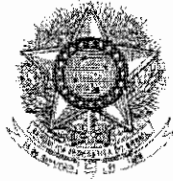


www.conjur.com.br
Alexsandro
jornalista (fax)



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Vistos, etc
Ao Colega e Assessor
Jurídico Dartagnan Pereira
Messias para incluir
no site da OAB/MS o
estudo realizado
avisar ao CONJUR
sobre esta representação
de 13/05/09

Ao Exmo. Sr. Presidente da OAB/MS

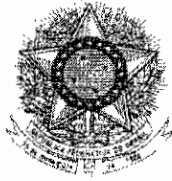
Assunto: Propositura de Adin (art. 265 Código de Processo Penal);

Esta Assessoria, realizando os atendimentos rotineiros, foi questionada, por diversas oportunidades, acerca da constitucionalidade das previsões expressas no art. 265 do Código de Processo Penal.

Frente as constantes indagações, passamos a empreender estudos e a vasculhar o assunto com um pouco mais de cautela. Neste diapasão, a o assessor jurídico desta Seccional, auxiliado pelo novo advogado Marcelo Nogueira, desenvolveu a análise e estudo que segue e que resultou nas conclusões aqui apresentadas, bem como fundamentou as opiniões expressas neste estudo.

Concluiu-se, pelas razões infra-explicitadas que a

Fabio Trad
Presidente
OAB/MS



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

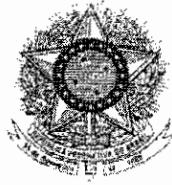
previsão disposta no artigo de Lei analisado (art. 265 do CPP, com a redação que lhe deu a Lei 11.719/2008) estaria em choque com os ditames constitucionais e que, na qualidade de fiscal da Ordem Jurídica e das garantias da advocacia, a Ordem dos Advogados do Brasil deveria buscar meios legais para impedir os efeitos desta norma.

Por outro lado, é conhecido que o rol de legitimação para a propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade encontra-se sedimentado na Carta Magna Brasileira que, em seu art. 103, preceitua como legitimados, entre outros entes, o Conselho Federal da OAB.

Diante disto, encaminhamos o estudo abaixo ao Ilmo. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, para que analise as conclusões e submeta, caso entenda necessário e viável, ao Egrégio Conselho Federal da OAB, para requerer a instauração de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

SÍNTESE DA ANÁLISE

O Código de Processo Penal Brasileiro contava com a previsão disposta no artigo 265, prescrevendo a imposição de multa (ainda estipulada em mil réis), para as situações onde o



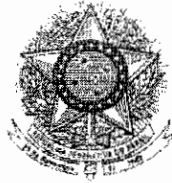
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

causídico (advogado) abandonasse o processo.

Esta previsão legal, máxime após a promulgação da Carta Cidadã em 1988, tornou-se “letra morta” na legislação processual, primeiro por conta da falta de definição do que seria “abandonar o processo”, em um segundo ponto, pela sua absoluta incompatibilidade com os critérios orientadores da nova ordem constitucional e, por derradeiro, pela própria natureza e previsão da multa, que era arcaica e de difícil aplicação, pois ainda estipulada na vetusta moeda dos “mil réis”.

Por esta razão, não se tinha notícias de condenação de advogado na multa sumária que tal artigo prelecionava, nem a doutrina se ocupava de tecer grandes elucubrações acerca da interpretação desta norma. Tratava-se de penduricalho inútil na legislação.

Todavia, vinte anos depois da promulgação da Constituição Federal da República, precisamente em 2008, foi editada a Lei n.º 11.719/2008, que, dentre outras modificações, trouxe nova redação ao vetusto, inconstitucional e ultrapassado art. 265 do CPP. Esta novidade trouxe uma relativa (e absolutamente insuficiente) modificação no *caput* da norma analisada e o acréscimo de dois parágrafos. Passando a vigorar com a seguinte redação:



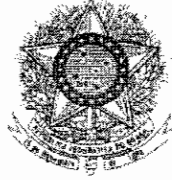
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

“art. 265: O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato.”

Referido texto, sem margens de interpretação, infere-se diretamente no universo de direitos defendidos pela Ordem dos Advogados do Brasil, bem como atenta seriamente contra os direitos dos advogados que, em um regime de absoluta exceção, sem qualquer espécie de direito de defesa e, mais do que isto, sem a instauração de qualquer processo, podem se ver condenados ao pagamento de multa



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

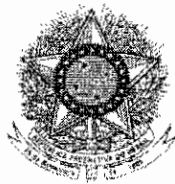
capaz de reduzi-los à insolvência. Multa da qual, aliás, sequer existe possibilidade processual de recurso.

Além do que, referida punição guarda caracteres de ingerência do Poder Judiciário na função fiscalizatória do exercício da advocacia, gerando com isto uma hierarquização administrativa, indevida e nefasta, entre o Poder Judiciário e a classe dos advogados.

Diante disto, existe plena e exaustiva pertinência temática autorizando o manejo da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

DA NECESSIDADE DE MEDIDAS PERTINENTES

A Ordem dos Advogados do Brasil como legítima defensora dos advogados, bem como de toda sociedade, tem a obrigação moral e estatutária de combater as investidas do Poder Público, (e até mesmo da própria Lei), contra a advocacia. Isso porque as privações excessivas impostas à advocacia são reflexivas e, mais cedo ou mais tarde, se projetam na sociedade, que é a



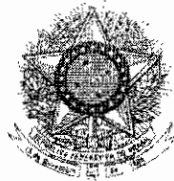
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

beneficiária do serviço público prestado pelos advogados.

