado mantém sua independência. Não se subordina às ordens e determinações dos administradores da sociedade, não recebe salário e seu vínculo é relativo aos casos ou trabalhos que são confiados à sua execução (pareceres, elaboração de peças processuais, atendimento a determinado cliente, fornecimento de consultas etc.). A sociedade não interfere minimamente em sua atuação, trabalhando ele segundo seu modo de agir e convicção.

(...)

Creio que a subordinação a determinadas diretrizes de conduta profissional, adotadas pela sociedade para identificar a qualidade dos serviços prestados pelos advogados que a ela estão ligados e, até mesmo, um pacto de pagamento de honorários fixos mensais (mínimos pra os decorrentes de sua atuação específica), não desautorizam a aplicação da norma do contida no art. 39 do Regulamento Geral, porquanto se me afigura defensável o entendimento de que fica afastado o liame empregatício, estando presentes os pressupostos ali elencados (...).”

O contrato de associação é, por natureza, um contrato civil de colaboração recíproca, tendo como características ser de natureza consensual, bilateral, comutativo, oneroso e *intuitu personae*, não havendo hierarquia entre as partes envolvidas, podendo elas coordenar entre si o desempenho das funções profissionais⁵. Dessa forma o advogado associado não só tem

5 CFOAB, Provimento nº169/2015, art. 6º.

a liberdade na atuação como também a responsabilidade profissional dela decorrente, respondendo, subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados ao cliente⁶, bem como à sociedade com quem se associar ou seus sócios⁷, nas hipóteses em que agir com dolo ou culpa, por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia.

4. DA REMUNERAÇÃO DO ADVOGADO ASSOCIADO E DO CARÁTER NÃO VINCULANTE DO PISO ÉTICO AOS CONTRATOS DE ASSOCIAÇÃO:

Sendo de natureza civil, é aplicável ao contrato de associação o princípio da liberdade contratual⁸ das partes, nos limites da função social do contrato, bem como aplica-se a presunção de que se trata de um contrato paritário e simétrico, até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção⁹. A liberdade na contratação é clara, tanto no Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e OAB como nos Provimentos do Conselho Federal, que se limitam a definir os aspectos gerais do contrato de associação, de modo a evitar abusos e distorções de sua finalidade.

Tratando de contrato comutativo e oneroso, destaca-se a necessária previsão da forma de remuneração do advogado associado. Assim sendo, o contrato de associação poderá estabelecer a remuneração devida ao associado com total liberdade,

6 Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e OAB, art. 40.

7 CFOAB, Provimento nº169/2015, art. 10.

8 Lei 10.406/2002, art. 421.

9 Lei 10.406/2002, art. 421-A.

podendo basear-se em critério de proporcionalidade ou consistir em adiantamentos parciais, ou, ainda, honorários fixados por estimativa, para acerto final, ou por outra forma que as partes ajustarem, sendo irrelevante se definidos em valores fixos ou percentuais.

Exatamente por não integrar o quadro de sócios, o advogado associado não tem direito à participação e distribuição de lucros, nem responsabilidade por prejuízos da sociedade de advogados, participando apenas nos termos em que contratar dos honorários contratuais e de sucumbência referentes às causas e interesses sob sua responsabilidade¹⁰.

Quanto à fixação de critério para a remuneração do associado, destaca-se o Parecer da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB/PR, aprovado por unanimidade pela Diretoria da OAB/PR, em 21/06/2018, que chegou à seguinte conclusão “a necessidade de fixação dos critérios de remuneração não se confunde com uma suposta necessidade de descrição minuciosa e apriorística dos valores que serão recebidos pelo associado, até mesmo em razão da impossibilidade de previsão absoluta de assim fazer.”

A liberdade na definição dos critérios de remuneração não significa, todavia, que não haja necessidade de que os mesmos estejam previstos no contrato, pois sua ausência afrontaria sua própria lógica e função, bem como as regras previstas no Provimento nº169/2015 do Conselho Federal da OAB e, como consequência, impediria o registro do mesmo perante a OAB.

Diante da liberdade da fixação dos critérios de remuneração nos contratos de associação, questão de grande relevância que se levanta é se, mesmo assim, estariam tais contratos

10 CFOAB, Provimento nº169/2015, art. 7º e seu Parágrafo Único.

subordinados aos valores definidos como “Piso Ético” pela OAB, e se teria ele caráter vinculante.

Importante resgatar o histórico da criação do Piso Ético na OAB/PR, começando pela Ata da Primeira Sessão Ordinária do ano de 2013, do Conselho Pleno da OAB/PR, realizada em 22/02/2013. Naquela oportunidade destacam-se as seguintes manifestações:

“Disse o ex-Presidente José Lúcio Glomb que recebeu recentemente publicação do Conselho Federal a respeito do tema, dizendo que não competiria à OAB estabelecer salário de respeito obrigatório para o profissional advogado; que aqui lhe parece que, o que se pode fazer, como é a tabela de honorários, é estabelecer um valor referencial, mas não, obrigatório”. (sic.)

“Disse o Membro Honorário Vitalício Alfredo de Assis Gonçalves Neto que não é contra a discussão do tema, ao contrário, entende que deva se estabelecer valores a serem inseridos na tabela da ordem como padrão de referência.”

Em razão de referida deliberação do Conselho Pleno, em 17/09/2013 foi criada uma “Comissão de Estudos para Futura Deliberação sobre o “Piso Ético” do Advogado Empregado, a ser inserido na Tabela de Honorários da Seccional do Paraná”. Ou seja, quando da discussão para criação do “Piso Ético” o escopo era bem delimitado: a definição de um piso ético para o advogado empregado, aquele com relação de subordinação e vínculo empregatício, servindo como uma remuneração referencial, sem caráter de piso salarial.

O Conselho Federal da OAB já se posicionou no sentido de que fugiria da competência da OAB a estipulação de um piso remuneratório, por força do disposto no art. 19 do EOAB,

constante do Capítulo V “Do Advogado Empregado”¹¹.

Logo, impõe-se reconhecer que o piso ético, da forma como foi criado e aprovado por deliberação do Conselho Pleno da OAB/PR, não tem caráter cogente, sendo mero referencial, e aplicável aos advogados empregados, cuja relação é de natureza trabalhista, com caráter de subordinação e que pressupõe uma jornada de trabalho, e não às relações de natureza contratual civil, como é o contrato de associação.

Frise-se, ainda, que em relação aos pedidos de averbação de contratos e documentos, a OAB exerce função cartorial, de mero órgão de registro. Registro este que, apesar de obrigatório, tem por finalidade apenas dar publicidade a terceiros, inclusive para controle da OAB, do vínculo associativo criado, sendo o contrato válido entre as partes desde o momento em que for por elas celebrado. Destaque-se, todavia, que apesar de não ser condição para a validade do ajuste entre as partes, a falta do

11 PROPOSIÇÃO N. 49.0000.2012.002791-3/COP. Origem: Conselheiro Federal Welton Roberto (AL). Comissão Nacional de Legislação. Assunto: Proposta de criação de piso salarial nacional para advogados empregados. Relator: Conselheiro Federal Adamor de Sousa Oliveira (AP). Revisor: Conselheiro Federal Francisco Anis Faiad (MT). EMENTA N. 01/2013/COP. PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE PISO SALARIAL PARA ADVOGADOS EMPREGADOS. IMPROCEDÊNCIA. FORMA NÃO PREVISTA NA LEI N. 8.906/94. Segundo o art. 19 do Estatuto da Advocacia e da OAB, o salário de advogados só pode ser fixado por Sentença Normativa, caso não tenha sido fixado por Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. Impossibilidade do Conselho Federal da OAB fazê-lo por qualquer outra forma. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por unanimidade, em acolher o voto do Revisor, ao qual aderiu o Relator, com o encaminhamento autônomo dos debates ao Conselheiro Federal Leonardo Accioly da Silva (PE), para aprofundamento de análise do tema na próxima gestão. Brasília, 09 de dezembro de 2012. Ophir Cavalcante Junior, Presidente. Francisco Anis Faiad, Revisor (DOU. S. 1, 24/01/2013, p. 171).

obrigatório registro do contrato de associação pode caracterizar infração disciplinar dos envolvidos.

Nessa função, quando da análise do pedido de averbação do contrato de associação à margem de inscrição da sociedade de advogados, deve a OAB se limitar à análise do atendimento aos aspectos formais do contrato, sem adentrar no mérito sobre os critérios de remuneração que foram livremente pactuados entre as partes. Se assim não fosse, o registro ficaria sujeito a uma análise com alta carga de subjetividade, absolutamente incompatível com a função de órgão de registro exercida neste tema pela OAB.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o contrato de associação entre sociedade de advogados, sociedades individuais de advocacia e advogados é o instrumento jurídico adequado para regular a relação jurídica de colaboração entre profissionais para a prestação de serviços de advocacia, hipótese onde não há subordinação entre as partes, mantendo o advogado associado sua plena autonomia profissional.

Exatamente em decorrência disso, é que a liberdade de associação e de contratação permitem às partes a autonomia na definição dos deveres e obrigações por elas mutuamente assumidos, pois é inerente à natureza dessa relação contratual de colaboração. Liberdade essa que abrange a definição dos critérios de remuneração, não estando estes vinculados a parâmetros aplicáveis a relações jurídicas de natureza diversa, como as decorrentes de vínculos empregatícios.

Por outro lado, não pode o contrato de associação servir como instrumento para mascarar verdadeira relação de trabalho. Se não há relação de colaboração, mas de estrita

subordinação, onde o profissional não detém autonomia para o exercício da advocacia, devendo respeitar uma jornada de trabalho e seguir ordens de seu superior hierárquico, a relação não é de associação, mas de verdadeiro contrato de trabalho, sujeitando-se às normas que lhe são próprias. Todavia, apenas aquele que se sentir prejudicado tem a legitimidade para questionar a real natureza do vínculo contratual a qual estaria submetido.

REFERÊNCIAS

Ata da Primeira Sessão Ordinária do ano de 2013, do Conselho Pleno da OAB/PR, realizada em 22/02/2013

BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/112-2006/>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/169-2015>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/170-2016>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/regulamentogeral.pdf>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

____. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/jurisprudencia/determinata/10125?title=49-0000-2012-002791-3&search=PROPOSI%C3%87%C3%83O%20N.%2049.0000.2012.002791-3%2FCOP>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Sociedade de Advogados - 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Lex Editora, 2016.

MIRANDA, J. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV: direitos fundamentais. 3ª ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

Parecer da Comissão de Sociedade de Advogados da OAB/PR, aprovado por unanimidade pela Diretoria da OAB/PR, em 21/06/2018

REGULES, L. E. P. Perfil Constitucional do direito à livre associação. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, Ano. 6, nº25, p. 205-240, out-dez/1998.

SILVA, J. A. da. Curso de Direito Constitucional. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

UNICEF. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 11 de jun. de 2021.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

DIÁLOGOS ENTRE O PROCESSO PENAL E O PROCESSO ÉTICO- DISCIPLINAR NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Jorge Sebastião Filho¹

RESUMO: O artigo objetiva analisar a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum e demais legislações correlatas aos processos ético-disciplinares no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), buscando estabelecer um diálogo entre alguns institutos do Direito Processual Penal e do Direito Administrativo Sancionador, visando suprir lacunas existentes no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), Código de Ética e Disciplina da OAB e demais legislações complementares, sem ultrapassar os limites da subsidiariedade estabelecida no art. 68 do EAOAB. Assim, foram selecionados temas, objeto de debates junto à

1 Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA/PR); Especialista em Direito Processual Penal e Ciências Penais (PUC/PR); Bacharel em Direito (UEPG/PR); Professor do Curso de Especialização em Direito Processual Penal e Prática Forense Penal (UEPG/PR); Professor da disciplina de Direito Processual Penal (UNISECAL/PR); Conselheiro Estadual da OAB – Seccional do Paraná – Gestão 2019-2021; Sócio do Escritório Milanese & Sebastião Advogados Associados. **Advogado OAB PR 43.022.**

Câmara de Disciplina da OAB – Seccional do Paraná quando de julgamentos de casos concretos. Conclui-se que é possível a harmonização de diversos institutos do Direito Processual Penal e Direito Penal aos processos ético-disciplinares no âmbito da OAB, sem ferir as regras do Direito Administrativo Sancionador, desde que respeitadas a subsidiariedade e complementariedade funcional entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo ético-disciplinar. Ordem dos Advogados do Brasil. Direito Processual Penal. Direito Penal. Subsidiariedade.

1. INTRODUÇÃO

O EAOAB regulamenta o exercício da atividade da advocacia, inclusive no âmbito fiscalizatório, estipulando quais as infrações disciplinares puníveis e o respectivo procedimento administrativo para aplicação das penalidades.

Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, também aplicável na esfera administrativa, tornou-se necessária a previsão estatutária de um processo administrativo disciplinar para punir os advogados que infringem as normas reguladoras de sua atividade.

Este processo, no âmbito da OAB é denominado de Processo Ético-Disciplinar, terminologia adotada pelo Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar aprovado pela Resolução 02/2018 do Conselho Federal da OAB.

O Processo Ético-Disciplinar tem natureza sancionatória, pois decorre do poder/dever de disciplina e fiscalização que o Estado delega à OAB, equiparando o Processo Ético-Disciplinar no âmbito da OAB ao Processo Administrativo Disciplinar – PAD, no âmbito da Administração Pública federal, previsto na Lei 8.112/90.

Esta natureza de Direito Administrativo Sancionador aproxima o Processo Ético-Disciplinar das regras e garantias processuais previstas para o Direito Penal e o Direito Processual Penal.

Considerando esta aproximação entre estes ramos do Direito, o EAOAB fez previsão expressa em seu art. 68 quanto a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum aos processos ético-disciplinares da OAB.

Visando estabelecer um diálogo entre o Direito Processual Penal e o Direito Administrativo Sancionador, especialmente quanto a aplicação das regras estabelecidas no EAOAB nos processos ético-disciplinares, foram selecionados alguns temas, objetos de debates na Câmara de Disciplina da OAB - Seccional do Paraná e que demandaram a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum.

Em alguns casos, face a complementariedade funcional entre o Direito Processual Penal e o Direito Penal (material) torna-se necessária a extensão da aplicação subsidiária da legislação processual penal comum à legislação penal.

Os temas abordados neste artigo são: a aplicação do devido processo legal consensual nos processos ético-disciplinares da OAB com a implantação do Termo de Ajuste de Conduta; a necessidade de capitulação da conduta administrativa desde o início do processo ético-disciplinar, da forma como ocorre na peça inaugural da ação penal, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal (CPP); e, a possibilidade de alteração da capitulação da infração administrativa no curso do processo ético-disciplinar e em sede recursal, invocando os institutos da *emendatio libelli* e *mutatio libelli* previstos nos arts. 383 e 384 do CPP.

A abordagem realizada neste trabalho visa harmonizar a aplicação dos institutos do Direito Processual Penal aos processos ético-disciplinares da OAB, sem, contudo, ultrapassar os limites da subsidiariedade estabelecida no art. 68 do EAOAB.

2. NATUREZA DO PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR E SUA REGULAMENTAÇÃO NA OAB

É importante para este trabalho a delimitação da natureza do Processo Ético-Disciplinar no âmbito da OAB, visando estabelecer quais são as regras e princípios aplicáveis a esta modalidade de processo administrativo.

Além disso, faz-se necessário estabelecer quais as normas estatutárias e regimentais que tratam do assunto em se tratando da OAB, para que se possa invocar, de forma subsidiária, as demais fontes legislativas para suprir eventuais lacunas existentes.

2.1 Natureza do processo ético-disciplinar

A natureza do Processo Ético-Disciplinar no âmbito da OAB está vinculada a própria natureza da advocacia, enquanto atividade de interesse público.

O EAOAB², em seu art. 2º, §§ 1º e 2º estabelece que o advogado presta serviço público e exerce função social, além de seus atos constituírem múnus público.

Estas características decorrem do princípio da indispensabilidade da advocacia à administração da justiça, previsto no art. 133 da Constituição Federal de 1988 (CF/88).³

2 BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

3 GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 5. ed. – São Paulo: Método, 2019, p. 10.

Pode-se afirmar, assim, que a advocacia é um serviço público quanto as suas finalidades, porém, os advogados no seu ministério privado não exercem função pública⁴, não estando, portanto, diretamente subordinados à Administração Pública no que tange à fiscalização de sua atividade.⁵

A OAB exerce serviço público e tem por finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos e a justiça social. Também lhe incumbe zelar pela boa aplicação de leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições públicas.⁶

Apesar da advocacia ter esta característica de serviço público, os advogados não são agentes públicos, e por este motivo o Estado delegou à OAB o poder/dever⁷ de disciplina e fiscalização da atividade dos advogados, o que se dá por meio da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 - EAOAB⁸ e da legislação complementar.

4 PIOVEZAN, Giovanni Cássio In PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (orgs.). Estatuto da Advocacia e da OAB comentado, 2. ed. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Paraná, 2017, p. 34.

5 LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 47.

6 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 67.

7 RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia – comentário e jurisprudência selecionada**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 51.

8 BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

Visando o regular desenvolvimento das atividades vinculadas a advocacia em todo território nacional, o EAOAB regulamentou o exercício da atividade, inclusive no âmbito fiscalizatório, estipulando quais são as infrações disciplinares puníveis e o respectivo procedimento administrativo para aplicação das penalidades.

Em respeito à garantia constitucional do devido processo legal, também aplicável na esfera administrativa, tornou-se necessária a previsão estatutária de um processo administrativo disciplinar para punir os advogados que infringem as normas reguladoras de sua atividade.

Este processo, no âmbito da OAB é denominado de Processo Ético-Disciplinar, terminologia adotada pelo Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar aprovado pela Resolução 02/2018 do Conselho Federal da OAB.⁹

O Processo Ético-Disciplinar tem natureza sancionatória, pois, somente após ser submetido a ele, com respeito ao devido processo legal e todas as garantias dele decorrentes é que o advogado infrator poderá ser punido.

Esta natureza sancionatória decorre do poder/dever de disciplina e fiscalização que o Estado delega à OAB, equiparando o Processo Ético-Disciplinar no âmbito da OAB ao PAD, no âmbito da Administração Pública federal, previsto na Lei 8.112/90.¹⁰

9 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

10 BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto>.

Ambos os processos são regidos pelo Direito Administrativo Disciplinar, sub-ramo do Direito Administrativo que tem como objeto no âmbito processual os procedimentos formais que devem ser adotados para apuração das transgressões disciplinares, em plena observância ao devido processo administrativo, respeitando-se todas as garantidas constitucionais como o direito de defesa, contraditório, individualização da pena, dentre outros.¹¹

Esta natureza de Direito Administrativo Sancionador aproxima o processo ético-disciplinar das regras e garantias processuais previstas para o Direito Penal e Direito Processual Penal.

Esta aproximação não afasta a independência das esferas administrativa e criminal, sendo que a prática da infração disciplinar será apurada paralelamente a prática da infração penal, com as regras aplicáveis a cada ramo do Direito.

A aproximação da esfera administrativa com a esfera penal e processual penal se dá de forma subsidiária, ou seja, quando as regras de Direito Administrativo Disciplinar não forem suficientes para a observância do devido processo legal, deverão ser invocadas as regras e princípios penais e processuais penais que asseguram maior garantia aos acusados em geral.

Para fins de padronização do trabalho ora desenvolvido, adotar-se-á durante a exposição dos diversos temas abordados, os conceitos e terminologias indicados no Manual de

gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

11 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 109.

Procedimentos do processo ético-disciplinar aprovado pela Resolução 02/2018 do Conselho Federal.¹²

Em razão do não esgotamento da matéria disciplinar pelo EAOAB, Código de Ética e Disciplina da OAB e legislação complementar, o próprio Estatuto, em seu artigo 68, invoca a aplicação subsidiária ao processo disciplinar das regras da legislação processual penal comum, conforme será abordado no próximo tópico.

3. DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL E DO DIREITO PENAL

As normas que regulamentam o processo administrativo disciplinar no âmbito geral não foram sistematizadas em um único diploma legal, o que dificulta sobremaneira sua compreensão e aplicação¹³, pois, é necessário que ao aplicar a norma sejam invocados vários dispositivos legais que se integram no intuito de garantir a efetiva concretização do Direito.

Neste sentido, é necessário para o bom desenvolvimento do processo administrativo disciplinar, em especial o processo administrativo de caráter sancionatório, sejam invocadas de forma subsidiária e complementar legislações diversas que tratam do tema.

Na esfera federal, cabe destacar aqui a aplicação subsi-

12 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02/2018. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

13 COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar**. 6. Ed. – Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011, p. 87.

diária da Lei 9.784/99¹⁴ ao processo administrativo disciplinar que são regidos pela Lei 8.112/90.¹⁵

Na OAB também não é diferente o uso subsidiário de outras normas para regular os processos administrativos em geral.

Neste aspecto o art. 68 do EAOAB, prevê a aplicação subsidiária da norma processual penal comum.

O dispositivo legal invoca a aplicação subsidiária destes diplomas legais e ainda define a que modalidades de processos devem ser invocadas cada espécie de norma subsidiária.

No que tange ao objeto deste trabalho, ou seja, ao processo ético-disciplinar, o art. 68 do Estatuto invoca a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum, reservando aos demais processos a aplicação subsidiária das regras gerais do direito administrativo e da legislação processual civil.

3.1 Aplicação subsidiária da legislação processual penal comum

O art. 68 do EAOAB, estabelece que:

Art. 68. Salvo disposição em contrário, **aplicam-se subsidiariamente ao processo disciplinar as**

14 BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

15 BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

regras da legislação processual penal comum e, aos demais processos, as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil, nessa ordem.¹⁶ (grifou-se)

Cabe aqui interpretar qual o alcance que o dispositivo legal quis dar a expressão “regras da legislação processual penal comum”, ao invocá-las subsidiariamente ao processo ético-disciplinar.

Em primeiro lugar é indiscutível a aplicação da legislação processual penal comum, ou seja, a aplicação do Código de Processo Penal¹⁷, restando afastada a aplicação da legislação processual penal especial, prevista em leis especiais.

Assim, quando as normas de caráter administrativo (EAOAB, Código de Ética e Disciplina, Regulamento Geral e demais instrumentos normativos internos) não esgotarem a matéria processual, poderão e deverão ser invocadas as regras de Direito Processual Penal¹⁸, de forma subsidiária, para preenchimento das lacunas interpretativas.

Ressalte-se que, somente em caso de omissão das normas de caráter administrativo é que poderão ser invocadas as

16 BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

17 GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 5. Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 228.

18 RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia – comentário e jurisprudência selecionada**. 7. Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 707.

regras da legislação processual penal comum¹⁹. Não há prevalência desta sobre as regras previstas no Estatuto, Código de Ética e Disciplina, Regulamento Geral e demais normas procedimentais administrativas no âmbito da OAB.

Contudo, não raras vezes faz-se necessária a aplicação subsidiária do Direito Processual Penal nos processos ético-disciplinares na OAB, em especial quanto à aplicação dos princípios processuais penais constitucionais²⁰ aos acusados em processo criminal e também aos acusados em geral.

Assim, como corolários do devido processo legal, seja em matéria processual penal ou administrativa, são aplicáveis os princípios do contraditório, da ampla defesa, da verdade real, da presunção de inocência, da imparcialidade, dentre outros.

É justamente esta aplicação subsidiária da legislação processual penal comum aos processos ético-disciplinares que será o principal objeto de estudo do presente trabalho.

Buscar-se-á ao longo dos demais tópicos, estabelecer uma estreita relação entre alguns institutos aplicáveis aos processos ético-disciplinares da OAB que tenham correlação com o processo penal brasileiro.

3.2 Aplicação subsidiária da legislação penal comum

O EAOAB não faz expressa menção à aplicação subsidiária da legislação penal comum em casos de omissão. Ou seja,

19 MORESCHI, Odair Vicente In PIOVEZAN, Giovanni Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (orgs.). **Estatuto da Advocacia e da OAB comentado**. 2. Ed. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil. Seccional do Paraná, 2017, p. 447.

20 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 371.

não faz previsão da aplicação da lei penal material comum - do Código Penal -, como norma subsidiária aos processos ético-disciplinares.

Não há unanimidade quanto a total inaplicabilidade das normas de Direito Penal de forma subsidiária ao processo ético-disciplinar, até mesmo em razão de sua vinculação com a norma processual penal comum que por vezes a utiliza de forma remissiva.

Sobre esta questão, Lôbo é bastante enfático ao afastar por completo a aplicação das normas de Direito Penal aos processos disciplinares da OAB. Assim leciona o autor:

O direito disciplinar tem natureza de direito administrativo e não de direito penal, não podendo ser aplicado a ele, inclusive quanto às infrações disciplinares, as regras supletivas da legislação penal, nem mesmo seus princípios gerais. (...) Por essa razão, é possível a dupla sanção, penal e disciplinar, em virtude da mesma falta, não havendo prevalência da absolvição, no plano criminal, sobre o processo disciplinar.²¹

Em sentido contrário Gonzaga, Neves e Beijato Junior ressaltam que:

[...] quando o processo disciplinar deixar de prever ou regular alguma situação específica, a legislação penal comum será invocada e utilizada para preenchimento da lacuna. A razão para tanto é simples: a decisão final em ambos pode implicar

21 LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 371.

uma sanção, uma penalidade.²²

Em que pese as opiniões divergentes sobre o tema, cabe aqui uma reflexão sobre a possibilidade ou não de aplicação subsidiária da norma penal material aos processos ético-disciplinares.

Inicialmente cabe ressaltar que não se deve confundir aplicação subsidiária da norma penal material, com independência das esferas administrativa e penal. Não há dúvida que a esfera penal e a esfera administrativa são independentes e quando ocorre a prática de uma transgressão administrativa que também configure uma infração penal, o autor do fato responderá em ambas as esferas, sendo as decisões independentes e autônomas.²³

O que se discute aqui não é a interferência do Direito Penal no Direito Administrativo Sancionador, nem mesmo a prevalência do Direito Penal sobre este. Pretende-se apontar a possibilidade de aplicação subsidiária do Direito Penal, somente quando a legislação administrativa for omissa, não restando ao intérprete da norma outra opção senão o preenchimento da lacuna por meio de outro diploma legal.

Ponto importante a ser analisado neste aspecto é a complementariedade funcional entre os ramos de Direito material e processual, seja de qual área do Direito estiver sendo tratado. Assim, no Direito Administrativo não poderia ser diferente:

22 GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 5. Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 228.

23 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 1243.

Legítimo, por consequência, aludir-se ao direito administrativo disciplinar material ou substancial e ao direito administrativo disciplinar formal ou processual. São duas faces da mesma unidade, ligados em uma “relação de mútua complementariedade funcional”. A ideia é tomada por empréstimo da conquista doutrinária operada no campo do processo civil e penal a respeito das relações entre direito material e direito processual. A “mútua complementariedade funcional” tem como ponto de partida a autonomia dos dois ramos.²⁴

Essa complementariedade funcional, embora não afaste a autonomia do direito material e do direito processual, gera entre ambos uma efetiva vinculação.

Neste sentido, vale dizer que muitas vezes o Código de Processo Penal, em sua aplicação, dependerá da interpretação e aplicação de instituto do Direito Penal, restando uma necessária aplicação conjunta de ambos.

É neste sentido que, por vezes, ao invocar-se a aplicação subsidiária das regras do Direito Processual Penal comum aos processos ético-disciplinares na OAB, eventualmente algumas interpretações quanto aos institutos de Direito Penal também serão necessárias, até mesmo pela própria referência feita pelo Código de Processo Penal.

Exemplificando esta situação cita-se o art. 397, I do Código de Processo Penal que prevê a possibilidade de absolvição sumária do réu quando existir manifesta causa excludente de ilicitude do fato.

24 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, s/p (kindle).

Ora, as causas excludentes de ilicitude do fato estão previstas no Código Penal, em seus arts. 23 a 25, portanto, não há como fazer uma interpretação isolada do contido no art. 397, I do Código de Processo Penal.

É neste sentido que pode ser admitida a aplicação subsidiária da norma penal material - Código Penal - aos processos ético-disciplinares no âmbito da OAB. Somente quando sua aplicação for extremamente necessária para interpretação e aplicação das regras de Direito Processual Penal comum.

Conclui-se, assim, que quando for necessária a aplicação subsidiária de conceitos gerais como dolo, culpa, excludentes de ilicitude, assim como algumas regras de aplicação da pena, poderá eventualmente ser invocado de forma subsidiária o Direito Penal como forma complementar ao Direito Processual Penal, sendo que em nenhuma hipótese estes ramos do Direito deverão ser priorizados em relação aos processos ético-disciplinares na OAB, devendo ser invocados apenas em casos de lacuna no Estatuto, Código de Ética, Regimento Interno e demais atos normativos.

4. O DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR DA OAB E SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO PENAL

Os princípios processuais que orientam o processo administrativo disciplinar em geral e o processo penal tem sua previsão na CF/88.

Muitos princípios são comuns a ambos os ramos processuais, estando explícitos no texto constitucional, como é o caso dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da vedação da prova ilícita, conforme consta do art. 5º, LIV, LV e LVI da CF/88.

Destaca-se, aqui, a importância da correlação entre o devido processo legal no âmbito administrativo disciplinar e no Direito Processual Penal, pois, todos os demais princípios integram o devido processo legal.

4.1 Princípio do Devido Processo Legal

O princípio do devido processo legal é o princípio reitor de todo o sistema processual, pois, conforme disposto no art. 5º, LIV da CF/88 “ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.”

Todos os demais princípios integram o devido processo legal²⁵ na medida em que garantem que o processo respeite tanto a sua forma quanto a sua efetiva aplicação.

É salutar que se faça neste momento uma breve distinção entre processo e procedimento para que se possa compreender o alcance do princípio do devido processo legal: “procedimento não é uma espécie abrangida no gênero processo”.²⁶

Assim, compreende-se como procedimento uma sucessão de atos jurídicos, um roteiro, um itinerário a ser seguido. Em síntese, o procedimento é o conjunto de atos que integram o processo para seu regular andamento. “Já o processo é uma relação jurídica destinada a compor um litígio mediante a observância necessária de um procedimento”.²⁷

25 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 59.

