



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro

Excelentíssimo Presidente Luciano Bandeira
Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro

Processo nº 18.061/2019

Proponente: Renato Neves Tonini

RELATÓRIO

Cuida-se de proposta de interpretação do §3º, do art. 70 da Lei nº 8.906/1994, o qual estabelece que o advogado poderá ser suspenso preventivamente quando estiverem presentes determinadas condições, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, nos seguintes termos:

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete exclusivamente ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

(...)

§3º O Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal pode suspendê-lo preventivamente, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação. Neste caso, o processo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

Em resumo, a proposta, da lavra do conselheiro Renato TONINI, sugere que, não obstante a suspensão preventiva do advogado possua natureza acautelatória, ela não atinge aos objetivos inerentes às medidas cautelares, como a defesa da passagem do tempo ou a preservação de provas, razão pela qual importaria em mera antecipação de pena, sem que, entretanto, estivesse formada a culpa do advogado, após o devido processo legal disciplinar.

Para chegar à referida conclusão, TONINI inicia sua argumentação discursando sobre a natureza jurídica do referido dispositivo. Em seu entendimento, trata-se, a suspensão, de imposição vinculada a processo administrativo sancionatório já instaurado ou que está em vias de ser deflagrado perante o Tribunal de Ética e Disciplina, por estar inserida no Capítulo II, do Título III, relativo ao processo disciplinar.

Outrossim, salienta que, para além de encontrar-se subordinada a processo disciplinar, a suspensão exige como requisito para sua aplicação a existência de um "*caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia*".

Com efeito, o Estatuto da Advocacia prevê como requisitos a (i) prática de uma conduta típica, passível de pena de exclusão ou suspensão, de tal modo censurável que importe em prejuízo à honorabilidade da classe e, por conseguinte, (ii) seja ela objeto de apuração a ser realizada por meio de regular processo disciplinar.

Nesse sentido, no verbo de TONINI, como o resultado útil do processo disciplinar, cujo prazo é de 5 anos, não corre risco com o decurso do tempo, não se poderia compreender a suspensão como tutela provisória. Ademais, tampouco



Ordem dos Advogados do Brasil *Seção do Estado do Rio de Janeiro*

poderia ser entendida como tutela de evidência, visto que ainda que o processo seja iniciado por representação bem instruída, imprescindível a observância ao devido processo disciplinar, em que se assegure o efetivo contraditório e a ampla defesa.

Aduz, por outro viés, que a suspensão também não se destinaria à proteção da apuração dos fatos, em tese, prejudiciais à dignidade da advocacia, de quaisquer influências negativas que os arguidos pudessem exercer no curso do processo disciplinar. Isso porque, na sua concepção, o dispositivo visa apenas defender o prestígio da advocacia que teria sido supostamente ofendida com a ação do advogado.

Assim, a suspensão prevista no §3º, do art. 70, do Estatuto da Advocacia, figuraria, unicamente, como forma de punição antecipada pela repercussão/publicidade negativa dos fatos para a classe de advogados, sem que houvesse culpa formalizada, em detrimento dos demais valores que deveriam nortear a aplicação e interpretação de normas sancionatórias, o que somente evidencia, para TONINI, a desproporcionalidade da previsão legal.

Outro fator que observa, em sua proposição, é que o exíguo prazo de 90 dias previsto para o encerramento do processo disciplinar, na hipótese de aplicação da suspensão, é inexecutável na prática. Tal fato, em sua ótica, seria ainda mais danoso à dignidade da advocacia, visto que o advogado poderá voltar a exercer a profissão até o julgamento final da representação.

Portanto, seria reconhecer a incapacidade do Tribunal de Ética e Disciplina de julgar a demanda em tempo hábil, consistindo esse retardo em reconhecimento do fracasso da importante missão do órgão julgador.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

Por fim, ressalta que a suspensão somente faria sentido *(i)* quando a atividade do advogado prejudicasse aos seus próprios clientes ou à sociedade como um todo, *(ii)* em situações em que afrontasse à regularidade dos processos judiciais, ou *(iii)* quando impedisse a prática de novas infrações disciplinares no curso da profissão, hipóteses em que estaria caracterizada a sua natureza cautelar.