26 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, s/p (kindle).

27 JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 357.

Assim, o **processo** tem por função a solução jurídica do conflito de interesses e para tanto é necessário adotar um **procedimento** que assegure o contraditório e ampla defesa.

Destes conceitos extrai-se que processo e procedimento devem seguir regras constitucionais para o seu regular andamento, ou seja, a regra do devido processo legal, garantia assegurada no art. 5º, LIV da CF/88, que estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Portanto, para que qualquer cidadão possa sofrer privação de sua liberdade ou bens, por ato da Administração Pública, deve ser observado o devido processo legal sob seu aspecto substancial (necessidade do processo) e sob seu aspecto formal (procedimento adequado).

Evidente que o mencionado princípio não se destina a apenas um ramo processual, tendo sua aplicação estendida a todos os ramos processuais onde possa haver privação da liberdade, em sentido amplo, e de bens de qualquer cidadão,²⁸ mediante a atuação das formas institucionalizadas de exercício de poder, em especial no que diz respeito ao poder sancionatório.²⁹

Assim como no processo penal, no processo administrativo disciplinar também é necessário o estabelecimento de regras formais e substanciais que direcionem o andamento do processo de forma justa e igualitária.

Neste sentido é que o devido processo legal deve ser

28 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 89.

29 CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. 4. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 289.

interpretado sob dois aspectos: o substancial e o formal.

O devido processo legal substantivo ou substancial está vinculado ao aspecto material, ou seja, ao próprio princípio da legalidade.³⁰ Assim, somente se justifica a existência do processo para aplicar uma sanção prevista em lei, dentro dos parâmetros de razoabilidade³¹ e proporcionalidade.³²

No aspecto formal, o devido processo legal é a síntese que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados pela CF/88.³³ Neste aspecto o devido processo legal assegura a forma da justa aplicação da força estatal na aplicação das sanções.³⁴

No Direito Administrativo Disciplinar, estas dimensões do devido processo legal, devem ser respeitadas da mesma forma.³⁵

O princípio do devido processo legal em sentido material diz respeito ao conteúdo das regras

30 BISNETTO, Olympio Fraga. **Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar**, Jundiaí: Paco Editorial, 2017, s/p (kindle).

31 GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Processo Administrativo Disciplinar - PAD e Sindicância Investigatória e Acusatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, s/p (kindle).

32 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

33 BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 90.

35 GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Processo Administrativo Disciplinar - PAD e Sindicância Investigatória e Acusatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, s/p (kindle).

processuais: devem ser regras justas, racionais, razoáveis. Acentua-se o termo “devido processo”: o processo devido corresponde a um processo justo. Em sentido formal, relaciona-se às formalidades previstas na lei para proteção do exercício das prerrogativas processuais inerentes ao contraditório e à ampla defesa. Acentua-se o termo “processo legal”: a formalização do agir administrativo como garantia para a defesa dos direitos.³⁶

A OAB por meio de seu Conselho Federal, publicou a Resolução nº 02/2018 que aprovou o Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar, trazendo em seu anexo único, conceitos, recomendações, orientações sobre garantias constitucionais, procedimentos e modelos de peças processuais a serem utilizadas na instrução do processo ético-disciplinar, tudo visando garantir o respeito ao devido processo legal.

No tocante às garantias constitucionais, o Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar³⁷ destaca:

É bom lembrar que o processo ético-disciplinar, como qualquer outro, encontra-se vinculado, em primeiro plano, às prescrições constitucionais. Assim, há de se promover permanente vigília para que a sua autuação e desenvolvimento se processem com fiel observância dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados às partes em

36 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, s/p (kindle).

37 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

litígio nos procedimentos administrativos. Embora de generalizado conhecimento, talvez não seja demasiado invocar aqui, como corolários máximos do processo, o princípio do contraditório e o asseguramento de ampla defesa, com os predicados inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF). É evidente que a esses dois princípios associam-se inúmeros outros, inclusive o da isonomia processual, indispensável à perfeita instrução e condução democrática do processo. Esses princípios não podem, evidentemente, ser desconsiderados no curso da instrução disciplinar.

Assim, resta evidente que na OAB, os processos ético-disciplinares são pautados pelo mais rigoroso cumprimento ao devido processo legal e a todas as garantias a ele inerentes.

4.1.1 Princípio da necessidade do processo e devido processo legal consensual

O princípio da necessidade do processo, aplicável no processo penal, revela o caráter instrumental do processo como sendo o caminho necessário para aplicação legítima da pena, desde que observadas rigorosamente as regras e garantias constitucionais do devido processo legal, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”.³⁸

O Direito Administrativo Disciplinar também traz como pressuposto a existência de um processo administrativo disciplinar. A CF/88 garante que o Direito Administrativo Disciplinar só pode ser efetivado por meio do processo - necessidade do

38 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 36.

processo - pois, conforme destaca o brocardo jurídico, “não há pena sem processo”.³⁹

Portanto, para que se possa aplicar qualquer sanção no Direito Administrativo Disciplinar, inclusive nos processos ético-disciplinares da OAB é necessária a existência de um processo com respeito as regras e garantias inerentes ao devido processo legal.

O art. 70 do EAOAB⁴⁰, além de estabelecer a competência para o exercício do poder de punir disciplinarmente aos advogados inscritos na OAB, também, em seu § 1º, prevê a necessidade da existência de processos disciplinares a serem julgados pelos Tribunais de Ética e Disciplina e Conselhos Seccionais.⁴¹

Indiscutível, assim, que também vigora nos processos ético-disciplinares da OAB o princípio da necessidade do processo como instrumento essencial para a aplicação da respectiva sanção disciplinar.

Em que pese a importância do processo como instrumento para aplicação da pena em matéria penal, o princípio da necessidade do processo vem sendo relativizado em nome da

39 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, s/p (kindle).

40 BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

41 GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados**. 5. Ed. São Paulo: Método, 2019, p. 232.

aplicação de uma lógica negocial⁴² no sistema processual penal brasileiro.

Essa justiça negocial em matéria criminal já teve seu início com a Lei 9.099/95⁴³ que instituiu os Juizados Especiais Criminais, que em seu art. 76 prevê a possibilidade de aplicação da transação penal, oportunidade em que o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, mesmo sem a existência de um processo.

Este primeiro passo de justiça negocial criminal encontra respaldo no art. 98 da CF/88 que prevê a criação dos Juizados Especial Cíveis e Criminais, prevendo expressamente em seu inciso I, a possibilidade de “transação”.

Além da **transação penal**, a Lei 9.099/95 também prevê em seu art. 89, a possibilidade da **suspensão do processo**, mediante o cumprimento de determinadas condições pelo acusado durante um período de prova que pode ser estipulado entre 02 (dois) a 04 (quatro) anos.

Destaca-se que no primeiro caso - transação penal - sequer haverá processo e, no segundo caso - suspensão do processo -, este será suspenso. Contudo, em ambos os casos, se cumpridas as condições estipuladas nos acordos firmados com o Ministério Público, será declarada extinta a punibilidade do acusado.

Outro instituto que flexibiliza o princípio da necessidade do processo é o acordo de colaboração premiada previsto na Lei

42 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 37.

43 BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

12.850/2013⁴⁴, em seus arts. 3º-A a 7º, definido como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.

Este acordo pode resultar, nos termos do art. 4º da Lei 12.850/2013, em perdão judicial, redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou, nos termos do § 4º do mesmo artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia.⁴⁵

A mais recente flexibilização do princípio da necessidade do processo se deu com a inserção no Código de Processo Penal do art. 28-A, por meio da Lei 13.964/2019⁴⁶ - pacote anticrime -, prevendo a possibilidade do **acordo de não persecução penal**, aplicável aos crimes com pena mínima abstrata inferior a 04 (quatro) anos, desde que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, confessado pelo acusado, mediante proposta do Ministério Público, desde que este entenda ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.⁴⁷

44 BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

45 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37.

46 BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 23 maio 2021.

47 PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020, p. 821.

[...] um poderoso instrumento de negociação processual penal que requer uma postura diferenciada por parte dos atores judiciários, antes forjados no confronto, que agora precisam abrir-se para uma lógica negocial, estratégica, que demanda uma análise do que se pode oferecer e do preço a ser pago (prêmio), do timing da negociação, da arte negocial.⁴⁸

Percebe-se, assim, que o Direito Processual Penal brasileiro avançou para um modelo negocial, porém, sem abrir mão de regras e garantias constitucionais, criando espaço para um devido processo legal consensual.

4.1.2 Devido processo legal consensual e direito administrativo disciplinar

No Direito Administrativo Disciplinar não há previsão legal expressa para a modalidade consensual ou negocial.

As Leis 8.112/90⁴⁹ e 9.784/99⁵⁰ que tratam do processo administrativo disciplinar no âmbito federal não preveem a possibilidade de mediação, conciliação ou outra forma consensual

48 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 220.

49 BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

50 BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

de solução do conflito.⁵¹

Apesar da falta de previsão legal de tais institutos, o Direito Administrativo Disciplinar não pode ficar distanciado do ordenamento jurídico como um todo, pois, até mesmo em matéria penal, em que os bens jurídicos protegidos são de alta relevância, passou a ser adotado o modelo de devido processo legal consensual para as infrações penais de menor potencial ofensivo e mais recentemente para uma gama ainda maior de infrações penais de médio potencial ofensivo.

Assim, não há nenhum impeditivo na aplicação de modelos consensuais como forma de substituição ao processo administrativo disciplinar em caso de prática de infração disciplinar de menor gravidade ou de menor potencial ofensivo, tratando-se de uma necessidade para adequação do Direito Administrativo Disciplinar aos demais ramos do Direito, em especial por se tratar de Direito Administrativo Sancionador.

Neste sentido, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União editou em 31 de maio de 2017 a Instrução Normativa nº 2⁵² (alterada pela Instrução Normativa nº 8, de 16 de maio de 2019), prevendo em seu art. 1º: “Os órgãos e entidades do Poder Executivo Federal poderão celebrar, nos casos de infração disciplinar de menor potencial ofensivo, Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, desde que atendidos os requisitos previstos nesta instrução normativa.”

51 GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Processo Administrativo Disciplinar - PAD e Sindicância Investigatória e Acusatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, s/p (kindle).

52 COUTO, Reinaldo. **Curso de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. 4. Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019, s/p (ebook).

Trata-se de importante instrumento aplicado ao processo administrativo disciplinar no âmbito federal, evitando-se, assim, um desgaste da própria Administração Pública com a instauração e instrução do processo, além de possibilitar ao servidor uma oportunidade de correção de seu erro sem sofrer uma condenação e suas consequências.⁵³

4.1.3 Devido processo legal consensual nos processos ético-disciplinares da OAB

O EAOAB não traz nenhum capítulo específico quanto a possibilidade de um modelo negocial no que diz respeito aos processos ético-disciplinares.

O Art. 51, § 3º do Estatuto⁵⁴, prevê que: “Nos processos disciplinares que envolverem divergência sobre a percepção de honorários de sucumbência, entre advogados, deverá ser tentada a conciliação destes, preliminarmente, pelo relator.” Trata-se de uma possibilidade de conciliação bem delimitada.

Outra possibilidade de composição está prevista no Provimento nº 83/1996⁵⁵, do Conselho Federal, que determina que

53 GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Processo Administrativo Disciplinar - PAD e Sindicância Investigatória e Acusatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, s/p (kindle).

54 BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

55 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 83/1996, de 17 de junho de 1996**. Dispõe sobre processos éticos de representação por advogado contra advogado. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/83-1996>. Acesso em 22 maio 2021.

deve ser realizada a tentativa de conciliação nos processos de representação de advogado contra advogado.

O Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar (Resolução nº 02/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) traz em seu conteúdo diversos pontos destinados à conciliação nos processos éticos-disciplinares.

Na primeira parte do Manual, no tópico que trata dos conceitos a serem utilizados nos processos ético-disciplinares da OAB, há a seguinte referência à conciliação:

Conciliação – ato provocado e presidido pelo Presidente do órgão julgador, ou, por delegação deste, pelo Relator ou pelo Presidente da Subseção, com a presença do representante e do representado, e antes da notificação deste para responder; **com o fito de dar fim ao estado de litigiosidade e, quando possível, de evitar a instauração do processo ético-disciplinar**. De acordo com o Provimento n. 83/1996, deve ser realizada a tentativa de conciliação nos processos de representação de advogado contra advogado. A ausência das partes, quando devidamente intimadas, denota o seu desinteresse em firmar acordo.
⁵⁶ (grifou-se)

Na segunda parte, ao tratar dos procedimentos, o Manual aponta em seu item “5”, a possibilidade do Presidente do órgão julgador, a seu juízo, realizar audiência preliminar para conciliação entre representante e representado:

56 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

5. A juízo do Presidente do órgão julgador, poderá ser realizada **audiência preliminar, com a presença de representante e representado**, antes da notificação para o representado responder à representação. A representação será autuada **se frustrada a conciliação** ou se, mesmo sendo ela alcançada, assim o exigirem o interesse público ou a dignidade da advocacia. Nesta hipótese, a notificação para a audiência preliminar será considerada para fins do art. 43, § 2º, I, do EAOAB, conforme precedentes da Segunda Câmara do Conselho Federal da OAB.⁵⁷ (grifou-se)

Ainda, no item “10” dos procedimentos, o Manual prevê a possibilidade de a conciliação ocorrer a qualquer tempo no curso do processo, devendo ser estimulada pelo Relator, podendo ou não gerar a extinção do processo:

10. O Relator, no curso de todo o processo, **estimulará a conciliação entre os litigantes**. Sendo esta obtida, caber-lhe-á opinar se a conciliação implica, ou não, a extinção do processo.⁵⁸ (grifou-se)

Por fim, no item “22” dos procedimentos o Manual reforça a necessidade de conciliação quando tratar-se de representação de advogado contra advogado, nos termos do já mencionado Provimento 83/1996 do Conselho Federal:

57 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

58 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

22. Nos processos originários de representação de advogado contra advogado, que envolvam questões de ética profissional, é de se observar o Provimento nº. 83/96, com encaminhamento dos autos diretamente ao Tribunal de Ética e Disciplina, que notificará o representado para apresentar defesa prévia, e, após, **buscará conciliar os litigantes, com a realização de audiência de conciliação**, da qual poderá resultar o arquivamento da representação.⁵⁹ (grifou-se)

Assim, resta bastante claro que a OAB é bastante receptiva ao modelo do devido processo legal consensual, até mesmo em homenagem ao dever do advogado, previsto no art. 2º, parágrafo único, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB.⁶⁰

Considerando as orientações contidas no Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar (Resolução nº 02/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil), ao tratar do conceito de conciliação e também ao

59 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

60 Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) VI - estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; [...] (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/codigo-de-etica-2019.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.)

estabelecer o procedimento a ser adotado (itens “5” e “10”) resta claro que o Conselho Federal delegou aos órgãos julgadores a possibilidade de realizar a conciliação entre as partes, visando evitar a instauração do processo ético-disciplinar de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

Seguindo esta linha conciliatória, o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB - Seccional do Paraná, editou a Instrução Normativa 01/2018⁶¹, prevendo e regulamentando a aplicação de Termo de Ajuste de Conduta – TAC, a qual foi pautada no poder disciplinar instituído pelo EAOAB que deve ser aplicado em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, visando uma atuação preventiva e educativa para evitar a punição de advogados que tenham praticado infrações disciplinares de pequena repercussão lesiva.

Trata-se de instrução normativa que contempla a flexibilização do poder sancionatório em prol do caráter preventivo e educativo, muitas vezes se mostrando mais eficaz do que a aplicação imoderada de penalidade.

O Conselho Federal da OAB aprovou o Provimento nº 200/2020⁶², demonstrando a preocupação da instituição no

61 ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SEÇÃO DO PARANÁ. TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. **Instrução Normativa 01/2018-TED**, de 27 de junho de 2018. Prevê e regula o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), em matérias relativas ao descumprimento do dever de urbanidade do advogado, à publicidade imoderada com fins de captação de clientela e à utilização de sociedade irregulares no âmbito da advocacia. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/06/INSTRU%C3%87%C3%83O-NORMATIVA-1.2018-2.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

62 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 200/2020, de 27 de outubro de 2020**. Regulamenta o disposto nos arts. 47-A e 58-A do Código de Ética e Disciplina da OAB, no tocante à celebração de Termo de Ajustamento de Con-

avanço da matéria.

o provimento 200 é um grande avanço do CFOAB no que diz respeito ao tratamento das infrações ético-disciplinares puníveis com censura e infrações relacionadas à publicidade irregular cometidas por alguns profissionais. Permite uma solução alternativa ao processamento de uma representação ético-disciplinar, que além de constrangedora, geralmente atinge a jovem advocacia, que precisa de orientação e não punição. Por isso, essa Jovem Advocacia deve ter uma atenção diferenciada por parte da OAB. Além disso, o TAC é também uma ferramenta de prevenção, com enorme potencial para inibir que tais práticas sejam cometidas, e de conciliação, para lidar de maneira mais eficiente com as situações em andamento. Acredito que o TAC é uma inovação muito interessante para a OAB e para toda a advocacia.⁶³

Considerando que o EAOAB aplica, em sede de processos ético-disciplinares, de forma subsidiária a legislação processual penal comum, mostra-se bastante coerente a aplicação do modelo do devido processo legal consensual ou negocial já

duta (TAC) diante da prática de publicidade irregular no âmbito da advocacia e das infrações ético-disciplinares puníveis com censura. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/200-2020?search=200&provimentos=True>. Acesso em: 22 maio 2021.

63 NUNES, Geórgia. **Termo de Ajustamento de conduta: Conselho da OAB aprova provimento que regulamenta a celebração de TAC diante de infrações éticas**. Ordem dos Advogados do Brasil. Seccional do Piauí. Disponível em: <http://www.oabpi.org.br/termo-de-ajustamento-de-conduta-conselho-da-oab-aprova-provimento-que-regulamenta-a-celebracao-de-tac-diante-de-infracoes-eticas>. Acesso em: 20 maio 2021.

contemplado no Direito Processual Penal por meio dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo previstos na Lei 9.099/95⁶⁴, da delação premiada prevista na Lei 12.850/13⁶⁵ e do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

5. TEMAS CORRELATOS ENTRE O PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR NA OAB E O PROCESSO PENAL

Conforme já demonstrado, é estreita a relação entre o processo ético-disciplinar na OAB e o Direito Processual Penal, tanto que o legislador fez previsão expressa no art. 68 do EAOAB da aplicação subsidiária da lei processual comum em sede de processo administrativo sancionatório.

Visando demonstrar a correlação existente entre temas que não foram tratados de forma exaustiva pelo EAOAB e pela legislação complementar e que demandam a aplicação subsidiária da lei processual penal comum, foram selecionados alguns temas que já ocuparam os debates junto ao setor de disciplina da OAB, Seccional do Paraná, com o objetivo de harmonizar a legislação administrativa às regras estabelecidas pela legislação processual penal.

64 BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

65 BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

Sem intenção de esgotar os temas, nos quais a aplicação subsidiária da legislação processual penal se faz necessária, foram selecionados para este trabalho alguns temas de relevância que serão tratados nos tópicos seguintes.

5.1 Aplicação subsidiária do art. 41 do Código de Processo Penal: necessidade de capitulação da conduta desde o despacho de admissibilidade da representação

A delimitação do objeto do processo de caráter sancionatório é fundamental para que o acusado tenha plena ciência do conteúdo da imputação, podendo assim, exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Assim, no âmbito dos processos ético-disciplinares da OAB/PR, há necessidade de delimitação do objeto do processo, por meio de sua descrição fática e capitulação jurídica.

Neste sentido, o EAOAB traz em seu conteúdo alguns dispositivos que evidenciam esta necessidade de delimitação do objeto do processo.

Quanto a necessidade de tipificação da conduta desde o despacho de admissibilidade até o parecer preliminar, vale destacar os seguintes dispositivos legais:

Art. 130. O relator propõe à autoridade competente o arquivamento da representação se ausentes os pressupostos de admissibilidade, ou sua instauração, fixando, neste caso, o polo passivo, **descrevendo e capitulando a conduta supostamente infracional** e determinando a notificação para apresentação de defesa prévia.⁶⁶ (grifou-se)

Art. 59 (...) § 7º Concluída a instrução, o relator profere parecer preliminar, a ser submetido ao Tribunal de Ética e Disciplina, **dando enquadramento legal aos fatos imputados ao representado.**⁶⁷ (grifou-se)

7. O parecer preliminar de que trata o caput do artigo 73 do Estatuto da Advocacia e da OAB **deverá conter a descrição dos fatos passíveis de punição e o respectivo enquadramento legal.**⁶⁸ (grifou-se)

Esta delimitação do objeto do processo ético-disciplinar é necessária desde o início do procedimento (despacho de admissibilidade da representação) até a conclusão da instrução (parecer preliminar) para que possam ser respeitados na íntegra os princípios do contraditório e da ampla defesa e delimitar o alcance da decisão a ser proferida pelo órgão julgador.

O acusado/representado tem o direito de se defender do fato e de sua capitulação diante das consequências jurídicas que a capitulação pode trazer.

Ademais, a defesa se dá em relação ao **fato processual**

PARANÁ. **Regimento Interno.** Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/regimento-interno-20191004.pdf>. Acesso em 22 maio 2021.

67 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015.** Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/codigo-de-etica-2019.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

68 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018.** Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

que é mais amplo que o **fato material** (tipo), ou seja, o fato processual abrange o fato natural (fato e suas circunstâncias) e o fato material (tipo).⁶⁹

Cabe aqui invocar como paralelo no Direito Processual Penal a necessidade de classificação jurídica do fato como requisito essencial da denúncia ou queixa, peças acusatórias utilizadas para o exercício da ação penal pública e privada.

O art. 41 do Código de Processo Penal estabelece de forma explícita quais são os requisitos da peça acusatória, dentre eles a descrição do fato com todas as suas circunstâncias e a classificação do crime.

A tipificação legal do crime é elemento essencial da peça acusatória, mesmo porque, “é um reducionismo afirmar que o réu se defende dos fatos”.⁷⁰

É fundamental, assim, que a qualificação jurídico-penal do fato esteja presente na denúncia/queixa como elemento delimitador da imputação feita ao acusado.⁷¹

A ausência dos requisitos da peça acusatória contidos no art. 41 do Código de Processo Penal, dentre eles a tipificação do crime, gera inépcia da inicial, devendo o juiz rejeitar a denúncia/queixa nos termos do art. 395, I do Código de Processo Penal.

Assim, não resta dúvida que a descrição do fato com

69 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 988.

70 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 249.

71 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 275.

todas as suas circunstâncias e sua classificação jurídica são essenciais para delimitação do objeto do processo ético-disciplinar no âmbito da OAB, em estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5.2 Possibilidade de alteração da capitulação jurídica do fato pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB e pelo Conselho Seccional no momento do julgamento: aplicação subsidiária dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal (*emendatio libelli e mutatio libelli*) nos processos ético-disciplinares da OAB

Outro ponto relevante para discussão é a possibilidade de alteração da capitulação jurídica pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB e pelo Conselho Seccional no momento do julgamento do processo ético-disciplinar ou do recurso.

Tanto o EAOAB quanto as demais normas que regulamentam o processo ético-disciplinar no âmbito da OAB são omissos quanto a possibilidade de alteração da capitulação da infração disciplinar pelo órgão julgador e qual o procedimento a ser adotado diante desta possibilidade.

Visando nortear o presente estudo e sempre buscando priorizar a aplicação das regras contidas na legislação administrativa específica relativa ao processo ético-disciplinar da OAB, consta no Regulamento Geral da OAB o disposto no art. 144-B, inserido pela Resolução 02/2019⁷², fruto da Proposição n. 49.0000.2019.005999-0/COP:

72 CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2019, de 19 de agosto de 2019**. Acrescente o art. 144-B ao Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94). Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/02=2019-?search02=2%2019F&resolucoes-True>. Acesso em: 23 maio 2021.

Art. 144-B. Não se pode decidir, em grau algum de julgamento, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar anteriormente, ainda que se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício, salvo quanto às medidas de urgência previstas no Estatuto. (grifou-se)

O dispositivo legal em análise não deixa de ser um norteador quanto a possibilidade de alteração da tipificação da conduta infracional por ocasião do julgamento, seja perante o Tribunal de Ética e Disciplina, seja perante o Conselho Seccional da OAB.

O conteúdo do art. 144-B do Regulamento Geral não deve ser interpretado como uma vedação à possibilidade de alteração da tipificação por ocasião do julgamento do processo ético-disciplinar, pois, ao prever que: “Não se pode decidir, em grau algum de julgamento, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar anteriormente, ainda que se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício [...]” a norma estabelece uma limitação quanto a alteração de fundamento por ocasião do julgamento, quando as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar sobre a matéria.

Para compreensão da intenção do legislador ao inserir o mencionado dispositivo legal no Regulamento Geral é necessário analisar a Proposição nº 49.0000.2019.005999-0/COP formulada pelo Conselheiro Federal Daniel Blume Pereira de Almeida que deu origem à Resolução 02/2019 do Conselho Federal da OAB e que inseriu o art. 144-B no Regulamento Geral, tendo como Relatora a Conselheira Federal Daniela Rodrigues Teixeira (DF).

A proposição do Conselheiro Federal Daniel Blume foi

no sentido de aplicar aos processos ético-disciplinares da OAB o **princípio processual da não surpresa**, para efetivação e concretização do contraditório.

Em seu voto a Conselheira Relatora Daniele Rodrigues acolheu a proposição opinando pela aplicação do princípio da não surpresa aos processos disciplinares da OAB, invocando de forma subsidiária o disposto no art. 10 c/c art. 933 do Código de Processo Civil.

Constata-se, assim, que o objetivo do art. 144-B do Regulamento Geral não é impedir a alteração da capitulação por ocasião do julgamento, mas sim, exigir que, sendo o caso de alteração de fundamento da decisão, as partes sejam intimadas previamente para manifestação.

Em que pese o dispositivo legal ter sido inserido no Regulamento Geral da OAB, não foi estabelecido de forma clara qual o procedimento a ser adotado no caso de alteração ou surgimento de novo fundamento por ocasião do julgamento do processo ético-disciplinar, seja pelo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB ou pelo Conselho Seccional eu grau de recurso.

Considerando o disposto no art. 68 do EAOAB, e diante da omissão da legislação administrativa, cabe aqui invocar, de forma subsidiária, as normas processuais penais que tratam do assunto.

O Código de Processo Penal disciplina a matéria referente a possibilidade de alteração da capitulação jurídica dos fatos pelo julgador no momento da decisão, nos artigos 383 e 384.

Os mencionados institutos são tratados pela doutrina como “*emendatio libelli*” e “*mutatio libelli*” (arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal, respectivamente).

São duas hipóteses distintas e que devem ser analisadas

de forma individualizada quanto a sua aplicação subsidiária nos processos ético-disciplinares da OAB.

O tema será tratado aqui de forma mais objetiva, sem os aprofundamentos críticos que tem sido objeto de discussão no processo penal brasileiro.

5.2.1 Aplicação subsidiária do Art. 383 do Código de Processo Penal: “*emendatio libelli*”

O instituto da “*emendatio libelli*”, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, autoriza o julgador a alterar a capitulação da infração penal no momento do julgamento, mesmo que para aplicação de sanção mais grave, desde que não haja modificação do fato descrito na denúncia ou queixa. O dispositivo legal não exige que as partes sejam previamente intimadas para se manifestarem sobre a alteração da capitulação jurídica do fato.

Contudo, é salutar, em homenagem aos princípios do contraditório e da ampla defesa que, entendendo o julgador que será necessária alteração da capitulação jurídica, intime previamente as partes para se manifestarem sobre esta nova definição jurídica.

Esta intimação das partes, em que pese não estar prevista no art. 383 do Código de Processo Penal, ameniza e evita a violação do contraditório, visando interpretar o dispositivo legal conforme a CF/88.⁷³

Esta posição aqui apresentada não é majoritária, tendo

73 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 988.

em vista que a doutrina⁷⁴ e jurisprudência dominantes apontam no sentido da aplicação literal do art. 383 do Código de Processo Penal, ou seja, havendo alteração da definição jurídica sem modificação da descrição fática, não há necessidade de intimação prévia das partes.

O dispositivo em análise é perfeitamente aplicável, de forma subsidiária, ao processo ético-disciplinar da OAB, em conformidade com o art. 144-B do Regulamento Geral da OAB.

Assim, quando as Turmas do Tribunal de Ética e Disciplina entenderem que a classificação jurídica da infração administrativa contida no parecer preliminar proferido pelo relator/instrutor deva ser alterada, poderão fazê-lo, ainda que para aplicação de sanção mais grave, desde que esta alteração de tipificação não implique em modificação da descrição fática.

Considerando que os processos ético-disciplinares da OAB prezam pelo máximo respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa⁷⁵, ao aplicar subsidiariamente o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal,

74 Neste sentido leciona NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 775.

75 Embora de generalizado conhecimento, talvez não seja demasiado invocar aqui, como corolários máximos do processo, o princípio do contraditório e o asseguramento de ampla defesa, com os predicados inerentes (art. 5º, inciso LV, da CF). É evidente que a esses dois princípios associam-se inúmeros outros, inclusive o da isonomia processual, indispensável à perfeita instrução e condução democrática do processo. Esses princípios não podem, evidentemente, ser desconsiderados no curso da instrução disciplinar. (CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018**. Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deoab.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021).

devem as partes ser intimadas previamente sobre a alteração da capitulação jurídica da infração administrativa, adotando-se aqui a interpretação do instituto conforme a CF/88. Somente após a manifestação das partes (que é facultativa), o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB estará autorizado a proferir a decisão aplicando a nova classificação jurídica do fato.

5.2.2 Aplicação subsidiária do Art. 384 do Código de Processo Penal: “*mutatio libelli*”

O instituto da “*mutatio libelli*”, previsto no art. 384 do Código de Processo Penal, trata-se de procedimento mais complexo em relação a alteração da classificação jurídica do fato, pois, neste caso, a alteração se dá em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação. Ocorre aqui a alteração do fato e suas circunstâncias e não somente do tipo (alteração do fato processual).

Neste caso, determina o dispositivo legal em análise que a acusação (Ministério Público) adite a denúncia no prazo de 05 (cinco) dias, descrevendo as novas circunstâncias fáticas surgidas após a instrução do processo.

Efetuada o aditamento da peça acusatória, o defensor será intimado para se manifestar no prazo de 05 (cinco) dias.

Sendo recebido o aditamento pelo juiz e havendo requerimento das partes no sentido de produção de novas provas (depoimentos de testemunhas – até 03 testemunhas, interrogatório do acusado, etc) o juiz designará audiência para instrução do processo, apresentação de alegações finais e posterior julgamento.

O não cumprimento do disposto no art. 384 do Código

de Processo Penal implica em julgamento *extra petita*, o que configura causa de nulidade absoluta, nos termos do art. 564, III, “a” do Código de Processo Penal, por violação ao princípio da correlação entre acusação e sentença.

[...] o juiz não pode condenar o imputado, alterando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais do delito, sem dar-lhe ampla possibilidade de defesa em relação a esse fato diverso daquele imputado inicialmente.⁷⁶

As regras estabelecidas no art. 384 do Código de Processo Penal também podem ser aplicadas de forma subsidiária ao processos ético-disciplinares da OAB.

Assim, quando encerrada a instrução processual e o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB entender que há necessidade de alteração da classificação jurídica da infração administrativa diante da existência de prova de elemento ou circunstância fática não contida no despacho de admissibilidade ou no parecer preliminar, deverá devolver os autos para o relator/instrutor para que promova o **aditamento do parecer preliminar**, inserindo as novas circunstâncias fáticas e este deverá intimar as partes para que, no prazo de 05 (cinco) dias se manifestem quanto ao interesse de produzirem novas provas em relação a estes novos fatos apontados, podendo arrolar até 03 (três) testemunhas cada parte, além de requer outras provas que se fizerem necessárias.

Caso haja requerimento de produção de provas pelas partes (o que é facultativo) será designada nova audiência de instrução e, após, encerrando-se a fase instrutória com novo parecer preliminar proferido pelo relator/instrutor, intimando-se

76 LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 987.

as partes novamente para apresentação de alegações finais, retornando os autos para o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB para julgamento.

Aplicando esse procedimento aos processos ético-disciplinares da OAB, minimiza-se o risco de nulidade processual quando for necessária a alteração da classificação jurídica da infração administrativa no momento do julgamento pelo órgão competente.

5.2.3 Aplicação subsidiária dos arts. 383 e 384 do Código de Processo Penal: “*emendatio libelli*” e “*mutatio libelli*” na fase recursal perante o Conselho Seccional da OAB

Analisando o disposto no art. 144-B do Regulamento Geral da OAB não parece ser vedada a possibilidade de alteração da classificação jurídica da infração administrativa quando do julgamento de recursos perante a Câmara de Disciplina do Conselho Seccional da OAB.

A mencionada conclusão pode ser extraída do texto do dispositivo legal que diz: “Não se pode decidir, em grau algum de julgamento, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar anteriormente, ainda que se trate de matéria sobre a qual se deva decidir de ofício [...]”.

Ao mencionar a expressão “em grau algum de julgamento” fica nítida a intenção do legislador que o surgimento de fundamento novo pode ocorrer tanto no julgamento perante o Tribunal de Ética e Disciplina como perante o Conselho Seccional da OAB.

Porém, como o dispositivo legal não estabeleceu regras claras quanto ao procedimento a ser adotado, novamente devemos buscar respaldo na legislação processual penal, em respeito

ao disposto no art. 68 do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Ocorrendo a necessidade de alteração na classificação jurídica da infração administrativa quando do julgamento do recurso, sem que haja qualquer alteração em relação a circunstâncias fáticas contidas no parecer preliminar, pode o relator aplicar o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal⁷⁷, determinando a intimação das partes para que se manifestem sobre a nova classificação jurídica da infração administrativa e, após a manifestação (que é facultativa) proceder ao julgamento do feito.

Contudo, nesta fase do processo deve ser observada a regra da proibição da “*reformatio in pejus*” quando tratar-se de recurso exclusivo da defesa, conforme disposto no art. 617 do Código de Processo Penal. Assim, se o recurso interposto for somente da defesa do representado, não poderá ocorrer nova classificação jurídica da infração administrativa em prejuízo do representado.⁷⁸

Não há, porém, nenhum impedimento que em se tratando de recurso exclusivo da acusação, possa ser aplicada a regra da “*reformatio in melius*”, desde que observado o disposto no art. 383 do Código de Processo Penal de forma subsidiária.⁷⁹

77 PACELLI e FISCHER defendem a possibilidade de aplicação do art. 383 do CPP na fase recursal perante os tribunais, ainda que resulte na aplicação de pena mais grave. (PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 952).

78 PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 952.

79 PACELLI leciona que: Nesse sentido, o que alguns autores denominam *reformatio in melius*, que consistiria na alteração favorável da situação do réu em recurso exclusivo da acusação, seria perfeitamente possível, pela ausência de qualquer obstáculo de índole

Quanto a aplicação do disposto no art. 384 do Código de Processo Penal na fase recursal, ou seja, na fase de julgamento perante o Conselho Seccional da OAB, a mencionada medida não se torna possível diante do disposto na Súmula 453 do STF⁸⁰ que estabelece: “Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa”.

Conclui-se, portanto, que a aplicação subsidiária do art. 384 do Código de Processo Penal - “*mutatio libelli*” - somente será possível quando do julgamento perante o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo ético-disciplinar tem natureza sancionatória que decorre do poder/dever de disciplina e fiscalização que o Estado delega à OAB, equiparando o processo ético-disciplinar no âmbito da OAB ao Processo Administrativo Disciplinar – PAD, no âmbito da Administração Pública federal, previsto na Lei 8.112/90.

constitucional. De fato, não há que se falar em ampla acusação e tampouco em prejuízo para os interesses da persecução penal, na decisão que favorece o acusado. Nunca é demais lembrar: ao Estado, e a toda sociedade, interessa (e deve interessar), na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012, p. 861).

80 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 453**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?súmula=2735>. Acesso em: 23 maio 2021.

Em razão de sua natureza sancionatória o EAOAB prevê em seu art. 68, a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum aos processos ético-disciplinares.

Diante da estreita relação entre o processo ético-disciplinar da OAB e o Direito Processual Penal, buscou-se harmonizar as regras correlatas entre o Direito Administrativo Sancionador e a legislação processual penal comum.

Considerando a complementariedade funcional entre os ramos de direito material e processual, eventualmente faz-se necessária a aplicação das regras de Direito Penal (material) aos processos ético-disciplinares da OAB.

Por vezes o Código de Processo Penal, em sua aplicação, dependerá da interpretação e aplicação de institutos de Direito Penal, restando necessária aplicação conjunta de ambos.

Ressalte-se que, somente em caso de omissão das normas de caráter administrativo é que poderão ser invocadas as regras da legislação processual penal comum. Não há prevalência desta sobre as regras previstas no Estatuto, Código de Ética e Disciplina, Regulamento Geral e demais normas procedimentais administrativas no âmbito da OAB.

Como balizador do processo ético-disciplinar no âmbito da OAB foi analisado o princípio do devido processo legal como instrumento fundamental de garantias aos acusados em processo administrativo sancionatório, assegurando a estrita observância ao contraditório e ampla defesa.

Aplica-se ao processo ético-disciplinar na OAB, as regras do devido processo legal consensual, admitindo-se, nos termos do Provimento nº 200/2020 do Conselho Federal da OAB a celebração de Termo de Ajuste de Conduta diante da prática de publicidade irregular no âmbito da advocacia e das infrações

ético-disciplinares puníveis com censura, trazendo para o processo ético-disciplinar instituto assemelhado à suspensão condicional do processo e a transação penal, previstos na Lei 9.099/95 e aplicáveis às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Neste sentido, restou evidenciada a preocupação da OAB em aplicar aos processos ético-disciplinares regras assemelhadas ao moderno processo penal, flexibilizando o caráter punitivo em casos de infrações administrativas de menor gravidade.

O processo ético-disciplinar no âmbito da OAB deve ter a delimitação do seu objeto desde o início do procedimento (despacho de admissibilidade da representação) até a conclusão da instrução (parecer preliminar) para que possam ser respeitados na íntegra os princípios do contraditório e da ampla defesa e delimitar o alcance da decisão a ser proferida pelo órgão julgador.

A necessidade da descrição do fato e do enquadramento legal (infração disciplinar) imputada ao representado consta do disposto no art. 130 do Regimento Interno da OAB/PR, art. 59, § 7º, do Código de Ética e Disciplina da OAB e item 7 do Manual de Procedimento do processo ético-disciplinar (Resolução nº 02/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil).

Neste caso, cabe invocar subsidiariamente o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal que estabelece os requisitos da inicial acusatória, dentre eles a descrição do fato com todas as suas circunstâncias e a classificação do crime, sob pena de inépcia da inicial e sua consequente rejeição pelo juiz, nos termos do art. 395, I, do Código de Processo Penal.

A alteração da classificação jurídica da infração administrativa somente poderá ocorrer se observados os princípios do

contraditório, da ampla defesa e da correlação entre acusação e decisão proferida.

A alteração referente a classificação jurídica da infração administrativa (*emendatio libelli*), sem alteração de circunstâncias fáticas ou elementos não contidos na acusação poderá ocorrer tanto perante o Tribunal de Ética e Disciplina como perante o Conselho Seccional da OAB (mesmo que para infração mais grave), salvo na hipótese de recurso exclusivo da defesa, quando existe vedação da *reformatio in pejus*.

Em que pese a não exigência no art. 383 do Código de Processo Penal de intimação das partes em relação a nova classificação jurídica da infração, é salutar que nos processos ético-disciplinares da OAB, quando ocorrer esta alteração de classificação jurídica da infração por ocasião do julgamento, sejam as partes intimadas para se manifestarem antes do julgamento, em estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa e da não surpresa, matrizes norteadoras do processo disciplinar no âmbito da OAB, conforme recomendação do Conselho Federal da OAB em seu Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar (Resolução nº 02/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil) e art. 144-B do Regulamento Geral da OAB.

Quando houver necessidade de alteração da classificação jurídica da infração administrativa em razão de novas circunstâncias fáticas surgidas durante a instrução processual, deverá ser observado o disposto no art. 384 do Código de Processo Penal (*mutatio libelli*), determinando-se o aditamento do parecer preliminar para inserção das novas circunstâncias, intimando-se as partes para que no prazo de 05 (cinco) dias se manifestem quanto ao interesse de produção de novas provas e reabertura da instrução processual perante o órgão de origem, para somente após o encerramento da instrução (com novo parecer preliminar e novas alegações finais pelas partes) proceder

ao julgamento do feito perante o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB.

Destaca-se que este procedimento - *mutatio libelli* - não se aplica na fase recursal, ou seja, não compete ao Conselho Seccional da OAB quando do julgamento dos recursos, em razão do contido na Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo da presente pesquisa não foi esgotar os temas correlatos ao processo ético-disciplinar da OAB e a legislação processual penal comum, sendo aqui destacados temas que já foram objeto de discussão e debates na Câmara de Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BISNETTO, Olympio Fraga. **Nulidades no Processo Administrativo Disciplinar**, Jundiá: Paco Editorial, 2017.

BRASIL. **Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 23 maio 2021.

BRASIL. **Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 23 maio 2021.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrino; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 83/1996, de 17 de junho de 1996**. Dispõe sobre processos éticos de representação por advogado contra advogado. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/83-1996>. Acesso em 22 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 176/2017, de 27 de junho de 2017**. Regulamenta o processo ético-disciplinar em meio eletrônico na Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do art. 78, parágrafo único, da Resolução n. 02/2015-COP (Código de Ética e Disciplina da OAB). (Ver art. 78, parágrafo único, do Código de Ética e Disciplina). Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/176-2017?search=176%2F2017&provimentos=True>. Acesso em: 23 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento n. 200/2020, de 27 de outubro de 2020.** Regula o disposto nos arts. 47-A e 58-A do Código de Ética e Disciplina da OAB, no tocante à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) diante da prática de publicidade irregular no âmbito da advocacia e das infrações ético-disciplinares puníveis com censura. Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/200-2020?search=200&provimentos=True>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Recurso n. 49.0000.2018.013000-0/SCA-TTU.** Recorrente: J.L.O. (Advogado: José Luiz de Oliveira OAB/SP 125.716). Recorrido: D.Z.A. (Advogado: Osvaldo Ribeiro Rodrigues OAB/SP 160.327). Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Leonardo Accioly da Silva (PE). Diário Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, a. 1, n. 115, 13.6.2019.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/regulamentogeral.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2015.** Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/codigo-de-etica-2019.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2018.** Manual de Procedimentos do processo ético-disciplinar. Disponível em: <https://deob.oab.org.br/pages/materia/1196>. Acesso em: 22 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução n. 02/2019, de 19 de agosto de 2019.** Acrescente o art. 144-B ao Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94). Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/resolucoes/02=2019-?search02=2%2019F&resolucoes=True>. Acesso em: 23 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO PLENO. **Súmula n. 01/2011, de 14 de abril de 2011.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula012011COP.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO PLENO. **Súmula n. 08/2019, de 21 de março de 2019.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula-08-2019-COP.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ÓRGÃO ESPECIAL. **Súmula n. 01/2007, de 08 de novembro de 2007.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/sumula012007OEP.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. ÓRGÃO ESPECIAL. **Súmula n. 08/2016, de 27 de outubro de 2016.** Disponível em: [oab.org.br/Content/pdf/sumulas/OEP-Sumula-08-2016.pdf](https://www.oab.org.br/Content/pdf/sumulas/OEP-Sumula-08-2016.pdf). Acesso em: 23 maio 2021.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar.** 6. Ed. – Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2011.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância.** 4. Ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Processo Administrativo Disciplinar - PAD e Sindicância Investigatória e Acusatória.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; BEIJATO JUNIOR, Roberto. **Estatuto da Advocacia e novo Código de Ética e Disciplina da OAB comentados.** 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado.** 5. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MORESCHI, Odair Vicente In PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (orgs.). **Estatuto da Advocacia e da OAB comentado**. 2. Ed. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil. Seccional do Paraná, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Geórgia. **Termo de Ajustamento de conduta: Conselho da OAB aprova provimento que regulamenta a celebração de TAC diante de infrações éticas**. Ordem dos Advogados do Brasil. Seccional do Piauí. Disponível em: <http://www.oabpi.org.br/termo-de-ajustamento-de-conduta-conselho-da-oab-aprova-provimento-que-regulamenta-a-celebracao-de-tac-diante-de-infracoes-eticas>. Acesso em: 20 maio 2021.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. Ed. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONSELHO SECCIONAL DO PARANÁ. **Regimento Interno**. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/10/regimento-inter-no-20191004.pdf>. Acesso em 22 maio 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SEÇÃO DO PARANÁ. TRIBUNAL DE ÉTICA E DISCIPLINA. **Instrução Normativa 01/2018-TED**, de 27 de junho de 2018. Prevê e regula o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), em matérias relativas ao descumprimento do dever de urbanidade do advogado, à publicidade imoderada com fins de captação de clientela e à utilização de sociedade irregulares no âmbito da advocacia. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/06/INSTRU%C3%87%C3%83O-NORMATIVA-1.2018-2.pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. Ed., rev. atual. e reform. São Paulo: Atlas, 2020.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PIOVEZAN, Giovani Cássio In PIOVEZAN, Giovani Cássio; FREITAS, Gustavo Tuller Oliveira (orgs.). **Estatuto da Advocacia e da OAB comentado**, 2. ed. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil – Secional do Paraná, 2017.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia – comentário e jurisprudência selecionada**. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) Premiada**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no REsp: 1686521 CE 2017/0175444-0**. Relator: Ministro JORGE MUSSI. Data de Julgamento: 11 de junho de 2019, T5 – quinta turma. Data de Publicação: DJe 25 de junho de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula n. 273**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revisita-sumulas-2011_20_capSumula273.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 155**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2743>. Acesso em: 23 maio 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula 453**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2735>. Acesso em: 23 maio 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **APL: 8967571 PR 896757-1**. Relator: Rui Bacellar Filho. Data de Julgamento: 23 de junho de 2016. 3. Câmara Criminal. Data de Publicação: DJ: 1835 06 de julho de 2016.

IDONEIDADE MORAL PARA INSCRIÇÃO – COMPETÊNCIA, PROCEDIMENTO E REQUISITOS NO ESTATUTO DA OAB

Luiz Fernando Casagrande Pereira¹

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL É O PONTO DE PARTIDA

Para a Constituição Federal, “*é livre o exercício de qualquer profissão, mas atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*” (art. 5º, XIII). E só Lei Federal pode estabelecer “*condições para o exercício de profissões*” (art. 22, XVI). O Estatuto da OAB é a Lei Federal que estabelece as condições para o exercício da profissão de advogado, mas deve estabelecê-las em conformidade com o texto constitucional.

Isso, porque, embora a Constituição Federal assegure ao Estatuto da OAB a prerrogativa de estabelecer condições para o

1 Tem doutorado e mestrado em Direito Processual Civil pela UFPR. Possui inúmeros livros publicados na área. Professor de pós-graduação do Instituto Romeu Bacellar e outras instituições. Conselheiro titular do Conselho Seccional da OAB/PR. OAB/PR 22.076

exercício da advocacia, trata-se de uma *reserva legal qualificada*, impondo limitações. Nessa linha, o Supremo já decidiu que “*a restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional*” (RE 591.511). Para reiterar: o Estatuto não é livre para estabelecer qualquer condição. A restrição a direito fundamental se admite apenas se vinculada a *fim compatível* nos casos de *reserva legal qualificada*.²

Estabelecida a premissa, é possível seguir para afirmar que a exigência de idoneidade moral, como está a exigir o Estatuto, é uma condição que não viola o conteúdo essencial do livre exercício da profissão. O próprio Supremo, no mesmo acórdão já citado, reconheceu que um pressuposto subjetivo ligado à “capacitação moral”, “pertinente com a função a ser desempenhada”, “amparada no interesse público ou social”, é admitido pela regra constitucional. A exigência de idoneidade, para pegar emprestado a expressão do Ministro Marco Aurélio, noutro acórdão que tangencia o tema, “*não é um embaraço irrazoável ou desproporcional*” (RE 603.583).

O que sempre exigiu o Supremo foi a finalidade de “preservar a sociedade” para autorizar uma restrição ao livre exercício da profissão (RE 414.426). E parece evidente que exigir idoneidade moral para o exercício da advocacia tem por objetivo “preservar a sociedade”. Adaptando outra passagem do Ministro Marco Aurélio no citado RE 603.583, “*Cabe indagar: quem exerce a advocacia sem a [idoneidade moral] necessária afeta outrem? A resposta é desenganadamente positiva*” [...] “*Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente*”.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 238.

A exigência de idoneidade está na proteção da sociedade, enfim.

A Constituição Federal, por tais razões, reserva à OAB, por disposição do Estatuto, a finalidade de selecionar os advogados no Brasil (art. 22 da CF; art. 44, EOAB). E a avaliação da idoneidade moral é um requisito para essa seleção, articulada – essa seleção – de modo a proteger a sociedade. Como já decidiu o STJ, a inscrição junto à OAB “*não constitui mero título honorífico, necessariamente agregado ao diploma de bacharel. A seleção de bacharéis para o exercício da advocacia deve ser tão rigorosa como o procedimento de escolha de magistrados e agentes do Ministério Público. Não é de bom aviso liberalizá-la*”³.

Agora, é importante registrar que o *teste de constitucionalidade* da exigência de idoneidade não cessa com a previsão no Estatuto. A OAB tem a obrigação de aplicar, na análise casuística, uma *exigência ponderada* de idoneidade, sob pena de se reconhecer a existência de *normas a caminho da inconstitucionalidade*, como consignou o STF no caso do exame de ordem (RE 603.583). É dizer: subir desproporcionalmente o *sarrafo da idoneidade* pode colocar a exigência no campo da inconstitucionalidade. O STF, mesmo validando a constitucionalidade da previsão legal da exigência de idoneidade, preserva o direito de *fiscalização jurisdicional* do modo de *aplicação casuística* da exigência, especialmente pelo olhar da proporcionalidade.

O ponto de partida, portanto, é sempre a Constituição Federal.

3 STJ - REsp 214.671/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, J 01/08/2000.

2. HIPÓTESES DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE NO ESTATUTO. CLÁUSULA GERAL E CRIME INFAMANTE

Segundo o artigo 8º do Estatuto da Advocacia e da OAB, é requisito, para fins de inscrição nos quadros da OAB, entre outros, idoneidade moral (inciso VI). Não há no Estatuto definição legal do que efetivamente se compreende por “idoneidade moral”. É tarefa do intérprete, portanto, o estabelecimento de balizas, respeitado o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, para rememorar). Uma maior dimensão normativa da jurisprudência entra em cena na análise do inciso VI do art. 8º do EOAB.

O legislador estabeleceu uma subdivisão em relação à exigência de idoneidade. Há um procedimento para análise de fatos que envolvem o bacharel (artigo 8º, §3º, do EAOB), passível de aferir (esse procedimento) o preenchimento de todos os requisitos, inclusive a idoneidade (inciso VI). Por aqui se afere a idoneidade inserida em *cláusula geral* (*uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta*, como explica Judith Martins-Costa).⁴

Além da *cláusula geral* de idoneidade, na subdivisão do Estatuto há um *tipo fechado*, constante do artigo 8º, §4º. De forma objetiva, deixando estreita margem ao intérprete, o EAOB crava que “*não atende ao requisito de idoneidade moral aquele que tiver sido condenado por crime infamante*”. A ideia do Estatuto foi restringir, nessa hipótese específica, o espaço de interpretação da *cláusula geral*. Há uma presunção

4 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

de inidoneidade. Noutras palavras: a OAB tem autonomia para aferir idoneidade pela *cláusula geral*, mas, se houver a prática de crime infamante, o reconhecimento de inidoneidade é imperativo. A inidoneidade do crime infamante é uma *inidoneidade chapada*, portanto.⁵

O mesmo §4º do artigo 8º do EAOAB estabelece, na parte final, que a reabilitação judicial é suficiente para afastar a inidoneidade decorrente da condenação por crime infamante. Seria possível concluir, a partir da parte final do dispositivo, que a reabilitação judicial conduziria ao reconhecimento de idoneidade. Não é assim, no entanto. A reabilitação apenas afasta a hipótese de *idoneidade chapada*, mas não impede que os mesmos fatos do processo criminal provoquem o reconhecimento de ausência de idoneidade pela *cláusula geral* (inciso IV).

É assim que merece ser interpretada a convivência harmônica entre a hipótese do *tipo fechado* e a da *cláusula geral*. A rigor, o *tipo fechado* (crime infamante) está contido na *cláusula geral* (idoneidade). A *cláusula geral* (continente) não pode ser invocada para reconhecer idoneidade nos casos de crime infamante sem reabilitação. Havendo a reabilitação criminal, a possível inidoneidade decorrente da prática de crime infamante (dos fatos envolvidos) deve ser aferida a partir da *cláusula geral*.

Assim, a *inidoneidade chapada* do crime infamante sem reabilitação judicial é apenas uma hipótese específica que limita o espaço do intérprete em reconhecer idoneidade por intermédio da *cláusula geral*. A previsão da hipótese de crime infamante levou a muitas incompreensões em torno do tema, mas parece que essa é a interpretação mais consentânea com o

5 Expressão que esse Autor usou ao julgar o processo 17.148/2018, no pleno do Conselho da Seccional do Paraná, em 18/12/2020.

texto do EOAB (literal, teleológica e sistemática).

Assim – e para concluir o ponto –, cometido um crime infamante, com o trânsito em julgado (ver o próximo ponto) a idoneidade só pode ser reconhecida a partir da reabilitação. Depois da reabilitação, a OAB ainda pode analisar os mesmos fatos do processo criminal, no ambiente da autonomia da *cláusula geral*, se há ou não idoneidade para o exercício da profissão. A gravidade dos fatos pode gerar uma inidoneidade que transcenda a reabilitação. A reabilitação criminal não afasta a inidoneidade; afasta apenas a *inidoneidade chapada*.

Essa conclusão não está a significar que a inidoneidade pode ser perpétua, como será demonstrado no ponto 05 do texto.

3. O CONCEITO DE “CONDENADO” DO ART. 8º, §4º DO EAOAB. IDONEIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Para a *inidoneidade chapada*, o Estatuto (§4º do art. 8º) fala em *condenado*. Aí surge outra dúvida. O conceito de condenado deve ser compreendido objetivamente, com aplicação literal do disposto no art. 5º, LVII, da CF/88 (aguardando-se, sempre, o trânsito em julgado), ou deve ser entendido que tal impedimento constitui uma condição para a inscrição, sem confundir-lo com sanção, e, portanto, a dispensar o trânsito em julgado?

Antes de tudo é necessário dizer que para a ausência de idoneidade, a partir da *cláusula geral*, não se deve exigir trânsito em julgado da sentença criminal – ou mesmo condenação prévia. Supor o contrário é esvaziar integralmente a autonomia da OAB em aferir o requisito da idoneidade, subordinando a decisão administrativa à esfera judicial (à decisão final da esfera judicial, o que é pior). O tema será tratado adiante.

Noutra ponta, para a hipótese de *inidoneidade chapada*, aí sim, sem dúvida, exige-se trânsito em julgado. O STF reconheceu que a Constituição Federal exige o trânsito em julgado para a execução da pena, e não é possível exigir reabilitação antes da própria execução da pena (artigos 93 e 94 do Código Penal). Sustentar que o condenado por crime infamante atrai uma *inidoneidade chapada*, sem a chance de buscar a reabilitação (e submeter-se ao teste de idoneidade pela cláusula geral), é impor ao bacharel um ônus incompatível com a interpretação sistemática do EOAB.

Bem por isso, o Conselho Federal distingue o que é crime infamante, subordinado ao trânsito em julgado, do que é *ato infamante*, extraível de qualquer processo (criminal, em ação de improbidade, ou mesmo disciplinar, por exemplo), independentemente da fase.⁶ Basta o oferecimento de uma denúncia, ainda para cogitar exemplos. É possível extrair da denúncia elementos que, na averiguação da OAB, com direito ao contraditório, fundamentem o reconhecimento de inidoneidade.

A inidoneidade não é *sanção*; a idoneidade para o exercício da profissão de advogado é *condição*. E é uma *condição* afeita com autonomia pela OAB.

Em reforço, é importante voltar a conferir as conclusões do Supremo Tribunal Federal na ADC n^o 30, proposta, inclusive, pelo próprio Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

6 Sobretudo se é assim que o Conselho Federal entende há anos: “[...] Não fere o primado da presunção de inocência, se o juízo de inidoneidade é fundado em ato infamante incontroversamente praticado pelo pleiteante de inscrição nos quadros da ordem” (DEOAB, a. 1, n. 231, 26.11.2019, p. 2).

Ao defender a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, a Ordem ressaltou que não se tratava de análise a ser feita no âmbito penal, mas no âmbito da moralidade administrativa (especialmente ligada, por óbvio, à idoneidade moral). Em resumo, defendeu a OAB a necessidade de compatibilizar o princípio da presunção de inocência com *“o todo normativo, não sendo cabível falar em sua aplicação quando se trata de hipótese inerente a requisito de elegibilidade expressamente autorizado pelo art. 14, § 9º, da Constituição Federal”*.

Ainda, ressaltou-se uma ideia que constituiu o norte do julgamento neste aspecto: *“[...] inelegibilidade não é pena e não impõe punição a quem quer que seja”*, mas consiste em condição/requisito para a elegibilidade. Durante o julgamento da ADC nº 30, os Ministros ressaltaram, assim como já havia feito a OAB, que a inelegibilidade não poderia ser considerada como sanção. Como destacou o então Ministro Joaquim Barbosa, *“as hipóteses que tornam o indivíduo inelegível não são punições engendradas por um regime totalitário, mas sim distinções, baseadas em critérios objetivos”*. Assim, *“porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência”*.

Para repetir, a inidoneidade não é sanção; a idoneidade para o exercício da profissão de advogado é condição.

Outro paralelo a ser realizado é a restrição de participação em concursos públicos para aqueles que possuem ações penais em trâmite. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: *“sem previsão constitucionalmente adequada e instituída por lei, não é legítima a cláusula de edital de concurso público que restrinja a participação de candidato pelo simples fato de responder a inquérito ou ação penal”* (RE 560.900). O EOAB é a lei, constitucionalmente adequada – como já registrado no primeiro ponto do texto –, que restringe o exercício da profissão apenas a quem tenha idoneidade.

Em alguns concursos, como na seleção da Polícia Federal, existe uma fase de “investigação social” para aferir idoneidade moral. E essa investigação pode apontar a existência de inidoneidade independentemente do trânsito em julgado na esfera criminal. É possível extrair de um processo criminal não concluído, já decidiu o STJ, que o ingresso na carreira de alguém que responde por graves acusações representaria uma ofensa “aos valores morais e éticos que devem ser almejados pela Administração Pública”.⁷ Mesmo movimento que acontece na OAB.