Em decorrência, finaliza TONINI, a suspensão somente poderia ser aplicada, sob pena de caracterizar antecipação de pena, vedada em nosso ordenamento pelos princípios da presunção de inocência, da garantia do contraditório e da ampla defesa, quando constatadas as situações precitadas, em que estaria, efetivamente, caracterizada sua natureza cautelar, sendo essa a proposta de interpretação da norma.

Eis o relatório.

VOTO

O art. 70 do Estatuto da OAB, inserido dentro do Capítulo II, do Título III, o qual dispõe sobre o processo disciplinar, estabelece que o **poder de punir** disciplinarmente os inscritos na OAB **competete**, exclusivamente, ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

Por sua vez, o §3º que, por disposição lógica, apresenta natureza complementar e acessória em relação ao *caput*, prevê a possibilidade de **suspensão** do inscrito em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

A suspensão está prevista no art. 35 do mesmo diploma como sanção disciplinar; observe-se:

Art. 35. As sanções disciplinares consistem em:

- I - censura;
- II - suspensão;
- III - exclusão;
- IV - multa.

Parágrafo único. As sanções devem constar dos assentamentos do inscrito, após o trânsito em julgado da decisão, não podendo ser objeto de publicidade a de censura.

Verifica-se, pois, que na hipótese prevista pelo §3º, do art. 70 do Estatuto da OAB, a sanção disciplinar é aplicada antecipadamente à instrução processual administrativa, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual tem de ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação, quando o processo deverá ser finalizado em 90 dias.

Destaque-se, nesse contexto, que as medidas cautelares tutelam o processo ao resguardar situações que possam acarretar a ineficácia de um provimento final acerca do direito que se almeja, razão pela qual figuram como instrumento para atingir a medida principal.

Para DIDIER,¹ a tutela cautelar não satisfaz o direito, não se desvia de sua função acautelatória; é, necessariamente, uma tutela que se refere a outro direito, distinto da própria cautela, marcada por duas características peculiares: referibilidade e temporalidade.

¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 2, p. 638.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

A cautelar assegura a efetividade do direito futuro, justificando-se pela urgência e necessidade da atividade preventiva. Sua concessão cessará com a tutela satisfativa definitiva, quando cumprirá seu papel de garantir a eficácia do próprio direito principal abarcado pela tutela jurisdicional, ou quando alteradas as condições iniciais que a justificaram.

Como acentua RANGEL, a medida cautelar penal a ser adotada deve ser proporcional a eventual resultado favorável ao pedido do autor, não sendo admissível que formas de restrição à liberdade, como a suspensão ao exercício da advocacia, na hipótese, durante o curso do processo, seja mais severa que a sanção que será aplicada por desventura o pedido seja julgado procedente. Isso porque *"a homogeneidade da medida é exatamente a proporcionalidade que deve existir entre o que está sendo dado e o que será concedido"*.²

O postulado da proporcionalidade exige, para realização dos seus fins, que a medida seja (i) necessária, inevitável, imprescindível, sem a qual o processo perderá a razão de ser porque a tutela jurisdicional não será alcançada; (ii) adequada, ajustada, adaptada ao caso a ponto de permitir a justa posição entre a restrição do direito e o objeto daquele processo; e (iii) proporcional, em sentido estrito, para que as vantagens que promove superem as desvantagens que provoca.

Sobre a temática, ÁVILA esclarece que

[u]m meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentro todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, sem sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da

² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal, fl. 766.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.³

Além de tais requisitos, as cautelares com caráter sancionatório pressupõem a existência de perigo na demora da prestação que justifique a adoção da restrição ao direito do arguido, bem como haja verossimilhança do fato trazido na inicial.

Assim, o *periculum in mora* traduz-se no fato de que a demora no curso do processo principal pode fazer com que a tutela jurídica pleiteada, ao final do processo, não tenha mais eficácia, pois o tempo a tornou inócua. Por sua vez, o *fumus bonis iuris* relaciona-se à probabilidade de decisão favorável ao arguente da medida.