O que o STJ e STF vedam é a possibilidade de se invocar pura e simplesmente a existência de um inquérito ou um processo criminal não concluído como óbice à nomeação. A declaração da inidoneidade baseada apenas em tal fundamento não respeita o princípio constitucional, conforme corretamente interpreta a jurisprudência no âmbito do Poder Judiciário⁸. Se não

7 STJ - AgInt no REsp: 1689305 RJ 2017/0188281-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, 1ª t., 27/11/2017.

8 INSCRIÇÃO NO QUADRO DA OAB. INDEFERIMENTO. IDONEIDADE MORAL. LEI 8.906/1994. ARTIGO 8º. PROCESSO CRIMINAL EM ANDAMENTO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. [...] Acresça-se, a propósito, que a matéria acerca da decisão para que a autoridade impetrada inscrevesse o ora impetrante em seus quadros, desde que o único óbice à inscrição fosse a existência de ações judiciais em curso e desde que demonstrada a ausência de condenação criminal com trânsito em julgado, foi exaustivamente examinada no acórdão ora embargado, onde restou lá assentado expressamente que “o artigo 5º da Carta Política estabelece, em seu inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória consagrando o princípio da presunção de inocência”, e que por “esta razão, a existência de inquérito policial e a mera expectativa de eventual sentença penal condenatória não tem condão de impedir a inscrição do ora agravado na OAB”, restando afastada, destarte, a alegação de existência de punição de natureza administrativa [...] (TRF-3, AMS 0003895-89.2014.4.03.6100, Quarta Turma, Rel. Des. Federal Marli Ferreira, 02/03/2016).

há uma condenação criminal, à Administração Pública se impõe o ônus argumentativo (usando os elementos do processo criminal não concluído) de demonstrar a inidoneidade em procedimento autônomo, com garantia à ampla defesa. É o mesmo ônus argumentativo que tem a OAB, no ambiente da averiguação de inidoneidade.

Para insistir, o trânsito em julgado é apenas uma exigência para atrair a incidência da *inidoneidade chapada*. Se não houver trânsito em julgado, os atos (*atos infamantes* ou não) constantes de qualquer processo criminal (ou mesmo disciplinar) autorizam a aferição de idoneidade pela *cláusula geral*. Se houver condenação criminal transitada em julgado (por crime infamante ou não), a OAB está dispensada de conformar, mediante instrução apropriada, uma decisão autônoma de inidoneidade. Pode emprestar as conclusões do processo criminal. Mas, há uma diferença de grau: se o crime for infamante, a OAB *deverá* declarar a inidoneidade, ao passo que na hipótese de crimes assim não qualificados, a OAB *poderá* declarar a inidoneidade.

A partir da *cláusula geral*, é possível a declaração de inidoneidade pela OAB fundada nas provas reunidas no processo disciplinar, inclusive quando forem as mesmas provas do processo penal. Por isso não se exige o trânsito em julgado da ação penal. E, também por isso, não há violação ao princípio da presunção de inocência. É o que vem decidindo o Conselho Federal, seja o crime classificado como infamante ou não⁹. Caberá à OAB,

9 [...] III - **Não fere o primado da presunção de inocência, se o juízo de inidoneidade é fundado em ato infamante incontroversamente praticado pelo pleiteante de inscrição nos quadros da ordem.** IV - **A classificação penal da conduta praticada pelo pleiteante não interfere no juízo discricionário da Ordem dos Advogados para fins de aferir a inexistência de idoneidade moral a partir de fatos incontroversamente praticados.** V - Foram atendidos os requisitos de motivação e de quórum qualificado

para reiterar, analisar no âmbito do processo administrativo interno (de averiguação) os fatos trazidos a seu conhecimento, permitindo ao interessado exercer amplamente o contraditório e a ampla defesa.

O que será objeto de análise é o conjunto de *fatos* que eventualmente embasa também a ação penal. Ou aqueles trazidos à conhecimento da OAB, ainda que não configurem ilícito penal. Como reconheceu o TRF da 4^ª Região: a inidoneidade “*não se restringe tão somente aos casos de condenação por crime, mas também a outras situações que inequivocamente demonstrem a ausência de atributos e qualidades no indivíduo*”¹⁰. Também por isso não faz sentido falar em trânsito em julgado da ação criminal. Pode ser que nem mesmo se cogite de ação criminal em relação aos fatos que ensejaram o reconhecimento da inidoneidade (atipicidade).

Com efeito, supor o contrário é imaginar que a OAB estaria impedida de reconhecer inidoneidade na pendência da apresentação da denúncia, por exemplo. Ou da conclusão do processo criminal; ou da ação de improbidade; ou do processo disciplinar. A independência de esferas tem essa dimensão. É assim para toda a doutrina que se dedica ao tema.¹¹ No mesmo sentido,

para a rejeição do pedido de inscrição. VI - Recurso a que se nega provimento. (Conselho Federal, RECURSO N. 17.0000.2019.012781-9/PCA, Relator: Conselheiro Federal Wander Medeiros Arena da Costa (MS), DEOAB, a. 1, n. 231, 26.11.2019, p. 2).

10 TRF4 - Remessa necessária cível: 5000617-08.2019.4.04.7000. Relatora Carla Evelise Justino Hendges. Dje: 10/03/2020.

11 LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB – 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94. MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – 6^ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 60. ARBEX, Sergei Cobra; ZAKKA, Rogério Marcus. Estatuto da Advocacia, Prerrogativas e Ética. Barueri, SP: Manole,

é entendimento pacífico do Conselho Federal¹², segundo o qual *“o juízo de valor do processo administrativo de inscrição não se vincula ao processo judicial, esse sim, instrumento de garantias constitucionais da defesa, aquele, mecanismo cuja finalidade, dentre outras, é resguardar o respeito e prestígio da Ordem perante a sociedade civil e as instituições da República”*.¹³

É importante lembrar que em 2019 foram editadas três novas súmulas pelo Conselho Pleno do CFOAB. Tratam sobre a inidoneidade moral do candidato a advogado quando praticar violência contra mulher, idosos, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, e pessoas LGBTQIA+. Essa inidoneidade não está vinculada à condenação criminal, bastando a análise pormenorizada do caso concreto para verificar a idoneidade moral do bacharel.

Dessa forma, com base na *cláusula geral* (artigo 8º, §3º, do CPC), a OAB poderá analisar qualquer fato trazido a conhecimento, inclusive havendo ação criminal de mesmo objeto, independentemente do trânsito em julgado ou da fase em que se encontre. A única limitação da OAB está nos casos em que há

2012, p. 30-31.

12 Sobre o tema: RECURSO N. 49.0000.2019.010825-5/PCA, Relator: Conselheiro Chico Couto de Noronha Pessoa (PI), DEOAB, a. 2, n. 351, 20.5.2020, p. 2; RECURSO N. 49.0000.2017.010814-0/OEP, Relator: Conselheiro Federal Marcello Terto e Silva (GO), DEOAB, a. 1, n. 194, 3.10.2019, p. 5; RECURSO N. 49.0000.2018.008691-1/PCA, Relatora: Conselheira Federal Sandra Krieger Gonçalves (SC), DEOAB, a. 1, n. 78, 22.04.2019, p. 4; RECURSO N. 15.0000.2015.003942-0/OEP, Relator: Conselheiro Federal Ricardo Bacelar Paiva (CE), DOU, S.1, 10.04.2018, p. 72.

13 RECURSO N. 49.0000.2019.004817-8/PCA, Relatora: Conselheira Federal Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes (MA), DEOAB, a. 2, n. 298, 3.3.2020, p. 1.

sentença penal absolutória reconhecendo a ausência do fato ou de autoria.¹⁴ Fora disso, vale a autonomia da OAB, com ônus argumentativo próprio.

4. QUAL É, AFINAL, ESSA INIDONEIDADE QUE IMPEDE A INSCRIÇÃO?

Na cláusula geral que envolve a exigência de idoneidade, há, está claro, um conceito indeterminado. A *textura aberta*, no entanto, apenas amplia a dimensão normativa da jurisprudência. Afinal, os conceitos indeterminados apenas autorizam uma latitude maior na técnica hermenêutica.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XIII, definiu que “*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”. O EAOAB – a lei que está a estabelecer – optou por conceitos jurídicos indeterminados na medida em que seria impossível prever, *ex ante*, todas as hipóteses de “bom comportamento” e “idoneidade moral”.

O legislador conferiu à própria OAB a prerrogativa de tutelar o ingresso em seus quadros, com a finalidade específica de garantir a dignidade da advocacia. É justamente a *maleabilidade* dos conceitos que concede maior autonomia à Ordem dos Advogados do Brasil.¹⁵ Dessa forma, cumpre a este

14 3. As instâncias penal e administrativa são independentes, sendo que a única vinculação admitida ocorre quando, na seara criminal, restar provada a inexistência do fato ou a negativa de autoria [...] (MS 20.556/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, 01/12/2016).

15 Tanto é que Mamede chega ao extremo de afirmar que, ao analisar a (in)idoneidade do bacharel, a OAB está a realizar um “juízo mera-

Conselho *preencher* esses conceitos jurídicos indeterminados, conformando jurisprudência apta a delimitar a *norma*, oferecendo mais segurança jurídica. Como explica Carlos Ari Sundfeld, “*com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses*”.¹⁶

De qualquer forma, não é possível deixar de levar em conta a premissa constitucional. A Constituição Federal, como está no primeiro ponto do texto, subordina a restrição ao exercício da profissão de advogado a exigências que atendam ao princípio da proporcionalidade. O EOAB não estava livre para impor restrições excessivas, na mesma medida em que os julgamentos casuísticos também devem ter o compromisso com o primado da razoabilidade e proporcionalidade, conforme orientação do Conselho Federal.¹⁷ Como está no primeiro ponto, o Judiciário preserva o direito de *fiscalização jurisdicional* do modo de *aplicação casuística* da exigência, especialmente pelo olhar da proporcionalidade.

A leitura de inúmeros acórdãos do Conselho Federal aponta para um núcleo conformado na jurisprudência sobre inidoneidade: os atos praticados pelo bacharel não podem, antes de tudo, apontar comportamento incompatível com a confiança

mente moral” dos fatos imputados ao candidato à inscrição. A citação não é para concordar, mas para ser didático sobre o ponto (MAMEDE, Gladston. A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – 6ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014, p. 60).

16 Idem, p. 212.

17 RECURSO N. 49.0000.2016.007682-7/PCA. Relator: Conselheiro Federal Rogerio Magnus Varela Goncalves, 07/03/2021.

necessária na relação com o cliente.¹⁸ Outro vetor está na necessidade de “*resguardar o respeito e prestígio da Ordem perante a sociedade civil e as instituições da República*”.¹⁹ A prática de atos, típicos ou não, que atinjam o respeito e o prestígio da advocacia impede a inscrição por inidoneidade, portanto.

É por isso que alguém condenado por crime infamante não assegura idoneidade com a reabilitação judicial. Pode ser que a gravidade do crime cometido *espraie inidoneidade* por um tempo maior que o necessário para cumprimento da pena e a reabilitação. Ninguém pode ser considerado inidôneo para sempre (ponto cinco do texto), mas não é possível dizer que a reabilitação, em todos os casos, entregue o requisito da idoneidade. A análise é casuística e depende sempre do comprometimento da confiança e do grau de ofensa aos valores da advocacia.

São os principais vetores que trabalham para conformar a dimensão normativa da jurisprudência nos casos de inidoneidade. Os julgamentos são casuísticos, é claro, mas, para repetir Carlos Ari Sunfeld, “*com o passar do tempo, um texto muito aberto pode ir se fechando por obra da cultura jurídica, da jurisprudência e da acomodação de interesses*”.²⁰ A leitura dos

18 Requerente que responde a diversas ações criminais sob acusação de estelionato, uso de documento falso e porte e posse ilegais de arma de fogo. [...] Fatos incompatíveis com o exercício do estágio da advocacia, mediante inscrição OAB, que exige total confiança do constituinte no estagiário, a quem outorgará mandato. Declaração de inidoneidade corretamente proferida (RECURSO N. 07.0000.2016.012234-7/PCA. Relator: Conselheiro Federal Cassio Lisandro Telles (PR), 03/10/2021).

19 RECURSO N. 49.0000.2019.008784-6/PCA. Relatora: Conselheira Federal Ana Karolina Sousa de Carvalho Nunes (MA), 03/02/2021.

20 *Idem*, p. 212.

precedentes do Conselho Federal mostra que o texto aberto foi se fechando a partir de tais parâmetros, diminuindo, de forma recomendável, o espaço do intérprete, evitando solipsismos e privilegiando, noutra ponta, a segurança jurídica.²¹

5. LIMITES TEMPORAIS. VEDAÇÃO À INIDONEIDADE PERPÉTUA

Importante lembrar do início do artigo. O *teste de constitucionalidade* da exigência de idoneidade não cessa com a previsão no Estatuto. A OAB tem a obrigação de aplicar, na análise casuística, uma exigência ponderada de idoneidade; como já mencionado, subir desproporcionalmente o *sarrafo da idoneidade* pode colocar a exigência no campo da inconstitucionalidade.

A Constituição Federal veda as penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, “b”). Embora a inidoneidade propriamente não seja sanção, mas (a idoneidade) condição para o exercício da profissão, não é possível aceitar (porque incompatível com a Constituição) que haja uma inidoneidade perpétua. É necessário estipular balizas – que não estão dadas pelo EOAB. O único lapso temporal que o Estatuto indica é o prazo de um ano para pedido de reabilitação de infração disciplinar cometida por advogado (art. 41, EOAB; 69 do Código de Ética), inaplicável para idoneidade exigida ao bacharel no momento da inscrição.

Quando a inidoneidade se relaciona a fatos penalmente típicos, o legislador penal cravou um lapso temporal ao estipular a pena, seguindo determinados critérios, aplicável ao trans-

21 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

gressor. Sabe-se que a fixação de sanções pelo legislador observa (ao menos em tese) postulados da Criminologia e da Política Criminal, visando o controle social e a tutela dos chamados *bens jurídicos relevantes*.

Por isso, adotar os parâmetros fixados pela lei penal como critério traria maior objetividade aos julgamentos da OAB, e também parece adequado ao que se compreende como idoneidade *moral*, pois, em última análise, se está tutelando a imagem e a dignidade da advocacia justamente perante *a sociedade*.

Reitera-se a ressalva segundo a qual o *estado de inidoneidade*, em alguns casos, pode ultrapassar a pena fixada no Código Penal, como já registrado e explicado no ponto precedente. De qualquer forma, é um parâmetro.

A adoção de um critério é benéfica para a própria OAB, uma vez que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já ressaltou que a autonomia administrativa para estipular infrações e fixar sanções precisa observar certa *proporcionalidade* em relação ao fato praticado.²² Isso vale também para inidoneidade.

Ainda que a solução possa ser sempre casuística, em não havendo condenação criminal, mas sendo típico o fato, a OAB poderá, como regra, observar o prazo máximo da pena correspondente ao ato ilícito como um parâmetro. Se os fatos forem

22 Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça reconhece que "Uma das decorrências do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/88) é exatamente o estabelecimento do poder administrativo disciplinar e a fixação da independência entre as instâncias administrativa e judicial. A escolha das condutas que configuram infração administrativa e a sua respectiva sanção disciplinar, por norma que disciplina determinada carreira, em princípio não configura inconstitucionalidade, ressalvados os casos de avaliação da desproporcionalidade entre conduta e sanção." (STJ - RMS 48361/MT, Segunda Turma, Rel. Ministro OG Fernandes, 11/09/2015).

atípicos – o que é excepcional em casos de inidoneidade –, deve buscar um fato típico que tutele bens jurídicos semelhantes para construir um parâmetro. Algum limite temporal é necessário indicar.

Até porque, seja qual for a hipótese de indeferimento, o pedido de inscrição poderá ser reexaminado a qualquer tempo, no caso de surgimento de provas ou fatos novos, que demonstrem não mais subsistir a inidoneidade moral para exercício da profissão, conforme admite o Conselho Federal.²³ Ora, o *passar do tempo* é sim fato novo, deixando cronologicamente distante o fato que ensejou o reconhecimento de inidoneidade. Ninguém pode ser inidôneo para sempre. O próprio Conselho Federal reconhece que o tempo decorrido desde o ato ilícito deve ser considerado, sob pena de ferir-se o primado da razoabilidade e da proporcionalidade.²⁴

Noutro julgamento que tem direta pertinência com o ponto, o Conselho Federal reconheceu que não poderia declarar inidoneidade em relação a bacharel denunciado por homicídio tentado que aguardava conclusão de processo criminal por oito anos. A inidoneidade não pode ser uma *condição perpétua*, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade, decidiu o Conselho Federal.²⁵

Em recente resposta à Consulta, o Conselho Federal

23 RECURSO N. 49.0000.2019.010825-5/PCA, Relator ad hoc: Conselheiro Shaymmon Emanuel R. de Moura Sousa (PI), DEOAB, a. 2, n. 351, 20.5.2020, p. 2.

24 RECURSO N. 49.0000.2016.007682-7/PCA. Relator: Conselheiro Federal Rogerio Magnus Varela Goncalves, 07/03/2021.

25 RECURSO nº 2009.08.00244-05. Relator: Conselheiro Ednaldo Gomes Vidal (RR). Ementa PCA/089 /2009, 12/11/2009.

reconheceu a necessidade de estabelecer um lapso temporal para a vigência da inidoneidade, reconhecendo expressamente que “*a constatação de inidoneidade impeditiva da inscrição nos quadros da OAB não tem caráter perpétuo*”.²⁶ Até que parâmetros objetivos sejam concebidos, a bússola da proporcionalidade deve resolver os julgamentos casuísticos.

6. COMPETÊNCIA E PROCEDIMENTO PARA DECLARAR INIDONEIDADE

O EOAB prevê que a inidoneidade “*deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do Conselho competente*” (artigo 8º, §3º). O Regulamento Geral também não indica um procedimento. A lacuna é resolvida no ambiente dos Regimentos Internos das Seccionais – cada uma a seu modo.

A primeira premissa a ser estabelecida é a inquestionável competência exclusiva do Conselho Pleno para *declarar a inidoneidade*. Não apenas há competência exclusiva do Conselho, como há exigência de quórum qualificado (2/3 dos Conselheiros). E o mais importante: trata-se de competência originária. Como está no EOAB (art. 8, §3º), a inidoneidade “*deve ser declarada*” por 2/3 do Conselho Pleno. A inidoneidade não é “confirmada” pelo Conselho, mas “declarada”. Nenhum órgão da estrutura disciplinar da OAB pode declarar inidoneidade. Apenas o Conselho Pleno.

Os regimentos internos das Seccionais resolvem de

26 CONSULTA N. 49.0000.2019.003394-8/OEP. Relatora: Conselheira Federal Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave (DEOAB, a. 2, n. 458, 20.10.2020, p. 2).

formas distintas as competências das Câmaras de Seleção, mas, à exceção do Paraná, só mesmo o Conselho é que pode declarar inidoneidade.

Em um primeiro arranjo, o RI prevê que a Câmara ou Comissão de seleção assumirá a função de órgão de instrução. No Acre, se arguida inidoneidade moral no processo de inscrição, o art. 222 do Regimento Interno explicitamente prevê que a Comissão de Seleção deixa de ser uma instância de decisão para assumir apenas a função de coordenação da instrução, entregando toda decisão ao Conselho. No Rio de Janeiro, função semelhante é assumida pela Comissão em caso de incidente de inidoneidade moral, com o art. 148 do Regimento prevendo que *“a inidoneidade moral, se for arguida no processo de inscrição, será instruída e processada na Comissão de Seleção e Inscrição e julgada pelo Conselho Pleno”*. A Seccional do Rio Grande do Norte adotou a mesma solução, nos termos do art. 160, I, do Regimento Interno.

Um segundo arranjo é conferir à Câmara/Comissão de Seleção a função de parecerista para o Conselho Pleno. Em Goiás, o art. 68, VIII, do Regimento Interno estabelece que a Comissão de Seleção, caso não entenda unânime e favoravelmente que uma inscrição deve ser deferida, emite somente “parecer” –, e não decisão. E esse parecer é remetido para o Conselho Seccional para julgamento (nos termos do art. 19, XXVI, “e”). No Rio Grande do Sul, a Comissão de Seleção e Inscrição tem competência geral de “analisar, instruir e exarar parecer sobre pedidos de inscrição”, o qual é homologado pelo Presidente da Comissão e remetido para a Presidência do Conselho para decisão (art. 118, §1º), ou, no caso de suscitação de inidoneidade moral, para o Conselho (art. 27, XXI e art. 30, VII).

Finalmente, um terceiro arranjo é o de remeter a arguição de inidoneidade do pretendo inscrito para julgamento conforme o processo disciplinar, culminado por decisão do Conselho. Assim, em Minas Gerais, se suscitada inidoneidade moral,

inaugura-se procedimento apartado do procedimento ordinário de seleção, nos termos do art. 179 e seguintes do respectivo regimento. Esse processo tem como instância julgadora, nos termos do art. 179, o Conselho Seccional. De mesma forma, em Pernambuco, o regimento interno também explicitamente prevê em seu art. 124 que, suscitada inidoneidade moral em procedimento de inscrição, instaura-se processo disciplinar próprio que é de competência do Conselho Pleno. No mesmo sentido, no Piauí, conforme o comando do art. 99, §3º do RI, suscitada a inidoneidade moral do requerente, “*será suspenso o processo de inscrição e instaurado incidente de inidoneidade a ser decidido pelo Conselho Pleno, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar*”.

Em todas as Seccionais a inscrição pode se deferida por Câmaras ou Comissões de Seleção, mas o indeferimento por inidoneidade é, em atenção ao EAOB, de competência privativa e originária do Conselho Pleno. Exceção está com o RI da Seccional do Paraná que prevê, antes, uma decisão da Câmara de Seleção e, depois, um julgamento em grau de recurso ou reexame no Conselho Pleno. É um ponto do RI da OAB do Paraná que merece revisão, pois nitidamente incompatível com o EOAB.

O *script* articulado em todos os regimentos internos tem por finalidade tornar viável a análise dos pedidos de inscrição. Seria inconcebível concentrar essa função no Conselho Pleno. Valeram-se, as Seccionais, da faculdade prevista no art. 109 do Regulamento Geral da Ordem: “*O Conselho Seccional pode dividir-se em órgãos deliberativos e instituir comissões especializadas, para melhor desempenho de suas atividades*”.

Com isso, as Comissões e Câmara de Seleção resolvem os casos de deferimento da inscrição a partir de uma lógica de *triagem*: os pedidos de inscrição nos quadros da Ordem são recebidos, aprova-se a imensa maioria, e, naqueles em que seja suscitada inidoneidade do bacharel, abre-se procedimento es-

pecífico para averiguação.

Entendendo que não há a inidoneidade suscitada, a Câmara (ou Comissão) profere decisão para deferir a inscrição nos quadros da Ordem. Aqui há propriamente uma *decisão*. Afinal, aferir a inexistência de inidoneidade e, por consequência, deferir a inscrição nos quadros da Ordem não é competência exclusiva do Conselho. Contra essa decisão cabe recurso da parte interessada em ver declarada a inidoneidade.

O Estatuto, assim como o Regulamento Geral, permite que as Seccionais, em sua organização própria, confirmam a competência às Câmaras de Seleção (e seus subórgãos). Afinal, não há *reserva de competência* e *quórum qualificado* para *declarar idoneidade*.

A situação muda caso a Câmara de Seleção entenda pela existência de possível inidoneidade. Nesse caso, a Câmara (ou Comissão) não detém competência para, por si só, declarar a inidoneidade – a competência, para reiterar, é apenas do Conselho Pleno. Por isso, obrigatoriamente, o processo é enviado ao Conselho Pleno para que dê decisão sobre o tema.

Aqui há, sim, *reserva de competência* (do Pleno) e *quórum qualificado* ($\frac{2}{3}$) para *declarar inidoneidade* – norma de cunho estatutário.

Há duas situações distintas, portanto. No primeiro caso, quando não se cogita de alguma inidoneidade do Requerente, foi conferida à Câmara de Seleção (e suas Comissões) a *integral competência* para decidir, deferindo o requerimento. A outra situação ocorre quando, exercido o *filtro prévio* da Câmara de Seleção, se cogita da inidoneidade. Nesse caso, não há como a questão ser resolvida na Câmara, pois o Estatuto fixa a competência exclusiva e originária do Conselho Pleno para *declarar a inidoneidade*.

7. CONCLUSÕES

Em síntese, a CF garante à OAB autonomia para aferir idoneidade. No entanto, é uma autonomia mitigada pela atenção à proporcionalidade (sindicável da *fiscalização jurisdicional*). Há vetores extraíveis das decisões do Conselho Federal que fecham a margem do intérprete na averiguação de idoneidade.

Nos casos de crime infamante, depois do trânsito em julgado há uma idoneidade presumida. Se houver reabilitação, a OAB ainda assim pode entender ausente idoneidade diante da extrema gravidade dos fatos envolvidos. De qualquer forma, o *estado de idoneidade* não pode ser perpétuo.

O trânsito em julgado é pressuposto apenas da *inidoneidade chapada* do crime infamante. Para os demais casos, não se exige trânsito em julgado ou mesmo condenação. Os fatos são analisados de forma autônoma pela OAB, mas com ônus argumentativo próprio no ambiente do procedimento de averiguação.

Só o Conselho Pleno, com quórum especial, tem competência, originária e privativa, para declarar idoneidade.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

PRERROGATIVAS DAS MULHERES ADVOGADAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO NO SISTEMA DE JUSTIÇA

Marilena Indira Winter¹

A Lei n. 13.363, de 25 de novembro de 2016, também conhecida como Lei Julia Matos², alterou a Lei n. 8.906/1994 para estipular direitos e garantias para a

-
- 1 Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Professora de Direito Civil da PUC/PR, Advogada, Procuradora do Município de Curitiba, Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil nas gestões 1998-2000 (suplente), 2001-2003, 2004-2006, 2013-2015, foi Secretária-Geral e Presidente da Câmara de Seleção da OAB/PR na gestão 2016-2108, Vice-Presidente da OAB/PR na gestão 2019-2021.
 - 2 A origem do apelido dado à Lei n. 13.363-2916 é explicada na página da Câmara dos Deputados da Secretaria da Mulher. De acordo com o registro "Julia Matos é a filha da advogada Daniela Teixeira, que nasceu em 2013 prematura, com 29 semanas de gravidez. Daniela foi incumbida de realizar a sustentação oral de uma causa no CNJ naquele ano. Solicitou, pela naturalidade da situação, preferência. Porém, o presidente do CNJ na época, ministro Joaquim Barbosa, negou o pedido. A advogada viu-se, então, obrigada a esperar a manhã

advogada gestante, lactante, adotante ou puérpera. Ao acrescentar ao Estatuto da Advocacia e da OAB o artigo 7º-A, implementou garantias até então inexistentes dentro do regime jurídico de prerrogativas da advocacia, dirigidas especificamente às mulheres advogadas. Com essa alteração, após mais de vinte anos de sua entrada em vigor, o Estatuto passou a incorporar uma inflexão de gênero, sendo o artigo 7º-A o único dispositivo da lei a empregar a expressão “advogada”.

O objetivo do presente ensaio é demonstrar que a modificação efetivada pelo artigo 7º-A da Lei n. 8.906/94, passados mais de cinco anos de sua entrada em vigor, representou mais do que a simples proteção de prerrogativas ligadas a situações transitórias específicas da condição feminina, relacionadas aos momentos iniciais da maternidade. Além da adequação de sentido da lei ao princípio da igualdade substancial plasmada no artigo 5º, I da Constituição Federal, a alteração do Estatuto da Advocacia e da OAB representa um pequeno, mas importante avanço rumo à efetivação de princípios constitucionais e de direitos fundamentais das mulheres³ e contribui significativa-

inteira e metade da tarde para ver seu processo ser apregoadado. Ela ganhou a causa, mas saiu de lá para ser imediatamente internada com contrações. Resultado foi o nascimento prematuro de Julia Matos, que passou 61 dias dentro de uma UTI”. (Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/lei-que-garante-direitos-a-advogadas-que-tiveram-filhos-e-sancionada>. Acesso em: 19/jun/2021).

- 3 Heloísa Fernandes Câmara et al, “[...] há direitos fundamentais cuja estrutura afasta a universalidade. Como exemplo, temos os direitos políticos, caracterizados pelo direito a votar e ser votado: menores de dezesseis anos e pessoas jurídicas não podem votar. A menção no art. 6º. De ‘proteção à maternidade e à infância’ deixa evidente que este direito fundamental não é aplicado a todas as pessoas, mas somente mães ou cuidadores de crianças e jovens.” (Fundamentos de Direito Constitucional, JusPodivum, 2021, p. 298).

mente para ampliar os horizontes das perspectivas de gênero no próprio sistema de Justiça.

Ao introduzir no ordenamento jurídico brasileiro uma das poucas regras direcionadas a assegurar a paridade de condições de exercício profissional entre homens e mulheres, desde uma perspectiva que compreende a condição existencial singular das mulheres, a norma dá efetividade a um instrumento de proteção de direitos que pertencem a um rol amplo, abrangendo direitos fundamentais como o direito à vida e à saúde, os direitos da criança e, também, a proteção da família.

As circunstâncias tratadas no artigo 7º-A da Lei n. 8.906/94 são temporárias (gravidez, puerpério, amamentação e os períodos iniciais da adoção) e têm por objetivo a proteção de bens jurídicos fundamentais, com vistas à proteção tanto da mulher quanto do recém-nascido e da criança. As regras asseguram a entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X; reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais e à lactante, adotante ou que der à luz, o acesso à creche, onde houver, ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê; a preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas cada dia, mediante comprovação de sua condição e, por fim, a suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, com notificação por escrito ao cliente. Dentre elas, considerando os limites objetivos do presente ensaio, daremos destaque ao direito à suspensão de prazos e do processo, buscando apresentar algumas controvérsias em torno do tema.

Ao positivar na norma determinadas circunstâncias que dizem respeito preponderantemente à condição feminina, estabelecendo um conjunto de prerrogativas adequado às demandas específicas das advogadas, a lei cumpre o comando constitucional de tratamento isonômico entre homens e mulheres, pelo menos sob um aspecto do exercício profissional, o

da advogada profissional autônoma, quando atuar sozinha na causa.

Conforme leciona um dos autores do projeto que resultou na edição da Lei n. 8.906/94, o Professor Paulo Lôbo:

Contemplando o princípio da diferença, que ajusta a igualdade jurídica à discriminação afirmativa e à valorização de circunstâncias específicas, a Lei n. 13.363/2016 introduziu direitos específicos da advogada, para o exercício de sua atividade profissional. São circunstâncias temporárias, porém de extrema relevância para as vidas pessoais da advogada e do filho a nascer ou nascido, que o direito não pode desconsiderar, além de não prejudicar a administração da justiça. A igualdade de todos na lei (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, art. 5º, I da Constituição) não significa que suas diferenças sejam desconsideradas, tanto as naturais quanto as culturais. O direito à diferença tem por fito o contemplar essa especial preferência. A preferência na ordem tanto das sustentações orais quanto das audiências concorre com outras preferências estabelecidas em lei (por exemplo, outra advogada lactante ou adotante). Essa preferência compreende o tempo do estado gravídico.⁴

O artigo 7º-A do Estatuto, dirigido especificamente às mulheres advogadas, vem preencher uma ausência normativa herdada do tempo das codificações do direito privado, graças às quais os direitos subjetivos orbitam em torno de um sujeito de direitos subentendido pelo gênero masculino, a partir da

4 LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 114.

edificação da dogmática centrada no “homem médio” e o *bonus pater familiae*. Importante que, ao mirar na proteção da família e da criança, por meio da tutela de garantias à mulher, corretamente estendem-se alguns desses direitos aos advogados, como é o caso do inciso X e do § 7º do CPC. Não se trata, portanto, de flexibilizar o princípio da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), conforme algumas críticas inicialmente lançadas em face dessa regra, o que seria desconforme aos princípios do processo civil; porém, trata-se de sopesar e reequilibrar valores igualmente estampados na Constituição, para alcançar a tutela da dignidade de todos os atores do processo, para além da proteção dos direitos das partes.

Ao transpor tais garantias para o campo do Processo Civil⁵, cumpre notar que as prerrogativas devem ser asseguradas em relação a todas as advogadas, independentemente de exercerem advocacia pública ou privada, sejam elas autônomas ou empregadas e, no que couber, também aos advogados. No entanto, em termos de licença maternidade/paternidade, (que no

5 Art. 3º O art. 313 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) , passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 313. [...]

IX - pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única da causa;

X - quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai.

[...]

§ 6º No caso do inciso IX, o período de suspensão será de 30 (trinta) dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.

§ 7º No caso do inciso X, o período de suspensão será de 8 (oito) dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.”

caso do advogado autônomo consiste tão somente na suspensão do processo), o tratamento dispensado varia de acordo com o regime jurídico de regência de cada profissão e difere dentre as carreiras, existindo grande disparidade dentro do próprio âmbito do Sistema de Justiça.

A inovação trazida pela Lei n. 13.363/16, ao assegurar a suspensão dos prazos processuais supre uma lacuna relativamente às advogadas e advogados que militam em carreira solo, sem que seja necessário recorrer a situações indiretamente contempladas, por exemplo, o motivo de força maior ou a suspensão por questões de saúde, onde há necessidade de comprovação da incapacidade laborativa no período. A incorporação dessas situações específicas, de forma clara e objetiva no texto normativo, para dar tratamento adequado à condição feminina, representa uma inflexão importante a caminho de uma Justiça mais afeita a olhar as partes e os atores do processo sob as lentes de gênero, para acolher as circunstâncias típicas das mulheres.

Com efeito, magistradas, promotoras, procuradoras, advogadas públicas e advogadas empregadas estão amparadas pelos regimes legais que regem suas relações de trabalho ou suas funções públicas. As licenças, nesse caso, não apenas asseguram os alimentos mediante a garantia da remuneração, mas também o tempo de convivência com a criança recém-nascida ou adotada nos primeiros momentos de vida ou de convivência, fundamental para o seu desenvolvimento.

Exemplificativamente, a licença conferida às magistradas de acordo com a Resolução 321-CNJ⁶ pode chegar a 180

6 Art. 4º Será concedida às magistradas e servidoras gestantes, bem como às que obtenham guarda judicial para fins de adoção ou que adotem criança ou adolescente, licença por cento e vinte dias consecutivos, sem prejuízo da remuneração.

dias, sem prejuízo da remuneração.⁷ A advogada empregada, da mesma forma dispunha do respaldo constitucional da licença à gestante (CF, art. 7º, XVIII), igualmente o advogado empregado à licença-paternidade (CF, art. 7º, XIX).

A Lei Julia Matos pode ser considerada, também, um instrumento de mudança cultural e um avanço cuja repercussão não se limita à defesa das prerrogativas da mulher advogada, mas vai além, representando importante ferramenta para se implementar uma PERSPECTIVA DE GÊNERO no Sistema de Justiça, na medida em que as alterações introduzidas por essa lei percutem também no Código de Processo Civil, alterando o seu artigo 313, passando a contemplar também a suspensão de prazos processuais quando a advogada for a única patrona da causa. A suspensão do prazo aplica-se também ao pai, quando for o único advogado constituído.

§ 1º A licença à gestante terá início no momento da alta hospitalar do recém-nascido e/ou de sua mãe, o que ocorrer por último, ainda que o período de internação exceda duas semanas, podendo ser antecipada para o primeiro dia do nono mês de gestação ou data anterior, conforme prescrição médica.

(...)

Art. 5º É garantida à magistrada ou à servidora a prorrogação das licenças à gestante e à adotante por sessenta dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único. A prorrogação será concedida automática e imediatamente após a fruição das licenças, não sendo admitida a hipótese de prorrogação posterior ao retorno às atividades.

(Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3324>. Acesso em: 18/jun/2021.

Mulheres, estabelecido no artigo

7 E, recentemente, restou decidido que o período compreendido entre a data do parto e a alta hospitalar é considerado extensão da licença, sem prejuízo do prazo de 120 dias prorrogável por mais 60 dias.

Tal situação expressamente prevista na lei, ainda suscita algumas dúvidas de interpretação. Dois aspectos relacionados aos parágrafos 6º e 7º do artigo 313 do CPC, em especial, têm originado debates⁸ e até mesmo alguma divergência de decisões. O primeiro diz respeito à obrigação da advogada (e do advogado) quanto ao momento em que deve informar ao Juízo o nascimento do filho ou a concessão da adoção. E o segundo refere-se à obrigação de informar o cliente a respeito dessa obrigação.

Quanto ao primeiro aspecto, no REsp 1799166/GO, o STJ decidiu⁹ que a suspensão do processo em razão da paternidade

-
- 8 Divergem alguns juristas, advogados e também alguns tribunais sobre a anuência expressa do cliente ser pressuposto para a suspensão do processo, havendo também quem considere ser obrigação do advogado substabelecer os poderes, se a obtiver. Vide o artigo "A suspensão dos prazos em virtude de parto, adoção ou paternidade", de Elpídio Donizetti, "in" <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/619518325/a-suspensao-dos-prazos-em-virtude-de-parto-adoacao-ou-paternidade>". Acesso em: 18/jun/21.
- 9 RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SENTENÇA. NASCIMENTO DO FILHO DO ÚNICO PATRONO DA CAUSA. SUSPENSÃO DO PRAZO RECURSAL. MOMENTO DA COMPROVAÇÃO DO FATO GERADOR. RECURSO DE APELAÇÃO TEMPESTIVO. JULGAMENTO: CPC/15.
1. Ação de reintegração de posse ajuizada em 02/10/2013, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 27/03/2018 e atribuído ao gabinete em 06/11/2018.
 2. O propósito recursal é dizer sobre a tempestividade da apelação, considerando o nascimento do filho do único patrono da causa no curso do prazo recursal.
 3. A disposição legal do art. 313, X e § 7º, do CPC/15, ao lado do previsto no inciso IX do mesmo artigo, visa dar concretude aos princípios constitucionais da proteção especial à família e da prioridade absoluta assegurada à criança, na medida em que permite aos genitores prestar toda a assistência necessária - material e imaterial - ao seu filho recém-nascido ou adotado, além de possibilitar o apoio recíproco em prol do estabelecimento da nova rotina familiar que se inaugura com a chegada do descendente.
 4. A suspensão do processo em razão da paternidade se opera tão

do único patrono da causa se opera com o nascimento, não sendo necessária a comunicação imediata ao juízo, cabendo a comprovação quando do ajuizamento do recurso. No mesmo sentido, cabe o entendimento de que não é a comunicação ao Juízo da causa, ou ao cliente, que gera a suspensão do processo, mas o fato do nascimento, conforme consta do próprio texto normativo. Sendo assim, a natureza da decisão que determina a suspensão do feito é declaratória e os documentos como certidão de nascimento são apenas a prova do fato e sua juntada se faz necessário sempre que houver necessidade, por exemplo, da advogada requerer a repetição do ato eventualmente praticado no período a que faria jus à suspensão do processo, tal como já decidiu o Ministro João Otávio de Noronha no Ag. No REsp nº 1.650.868.¹⁰

logo ocorre o fato gerador (nascimento ou adoção), não se podendo exigir do causídico, para tanto, que realize a comunicação imediata ao Juízo, porque isso seria esvaziar o alcance do benefício legal.

5. Se a lei concede ao pai a faculdade de se afastar do trabalho para acompanhar o filho nos seus primeiros dias de vida ou de convívio familiar, não é razoável lhe impor o ônus de atuar no processo, durante o gozo desse nobre benefício, apenas para comunicar e justificar aquele afastamento.

6. Por força da lei, a suspensão do processo pela paternidade tem início imediatamente à data do nascimento ou adoção, ainda que outra seja a data da comprovação nos autos, desde que esta se dê antes de operada a preclusão, já considerado no cômputo do respectivo prazo o período suspenso de 8 (oito) dias.

7. No que tange ao momento da comprovação, não há vedação legal, tampouco se vislumbra qualquer prejuízo, para que seja ela feita no momento da interposição do recurso ou da prática do primeiro ato processual do advogado. 8. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1799166/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 04/04/2019).

10 PET no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.650.868 - PR (2020/0015371-3) Relator: MINISTRO PRESIDENTE DO STJ REQUERENTE: ANDRE FILIPE DINIZ. Advogado: ANGELA CRISTINA DOS SANTOS ZEN - PR064281. REQUERIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO

Outro ponto que merece atenção é o contido na parte final do artigo 7º, IV da Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre a notificação do cliente, exigência que se repete no CPC, artigo 313, parágrafos 6º e 7º. Algumas polêmicas foram estabelecidas em torno dessa regra, gerando entendimentos de que a comprovação, por parte da advogada ou do advogado, de prévia notificação ao cliente, seria condição para a suspensão de prazos ou atos processuais. Por outras palavras, sem a comprovação prévia nos autos sobre a notificação do cliente, não estariam presentes as condições legais para a suspensão, impossibilitando seu deferimento pelo magistrado. Todavia, ficamos aqui com as lições do Professor Fredie Didier, de que, sob o ponto de vista especialmente da advogada, uma exigência dessa natureza, de que a suspensão somente tem lugar se aceita pelo cliente, seria um

ESTADO DO PARANÁ DECISÃO Por meio da petição de fls. 597/602, a Dra. Angela Cristina dos Santos Zen, única advogada constituída pelo ora agravante, conforme instrumento de fls. 291, requer a suspensão do processo pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias em razão do nascimento de sua filha. Junta, na oportunidade, a certidão de nascimento da menor e ciência de seu cliente. Dispõe o art. 313, inciso IX, do Código de Processo Civil que será o processo suspenso “pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa”. Por sua vez, o § 6º do já mencionado art. 313 afirma que na hipótese do inciso IX, o período de suspensão será de 30 (trinta) dias, contado a partir da data do parto e desde que haja notificação ao cliente. No caso dos autos, tendo em vista que o parto ocorreu em 11 de fevereiro de 2020, tem-se que o prazo de suspensão já se escoou. Assim, defiro em parte o pedido, para determinar a suspensão do processo pelos 30 (trinta) dias seguintes a 11 de fevereiro de 2020, nos termos do art. 313, inciso IX, c.c o § 6º do mesmo artigo, tudo do CPC. Tendo em vista que o prazo de suspensão já se escoou, fica renovada desde já a intimação da decisão de fls. 594/595 que não conheceu do agravo em recurso especial, reabrindo o prazo recursal para a parte agravante. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de março de 2020. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA Presidente
(STJ - PET no AREsp: 1650868 PR 2020/0015371-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Publicação: DJ 18/03/2020).

ato de crueldade para com a advogada, pois, segundo o autor, a notificação do cliente é uma exigência do relacionamento entre cliente e advogado e decorre das obrigações previstas na Lei n. 8.906/94, um “imperativo ético” da relação. Por isso, não existe a necessidade de que a advogada junte em todos os processos sob seus cuidados prova de que houve comunicação ao cliente. Isso não afasta a obrigação de comunicar ao cliente, mas não implica no dever de juntar aos autos a prova dessa comunicação¹¹ em todos os processos em que atue, mas somente nos casos em que houver necessidade de solicitar a devolução do prazo ou a repetição de um ato praticado. Cabe destacar, porém, que a jurisprudência tem feito menção à necessidade de realizar o pleito dentro do prazo previsto na lei, sob pena de preclusão consumativa.

A exigência da comprovação do fato como pressuposto para determinar o direito ou o termo inicial para a suspensão, para os autores, simplesmente esvaziaria o conteúdo da prerrogativa, dada à impossibilidade da mulher, no dia do parto, peticionar em todos os processos sob seus cuidados. Além disso, impor à mulher uma obrigação dessa natureza em decorrência da circunstância do parto é interpretar a norma sem nenhuma perspectiva de gênero, pois gera um ônus à advogada que não se exige de nenhum dos outros atores do processo. A regra deve ser interpretada de forma automática, bastando a comprovação do parto ou a concessão da adoção, na primeira oportunidade, sendo automática, porque decorrente de lei, a suspensão do prazo e a comprovação por meio dos documentos mencionados, a fim de

11 Conferência proferida no Congresso Digital das Mulheres Advogadas, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS, realizado em 31/03/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VZiM0gtxbdk>, em 5:22:00. Acesso em 18/jun/21.

evitar prejuízo à parte e ao processo, caso tenha escoado algum prazo ou seja necessário repetir algum ato.

A fim de assegurar que a mulher não precise se submeter a um esforço desmedido por ocasião do nascimento do filho, ou mesmo nos dias que o antecedem ou sucedem, a advogada pode também pensar em inserir uma cláusula no contrato de prestação de serviços, como sugerem Fredie Didier, Paula Sarno e Beatriz Galindo:^{12 13}

É perfeitamente possível que seja previamente estabelecida uma cláusula contratual – de preferência inserida no corpo do contrato de prestação de serviços advocatícios –, em que o cliente já tome ciência de eventual suspensão automática do processo em caso de eventual e futura maternidade/paternidade do advogado (a) que seja o (a) único (a) responsável pelo processo, independentemente de futura notificação. É negócio jurídico, firmado entre o (a) advogado (a) e seu cliente, que evita desencontros e elimina os custos envolvidos com o envio de notificações postais (ou por outras vias onerosas).

12 Conferência proferida no Congresso Digital das Mulheres Advogadas, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. PRERROGATIVAS DA MULHER ADVOGADA E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS, realizado em 31/03/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VZIM0gtxbdk> em 5:20:38. Acesso em: 18/jun/21.

13 DIDIER JR., Fredie.; BRAGA, Paula Sarno; GALINDO, Beatriz. Suspensão do Processo por “Licença Maternidade”: aspectos práticos da Lei n. 13.363/2016. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/410542313/suspensao-do-processo-por-licenca-maternidade-aspectos-praticos-da-lei-n-13363-2016>. Acesso em: 14/jun/21.

Todavia, essas questões ainda dão margem a outros debates que precisam ser enfrentados. Conforme dito acima, a Lei n. 13.363/16 sem nenhuma dúvida vem implementar a proteção de direitos da mulher, em especial os relacionados à maternidade e também direitos da criança e da família, aí incorporando-se a proteção aos direitos do advogado pai, quando é o único patrono da causa. Há, porém, quem defenda o direito da advogada a uma suspensão pelo prazo de 120 dias, igualando-se assim ao tempo estipulado para a licença à gestante no regime do Direito do Trabalho.

No entanto, esse pleito demandaria uma reforma legislativa, pois o parágrafo 3º do artigo 7º-A remete ao parágrafo 6º do artigo 313 da Lei n. 13.105/2015, que, dentre as causas de suspensão do processo, acrescentou os incisos IX e X, conferindo a suspensão por trinta dias, no caso da mãe e oito dias no caso do pai, conforme anteriormente destacado neste trabalho.

Interessante citar o precedente do Tribunal de São Paulo, no Processo 1003339-38.2019.8.26.0016, FORO CENTRAL JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL -VERGUEIRO em que a Juíza Thais Helena Fiorini Barbosa deferiu a suspensão dos prazos processuais pelo período de 120 dias com base no artigo 7º-A da Lei n. 8.906/94, após pedido da OAB/SP. A leitura da decisão não fornece muitas pistas sobre a construção hermenêutica, conforme se observa:

Vistos. Fs. 302/305 e fs. 306/311: Diante da notificação de fs. 304/305, defiro o pedido da patrona do requerente, para decretar a suspensão do presente feito pelo prazo de 120 dias a partir da data do parto (que, como se constata da certidão de nascimento de fs. 299, ocorreu em 28/08/2019), com fundamento no art. 7º-A, IV, da Lei n. 8.906/94,

bem como no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal.¹⁴

Em outro caso, do Tribunal do Trabalho da 2ª. Região, nos autos de Mandado de Segurança MS-Civ 1003498-13.2020.5.02.0000, impetrado pela advogada EKETI DA COSTA TASCA, em face de decisão do Juízo da 24ª Vara do Trabalho de São Paulo, que lhe havia negado o pedido de adiamento de audiência marcada para o dia do parto, o Desembargador José Carlos Fogaça deferiu o adiamento da audiência após transcorridos 120 dias do parto, aplicando assim um tratamento análogo ao da licença à gestante previsto na Constituição federal.¹⁵

As duas decisões acima, que contaram com a assistência da Comissão de Prerrogativas da OAB/SP, revelam também a importância de se ampliar o debate com vistas a construir, de fato, protocolos para a inserção da perspectiva de gênero não apenas nas decisões judiciais, mas em todas as instâncias administrativas e judiciais que têm por função a aplicação do

14 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO COMARCA DE SÃO PAULO FORO CENTRAL JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL – DECISÃO Processo Digital nº: 1003339-38.2019.8.26.0016 Classe - Assunto Procedimento do Juizado Especial Cível -Telefonia Requerente: H.I. Requerido: TIM CELULAR S/A Justiça Gratuita Juiz(a) de Direito: Dr(a). Tais Helena Fiorini Barbosa.. Ordem dos Advogados do Brasil.

15 É certo que a patrona detém o direito legal de afastamento após o parto, fato suficiente para gerar a suspensão do processo, na forma do artigo 313, IX, do CPC. Dessa forma, a redesignação da audiência após o término da sua licença maternidade, é medida que se impõe. Ademais, resta indevida a multa diária perseguida, por falta de amparo legal. Presentes os requisitos legais, defiro parcialmente a liminar requerida a fim de que a sessão seja designada para data posterior aos 120 (cento e vinte dias) contados da data prevista para o parto.

direito. Vale, inclusive, para os processos da própria OAB, cuja regulamentação do tema ainda não ocorreu. A atuação de todos os envolvidos nas funções de Justiça é fundamental para que não seja o próprio Sistema de Justiça, ele mesmo, um instrumento de reprodução das diversas violências perpetradas contra a mulher, e dentre elas, a reprodução dos estereótipos e a negação da existência de discriminação. Ao não reconhecer a discriminação, ao minimizar os efeitos deletérios do preconceito que ainda mantém muitos obstáculos sobre a vida e as circunstâncias específicas das mulheres, o sistema apenas reproduz a realidade contra a qual deveria ser o principal meio de enfrentamento. Portanto, todas as profissões e carreiras essenciais para administração da Justiça possuem responsabilidades decorrentes dessa função essencial e, de todo o modo, têm obrigações relacionadas à efetividade dos princípios constitucionais. Relativamente à igualdade entre homens e mulheres, estabelecido no artigo 5º, I da CF, é importante reconhecer, em cada uma dessas estruturas, um olhar que contemple a perspectiva das mulheres¹⁶.

A Lei Julia Matos, o Estatuto da Advocacia e o Código de Processo Civil representam, no contexto das modificações aqui anunciadas, um grande passo na superação de algumas dessas barreiras, ao estabelecer prerrogativas garantidoras do livre exercício profissional da advocacia pelas mulheres. Ao atuar na defesa de direitos as mulheres precisam de condições paritárias. Paridade de armas, na linguagem das prerrogativas. E paridade de armas significa aplicação da lei e das regras do próprio processo com juízo de equidade, ou seja, com adequação de sentido da norma a todo um rol principiológico que reconhece a diversidade de situações entre homens e mulheres.

16 O Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002 promulga no âmbito do território brasileiro a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

Dentro do escopo da advocacia e das finalidades da Instituição OAB, o fortalecimento das prerrogativas das mulheres advogadas revela-se uma ferramenta importante, para a implementação de condições de efetiva igualdade substancial no tratamento das condições do exercício da advocacia de forma isonômica entre homens e mulheres. No âmbito do CNJ, a implementação de estudos para realização de um protocolo de julgamento de perspectiva de gênero ressalta ainda mais a importância de uma advocacia com essa mesma perspectiva. Nesse contexto, as mudanças em construção a partir da inserção do artigo 7º-A, na Lei n. 8.906/94, são um bom exemplo que reforça a legitimidade da advocacia para lutar pela implementação da igualdade substancial dentro do sistema de Justiça, e também cumpre relevante papel em direção ao desenvolvimento humano, social, econômico e sustentável da nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO 4.377, de 13 de setembro de 2002. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Brasília, DF, set 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm. Acesso em 14/jun/21.

BRASIL. LEI 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da OAB. Brasília, DF, jul 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em 14/jun/21.

BRASIL. LEI 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm. Acesso em 16/jun/21.

BRASIL. LEI 13.363, de 25 de novembro de 2016. Código de Processo Civil. Brasília, DF, nov. 2016. Disponível em: Acesso em 16/06/21. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2016/lei/L13363.htm.

vil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13363.htm. Acesso em 16/jun/21.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CÂMARA, Heloísa Fernandes; MOREIRA, Egon Bockmann; CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel Gualano. *Fundamentos de direito constitucional brasileiro*. Salvador: JusPodivm, 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; GALINDO, Beatriz. *Suspensão do processo por "licença maternidade": aspectos práticos da Lei n. 13.363/2016*. Disponível em <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/410542313/suspensao-do-processo-por-licenca-maternidade-aspectos-praticos-da-lei-n-13363-2016>. Acesso em: 14/jun/21.

DONIZETTI, ELPÍDIO. *A suspensão dos prazos em virtude de parto, adoção ou paternidade*. Disponível em <https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/619518325/a-suspensao-dos-prazos-em-virtude-de-parto-adoacao-ou-paternidade>. Acesso em: 18/jun/2021.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PRERROGATIVAS da mulher advogada e seus aspectos processuais. Conferência proferida no Congresso Digital das Mulheres Advogadas, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 31/03/2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=VZiM0gtxbdk>, em 5:22:00. Acesso: 18/jun/2021.

LINKS CONSULTADOS

<https://www.cnj.jus.br/>

<https://ww2.trt2.jus.br/>

<http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/>

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

<https://www.oabsp.org.br/>

<https://www.tjsp.jus.br/Processos>

<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/CE-DAWIndex.aspx>

<https://portalied.jusbrasil.com.br/artigos/>

<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/>

<https://www2.camara.leg.br>

<http://www.planalto.gov.br>

INIDONEIDADE NAS HIPÓTESES DE VIOLÊNCIA CONTRA MULHERES: A PARADIGMÁTICA SÚMULA 09 (CFOAB).

Ana Carla Harmatiuk Matos¹

Liliane Maria Busato Batista²

RESUMO: A edição da Súmula 09 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil demonstra preocupação e busca pela efetivação dos direitos das mulheres, com a observação in-delével de sua dignidade e integridade.

-
- 1 Ana Carla Harmatiuk Matos. Mestre e Doutora em Direito pela UFPR e mestre em Derecho Humano pela Universidad Internacional de Andalucía. Tutora Diritto na Universidade di Pisa - Italia. Professora na graduação, mestrado e doutorado em Direito da UFPR. Diretora da Região Sul do IBDFAM. Vice-Presidente do IBDCivil. Advogada e Conselheira Estadual da OAB-PR. **Advogada OAB PR 23.248.**
 - 2 Doutora em Direito. Professora de Direito Processual Civil na PUC/PR. Conselheira Estadual da OAB/PR. Procuradora do Banco Central do Brasil aposentada. Professora da ABDConst. Professora da Escola da Magistratura Estadual. Coordenadora do Curso de Pos-Graduação em Direito Processual Civil na Puc/Pr. **OAB PR n. 12.956.**

A desigualdade entre homens e mulheres no Brasil é, apesar da existência de igualdade formal, muito presente. A pandemia de Covid-19 acentuou essa desigualdade e aumentou para 135 anos o tempo necessário para que a igualdade material seja alcançada em nosso país.

O presente artigo busca demonstrar como a referida súmula contribui para o real enfrentamento à violência de gênero, dentro do contexto nacional e internacional, bem como discutir e analisar sua aplicação em todas as hipóteses de violência contra a mulher, incluindo-se o assédio moral.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute a respeito da necessidade de diminuir as desigualdades de gênero com o objetivo de evitar relações jurídicas assimétricas. No entanto, os dados concretos apontam que a situação da mulher é muito preocupante, pois alarmantes os dados de violência e discriminação que sofre, tão somente por ostentar o gênero feminino.

Lamentavelmente, a Thomson Reuters Foundation, divulgou estudos que demonstram a necessidade de muitas lutas nesse campo, grandes barreiras ainda a serem rompidas em prol do legítimo horizonte do respeito e da ocupação de lugares isonômicos que merecem na sociedade³.

A referida Fundação consultou 550 especialistas sobre a situação em todos os 193 países-membros da Organização das

3 BARRETO, Camila. Os piores países para se nascer mulher, Segundo a Thomson Reuters Foundation. *Blasting News*, 15 de jan. de 2019. Disponível em: <https://br.blastingnews.com/curiosidades/2019/01/os-piores-paises-para-se-nascer-mulher-segundo-a-thomson-reuters-foundation-002818285.html>.

Nações Unidas (ONU) e avaliaram seis fatores: grau de acesso à saúde, discriminação, tradições culturais, violência sexual, outros tipos de violência e tráfico humano. A partir dessa análise estabeleceram um ranking geral e elegeram os piores países para as mulheres viverem.

Em 1º lugar geral do ranking está a Índia. Além da inferiorização das mulheres, desvalorização dos bebês do sexo feminino, da rigidez religiosa, imposição de roupas, as mulheres indianas ainda enfrentam altos índices de violência sexual e imposição de trabalho escravo. As mulheres indianas também não escolhem seus maridos culturalmente (existem exceções) e também sofrem com a violência doméstica.

Na segunda posição se encontra o Afeganistão. Neste país, de modo resumido, a mulher é proibida de trabalhar fora de casa, rir alto, usar saltos, sair sem um tutor, cumprimentar homens, estudar fora de casa e usar roupas coloridas para não serem atrativas.

Já na terceira posição temos a Síria, onde a discrepância entre os sexos no país é alarmante. A dificuldade de acesso ao conhecimento chama a atenção pois mulheres são menos alfabetizadas no país. Outro fator que vale destacar é a exploração sexual que as mulheres sofrem em troca de “ajuda humanitária” ou ainda o suicídio para evitarem o estupro⁴.

No Brasil, felizmente, as mulheres já conquistaram

4 Seguindo essa triste radiografia: Na República Democrática do Congo a cada uma hora, 48 mulheres são estupradas no país, não é à toa que o país é considerado como a “capital mundial das violações”. No Iemen, o casamento infantil também é comum no país. Recrutamento por grupo radical Islâmico, estupro, violência doméstica, miséria, tráfico humano, entre outros fatores, são os responsáveis por a Nigéria compor essa triste lista. Vale salientar que em 2015 foi instituída uma lei proibindo a mutilação genital feminina neste país, o que já pode ser considerado um importante avanço.

muitos direitos, contudo, ainda sofrem discriminações e abusos, sendo o quinto colocado no ranking mundial de homicídios cujas vítimas são mulheres. (FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES; SPM, 2015).

Dados recentes indicam que iremos levar 135 anos para obter igualdade entre os gêneros, segundo o Fórum Econômico Mundial no relatório anual sobre a disparidade de gênero. A pandemia acrescentou 36 anos ao tempo necessário para reduzir a disparidade entre homens e mulheres. Passamos de 99,5 para 135,6 anos na meta ⁵.

A sociedade brasileira é marcada por desequilíbrio quando se trata dos papéis sociais desempenhados por homens e mulheres. Desta forma, a combinação imperfeita entre autoritarismo e submissão acaba por desencadear a violência física, psicológica e sexual da mulher.

Flávia Piovesan⁶ “reitera o relevante impacto emancipatório da Constituição Federal de 1988 no que tange à equidade de gênero e à proteção dos direitos humanos das mulheres. Pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagra-se a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental, nos termos do art. 5º, inciso I do texto. O princípio da igualdade entre os gêneros é endossado no âmbito da família, quando o texto vem a estabelecer que os direitos e deveres referentes à

5 GONZÁLES, Alicia. Pandemia adia igualdade de gênero por mais uma geração. El País, Madri/São Paulo, 31 de mar. de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-03-31/pandemia-adia-igualdade-de-genero-por-mais-uma-geracao.html>> .

6 PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal, Os direitos civis e Políticos das Mulheres no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>> .

sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos homens e pelas mulheres, em conformidade com o art. 226, § 5º.