Na esteira da argumentação trazida por TONINI, a aplicação da pena de suspensão antecipadamente à decisão final do processo disciplinar não condiz com a natureza das medidas cautelares, cujo objetivo é garantir a regularidade e eficácia do processo. Isso porque o §3º, do art. 70 do Estatuto da OAB, condiciona a suspensão à repercussão prejudicial à dignidade da advocacia do processo em análise, e não à eficácia da prestação que se almeja com o processo disciplinar.

Como bem sublinhado por TONINI, a mera leitura do dispositivo demonstra que a norma objetiva à proteção do bom nome profissional dos advogados, que teria sido fustigado pela notoriedade emprestada ao fato que envolve o profissional em tese faltoso, o que revela a absoluta prevalência da repercussão do fato sobre todos os demais valores que deveriam ser preservados pela suspensão preventiva.

³ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 161.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

O dispositivo não aspira atender o objetivo das cautelares como garantia da efetividade do processo disciplinar, mas, tão somente, à antecipação da possível sanção disciplinar, na contingência de publicidade negativa dos fatos ali em análise.

Nesse panorama, rememore-se a ADC nº 44 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403/2011, de tal sorte a **coibir a execução antecipada da pena**, em homenagem ao princípio da presunção de inocência assegurado pelo art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República.

A ação declaratória, assim como as ADCs nº 43 e nº 45, fundou-se em controvérsia judicial relevante, que se originou do fato de o Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *habeas corpus* nº 126.292/SP, ter autorizado a **execução antecipada da pena** com o advento de decisão colegiada condenatória de segunda instância, antes, portanto, do trânsito em julgado da condenação, silenciando o conteúdo normativo inserido no art. 283 do CPP.

Ao julgar as declaratórias, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do dispositivo processual penal, o qual repete o conteúdo material e formal do que está contido na Constituição da República, de modo que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de **sentença condenatória transitada em julgado** ou no curso da investigação ou do processo em virtude de prisões temporária ou preventiva.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

É **vedada a antecipação de pena** em nosso ordenamento, uma vez que a presunção de inocência, garantida no art. 5º, inc. LVII, da Constituição da República, trata-se de princípio reitor do processo penal e, em última análise, de processos disciplinares.

Dentro desse panorama, a previsão de suspensão do advogado aplicada, preventivamente, pelo Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho – frise-se, em primeira instância do processo disciplinar –, basicamente instituindo permissão legal de execução de pena antes do trânsito em julgado, é incompatível com a ordem constitucional.

Não obstante recaiam sobre o arguido suspeitas de prática criminosa ou contrária aos valores da advocacia, a exemplo da hipótese em tela, no curso do processo ele tem de ser tratado como inocente, facultando-se, unicamente, a aplicação de restrições a direitos com justificativas cautelares.

Com efeito, para compatibilizar a previsão normativa contida no §3º, do art. 70 da Lei nº 8.906/1994 à presunção de inocência assegurada constitucionalmente, necessário conferir caráter cautelar à suspensão preventiva. E, como toda cautelar adequada a processo sancionatório, as medidas alternativas somente poderão ser aplicadas quando presentes os pressupostos de cautelaridade, quais sejam, o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*.

Nesse passo, a suspensão preventiva do exercício da advocacia prevista pelo Estatuto da OAB só seria constitucional e legal se caracterizasse meio urgente e eficaz a salvaguardar o resultado útil do penalizador, atendendo a todos os requisitos necessários para esse fim.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

Para sua aplicação, há de ser demonstrada a existência de indícios da prática de conduta contrária à advocacia, bem como o risco que a liberdade plena ao exercício da sua função causa ao processo.

Ao contrário do previsto no dispositivo em exame, as situações de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia não pressupõem, *per se*, requisitos de cautelaridade. A motivação da decisão cautelar tem de se fundar em elementos da inicial, de tal sorte que demonstre a existência de efetivo perigo na demora da prestação que justifique a adoção da restrição ao direito do arguido, bem como haja verossimilhança do fato alegado, independe da publicidade ou não do caso trazido à análise.