Se por um lado a violência de gênero em ambientes familiares é uma realidade que evidencia a assimetria de poderes e oportunidades, em contrapartida, motivam a reação do instrumental jurídico, e, a súmula n. 09 do Conselho Federal da OAB, neste sentido, é merecedora de destaque.

2. A SÚMULA 09 DO CONSELHO FEDERAL DA OAB

No intuito de coibir está triste realidade, o Conselho Federal da OAB editou a súmula n. 09, entendendo que constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, a prática de violência contra a mulher. Vejamos:

O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral da Lei nº 8.906/94, considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.002283-2/COP, decidiu, na Sessão Ordinária realizada no dia 18 de março de 2019, editar a Súmula n. 09/2019/COP, com o seguinte enunciado:

INIDONEIDADE MORAL. VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. ANÁLISE DO CONSELHO SECCIONAL DA OAB. Requisitos para a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Inidoneidade moral. A prática de violência contra a mulher, assim definida na “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – ‘Convenção de Belém do Pará’ (1994)”, constitui fator apto a demonstrar a ausência de idoneidade moral para a inscrição de bacharel em

Direito nos quadros da OAB, independente da instância criminal, assegurado ao Conselho Seccional a análise de cada caso concreto.

Se por um lado a edição da Súmula mostra-se adequada e atual, por não compactuar com aquele que pratica a violência contra a mulher, por outro lado essa medida de enfrentamento evidencia a dura realidade brasileira.

Atitudes de respostas à dor humana a partir do Direito ilustram inquietações recorrentes no debate da violência contra mulher. Com efeito, não faltam críticas das ferramentas oferecidas, em acréscimo ao controvertido do movimento de penalização que tem se destacado dentre as respostas mais frequentes no campo legislativo.

A declaração de inidoneidade por ser uma decisão de conteúdo restritivo de direitos opera efeitos gravosos na vida de uma pessoa e deve ser feita no ambiente do contraditório e ampla defesa, com todas as garantias constitucionais próprias de um processo punitivo, ainda que não seja exatamente uma penalidade por não estar no rol das penas disciplinares que o Estatuto da OAB estabelece.

Embora não se ignore este último debate. Como enfrentar, com êxito, através de ferramentas jurídicas, as práticas culturais generificadas⁷? Quais são os entraves normativos e con-

7 Conforme Marília Moschkovich (2015, p. 17-18), tradutora de Raewyn Connel e Rebecca Pearse, embora a palavra "*gendered*" não apresente equivalente em dicionário português, os termos "generificado" e "generificada" tornaram-se frequentes em traduções para o nosso idioma de obras estrangeiras. Neste sentido, as práticas culturais generificadas nada mais são que não aquelas marcadas por gênero. MOSCHKOVICH, Marília. Traduzir Raewyn Connell: como ler *gender* em português. In: CONNELL; Raewyn; PEARSE, Rebecca. Gênero: uma perspectiva global. 3 Ed. Trad. Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

textuais que balizam, positiva e negativamente, a concretização das previsões normativas relacionadas ao tema?

Inclusive, defende-se que para o âmbito de aplicação da resolução aqui tratada deve-se também incluir o assédio moral⁸.

Em uma amostragem composta por 956 homens, 53% reconhecem já terem xingado e, 5%, já terem humilhado em público a cônjuge ou a companheira anterior ou atual (INSTITUTO AVON; DATA POPULAR, 2013, p. 11). Todavia, apenas 6% e 31% entendem que tais circunstâncias, respectivamente, legitimam a busca pela Delegacia da Mulher por parte delas (INSTITUTO AVON; DATA POPULAR, 2013, p. 35).

Ao contemplar o fenômeno da violência de gênero, a Lei Maria da Penha tipifica, nos incisos do art. 7º, as violências física, psicológica, patrimonial e moral. A última se configura, de acordo com o inciso V, “como qualquer conduta que configure calúnia, difamação e injúria”. Neste mesmo sentido, defende-se a hermenêutica da resolução da OAB.

As condutas indicadas correspondem a tipos penais. A calúnia corresponde à pública imputação de crime à vítima pelo ofensor. A difamação, à divulgação ampla de ofensa à honra da vítima. Já a injúria diz respeito à desqualificação verbal da vítima e se diferencia da difamação, sobretudo, por não contar com a repercussão social como caracterizadora.

De modo mais descritivo, adota-se concepção de violência psicológica, no inciso II do artigo 7º. da referida lei, como:

8 Para aprofundar essa análise: MATOS, Ana Carla Harmatiuk e Oliveira, Ligia Ziggotti de. Assédio moral na família, violência doméstica e de gênero. In: Tereza Rodrigues Vieira; Valéria Silva Galdino Cardin; Bárbara Cossettin Costa Berber Brunini. (Org.). Famílias: psicologia e direito. 1ed.Brasília: Zakarewicz, 2017, v. 1, p. 355-375.

(...) qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Embora a maioria dos entrevistados da pesquisa acima não reconheça nas práticas suas citadas uma expressão da violência de gênero, xingar e humilhar em público àquela com quem se mantém relacionamento íntimo e afetivo na esfera familiar constituem exemplos que perpassam as previsões normativas acima descritas. Assim sendo, as violências moral e psicológica se inserem nestes significantes e o assédio moral parece ainda ampliá-los, condensando-os.

A compreensão jurídica do assédio moral parece contar com mais esforço teórico no campo trabalhista. Todavia, é certo que também há repercussões relevantes em outros espaços de convivência contínua, no qual há distribuição assimétrica de poderes e neste sentido também se defende a compreensão da resolução ora analisada.

Relevante, nesse sentido, a divulgação de dados para sensibilizar o sério problema da desigualdade em nossa realidade concreta. Destaque-se que 52% das mulheres vítimas de violência doméstica, segundo Alice Bianchini, não relatam a violência⁹ e 62% dessas não o fazem por medo. Ainda, 76,5% de

9 O que pode se dar por diversas razões, dentre elas as síndromes de desamparo aprendido, da mulher maltratada, e o mito do esquecimento - diagnósticos que condicionam a importância da avaliação

filhos e filhas testemunham ou sofrem junto com as mães as violências, ou seja, o impacto do alastramento da violência doméstica dá-se em rede, e gera consequências profundas para toda a sociedade.

Exatamente por isso, há efetiva necessidade de amparo legislativo para coibir atos discriminatórios e de violência contra a mulher em várias frentes. Alice Bianchini, Mariana Bazzo e Silvia Chakin apontam que “há no Brasil um arcabouço legislativo bastante expressivo com o escopo de especialmente garantir direitos a mulheres em situação de violência”¹⁰.

O aparato legislativo teve o condão de informar as mulheres sobre seus direitos e democratizar o acesso a eles. Dados de pesquisas DataSenado nos anos de 2017 e 2019 mostram que, no período compreendido entre esses dois anos, as mulheres passaram a conhecer mais seus direitos (uma diferença de 3% a mais), acreditam mais na punição (5% a mais), tem menos vergonha da agressão sofrida (23% tinham vergonha em 2017, contra 17% em 2019) e tem menos medo do agressor (10% a menos).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ciente da necessidade do enfrentamento da matéria e convencido do impacto que a declaração de inidoneidade pode trazer ao bacharel em Direito, cumpre relevante missão institucional ao editar a Súmula nº 9.

multidisciplinar nos casos de violências domésticas e familiares contra mulheres - presentes quando alguém é submetida a um estímulo de sofrimento por muito tempo, não conseguindo sair de tal situação, e quanto maior a repetição da violência, menor a capacidade de reação da vítima.

10 Lei 11.340/2006, Lei 12.015/2009, Lei 13.104/2015, Lei 12.650/2012, Lei 13.344/2016, Lei 13.641/2018, Lei 13.718/2018, Lei 13.827/2019, Lei 13.871/2019, Lei 13.880/2019, Lei 13.894/2019, Lei 13.931/2019. BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. Crimes contra mulheres, 2ª. ed. ver e atual.- Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 36

3. A SÚMULA Nº 09 CFOAB NO CONTEXTO NA TEMÁTICA DO ENFRENTAMENTO NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

A Recomendação nº 19 do Comitê CEDAW- Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, adotada pela Assembleia Geral da ONU e ratificada pelo Brasil em 01 de fevereiro de 1984, preconiza que:

1. A violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que inibe a capacidade da mulher de gozarem os direitos e liberdades numa base de igualdade com os homens. [...]

6. A definição do art. 1º inclui a violência baseada no gênero, como sendo, a violência que é dirigida contra a mulher por ela ser mulher ou aquela que afeta desproporcionalmente as mulheres. Esta violência inclui os atos que infligem danos ou sofrimento físico, mental ou sexual, as ameaças de cometer esses atos, a coerção e outras formas de privações da liberdade.

7. A violência baseada no gênero, a qual prejudica ou invalida o gozo pelas mulheres dos direitos humanos e liberdades fundamentais em virtude do direito internacional ou das diversas Convenções de Direitos Humanos, é considerada discriminação, de acordo com a definição do art. 1º Convenção.”

Estes direitos e liberdades incluem:

- a) O Direito à vida;
- b) O Direito a não ser sujeita à tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes;
- c) O Direito à igualdade de proteção, de acordo com as normas humanitárias em tempo de conflito armado interno ou internacional;
- d) O Direito à liberdade e à segurança pessoal;

- e) O Direito à igualdade perante a lei;
- f) O Direito à igualdade na família;
- g) O Direito ao mais alto nível de saúde física e mental;
- h) O Direito a condições de trabalho justas e favoráveis.

Portanto, à mulher deve ser assegurada liberdade, segurança pessoal, alto nível de saúde física e mental e condições de trabalho justas e favoráveis.

No influxo do esforço internacional e nacional para a positivação de marcos direcionados ao enfrentamento da violência de gênero com o enfoque no contexto de criação da Lei Maria da Penha (Lei 11.340) - encontra-se a iniciativa do Conselho Federal da OAB, objeto deste trabalho.

O movimento de superação das categorias abstratas que envolviam, historicamente, o sujeito de direito contribuiu para a tratativa menos generalista das vulnerabilidades. Considere-se a construção, ao final do século XX e ainda em continuidade no século XXI, de microssistemas dedicados a grupos, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990); o Estatuto do Idoso (2003); o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015); e a Lei Maria da Penha (2006).

Portanto, a tutela de grupos vulnerabilizados encontra-se abarcada num viés de ação afirmativa compatível com nosso estado democrático de Direito.

De acordo com Flávia Piovesan e Melina Fachin (2013, p. 78-80), é possível se sistematizarem, com a normativa, mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher; incorporação da perspectiva de gênero para tratar da violência contra a mulher; incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; fortalecimento da ótica repressiva; harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de Belém do Pará; consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual; estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.

Destaque-se que tais vertentes de atuação dependem de estrutura estatal responsiva à violência de gênero. Assim, é preciso retirar a neutralização supostamente existente por trás da normativa aplicável e, para tanto, superar a concepção formalista do Direito parece urgente.

Necessária a contextualização na qual se inserem os enunciados normativos. Assim, dispõe-se a investigar os diversos elementos permissivos ou impeditivos da realização normativa positivada, bem como destaca os processos de luta subjacentes à referida trajetória de conquista de direitos.

Ao se retomarem tempo e espacialidade nos quais se consolidou a Lei Maria da Penha, é preciso grifar a ampla mobilização de coletivos em defesa dos direitos das mulheres que conduziu ao aparato protetivo. As entidades Centro para a Justiça e o Direito Internacional (CEJIL-Brasil) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM-Brasil) reagiram à inércia estatal diante da segunda tentativa de homicídio perpetrada contra Maria da Penha pelo próprio cônjuge.

O resultado legislativo constituiu recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, formulada em 2001, após quase duas décadas do crime, em face do Brasil, por conta do atendimento precário que havia dedicado ao caso. Diante da Lei Maria da Penha, houve investidas contrárias à suposta desigualdade entre homens e mulheres pressuposta pelo texto positivado. Provocado pela Ação Declaratória de Constitucionalidade 19 e pela Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, o Supremo Tribunal Federal entendeu-a, unanimemente,

como constitucional.

A compreensão do avanço, conseqüentemente, não deve ter o potencial esvaziado, mas deve se acompanhar da necessidade de ampliação dos processos de luta, os quais possibilitam dinamizar os direitos humanos, redirecionando-os, efetivamente, às necessidades dos grupos precarizados:

Uma teoria crítica do direito deve se sustentar, pois, sobre dois pilares; no reforço das garantias formais reconhecidas juridicamente, mas, ainda, na capacidade dos grupos mais desfavorecidos pelo ordenamento jurídico em uma globalidade a transladar as relações de força a zonas com menos resistência legal. (...) a força do direito se manifesta basicamente na possibilidade que tenhamos de fugir de suas próprias construções com o objetivo de criar novas formas de garantir os resultados das lutas sociais (FLORES, 2005, p. 27)¹¹.

A recente trajetória de consolidação de garantias jurídicas relativas à violência de gênero, portanto, não devem conduzir à paralisia de quem milita em favor dos direitos humanos. Ainda se faz preciso produzir real implementação das previsões normativas, como a resolução aqui tratada, além de possibilidades de amparar de modo concreto outras situações de precariedade.

11 Tradução livre para: "*Una teoría crítica del derecho debe sostenerse, pues, sobre dos pilares; el reforzamiento de las garantías formales reconocidas jurídicamente, pero, asimismo, en la capacidad de los grupos mas desfavorecidos por el ordenamiento jurídico en su globalidad a trasladar las relaciones de fuerza a zonas con menos resistencia legal (...) la fuerza del derecho se manifiesta básicamente en la posibilidad que tengamos de huir de sus propias constricciones con el objetivo de crear nuevas formas de garantizar los resultados de las luchas sociales*".

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se a Súmula 09 do Conselho Federal da OAB um importante marco de ação afirmativa revelando uma missão institucional de salvaguardar o respeito, a dignidade e a integridade da mulher.

Como é sabido, a violência de gênero constitui fenômeno multifacetado. A pretensão de confrontar as múltiplas nuances permite radiografar agressões em circunstâncias frequentes e canalizar a atuação do Estado e da sociedade civil em prol de sua superação.

Os importantes avanços legislativos relacionados à proteção da mulher devem, ser motivo de comemoração por todos e todas, bem como pelos coletivos de mulheres que lutaram tão duramente por tal conquista. Entretanto, não se pode acreditar que a existência de igualdade formal enseja a imediata efetivação material desta igualdade.

O assédio moral, ilustrativamente, não costuma se apresentar de modo plano, mas, sim, imbricado com outras formas de violência de gênero, as quais tangenciam vários tipos legais, ou neles não se satisfazem, a tal ponto que se podem ocultar relevantes aspectos.

O combate à violência de gênero precisa encontrar eco em todos os campos. Se, apesar da igualdade formal circunscrita inclusive no âmbito constitucional, estamos há 135 de alcançar a igualdade material entre homens e mulheres, há ainda muito a ser feito e cada contribuição é importante nesta caminhada.

Seguramente a edição da Súmula 9 do Conselho Federal da OAB representou um grande avanço, razão pela qual os Conselhos Estaduais devem primar por sua concreta aplicação em ampla hermenêutica, pois a sua observância também tem por

objetivo prevenir essas práticas degradantes em relação à mulher, ou seja, fortalece a necessária ótica repressiva que o contexto atual exige.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Bruna Pinheiro de; SANTOS, Tatiana Nascimento dos. A Lei Maria da Penha aplicada à lesbofobia. *In: Introdução crítica ao direito das mulheres*. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Brasília: CEAD, FUB, 2011.

BARRETO, Camila. **Os piores países para se nascer mulher, Segundo a Thomson Reuters Foundation**. Blasting News, 15 de jan. de 2019. Disponível em: <https://br.blastingnews.com/curiosidades/2019/01/os-piores-paises-para-se-nascer-mulher-segundo-a-thomson-reuters-foundation-002818285.html>.

BIANCHINI, Alice; BAZZO, Mariana; CHAKIAN, Silvia. **Crimes contra mulheres**, 2ª. ed. ver e atual.- Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p. 36

BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. *In: Revista Direito & Práxis*, vol. 07, n. 3, 2016.

BUTLER, Judith. **Quadros de guerra: quando a vida é passível de luto?** Trad. Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão; Arnaldo Marques da Cunha. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

COSTA, Bruna Santos; SANTOS, Luna Borges. A Lei Maria da Penha. *In: Introdução crítica ao direito das mulheres*. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; APOSTOLOVA, Bistra Stefanova; FONSECA, Livia Gimenes Dias da. Brasília: CEAD, FUB, 2011.

COSTA, Claudia de Lima. O sujeito no feminismo: revisitando debates. *In: cadernos pagu*, v. 19, 2002.

FINEMAN, Martha Albertson. Introduction: feminist and queer legal theory. *In*: FINEMAN, Martha Albertson; JACKSON, Jack; ROMERO, Adam. **Feminist and queer legal theory: intimate encounters, uncomfortable conversations**. Farnham: Ashgate, 2009.

FLACSO; OPAS-OMS; ONU MULHERES; SPM. Mapa da Violência 2015: **Homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: http://agenciapatriciagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/11/MapaViolencia_2015_homicidiodemulheres.pdf. Acesso em 11 de março de 2017.

FLORES, Herrera Flores. Introducción general. *In*: Moura, Marcelo Oliveira de. **Irrompendo no Real: Escritos de Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Pelotas: Educat, 2005.

GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONZÁLES, Alicia. **Pandemia adia igualdade de gênero por mais uma geração**. El País, Madri/São Paulo, 31 de mar. de 2021. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/sociedade/2021-03-31/pandemia-adia-igualdade-de-genero-por-mais-uma-geracao.html>>.

INSTITUTO AVON; DATA POPULAR. **Percepções dos homens sobre a violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: http://www.spm.gov.br/area-imprensa/documentos-1/pesquisa_instituto22x44_5.pdf. Acesso em 20 de março de 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mulheres e trabalho: breve análise do período 2004-2014**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160309_nt_24_mulher_trabalho_marco_2016.pdf. Acesso em 20 de março de 2017.

MARIANO, Silvana Aparecida. O sujeito do feminismo e o pós-estruturalismo. *In*: **cadernos pagu**, v. 13, n. 33, 2005.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk e Oliveira, Ligia Ziggotti de. **Assédio moral na família, violência doméstica e de gênero**. *In*: Tereza Rodrigues Vieira; Valéria Silva Galdino Cardin; Bárbara Cossettin Costa Berber Brunini. (Org.). **Famílias: psicologia e direito**. 1ed. Brasília: Zakarewicz, 2017, v. 1, p. 355-375.

MOSCHKOVICH, Marília. Traduzir Raewyn Connell: como ler *gender* em português. In: CONNEL; Raewyn; PEARSE, Rebecca. **Gênero: uma perspectiva global**. 3 Ed. Trad. Marília Moschkovich. São Paulo: nVersos, 2015.

NUNES, António José Avelãs. **O Estado capitalista e suas máscaras**. 2 Ed. Lumen Juris, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero nas constituição Federal, Os direitos civis e Políticos das Mulheres no Brasil. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>>.

_____; FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos das mulheres, família e violência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Direito das famílias por juristas brasileiras**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIFIOTIS, Theophilos. Violência, justiça e direitos humanos: reflexões sobre a judicialização das relações sociais no campo da “violência de gênero”. In: **Cadernos Pagu**, n. 45, 2015.

SEGATO, Rita Laura. **La critica de la colonialidad en ocho ensayos y una antropologia por demanda**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2013.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

OS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O PROVIMENTO 200/2020

OS ARTIGOS 47-A E 58-A DO CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA E A NOVA INTERPRETAÇÃO DO ART. 36 DOS ESTATUTOS DA OAB

Renato Cardoso de Almeida Andrade¹

O dia 27 de outubro de 2020, em plena pandemia, o Conselho Federal da OAB tomou duas providências de há muito esperadas pela advocacia brasileira, provocado que foi pelo Colégio de Presidentes de Tribunais de Ética e Disciplina após justificada insistência nascida da experiência dos colegiados éticos em matéria disciplinar.

Primeiramente, através de Resolução 04/2020, o CFOAB acrescentou os artigos 47-A e 58-A ao texto do Código de Ética e Disciplina, para o fim de autorizar a realização de *termo de ajustamento de conduta* “para fazer cessar a publicidade irregular praticada por advogados e estagiários”. Tal dispositivo, porém, consagra anterior norma que assim já dispunha sobre a formulação de termos de ajustamento de conduta quando a infração cometida pelo advogado ou estagiário estivesse voltada

1 Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PR. **Advogado OAB PR n. 10.517.**

à publicidade irregular. Não havia, portanto, grande novidade.

Mas a inserção do art. 58-A do Código de Ética da OAB foi, efetivamente, uma extraordinária inovação. Dispõe a referida norma: “Nos casos de infração ético-disciplinar punível com censura, será admissível a celebração de termo de ajustamento de conduta, se o fato apurado não tiver gerado repercussão negativa à advocacia.” Esta inclusão de permitir a celebração de termo de ajustamento de conduta para todas as infrações éticas do art. 34 dos Estatutos e das infrações do Código de Ética cuja sanção prevista seja a censura, estabelece um novo marco na instância de controle ético da atividade profissional, alterando a interpretação que se possa dar ao artigo 36, dos Estatutos, exatamente quando trata da aplicação da pena de censura aos comportamentos previstos nos incisos I a XVI e XXIX, do art.34, bem como nos casos de violação aos preceitos do Código de Ética e Disciplina.

A Resolução, por sua vez, exigia a edição de provimento que regulamentasse o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nos processos ético disciplinares. E assim se deu no mesmo 27 de outubro de 2020, com a edição do Provimento 200/2020 CFOAB.²

A natureza jurídica do Provimento 200/20 tem raízes fincadas na ideia da moderna fórmula processual da efetividade de acordos em contraposição a conflitos. O TAC em processos administrativos disciplinares, pela sua finalidade sancionatória, não poderia permanecer à margem de uma realidade que nos indica a manifesta desproporcionalidade em se utilizar de um processo que dura anos e lança mão de extraordinária mão de obra e julgamentos para, a final, aplicar-se ao Advogado infrator uma pena de censura, muitas vezes convertida em advertência

2 Ao final deste artigo há a íntegra do Provimento 200/2020.

escrita ou não, considerando-se, por exemplo, a primariedade.

Algumas experiências e ideias de Tribunais Disciplinares de todo o Brasil foram imprescindíveis para a formulação das regras postas no Provimento 200/20, muito embora o seu texto não tenha seguido exatamente a proposta oferecida pelo Colégio de Presidentes de TED's. Mas as sugestões básicas foram adotadas.

Veja-se que a formulação de TAC's, cumpridas as formalidades postas pelo Provimento 200/20, alcança também o interesse econômico da OAB, ao procurar evitar a utilização de uma enorme estrutura que promove os atos dos processos disciplinares para, ao final de muito tempo, aplicar-se uma pena de envergadura mínima, como a censura, quando a parte poderia resolver a questão rapidamente, sem desgaste pessoal algum. Por outro lado a agora possível celebração de TAC para todas as condutas que culminem pena de censura, poderá reduzir em grande percentual os processos de menor gravidade, voltando-se os tribunais ético-disciplinares a casos de conduta grave, reincidências, com grande repercussão social e assim por diante.

Para se ter uma ideia do alcance do TAC, só no Paraná, desde novembro de 2020 já foram firmados 173 termo de ajustamento de conduta, para uma média anterior anual de 60 acordos em matéria de publicidade³. Os números nos permitem concluir que o binômio educação-conhecimento em matéria ética é infinitamente mais importante do que o aspecto puramente punitivo das infrações menores.

Do texto do Provimento 200/2020, então, destaca-se que o TAC exige, para a sua formalização, que o Advogado que

³ No Paraná os números dos TAC's são os seguintes: 2014: 55; 2015:61; 2016:73; 2017:74; 2018:60; 2019:52; 2020:22.

esteja respondendo a um processo ético-disciplinar relativamente a uma única infração, sendo inadmissível nas circunstâncias de reincidência ou concurso de infrações (art. 2º). Logo, a primariedade é indicativo objetivo para a realização de um TAC junto à OAB, não sendo possível se firmar mais de um termo de ajustamento de conduta no lapso temporal de 3 (três) anos (art. 4º, § 1º, do Provimento 200/20). Parte-se do pressuposto de que a finalidade educativa do TAC se sobrepõe à reiteração de condutas indesejadas sobre o comportamento ético dos profissionais.

Diante da globalização de condutas que podem ser praticadas em diversos locais ao mesmo tempo (v.g., publicidade irregular através de redes sociais), o Colégio de Presidentes de TEDs-OAB, está propondo ao Conselho Federal a criação de um *cadastro nacional de TACs*, afim de evitar que um mesmo infrator possa firmar em locais diversos e sobre um mesmo fato, diversos TACs, violando a regra do unitarismo do instituto.

Ainda importante referir que o TAC previsto pelo Provimento 200/20 CFOAB é um *direito subjetivo* do advogado infrator, não se pautando pela manifestação da vontade quer da Instituição ou de eventual representante. Assim, presentes os pressupostos de primariedade; perspectiva da aplicação da pena de censura; unidade de infração e não concurso, o profissional terá direito a manifestar-se sobre o seu interesse em firmar o termo de ajustamento de conduta, não havendo obstáculo legal ou fático que possa inviabilizar sua concretização.

Os TACs poderão ser consagrados nas Seccionais da Ordem ou perante o próprio Conselho Federal, sendo este último em relação aos feitos que já lhe estejam afeitos a partir da validade da norma ou que sejam de sua competência originária. E assim dispõe o art. 3º, §§ 2º e 3º do Provimento 200/20.

A par da orientação deontológica educativa, é evidente

que o TAC traz implícito uma obrigação do profissional à luz da infração cometida, principalmente no que se refere à reincidência e eventual obrigação de compor dano que sua conduta possa ter provocado. Vale a citação do que contém o art. 4º do Provimento 200/20:

“O advogado ou o estagiário interessado obrigar-se-á a cessar a conduta objeto do TAC, reparar o dano eventualmente causado, fazer cessar os efeitos da infração, quando for o caso, bem como a se abster de praticar a mesma conduta no prazo fixado no instrumento correspondente.”

E os prazos estão estabelecidos em 3 (três) anos, no curso dos quais não correrão prazos de prescrição e se inviabiliza a assinatura de novo TAC diante da circunstância de que nova prática infracional determinará a retomada do processo ético não apenas em relação ao fato novo, como também daquele que deu origem ao TAC originário. Daí a importância da criação, no âmbito federal, do *cadastro nacional de TACs*.

Diante da inovação legal, de forma cautelar se estabeleceu que os TACs poderão ser firmados não apenas em relação aos fatos novos que possam ser passíveis de punição com pena de censura, mas também àqueles que estejam em tramitação pelas Seccionais ou pelo Conselho Federal. É o que expressamente prevê o art. 6º, do Provimento e, neste particular, mantendo a proposta do Colégio de Presidentes de TEDs, *verbis*:

“Aplicam-se as disposições deste provimento aos processos disciplinares em trâmite na data da sua publicação, ainda não transitados em julgado, e desde que cumpridos os requisitos aqui previstos, cabendo aos órgãos nos quais se encontrem atualmente, notificar o advogado ou estagiário a se manifestar, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre o interesse na celebração do TAC. Não

havendo manifestação, será presumida a recusa, prosseguindo-se a tramitação normal.”

E ainda, em seu parágrafo único:

“Nos casos de processos com recurso em trâmite perante grau superior ao Tribunal de Ética e Disciplina, havendo manifestação de interesse na celebração do TAC, pelo representado, no prazo legal, serão os autos remetidos ao Conselho Seccional, para que, nos termos de seu regimento interno, celebre o ajuste.”

No âmbito do Estado do Paraná, o Conselho Seccional da Ordem acolheu a proposição de regular o TAC acompanhando voto da lavra do eminente Conselheiro EROULTHS CORTIANO JR., destacando-se de seu estudo a referência importantíssima relativa à prescrição e a suspensão de seu prazo no curso do lapso temporal estabelecido no TAC, merecendo referência a oportuna observação:

*“Ponto que merece esclarecimento é o da suspensão do prazo prescricional enquanto durar o prazo de cumprimento do TAC (§ 4º do art. 3º da proposta). À primeira vista, a norma regulamentar parece contrariar o art. 43 da Lei nº 8.906/94. No entanto, o dispositivo **(a)** dá sentido e função ao TAC; **(b)** tem espeque no Provimento nº 200/2020 do CFOAB e **(c)** tem suporte no § 6º do art. 89 da Lei nº 9.099/95 (a lei dos juizados especiais prevê que, nos crimes de pena mínima igual ou inferior a um ano, o processo pode ser suspenso e, durante essa suspensão, não corre prescrição).” (destaques do original)*

Em suma: o termo de ajustamento de conduta no âmbito dos processos ético-disciplinares da OAB nas hipóteses gerais em que se prevê, em tese, a aplicação da pena de censura, surge oportunamente na esteira de uma visão atualizada e necessária da verificação e julgamento de condutas profissionais que busca

dignificar a classe dos Advogados e a ética na nossa relevante atuação social.

PROVIMENTO 200/2020

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 54, V, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, e tendo em vista o que ficou deliberado nos autos das Proposições n. 49.0000.2020.004671-8/COP e n. 49.0000.2020.005097-0/COP, com a edição dos arts. 47-A e 58-A do Código de Ética e Disciplina da OAB,

RESOLVE:

Art. 1º O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC previsto nos arts. 47-A e 58-A do Código de Ética e Disciplina da OAB - CED, a ser celebrado entre o Conselho Federal ou os Conselhos Seccionais com advogados ou estagiários inscritos nos quadros da Instituição, aplica-se às hipóteses relativas à publicidade profissional (art. 39 a art. 47 do CED) e às infrações disciplinares puníveis com censura (art. 36 do EAOAB).
Art. 2º Somente será permitida a formalização do TAC previsto neste Provimento ao advogado ou estagiário que, detentor de regular inscrição nos quadros da OAB, não tiver contra si condenação transitada em julgado por representação ético-disciplinar, ressalvando-se as hipóteses de reabilitação.

Parágrafo único. O TAC previsto neste Provimento não se aplica às hipóteses em que ao advogado ou estagiário seja imputada a prática de mais de uma infração ético-disciplinar ou conduta que caracteriza violação simultânea de outros dispositivos do Estatuto da Advocacia e da OAB, além daqueles referidos no art. 1º, bem como aos processos ético-disciplinares com condenação transitada em julgado.

Art. 3º Constatada hipótese de prática da infração elencada no art. 1º deste Provimento, o órgão competente providenciará, de ofício ou a requerimento, a preparação do TAC, contendo as seguintes informações:

I - qualificação do advogado ou do estagiário;

II - descrição da conduta imputada, com informação da data da ocorrência e do meio utilizado;

III - certidão de regular inscrição na OAB e certidão negativa ou positiva sobre a existência de punições anteriores transitadas em julgado;

IV - a capitulação da infração correspondente;

V - os termos do ajustamento de conduta a ser celebrado.

§ 1º O advogado ou o estagiário será notificado para, em 15 (quinze) dias, manifestar seu interesse em aderir ao Termo de Ajustamento de Conduta, presumindo-se a recusa em caso falta de manifestação.

§ 2º Em se tratando de competência de Conselho Seccional da OAB, o TAC será celebrado conforme dispuser o respectivo Regimento.

§ 3º No âmbito do Conselho Federal, o TAC será celebrado pelo Relator do processo, com a subsequente homologação pela Turma da Segunda Câmara correspondente.

Art. 4º O advogado ou o estagiário interessado obrigará-se a cessar a conduta objeto do TAC, reparar o dano eventualmente causado, fazer cessar os efeitos da infração, quando for o caso, bem como a se abster de praticar a mesma conduta no prazo fixado no instrumento correspondente.

§ 1º A celebração do TAC implicará na suspensão condicional do procedimento ou do processo ético-disciplinar instaurado, pelo prazo de 03 (três) anos, após o qual será arquivado definitiva-

mente, sem anotações nos assentos profissionais.

§ 2º Será vedada a celebração do TAC por advogado ou estagiário já beneficiado com o instituto nos 03 (três) anos anteriores à conduta a ser apurada.

§ 3º No caso de descumprimento dos termos celebrados, o TAC perderá seus efeitos e o processo disciplinar retomará seu trâmite.

§ 4º Durante o prazo de suspensão previsto no TAC não fluem os prazos prescricionais.

Art. 5º Caberá, no âmbito das Seccionais, ao Tribunal de Ética e Disciplina acompanhar o cumprimento dos Termos do Ajustamento de Conduta celebrado e, no âmbito do Conselho Federal, ao Presidente da Turma da Segunda Câmara correspondente.

Art. 6º Aplicam-se as disposições deste provimento aos processos disciplinares em trâmite na data da sua publicação, ainda não transitados em julgado, e desde que cumpridos os requisitos aqui previstos, cabendo aos órgãos nos quais se encontrem atualmente, notificar o advogado ou estagiário a se manifestar, no prazo de 15 (quinze) dias, sobre o interesse na celebração do TAC. Não havendo manifestação, será presumida a recusa, prosseguindo-se a tramitação normal.

Parágrafo único. Nos casos de processos com recurso em trâmite perante grau superior ao Tribunal de Ética e Disciplina, havendo manifestação de interesse na celebração do TAC, pelo representado, no prazo legal, serão os autos remetidos ao Conselho Seccional, para que, nos termos de seu regimento interno, celebre o ajuste.

Art. 7º Este Provimento entrará em vigor na data de sua publicação no Diário Eletrônico da OAB.

Brasilia, 27 de outubro de 2020.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DO ADVOGADO E ASPECTOS LEGAIS DA LEI 13.869/19: DA LIMITAÇÃO AO ABUSO À GARANTIA DO DIREITO DE DEFESA.

Rodrigo Sánchez Rios¹

Allian Djeyce Rodrigues Machado²

RESUMO: Estas breves linhas o artigo têm por objetivo tratar da aplicação da Lei 13.869/2019, a qual regulamentou o abuso de autoridade, sob o prisma da atuação institucional na defesa das prerrogativas profissionais e, como proteção última, do próprio direito de defesa. Contextualizando a necessidade da renovação da legislação anterior, passando pelas novas especificidades trazidas pela normativa em vigor, especial atenção foi dispensada aos artigos 20 e 32, da Lei 13.869/2019, bem assim, o artigo 7º-B,

1 Professor Doutor de Direito Penal da PUC/PR. Advogado criminalista. **OAB PR n. 19.392.** rodrigo@sanchezrios.com.br

2 Mestre em Direito pela PUC/PR. Advogada Criminalista. **OAB PR n. 75.180.** allian@sanchezrios.com.br

da Lei 8.906/94, o Estatuto da Advocacia e da OAB. Analisou-se, ainda, a legislação processual penal vigente, com o propósito de desvendar uma atuação efetiva da OAB – por meio de sua Câmara de Direitos e Prerrogativas – não só pela via administrativa, mas, neste novo marco jurídico, também ao longo da persecução penal em ambas as suas fases – judicial e pré-judicial.

PALAVRAS CHAVE: Abuso de autoridade; prerrogativas profissionais; Direito de defesa; elemento subjetivo especial do tipo; crimes contra as prerrogativas profissionais.

1. PREMISSAS INICIAIS

Nos primeiros meses de 2021 a Câmara de Prerrogativas da Seccional Paranaense da OAB julgou mais um emblemático caso de violência policial contra advogado. Portando sua carteira profissional, mas trajando vestes simples, o causídico identificou-se aos policiais militares que realizavam uma diligência na residência de seu cliente, na tentativa de acompanhar o ato. Contudo, foi impedido, ofendido verbalmente, algemado e severamente agredido. Não lhe foi oportunizada a realização de um telefonema e sua prisão não foi comunicada imediatamente à OAB. Os fatos se passaram em outubro de 2019.

O ano de 2020 iniciou-se sob a vigência de uma nova normativa contra o abuso de autoridade, a Lei 13.869/19. Aprovada sob protestos e alegações de acarretar uma “indesejável insegurança jurídica”, esse tratamento normativo conferido à matéria busca dar resposta às crescentes reivindicações sociais em face dos excessos de agentes públicos no exercício da função. Ao mesmo tempo, faz frente a uma antiga reivindicação da Ordem dos Advogados do Brasil: a criminalização da violação às prerrogativas profissionais.

A medida faz parte, em verdade, do cumprimento de uma

agenda de reformas estipulada em 2009, por ocasião do 2.º Pacto Republicano, o qual elencou como um de seus compromissos “fortalecer o exercício do direito fundamental à ampla defesa e da advocacia” e inseriu, como uma de suas matérias prioritárias – na sessão de proteção dos direitos fundamentais – a “revisão da legislação relativa ao abuso de autoridade, a fim de incorporar os atuais preceitos constitucionais de proteção e responsabilização administrativa e penal dos agentes e servidores públicos em eventuais violações aos direitos fundamentais”.³

Por outro lado, é um consenso doutrinário o fato do Direito Penal associar ao conceito de delito uma perspectiva material, intrinsecamente atrelada à compreensão sobre a danosidade social de uma conduta, bem como à valoração negativa atribuída pela comunidade aos reflexos de uma determinada ação ou omissão⁴. Conforme se colhe nas lições mais fundamentais, a norma penal substantiva é criada para atender necessidades sociais concretas dentro de, e para, uma sociedade organizada sobre certos fundamentos⁵. Esse mesmo Direito, contudo, na mesma medida em que condiciona a estrutura social para a qual foi pensado, é também por ela condicionado, em uma relação de interdependência⁶ - daí porque se pensar em finalidades pre-

3 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm

4 Vide por todos FIGUEIREDO DIAS. Jorge. *Direito Penal. Parte Geral*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007, p. 106 e ss.

5 BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

6 Na lição de Aníbal Bruno: “sabemos como as sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo-o nascer de suas necessidades fundamentais, e, em seguida, deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência. In: BRUNO, Anibal. *Direito Penal, parte geral, tomo 1º: Introdução, Norma Penal, Fato Punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 25.

ventivas da pena.⁷

É bem verdade que, em certa medida, o atentado às prerrogativas profissionais encontrava resposta penal sob a égide da revogada Lei 4.898/65, que punia com multa, detenção por dez dias a seis meses, perda do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por até três anos: “qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional” (art. 3º, “j”).⁸ Contudo, as notícias frequentemente divulgadas pelos meios de informação e os crescentes pedidos de Providências e Desagravos deferidos e implementados pela Câmara de Direitos e Prerrogativas da OAB – nacional e regionalmente –, evidenciam o esvaziamento de qualquer caráter de prevenção geral do tipo penal do artigo 3º, “j”, da agora revogada Lei 4.898/65.⁹

-
- 7 MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho*. 2ª ed. Rev. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982; ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*. In: ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1999; LESCH, Heiko H. *La función de la pena*. Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colección de Estudios n. 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999; JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 1ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006;
- 8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais Penais Comentadas*. Vol. 1. 11ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: 2018, p. 1-64. Ainda: NUCCI, Guilherme de Souza. *A transição das Leis de Abuso de Autoridade: da lei 4.898/1965 à Lei 13.869/2019. Os reflexos corporativistas das entidades representativas de gentes públicos*. In: *Revista Brasileira dos Tribunais*, vol. 1012. São Paulo: Thomson Reuters, fev. 2020, p. 235-253.
- 9 Nas ponderações do Ministro Gilmar Mendes: “Em muitos pontos, porém, o caráter atécnico da Lei 4.898/65 comprometeu a sua efetividade. As tentativas de definição dos excessos na ação dos agentes públicos inculpidas no diploma careciam de uma taxatividade que conferisse segurança mínima à aplicação da norma penal. A conceituação dos atos de abuso foi remetida a um rol demasiadamente amplo de condutas atentatórias à liberdade de locomoção e a outros

Anterior à nossa Constituição Democrática e com efeitos práticos reconhecidamente esvaziados, a criação de uma legislação capaz de dar resposta à proteção constitucional de direitos fundamentais de liberdade é medida salutar. Trata-se, em verdade, de observância estrita ao mandamento constitucional inscrito nos incisos XXXIV, “a” e XXXV¹⁰ do artigo 5º. Se a Constituição garantiu ao cidadão o direito de petição contra o abuso de poder, o legislador infraconstitucional não pode ignorar o comando constitucional, mas deve a ele conferir eficácia mediante a criação de mecanismos hábeis a lhe garantir aplicabilidade material.¹¹

A necessidade de atualização da lei de abuso de autoridade se revela, nesta perspectiva, na importância de reacender o debate jurídico acerca dos limites no exercício da função

direitos individuais descritos nos artigos 3º e 4º. Para além da deficiência legística, as manchas históricas do autoritarismo do regime militar deixaram claro que a lei em questão “não pegou”. MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. *Opinião. Abuso de Autoridade e o reencontro com o Estado de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opiniao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

- 10 XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade **ou abuso de poder**; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
- 11 ALEXY, Robert. *Teoría dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014; MESA, Gloria Patrícia Lopera. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. In: El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional. Editor: Miguel Carbonell. p.269-306; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: Revista de Estudos Criminais n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

pública, aproximando a temática ao corpo social. O exercício da função pública não é absoluto; ao contrário, é e deve ser limitado pelos direitos e garantias fundamentais. A Constituição Federal de 1988 desempenhou um papel relevante enquanto chave de leitura de toda a legislação infraconstitucional anterior e posterior a ela, dada sua posição de destaque como ápice do ordenamento jurídico positivo. Introduziu uma série de garantias próprias de qualquer país democrático e em consonância com os tratados internacionais sobre o tema, em grande parte vertidas nas cláusulas pétreas do seu artigo 5º.

Destarte, a discussão a respeito da Lei 13.869/19, em vias definitivas, versa sobre o exercício do Direito de Defesa e, por isso, mais que defender sua constitucionalidade e aplicabilidade, é também importante discutir os meios para lhe garantir efetividade, diversamente do ocorrido com a normativa substituída. Este será o escopo desta explanação, a qual encampará inicialmente um aspecto mais técnico, pontuando os desafios e responsabilidades das Seccionais nessa busca por sua real efetividade.

Antes, porém, uma rápida exortação sob o ponto de vista de um criminalista: como com qualquer outra conduta, não basta só a criação de um tipo penal para que se alcance a almejada mudança do comportamento material. Necessário será, isso sim, a ampliação de um diálogo institucional e social, acompanhado de conscientização pública sobre o real significado do direito de defesa e seu caráter essencial ao Estado Democrático de Direito.

2. A PRERROGATIVA DO ADVOGADO COMO GARANTIA AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA: COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 20 E 32, DA LEI 13.869 E ARTIGO 7º-B, DA LEI 8.906/94

O legislador constitucional situou o advogado no cerne da administração da justiça (art. 133, CF). Isso significa que presta serviço público, exerce função social e constitui um dos pilares essenciais à defesa do Estado de Direito e dos fundamentos e princípios da República¹².

No exercício de seu mister, o advogado atua com o fim de resguardar direitos e garantias individuais ou coletivos¹³ e é essa a razão de ser do artigo 7.º da Lei 8.906/94: assegurar ao causídico as condições necessárias à representação e defesa de direitos fundamentais, na medida em que os seus incisos “*enunciam direitos decorrentes da dimensão constitucional da importância do exercício livre da profissão, com especial reconhecimento da matéria conexa ao direito de defesa do cidadão*”.¹⁴ Portanto, outra não poderia ser a objetividade jurídica dos crimes contra as prerrogativas profissionais, senão a administração da justiça¹⁵.

12 CORDEIRO, Felipe Sarmiento. *A Constituição cidadã e advogada: a tutela constitucional da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil na CF/88*. In *Constituição da República: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos* (Coord. Claudio Lamachia, Marcus Vinicius Furtado Coelho), Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 177.

13 As prerrogativas profissionais de que se acham investidos os advogados, muito mais do que faculdades jurídicas que lhes são inerentes, traduzem, na concreção de seu alcance, meios essenciais destinados a ensinar a proteção e o amparo dos direitos e garantias que o sistema de direito constitucional reconhece às pessoas e à coletividade em geral. [...] As prerrogativas profissionais dos Advogados, considerada a finalidade que lhes dá sentido e razão de ser, compõe, em nosso sistema jurídico, o próprio estatuto constitucional das liberdades públicas.” MELLO, Ministro Celso de. Prefácio In: TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do Advogado*. Brasília: OAB Editora, 2006, p. 8-9.

14 BADARÓ, Gustavo; BREDA, Juliano (Cords.). *Comentários à Lei de Abuso de Autoridade*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 194.

15 A respeito vide COELHO NETO, Celso Barros. *A advocacia na Cons-*

Nestes termos, não apenas o advogado e o seu constituinte serão direta e indiretamente atingidos pela ofensa, mas também toda a coletividade, em razão do caráter transcendente dos direitos previstos no artigo 7.º, do EOAB.

No âmbito da defesa das prerrogativas, destacam-se os artigos 20 e 32 da Lei 13.869/19.¹⁶ As condutas ali previstas congregam boa parte das reclamações recebidas pela Câmara de Prerrogativas da OAB, especialmente no tocante ao artigo 32 e à negativa de acesso, ao defensor, aos autos de inquérito policial e outros procedimentos preliminares de investigação, nada obstante tratar-se de matéria disciplinada há muito pela Súmula Vinculante n.º 14 – com posterior reforços legais no âmbito do artigo 7.º da Lei 8.906/94.

Ambas as figuras típicas estão sujeitas à demonstração não apenas do dolo, mas do elemento subjetivo especial do tipo,

tituição da República. . In Constituição da República: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos (Coord. Claudio Lamachia, Marcus Vinicius Furtado Coelho), Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p.115-119

- 16 **Art. 20.** Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado: (Promulgação partes vetadas)
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem impede o preso, o réu solto ou o investigado de entrevistar-se pessoal e reservadamente com seu advogado ou defensor, por prazo razoável, antes de audiência judicial, e de sentar-se ao seu lado e com ele comunicar-se durante a audiência, salvo no curso de interrogatório ou no caso de audiência realizada por videoconferência.
- Art. 32.** Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível: (Promulgação partes vetadas)
Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

exigido para todos os crimes constantes na Lei 13.869/19. É necessário, portanto, que o servidor público impeça a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado e/ou negue o acesso do advogado aos autos de investigação preliminar: “*com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.*” (§1º, do art. 1º).

A previsão tem forte implicação para efeitos de prova, especialmente para fins de instrução da *notitia criminis*. Sob um aspecto amplo, a exigência da prova do especial fim de agir do agente revela-se como mecanismo de contenção e, nessa medida, de salvaguarda às autoridades face a eventuais denúncias e reclamações injustificadas, as quais poderiam conturbar o exercício da função pública. Por outro lado, tal especificidade pode dificultar sobremaneira a responsabilização criminal. Para prevenir-se de represálias o advogado, quando da formalização da peça vestibular inicial, deverá amealhar não só indícios da materialidade delitiva, mas também desse especial fim de agir. Esta, aliás, é a diretriz dada pela Orientação n.º 39, a qual traz referências para a aplicação da Lei de Abuso de Autoridade no âmbito do Ministério Público Federal¹⁷:

2. **Carece de justa causa**, cabendo o arquivamento liminar, **a notícia-crime por abuso de autoridade** que não apresente, de forma clara e delimitada, **elementos concretos de informação mínimos e plausíveis, indicando que o autor do fato agiu com alguma das finalidades específicas** previstas no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 13.869/19.

3. **A notícia-crime por abuso de autoridade des-**

17 <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-39-sobre-a-lei-de-abuso-de-autoridade>

provida de justa causa, imputando crimes que o comunicante sabe inexistentes, **poderá caracterizar o tipo penal da denúncia caluniosa**, previsto no artigo 339 do Código Penal, sem prejuízo da respectiva reparação civil. – *grifo nosso*.

Sob outro viés, as condutas incriminadas pelo artigo 7.º-B, da Lei 8.906/94, não estão sujeitas à comprovação deste elemento subjetivo especial do tipo em razão da salvaguarda expressa feita pelo §1.º, do artigo 1.º, da Lei 13.869/19, o qual restringe a exigência da especial finalidade do agente “às condutas previstas naquela lei”. Assim, inobstante tenha sido inserido pelo artigo 43, da Lei 13.869/19, o tipo do artigo 7.º-B compõe o Estatuto da Advocacia e da OAB, daí porque denominá-lo de *crime contra as prerrogativas profissionais*. Em termos de proteção das prerrogativas, trata-se, de profícua inserção, na medida em que facilita a produção probatória.

Quanto ao artigo 20, a especialidade da redação do inciso III, do art. 7.º, do EOAB e a não exigência do especial fim do sujeito ativo pelo artigo 7.º-B, do EOAB, devem conduzir, preferencialmente, à responsabilização pela ofensa aos direitos ali previsto pela via do crime contra as prerrogativas, e não pela aplicação da Lei de Abuso de Autoridade¹⁸.

3. DESAFIO PARA A EFETIVIDADE DA LEI

18 Em sentido oposto, vide NUCCI, reclamando aplicação do princípio da especialidade: “O art. 20, caput, da Lei 13.964/2019, focaliza o lado do preso, privado da entrevista privada com seu advogado; o art. 7.º-B é mais genérico, pois enfoca o direito do advogado de entrevistar-se com qualquer cliente. Pensamos, nesta situação, deva ser aplicado o princípio de especialidade, enfocando, primordialmente, o direito do preso de ter a sua audiência com o defensor”. In: NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 1. Grupo GEN, 2020 – E-book.

NA PROTEÇÃO DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS: O POSICIONAMENTO INSTITUCIONAL

As novas figuras típicas, tal qual inseridas pela Lei 13.869/2019 (em especial os artigos 20 e 32 e art. 7.º-B do EOAB), por sua natureza de crime contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional, ampliam o leque de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil como órgão representativo. A conclusão é reforçada pela leitura do inciso II, do artigo 44, da Lei 8.906/94, combinado com o *caput* do artigo 49, do mesmo diploma legal, os quais conferem à OAB, com exclusividade, a representação e defesa dos advogados em toda a República Federativa do Brasil, dotando-a de legitimidade para *“agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.”*

Nestes termos, como providência adicional ao desagravo e a outras medidas de caráter administrativo, a OAB poderá formalizar também a notícia crime – instruída com os elementos de informação coligidos ao longo do processo administrativo que apurar ofensa aos incisos II, III, IV e V, do artigo 7.º, do EOAB¹⁹ – e

-
- 19 II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008);
III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incommunicáveis;
IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;
V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado,

encaminhá-la à autoridade competente para apuração de eventual prática de delito contra as prerrogativas. Por conseguinte, a OAB estará também legitimada a interpor o recurso de que trata o §1.º do 28, do Código de Processo Penal, visando reformar a decisão de arquivamento do inquérito policial.²⁰

Se essa legitimidade ativa da OAB é especialmente evidente nos casos do art. 7.º-B, o mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação às hipóteses dos artigos 20 e 32, da Lei 13.869/19. De fato, a alocação distinta de citados dispositivos, em contrapartida ao artigo 7.º-B, do Estatuto da Advocacia e da OAB, pode ensejar peculiaridades de caráter não só material, mas processual, as quais demandam uma maior atenção quando da atuação institucional.

A ressalva revela-se ainda mais evidente quando se depara com decisões contrárias a um entendimento outrora pacificado, como a legitimidade da assistência da OAB nas ações penais na qual o advogado figura como acusado por fato relacionado ao exercício da profissão. Recentes julgados do STJ têm restringido a atuação da OAB como “*assistente de defesa*”²¹, sob a

senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;

20 **Art. 28.** Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

21 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE

alegação de que tal figura não existe no Código de Processo Penal. Exige-se, assim, a demonstração de um interesse jurídico de agir, consubstanciado na correlação direta entre o objeto da demanda e a afetação aos direitos e prerrogativas profissionais²².

INGRESSO DA OAB/MG COMO ASSISTENTE DA DEFESA, EM AÇÃO PENAL NA QUAL FIGURA COMO RÉU ADVOGADO INSCRITO NA ORDEM. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE INTERESSE DA CATEGORIA.

1. A previsão contida no art. 49, parágrafo único, do Estatuto da OAB, deve ser interpretada em congruência com as normas processuais penais que não contemplam a figura do assistente de defesa, não prevalecendo unicamente em razão de sua especialidade.

Precedentes: AgRg na PET no REsp 1.739.693/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 05/04/2019; AgRg no AREsp 1.389.040/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 26/03/2019; AgInt no AREsp 584.962/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

2. A legitimidade prevista na norma do Estatuto da OAB somente se verifica em situações que afetem interesses ou prerrogativas da categoria dos advogados, não autorizando a intervenção dos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB, como assistentes da defesa, pela mera condição de advogado do acusado.

Precedentes: REsp 1.793.268/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2019, DJe 30/05/2019; EREsp 1.351.256/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Corte Especial, DJe 19/12/2014; AgRg nos EREsp 1.019.178/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Corte Especial, DJe 20/5/2013.

3. Situação em que o interesse jurídico que legitimaria a intervenção da OAB se circunscreve ao fato de que o réu na ação penal é advogado inscrito em seus quadros.

4. Em suma, carece de legitimidade a Ordem dos Advogados do Brasil para atuar como assistente (advogado denunciado em ação penal), porquanto, no processo penal, a assistência é apenas da acusação, não existindo a figura do assistente de defesa. Precedentes.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 63.393/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 30/06/2020)

22 “[...] mesmo na seara civil e administrativa, esta Corte tem exigido a demonstração do interesse jurídico na intervenção de terceiros, que somente se identifica, no caso da OAB, quando a demanda trata das prerrogativas de advogados ou das “disposições ou fins” do Estatuto da Advocacia, conforme se depreende da leitura do caput do art. 49

Todavia, tal imposição vai na contramão do quanto previsto no parágrafo único do artigo 49, da Lei 8.906/94, o qual condiciona a assistência unicamente à hipótese de conexão causal entre o fato criminoso praticado e o exercício da profissão.

Inobstante uma primeira e apressada leitura possa evidenciar o contrário, o advogado também é sujeito passivo dos crimes dos artigos 20 e 32, da Lei 13.869/19. A conclusão é especialmente evidente no *caput* do artigo 32, ao criminalizar não apenas a negativa de acesso ao “interessado”, mas também ao “seu defensor ou advogado”. Ora, diferente não poderia ser quando a Súmula Vinculante n.º 14, ao dispor sobre idêntica matéria, já definiu ser “***direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.***”

Assim como os crimes contra as prerrogativas, as condutas tipificadas nos dispositivos em comento são pluriofensivos, por atingirem o direito defesa e, também, a administração da justiça²³. O inciso LV do artigo 5.º da Carta Constitucional²⁴ procurou estender a participação da defesa aos acusados de modo

da Lei 8.906/1994”.

23 BADARÓ, Gustavo; BRENDA, Juliano (Cords.). *Comentários à Lei de Abuso de Autoridade*. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 123.

24 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

geral, incluindo-se aqui a esfera penal e administrativa, por meio da garantia da bilateralidade de fala (contraditório) e da ampla defesa, a qual compreende – ao menos na esfera criminal – a autodefesa e a defesa técnica, esta última exercida por profissional habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

A ofensa, nesses casos, por atingir o direito de defesa, transcende a pessoa física do representado para atingir também o advogado e o livre exercício da advocacia e, assim, a administração da justiça. É nesta perspectiva que se defende a legitimidade da OAB para a interposição de recurso em face do arquivamento do inquérito, bem assim para intentar ação penal subsidiária da pública, por aplicação do *caput* e parágrafo único do artigo 49 da Lei 8.906/94, especificamente quanto aos crimes previstos nos artigos 20 e 32 da Lei 13.896/2019. Tal dispositivo lhe confere legitimidade para intervir nos inquéritos e processos nos quais os ofendidos sejam inscritos na OAB.

Sem embargo da resistência oposta a tais posicionamentos no âmbito dos Tribunais, a atuação da OAB para o manejo da notícia crime pode ser fundamentada a partir dos artigos 5.º, § 3.º e 27, do Código de Processo Penal.²⁵ A seu turno, relativo à instrumentalização da pretensão acusatória sobre tais delitos, nada obstante sejam processados via Ação Penal Pública Incondicionada (regra geral do Código de Processo Penal - art. 24, CPP), por todas as premissas já expostas, a OAB também é representante legítima para intentar a Ação Penal Privada Subsidiária

25 **Art. 5º, § 3º** Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito. **Art. 27.** Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

da Pública, quando cabível, com fundamento nos artigos 29 e 30 do Código de Processo Penal, combinados com o *caput* do artigo 49, da lei 8.906/94. Destaque-se, ainda, inobstante a titularidade da Ação Penal seja do Ministério Público, o mesmo art. 49, do EOAB, combinado com o artigo art. 268, CPP possibilita à Ordem dos Advogados do Brasil a atuação como assistente de acusação.

Evidentemente, a legitimidade apenas secundária da OAB para intentar a Ação Penal Privada Subsidiária pode gerar embaraços à sua real efetividade. Visando superar essas dificuldades, existem algumas propostas *de lege ferenda* segundo as quais sustenta-se uma *legitimidade concorrente* da OAB. Trata-se de empregar a mesma lógica adotada pelo Supremo Tribunal no verbete sumular n.º 714²⁶, o qual dispõe sobre a legitimidade concorrente do funcionário público, vítima de crime contra a honra, para promover Ação Penal Privada, sempre que caracterizada uma relação de causa e efeito entre a ofensa recebida e a função por ele exercida²⁷: a transcendência coletiva do dano por ele suportado – e que conduz à titularidade da Ação Penal Ministério Público – não pode suprimir do indivíduo o direito de ver apurados os fatos alegadamente ofensivos.

Nesta linha, cita-se o Projeto de Lei n.º 3855/2019²⁸

26 Sugestão do Badaró em palestra proferida no I Encontro Nacional sobre os Crimes de Violações das Prerrogativas, organizado pelo Conselho Federal e realizado em 03 de fevereiro de 2020. <https://centraleventos.oab.org.br/event/211/i-encontro-nacional-sobre-os-crimes-de-violacoes-das-prerrogativas>

27 “É concorrente a legitimidade do ofendido, mediante queixa, e do ministério público, condicionada à representação do ofendido, para a ação penal por crime contra a honra de servidor público em razão do exercício de suas funções.” <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2632>

28 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>

, cujo artigo 18 visa inserir no EOAB – dentre outras medidas – os artigos 43-B, 43-C e 43-D²⁹. Além de criminalizar a violação dolosa e culposa aos incisos I a V, do artigo 7.º, do EOAB, o projeto institui, como diferencial, a possibilidade de: **i)** a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Conselho Federal, “**requisitar** ao delegado de polícia a instauração de inquérito policial para apuração dos crimes de que trata o capítulo, bem como diligências na fase investigativa”; e, ainda **ii)** discordando do arquivamento do Inquérito “*assumir a titularidade da Ação Penal*”.

4. PROBLEMAS DE LEI PENAL NO TEMPO: A DEFESA DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS EM RELAÇÃO ÀS CONDUTAS PRATICADAS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.869/2019.

29 Art. 43-C. A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Conselho Federal, em qualquer situação, e do Conselho Seccional, no âmbito de suas atribuições, poderá requisitar ao delegado de polícia a instauração de inquérito policial para apuração dos crimes de que trata este Capítulo, bem como diligências na fase investigativa, requerer a sua admissão como assistente do Ministério Público, em qualquer fase da persecução penal, e propor ação penal de iniciativa privada subsidiária nos termos do art. 100 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -Código Penal.”