A exemplo das considerações de TONINI, seria possível a aplicação da interdição temporária da atividade profissional, quando o advogado causasse, sistematicamente, prejuízo a seus clientes ou à sociedade como um todo, em situações que sua atividade afrontasse a regularidade de processos judiciais e/ou administrativos, ou houvesse indícios de que poderia prejudicar a instrução do processo disciplinar.

Em síntese, episódios concretos em que se verificasse a existência, por meio de indícios idôneos e razoáveis (verossimilhança das alegações colacionadas), da necessidade de medidas urgentes para suprimir situação de perigo para direito ou interesse da advocacia brasileira, mediante conservação de estado de fato ou de direito que envolve as partes durante o tempo necessário para o desenvolvimento efetivo do processo disciplinar.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

Assim sendo, para a proteção provisória do interesse da advocacia, como almeja a norma em apreço, por essência, tem cabimento a atuação da tutela cautelar, enquanto medida preventiva ao risco do dano imediato ou da ineficácia do processo.

De toda sorte, a aplicação cautelar da restrição ao exercício da advocacia deve, em especial, ser proporcional (homogênea) às hipóteses de aplicação da pena de suspensão, conforme previsão contida no art. 37 da Lei nº 8.906/1994:

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

- I - infrações definidas nos incisos XVII a XXV do art. 34.
- II - reincidência em infração disciplinar.

§1º A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de trinta dias a doze meses, de acordo com os critérios de individualização previstos neste capítulo.

§2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

§3º Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.

Ademais, além dos requisitos mencionados, não se afigura legítima a escolha de medida assecuratória quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria sanção imposta ao final do processo em caso de condenação.

Pelo exposto, para que comando previsto no §3º, do art. 70 da Lei nº 8.906/1994 caminhe em consonância com a presunção de inocência, indisputável repensar sua aplicação, conferindo-lhe interpretação conforme à Constituição da República.



Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Estado do Rio de Janeiro

A aplicabilidade de cautelares no processo disciplinar tem de estar intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento do processo, caracterizando instrumento de garantia processual, de modo assegurar a efetividade do seu resultado final.

Diante da complexidade do tema ora tratado, bem como pela repercussão que a fixação de interpretação ao dispositivo trará aos processos sob análise do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional, propôs-se a Vossa Excelência, que deferiu o pedido, a realização de **audiência pública** para a oitiva de autoridades e de *experts* sobre as questões técnicas e jurídicas adjacentes à interpretação do §3º, do art. 70 da Lei nº 8.906/1994.

Para fundamentar tal proposição, subscreveu-se a fundamentação utilizada pelo ministro Luiz Fux na ADI nº 6.298/DF, ajuizada contra dispositivos diversos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, os quais alteraram regras do Código de Processo Penal e do Código Penal, no bojo do que se denominou "Pacote Anticrime", segundo a qual:

Os objetos dessas ações diretas de inconstitucionalidade apresentam consideráveis complexidade e relevância, o que torna oportuna a realização de audiências públicas para a oitiva de autoridades e de *experts* sobre as questões técnicas e jurídicas adjacentes aos dispositivos impugnados, com ênfase a) no juízo de garantias e institutos correlatos, b) no acordo de não-persecução penal, e c) nos procedimentos de arquivamento de investigações criminais.

As audiências públicas incentivam o engajamento do poder público e da sociedade civil em relação às questões em debate, subsidiando este Supremo Tribunal Federal com informações especializadas para o adequado julgamento das ações de controle de constitucionalidade. Funcionam, ainda, como instrumento de democratização da função jurisdicional, ao propiciar a representatividade das diversas vertentes argumentativas, enriquecendo qualitativamente as



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro

deliberações a serem oportunamente realizadas por esta Corte.
(Grifou-se)

Sendo assim, para melhor sedimentar o conhecimento da matéria por todos os conselheiros da OAB-RJ, bem como por todas àquelas autoridades nominadas em despacho anterior, e, ainda, por toda a advocacia fluminense, permite-se adiantar o provisório voto, que poderá, claro está, ser modulado em face das achegas que por certo virão da audiência pública.

Rio de Janeiro, 10 de novembro 2021.

Luís Guilherme Vieira

Conselheiro efetivo da OAB-RJ

Presidente da Comissão de Defesa do Estado Democrático de Direito