Art. 43-D. Recebendo a promoção de arquivamento do inquérito policial dos crimes previstos neste Capítulo, o juiz, antes de proferir decisão, deverá intimar a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seus Conselhos Seccionais, em qualquer situação, ou do Conselho Federal, na hipótese de fato ocorrido perante tribunais federais, para que se manifeste sobre o pedido de arquivamento.

Parágrafo único. Discordando do arquivamento, a Ordem dos Advogados do Brasil assumirá a titularidade da ação penal independentemente da remessa a que se refere o art. 28do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 -Código de Processo Penal.”
Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_

Sem desconhecer de manifestações corporativas contrárias³⁰, a Lei 13.869/2019 é, em termos gerais, mais favorável aos agentes públicos, pois: traz tipos penais bem delimitados, observando o princípio da taxatividade; exige a demonstração de elemento subjetivo especial do tipo para todos os delitos ali previstos; expressamente exclui divergências hermenêuticas na análise de fatos e provas de uma possível configuração de abuso e prevê uma ampla gama de delitos de menor potencial ofensivo ou que admitem a suspensão condicional do processo.

Nada obstante, a aprovação da nova Lei de Abuso de Autoridade e as comemorações sobre a expressa criminalização de práticas contra as prerrogativas profissionais, aliada às lacunas de aplicação da normativa que a antecedeu, pode lançar dúvidas sobre o “se” e “como” agir diante das condutas delitivas praticadas anteriormente à sua vigência. De fato, imprescindível será a análise pontual de cada circunstância fática.

Enquanto a Lei 4.898/65 contava com tipos demasiadamente abertos, a Lei 13.869/19 trouxe condutas típicas bem delimitadas, apresentando-se, neste prisma, como *novatio legis in melius*. É o que acontece, por exemplo, com o delito da alínea “i”, do artigo 3.º, segundo o qual “constituiria abuso de autoridade qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo”. As hipóteses de violência contra o cidadão foram tratadas de forma muito

mostrarintegra;jsessionid=9CC1AB92FD96B594C7A6B525EC92826A.
proposicoesWebExterno1?codteor=1512405&filename=REDA
CAO+FINAL+-+PL+3855/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+
PL+4850/2016%29

30 Vide as ADIs 6.238 (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público), 6.236 (Associação dos Magistrados Brasileiros), 6.240 (ANFIP – Associação Nacional dos Auditores Fiscais da receita Federal do Brasil), 6.266 (Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal), 6.302 (Podemos).

mais especificada no regramento vigente a exemplo do que faz artigo 13, da Lei 13.869/19 consoante o qual constitui crime, “constranger o preso ou o detento, mediante violência ou grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência a produzir prova contra si ou contra terceiro”.³¹

Não significa dizer, porém, ter ocorrido a *abolitio criminis*, porquanto muitas das violações a bens jurídicos ali estabelecidas encontram resposta no Código Penal (na hipótese, o delito de lesões corporais, por exemplo, com a agravante do artigo 61, II, “f”) ou na legislação penal especial (v.g., a lei de tortura). Sob o ponto de vista da pena abstratamente cominada, o regramento revogado ostentava caráter mais favorável, notadamente no tocante à pena de detenção a qual, para quaisquer das práticas delituosas lá insculpidas seria de dez dias a seis meses.³²

Olhos postos sobre a situação fática com a qual se inaugurou esta exposição, e atentos às normas basilares a respeito da aplicação da lei penal no tempo, a solução seria pela aplicação, mitigada, da Lei 4.898/65. Na hipótese, um advogado, por-

31 Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:
I - exhibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
III - (VETADO).
III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: (Promulgação partes vetadas)
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

32 a) multa de cem a cinco mil cruzeiros;
b) detenção por dez dias a seis meses;
c) perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo até três anos.
§ 4º As penas previstas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas autônoma ou cumulativamente.

tando sua carteira profissional de identificação, foi impedido de assistir a seu cliente durante diligência policial; impossibilitado de com ele manter comunicação reservada; foi severamente agredido física e verbalmente; foi algemado e preso em flagrante pela suposta prática do crime de desacato, por ato praticado durante o exercício da profissão, sem a presença de representante da OAB e posterior comunicação à Instituição, em franca inobservância, dentre outros, aos incisos I, III, IV e XXI, e §§ 2.º e 3.º, todos do artigo 7.º, do Estatuto da Advocacia e da OAB.

Considerada a redação da Lei vigente à época dos fatos, bem assim a letra do novo artigo 7.º-B, da Lei 8.906/94 (Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa), a resposta à narrativa fática apresentada se daria – sob o prisma da atuação institucional – pela formalização da notícia crime em face dos policiais envolvidos comunicando a prática, em tese, do delito da alínea “j”, do artigo 3.º, da Lei 4.898/65: “constitui abuso de autoridade qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”, combinado como artigo 129, do Código Penal, com especial ênfase ao impedimento de comunicação entre advogado e cliente e à ausência e representante da OAB durante o flagrante e posterior comunicação da prisão à OAB – incisos III e IV, do artigo 7.º, do EOAB, cuja violação configura crime contra as prerrogativas profissionais. Quanto ao mais, aplicam-se as normas de caráter estritamente processual vigentes ao tempo da formalização da comunicação do fato delitivo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da Lei de abuso de autoridade e do artigo 7.º-B, do EOAB depende da atuação incisiva não só do Conselho

Federal, mas principalmente das Seccionais. É preciso, contudo, cautela. Se não podemos ter receio para agir em casos de violações graves, não podemos, de outro lado, ter uma “hipersensibilidade”. Há algum tempo tem se tentado restaurar à figura do Desagravo a essência em vista da qual foi criado, delimitando sua concessão e realização àqueles casos nos quais, de forma inequívoca e grave, tenham sido constatadas violações ao exercício livre e pleno da advocacia; enfim, ao direito de defesa. Idêntico espírito há que ser adotado em relação à atuação institucional a partir da nova legislação contra abuso de autoridade.

Não se pode de forma alguma banalizar a aplicabilidade da Lei 13.869/19. Esta é a nossa parcela de responsabilidade para que a nova Lei de Abuso de autoridade tenha a aplicação e eficiência dela esperada, para não cair em descrédito ou desuso, como sua antecessora. Enfatize-se: é preciso outorgar extremo cuidado com a produção probatória e trabalhar para angariar todo o elemento de informação necessário a embasar a investigação e posterior propositura de Ação Penal, sob pena de ver rejeitada a denúncia por ausência de justa causa e de eventuais represálias, como já anunciado na Orientação n.º 39 do Ministério Público Federal.

É dever do profissional fiscalizar e fazer cumprir a normativa regulamentar e, constatando violação, documentá-la adequadamente. Há inúmeros dispositivos dos quais se pode lançar mão: um deles, o § 6.º, do artigo 367, do Código de Processo Civil, segundo o qual é permitida a gravação da audiência pelo próprio advogado, independente de autorização judicial, desde que a autoridade seja avisada anteriormente.³³ É possível citar, ainda, o

33 § 5º A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

Provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal, o qual dá parâmetros mínimos para a investigação defensiva voltada à produção de provas para pedidos de instauração de inquérito, bem assim para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária.

A respeito da inviabilidade do local e instrumentos de trabalho, há o Provimento n.º 127/2008, do Conselho Federal, em especial seu artigo 4.º, o qual define procedimentos a serem tomados pelo Representante da OAB quando constatar irregularidades no cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório ode advocacia.³⁴ Sobre o mesmo tema, citam-se ainda as Portarias n.º 1287 e 1288 do Ministério da Justiça.³⁵ Em relação ao sigilo profissional, já há súmula do Conselho Federal elucidando a aplicação do artigo 7.º-B, do EOAB e, ao mesmo tempo, sedimentando o firme posicionamento institucional contrário a qualquer investida contra o pleno exercício do direito de defesa: *“é crime contra as prerrogativas da advocacia a violação ao sigilo telefônico, telemático, eletrônico e de dados do advogado, mesmo que seu cliente seja alvo de interceptação de comuni-*

§ 6º A gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

34 PROVIMENTO N. 127/2008 CFOAB:

Art. 4º Verificada a ausência dos requisitos referidos no art. 3º, o representante da OAB formalizará seu protesto, continuando ou não, conforme as circunstâncias, a participar da diligência.

Parágrafo único. A recusa poderá ser manifestada verbalmente aos encarregados da diligência, devendo ser formalizada, por escrito, à autoridade judiciária que decretou a busca e apreensão.

<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/127-2008?search=127%2F2008&provimentos=True>

35 https://www.conjur.com.br/2005-jul-01/leia_portaria_regulamenta_invasao_escritorios#:~:text=A%20portaria%20tamb%C3%A9m%20estabelece%20que,documentos%20preparados%20com%20o%20concurso

cações”.³⁶ Em qualquer caso, deve o advogado atentar à licitude da prova produzida, seja documental, seja digital – gravações de áudio e vídeo, por exemplo.

Esse novo contexto legal de grandes avanços para a proteção das prerrogativas implica, por outro lado, em um ônus ainda maior aos Conselheiros da OAB, membros da Câmara, Diretoria e Comissão de Prerrogativas na análise das denúncias de violações ao artigo 7.º, do EOAB e dos pedidos de providências e desagravo. Se a análise material e a correção procedimental já mereciam a atenção devida, tanto mais o deverá ser agora em que há a possibilidade destes procedimentos servirem como base angular para o início da persecução penal. Cabe aos advogados zelar arduamente pela aplicação responsável da lei.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BADARÓ, Gustavo. Palestra proferida no I Encontro Nacional sobre os Crimes de Violações das Prerrogativas, organizado pelo Conselho Federal e realizado em 03 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://centraleventos.oab.org.br/event/211/i-encontro-nacional-sobre-os-crimes-de-violacoes-das-prerrogativas>.

36 Súmula CF 12/2020
O CONSELHO PLENO DO CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe são conferidas nos arts. 75, parágrafo único, e 86 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906/94), considerando o julgamento da Proposição n. 49.0000.2019.012386-4, decidiu, na Sessão Extraordinária Virtual realizada no dia 15 de junho de 2020, editar a Súmula n. 12/2020/COP, com o seguinte enunciado: PRERROGATIVAS. VIOLAÇÃO AO SIGILO TELEFÔNICO, TELEMÁTICO, ELETRÔNICO E DE DADOS. É crime contra as prerrogativas da advocacia a violação ao sigilo telefônico, telemático, eletrônico e de dados do advogado, mesmo que seu cliente seja alvo de interceptação de comunicações.

BADARÓ, Gustavo; BRENDA, Juliano (Cords.). **Comentários à Lei de Abuso de Autoridade**. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, parte geral, tomo 1º: Introdução, Norma Penal, Fato Punível**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

COELHO NETO, Celso Barros. A advocacia na Constituição da República. . In **Constituição da Republica: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos (Coord. Claudio Lamachia, Marcus Vinicius Furtado Coelho)**, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

CORDEIRO, Felipe Sarmiento. *A Constituição cidadã e advogada: a tutela constitucional da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil na CF/88*. In **Constituição da Republica: um projeto de nação: homenagem aos 30 anos (Coord. Claudio Lamachia, Marcus Vinicius Furtado Coelho)**, Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2007.

JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal: Significado y Finalidad**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 1ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colección de Estudios n. 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

MELLO, Celso de. *Prefácio* In: TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do Advogado**. Brasília: OAB Editora, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. *Opinião. Abuso de Autoridade e o reencontro com o Estado de Direito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/opinioao-lei-cancellier-zavaski-lei-abuso-autoridade>. Acesso em: 01 de setembro de 2020.

MESA, Gloria Patrícia Lopera. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. In: **El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional**. Editor: Miguel Carbonell. p.269-306.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho**. 2ª ed. Rev. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. *A transição das Leis de Abuso de Autoridade: da lei 4.898/1965 à Lei 13.869/2019. Os reflexos corporativistas das entidades representativas de gentes públicos*. In: **Revista Brasileira dos Tribunais**, vol. 1012. São Paulo: Thomson Reuters, fev. 2020, p. 235-253.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais Penais Comentadas. Vol. 1**. 11ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: 2018.

Punível. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas - Vol. 1**. Grupo GEN, 2020 – E-book

ROXIN, Claus. *Sentido e limites da pena estatal*. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.



REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR

DESAGRAVO PÚBLICO: ATO POLÍTICO-INSTITUCIONAL CONTRA ARBITRARIEDADES

Sabrina Maria Fadel Becue¹

o silêncio da maioria

a voz da maioria silenciosa é silêncio
 cúmplice
 o silêncio de quem
 compactua com o silêncio de hitler
 e deixa prosseguir o de graciliano
 o silêncio comodista
 dos que dançam conforme a música
 o silêncio dos que fingem que não sabem
 o silêncio dos que fazem de conta
 que não têm nada com isso
 o silêncio comprado
 com a boa vida
 o silêncio dos que dizem
 viva
 e deixe viver
 um toque de silêncio
 um minuto de silêncio antes da iluminação
 (LEMINSKI)²

1 Advogada (OAB/PR 50.703). Conselheira Estadual da OAB-PR – Gestão 2019-2021. Mestre e Doutora em Direito (USP). Bacharel em Direito (UFPR).

2 Variações para silêncio e iluminação. In: **Ensaios e Anseios crípticos**. 2ª edição. Campinas: Editora Unicamp, 2012.

RESUMO: O desagravo público é instrumento político-institucional de salvaguarda das prerrogativas profissionais e da dignidade da advocacia. Expressa o direito de repúdio público contra arbitrariedades, exercício do direito constitucional de reunião e de liberdade de manifestação. A natureza e a finalidade do desagravo público orientam seu procedimento.

PALAVRAS-CHAVES: Desagravo Público – Direito de reunião – Liberdade de expressão.

1. INTRODUÇÃO

O desagravo público é a medida de proteção da classe, remédio maior para a salvaguarda das prerrogativas profissionais e da dignidade da advocacia. No dicionário, a palavra desagravo é descrita como “reparação de uma ofensa”, no entanto, o fundamento legal do ato de desagravo público em favor do inscrito na OAB indica contornos que vão além da repressão a uma injúria ou reparação a uma ofensa, sobretudo porque exige uma repercussão que ultrapassa a esfera pessoal do ofendido.

O desagravo é a resposta, portanto vem a reboque da afronta perpetrada contra o advogado. Espera-se que uma das suas consequências seja o efeito pedagógico, evitando a repetição da injustiça em relação ao ofendido e aos demais integrantes da advocacia. Contudo, a reparação é de cunho moral: o ato solene e público não substituiu a responsabilização civil e criminal do infrator, mas sintetiza a importância da ação – pública e coletiva – de desagravar.

Este breve artigo pretende esclarecer a natureza e a finalidade do processo de desagravo público, assegurado entre o rol de direitos da advocacia.

2. DO PROCESSO AO ATO DE DESAGRAVO PÚBLICO

Na condição de entidade de classe, a OAB é responsável, com exclusividade, pela representação, defesa, seleção e disciplina dos seus inscritos (art. 44, II, EOAB), ou seja, tem o dever de apreciar quem preenche os requisitos legais para exercer o múnus público da advocacia, julgar aqueles que cometem infrações ético-disciplinares e defender todos os advogados e advogadas contra atos arbitrários ou obstáculos ao livre exercício da profissão.

O desagravo público é um dos meios de atuação da Ordem na defesa dos inscritos, mas está longe de ser o único³. A entidade atua em diversas frentes, a exemplo do constante diálogo com outras instituições e instrução das autoridades sobre as nossas prerrogativas profissionais, pedidos de providência junto a órgãos correccionais, assistência a processos judiciais e administrativos de interesse da classe (art. 15 a 17 do RGOAB).

No tocante ao desagravo público, a concessão se alicerça no poder-dever da OAB de defender os seus associados, contudo, caracteriza também um direito da advocacia (artigo 7º, XVII, EOAB).

3 “PEDIDO DE DESAGRAVO. Dada a nobreza do seu objeto de resguardo, o desagravo público deve ser tido como o último mecanismo de defesa dos direitos e prerrogativas do advogado. Seu uso deve acautelar-se de cuidado quanto aos requisitos de cabimento e deferimento, sob pena de banalização do instrumento e perda de impacto social, pois a solidez e a eficácia de um mecanismo como o desagravo, quando proveniente de uma Instituição, se constrói lentamente, junto com sua credibilidade. O excesso de uso desse mecanismo em contrapartida a escassez de necessidade do uso, gera a perda de eficácia.” (OAB/PR - Nr. Processo 1573/2014, Relator Márcio Nicolau Dumas).

As regras sobre o procedimento de desagravo estão previstas no art. 18 do RGOAB:

Art. 18. O inscrito na OAB, quando ofendido comprovadamente em razão do exercício profissional ou de cargo ou função da OAB, tem direito ao desagravo público promovido pelo Conselho competente, de ofício, a seu pedido ou de qualquer pessoa.

§ 1º O pedido será submetido à Diretoria do Conselho competente, que poderá, nos casos de urgência e notoriedade, conceder imediatamente o desagravo, *ad referendum* do órgão competente do Conselho, conforme definido em regimento interno.

§ 2º Nos demais casos, a Diretoria remeterá o pedido de desagravo ao órgão competente para instrução e decisão, podendo o relator, convencendo-se da existência de prova ou indício de ofensa relacionada ao exercício da profissão ou de cargo da OAB, solicitar informações da pessoa ou autoridade ofensora, no prazo de 15 (quinze) dias, sem que isso configure condição para a concessão do desagravo.

§ 3º O relator pode propor o arquivamento do pedido se a ofensa for pessoal, se não estiver relacionada com o exercício profissional ou com as prerrogativas gerais do advogado ou se configurar crítica de caráter doutrinário, político ou religioso.

§ 4º Recebidas ou não as informações e convencendo-se da procedência da ofensa, o relator emite parecer que é submetido ao órgão competente do Conselho, conforme definido em regimento interno.

§ 5º Os desagravos deverão ser decididos no prazo máximo de 60 (sessenta) dias.

§ 6º Em caso de acolhimento do parecer, é designada a sessão de desagravo, amplamente divulgada, devendo ocorrer, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, preferencialmente, no local onde a ofensa foi sofrida ou onde se encontre a autoridade ofensora.

§ 7º Na sessão de desagravo o Presidente lê a nota

a ser publicada na imprensa, encaminhada ao ofensor e às autoridades, e registrada nos assentamentos do inscrito e no Registro Nacional de Violações de Prerrogativas.

§ 8º Ocorrendo a ofensa no território da Subseção a que se vincule o inscrito, a sessão de desagravo pode ser promovida pela diretoria ou conselho da Subseção, com representação do Conselho Seccional.

§ 9º O desagravo público, como instrumento de defesa dos direitos e prerrogativas da advocacia, não depende de concordância do ofendido, que não pode dispensá-lo, devendo ser promovido a critério do Conselho.

A partir deste dispositivo, percebe-se que o desagravo público, inobstante constituir um direito do profissional, depende de um julgamento sobre seu cabimento e da observância do rito imposto pelo RGOAB, complementando pelos regimentos internos das Seccionais. No âmbito da OAB/PR, o pedido é processado, decidido e a determinação sobre o cumprimento são de competência da Câmara de Prerrogativas (arts. 40 c/c art. 146 a 152, Regimento Interno da OABPR).

Por ser um ato de defesa dos direitos e prerrogativas da advocacia, o desagravo público pode ser concedido de ofício e independentemente do consentimento do ofendido. Sob essa mesma justificativa não se defere o desagravo na hipótese de ofensa pessoal ao advogado, ofensa não relacionada ao exercício profissional ou crítica genérica, de cunho doutrinário, político ou religioso. O procedimento, disciplinado pelo Regimento Interno da OAB/PR e pelo Regulamento Geral da Advocacia, assegura o uso parcimonioso da medida, para que o instrumento de mais valia na proteção da classe não seja desvirtuado e banalizado.

Consentâneo com os limites impostos pelo art. 18, §3º, RGOAB e, sobretudo, com sua finalidade, os órgãos competentes são rigorosos na exigência que os fatos que embasam o pedido

de desagravo público provoquem repercussão negativa à classe⁴ ou grave afronta ao livre exercício da profissão, de modo que embates processuais⁵, excessos de linguagem⁶ e ofensas de caráter pessoal ou genérico⁷ não satisfazem os parâmetros institucionais para o deferimento. Por outro lado, a demonstração de *estar no exercício da profissão* ou ataque sofrido *em razão dela*, requisitos adicionais para concessão do desagravo, prescinde de vestes formais, exibição do documento

-
- 4 "O desagravo público é instrumento de defesa dos direitos e prerrogativas profissionais, onde a Ordem dos Advogados do Brasil apenas defende o advogado em situações de relevância que tenha repercussão pública e que ofendam a advocacia. Se os fatos ocorrerem sem repercussão pública, não há que se falar em desagravo, sob pena de banalização e perda de sua eficácia como instrumento de defesa da advocacia." (CFOAB - RECURSO N. 49.0000.2012.007802-8/PCA, Relator Carlos Alberto de Jesus Marques, DOU, S. 1, 22.07.2013, p. 202/203)
 - 5 "Pedido de desagravo público. Desavença ou alteração entre advogado e magistrado em audiência, matéria que se restringe ao âmbito processual. Ausente atentado às prerrogativas da classe dos advogados. Recurso improvido." (CFOAB - RECURSO N. 49.0000.2018.000922-3/PCA, Relator Luis Augusto de Miranda Guterres Filho, DEOAB, a. 1, n. 28, 7.2.2019)
 - 6 "PEDIDO DE DESAGRAVO. DECISÃO JUDICIAL. TRATAMENTO RÍSPIDO. OFENSA AO ADVOGADO CAPAZ DE ENSEJAR DESAGRAVO. INEXISTÊNCIA. PEDIDO INDEFERIDO." (OABPR - Nr. Processo: 4648/2020, Relator Rodrigo Luis Kanayama).
 - 7 "PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. OFENSA DE CARÁTER PESSOAL E GENÉRICO. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO PÚBLICA. INOCORRÊNCIA DE CONDUTA OFENSIVA AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO OU ÀS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PARA O DESAGRAVO PÚBLICO OU QUALQUER OUTRA PROVIDÊNCIA. INDEFERIMENTO. (OABPR - Nr. Processo: 6152/2015, Relator Rodrigo Sanchez Rios).

de identidade profissional⁸ ou local da ocorrência⁹.

Disso tudo se extrai que o desagravo público é ato político interno à Ordem dos Advogados do Brasil que

não implica em qualquer julgamento, pois não existe aplicação de sanção contra a autoridade. É uma manifestação pública de posicionamento da instituição, que se insere dentro da liberdade de opinião e expressão, e no próprio direito de resposta a qualquer agravo, garantias estas asseguradas pelo

-
- 8 “PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS CUMULADO COMO DESAGRAVO PÚBLICO. ABORDAGEM POLICIAL TRUCULENTA. PRISÃO EM FLAGRANTE DE ADVOGADO, NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, DE FORMA ILEGAL. USO ABUSIVO DE ALGEMAS. PEDIDOS CONCEDIDOS. (...) a prisão foi **no e em decorrência** do exercício da profissão de advogado. (...). A detenção, sob uso de algemas, foi consequência da atitude do requerente frente ao que este considerou – acertadamente, na minha opinião – uma ordem ilegal e abusiva da autoridade policial. (...) ao se insurgir contra esta determinação o requerente assumiu as vestes de advogado para defender direito próprio e de seus colegas. (...). a prisão foi no e em decorrência do exercício da profissão de advogado. Na revista pessoal o Sargento Simionato não encontrou qualquer objeto ilícito para justificar a prisão em flagrante e exclusivamente do requerente. A detenção, sob uso de algemas, foi consequência da atitude do requerente frente ao que este considerou – acertadamente, na minha opinião – uma ordem ilegal e abusiva da autoridade policial. Quis a autoridade policial impedir a permanência de Renato e seus colegas numa praça pública; ao se insurgir contra esta determinação o requerente assumiu as vestes de advogado para defender direito próprio e de seus colegas.” (OABPR - Nr. Processo: 18305/2018, Relatora Sabrina Maria Fadel Becue).
- 9 “Para detectar se o advogado está ou não *no exercício da profissão* ou *em razão dela*, muito mais do que analisar o ambiente de atuação ou a adoção de vestimentas formais, há que se verificar se o advogado está *posicionado* como profissional da advocacia, lançando mão de conhecimento técnico que pessoa qualquer não deteria.” (BACH, Marion. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: Prerrogativas, Seleção e Disciplina**. Curitiba: Seção Paraná, 2019, p. 79).

artigo 5º, IV e V, da Constituição Federal.¹⁰

O ofensor não é parte do processo de desagravo, carecendo de legitimidade para impugnar a sua concessão perante as instâncias da Ordem dos Advogados¹¹ ou perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, a tentativa de controle externo pelo Poder Judiciário, por meio de liminares para sustar a realização de desagravo público, com cumulação de multa, ou condenação em danos morais em favor da autoridade ofensora, sob o argumento que o procedimento da OAB não respeitou o contraditório e ampla defesa, enfraquece as garantias constitucionais e, por conseguinte, nosso Estado Democrático de Direito.

É uma faculdade da Câmara de Prerrogativas franquear a participação do ofensor no trâmite interno do desagravo público, respaldada pela convicção de que o diálogo ilumina os fatos e cumpre a função pedagógica da medida. Todavia, “manifestar inconformismo público contra determinado ato de autoridade e a solidariedade a um inscrito em seus quadros, por conta de

10 TELLES, Cássio Lisandro. O desagravo e o contraditório – Impossibilidade de interferência judicial. In: LAMACHIA, Cláudio et.al (org). **Caravanas das Prerrogativas, em nome da Advocacia plena, respeitada e independente**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 69.

11 EMENTA N. 180/2018/OEP. Consulta. Processo de desagravo. Possibilidade de recurso por parte da pessoa ou autoridade ofensora. No procedimento administrativo de desagravo a advogado, como ato político interno da OAB, e na forma da Súmula 07/2018/COP, a pessoa ou autoridade ofensora, por não ser parte, carece de legitimação para interpor recurso em face de decisão que deferiu o desagravo público, sendo incabível a remessa a órgão julgador superior, restando ao terceiro interessado, querendo, para corrigir qualquer desvio de finalidade, valer-se do disposto nos arts. 54, VIII, do Estatuto, c/c o art. 70 do Regulamento, mas sem efeito suspensivo da decisão concessiva do desagravo, que pode ser imediatamente executada. (CFOAB - CONSULTA N. 49.0000.2017.003681-1/OEP, Relator para o acórdão Fernando Santana Rocha, DOU, S. 1, 18.09.2018, p. 76-77).

ofensas às prerrogativas da advocacia (...) decorre da liberdade de manifestação e do direito de reunião pacífica”¹², sem qualquer amarra de terceiros ou censura.

A adjetivação do repúdio coletivo como público comprova que:

“Não é ato de coerção, nem de violência, nem de punição. É, antes de mais nada, ato que homenageia a liberdade e a dignidade na profissão. É ato através do qual a classe dos advogados – inarredável e unida – ecoa: não há e não haverá tolerância com os intolerantes; não há e não haverá negociação com abusos e arbitrariedades; não há e não haverá aceitação de desrespeito à advocacia; não há e não haverá outro ato contra as injustiças que não o veemente repúdio.”¹³

A publicidade do desagravo assegura sua força moral. Toda irresignação contra violação de prerrogativas é coletiva e, a depender de sua gravidade, será reparada pelo ato solene e público do desagravo. Pedidos de providência, assistência e intervenções diretas da OAB auxiliam a enfrentar os entraves diários, mas apenas a manifestação firme, notória, exercida em nome da classe e liderada pela entidade que nos congrega e tem a função de nos defender, oferece uma resposta política-institucional às iniquidades.

12 TELLES, Cássio Lisandro. O desagravo e o contraditório – Impossibilidade de interferência judicial. In: LAMACHIA, Cláudio et.al (org). **Caravanas das Prerrogativas, em nome da Advocacia plena, respeitada e independente**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 72.

13 BACH, Marion. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: Prerrogativas, Seleção e Disciplina**. Curitiba: Seção Paraná, 2019, p. 82.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desagravo público une a classe em torno do bem maior: a defesa de todas as formas de liberdade, para que a advocacia possa exercer com independência seu ofício, “corrigir o curso desviado”¹⁴ e representar os muitos silêncios narrados pelo poeta e que, sem a advocacia, “poucos serão ouvidos”¹⁵.

Impedida de desagrar os colegas e as colegas advogadas, a Ordem dos Advogados do Brasil seria cúmplice das arbitrariedades, aprisionada por uma mouquidão comodista. A manifestação pública do desagravo traz luz e segurança para a classe, pois

“tomar posição frente dos fatos, exige, aquela superação do medo, o exercício da liberdade de não temer, depois a afirmação da liberdade de dizer”

(VIEIRA NETTO)

4. REFERÊNCIAS

BACH, Marion. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: Prerrogativas, Seleção e Disciplina**. Curitiba: Seção Paraná, 2019.

BARBOSA, Rogel Martins. **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. Curitiba: Seção Paraná, 2015.

14 BARBOSA, Rogel Martins. **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. Curitiba: Seção Paraná, 2015, p. 88.

15 Variações para silêncio e iluminação. In: **Ensaio e Anseios crípticos**. 2ª edição. Campinas: Editora Unicamp, 2012.

LEMINSKI, Paulo. Variações para silêncio e iluminação. In: **Ensaaios e Anseios crípticos**. 2ª edição. Campinas: Editora Unicamp, 2012.

TELLES, Cássio Lisandro. O desagravo e o contraditório – Impossibilidade de interferência judicial. In: LAMACHIA, Cláudio et.al (org). **Caravanas das Prerrogativas, em nome da Advocacia plena, respeitada e independente**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

VIEIRA NETTO, José Rodrigues. **Sôbre as quatro liberdades**. Curitiba, Universidade do Paraná, Faculdade de Direito, 1964.

Selo editorial



www.livroslegais.com.br



www.edicaoordemanda.com.br

REVISTA JURÍDICA
DA ESCOLA
SUPERIOR
DE ADVOCACIA
DA OAB-PR