Antes de ingressarmos na análise, propriamente dita, das alterações legislativas trazidas pela Lei 11.719/2008, ao famigerado artigo 265 do Código de Processo Penal, cabe um parêntese para explicar a razão de não se ter cogitado de inconstitucionalidade do artigo 265 com a redação que foi revogada, pois a redação do caput do tipo modificou apenas questões paralelas, não inferindo-se no espírito normativo da previsão que regula.

Entretanto, conforme noticiado no início do presente estudo, as previsões de estipulação de multa para o “abandono” do processo eram tidas, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, como “letra morta” no texto de Lei. E, como tal, não geravam lesão suficiente para ofender ao bem jurídico que passou a ameaçar com a edição da novel redação. Portanto, inexistia interesse de questionamento acerca da constitucionalidade do artigo 265 do CPP, pela ausência absoluta de eficácia da norma (que era anterior à constituição de 1988).

Todavia, com a edição da novidade, o Poder Legislativo insistiu na redação e reafirmou sua aplicação frente ao edifício constitucional. E, não precisou muito para que a legislação, de franca verve inconstitucional, tivesse aplicabilidade. No estado de Mato Grosso do Sul, pelo menos uma condenação no pagamento de multa



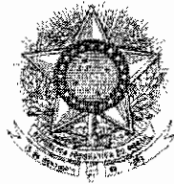
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

(indevida, aliás) já ocorreu.

O advogado I. P. M. foi condenado ao pagamento de multa de 10 salários mínimos por não ter comparecido à oitiva de uma testemunha de acusação. Audiência esta que se realizou através de carta precatória, e para a qual a cliente/constituente do advogado orientou-o a não comparecer sob a alegação de que a audiência não se realizaria e que se comprometia a contratar um advogado na comarca, o que seria mais vantajoso sob o aspecto econômico.

Além desta condenação, já se tem notícias de outros atentados à advocacia, ocorridos em outros Estados da Federação. Todos inspirados na novidade trazida pela readequação do artigo 265 do CPP.

Diante disto, justifica-se a discussão do tema neste momento, pois o dragão que estava adormecido (art. 265 do CPP), foi acordado pelo Poder Legislativo e, caoticamente, passou a cuspir fogo.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

DA ANÁLISE PROPRIAMENTE DITA

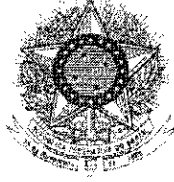
Generalidades:

A Constituição Federal de 1988, dentre outros, trouxe princípios norteadores da própria fenomenologia normativa, dentre os quais, se destacam, por absolutamente indispensáveis, os princípios do estado de inocência (ou da presunção da não culpabilidade), do devido processo legal, da liberdade profissional, da propriedade, o direito de petição, e, a vedação de implementação de juízos ou tribunais de exceção.

A Legislação em análise fere todos estes princípios, atentando, visceralmente o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, hoje accitos pacificamente como proto-princípios ínsitos do ordenamento constitucional.

Conforme ressaltamos, o art. 265, *caput*, prevê que: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

Inexiste qualquer normatização que defina o que se



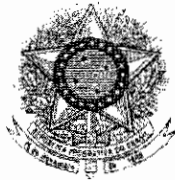
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

poderia entender como “*abandonar o processo*”, bem como, inexistente a viabilidade legislativa e constitucional de imposição de penalidade a terceiro não envolvido na lide, sem que se possibilite a instauração do devido processo legal, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa.

Máxime nesta situação onde a multa é escrachante e plenamente capaz de reduzir o apenado à condição de miséria. Ora, nos patamares previstos, atualmente a multa varia de R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais) até o exorbitante valor de R\$ 46.000,00 (quarenta e seis mil Reais).

Obviamente, para um escritório de advocacia bem sucedido, tal multa não representaria a bancarrota, mas para a grande maioria dos advogados, a imposição de multa de valor tão elevado significaria a absoluta falência, com o agravante do comprometimento de quase todos os seus bens.

É de se ver que a previsão não exige regulamentação (tipo aberto), pois vem expressa no próprio Código de Processo Penal (Norma regulamentadora por excelência), e, diante disto, para a condenação do advogado, basta que o Juiz considere que ele “abandonou o processo”, para sumariamente aplicar-lhe a pena. Da qual, aliás, não cabe direito de defesa e, pasme-se, não cabe qualquer modalidade de recurso.

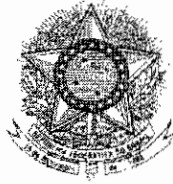


ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Ao prever a punição do advogado que abandonar o processo, a lei traz duas realidades objetivas que são facilmente constatadas: a) – existiria o “abandono do processo”; b) – existiria a aplicação de uma penalidade (imposição de multa);

A imprecisão da norma impossibilita a aplicação concreta da pena, pois não existe tipificação jurídica do que seria “Abandonar o processo” e a descrição ortográfica do termo, não permite sua aplicação, pois segundo o dicionário, “abandonar” seria “desamparar completamente”. Nesta hipótese, seria impossível a caracterização de abandono do processo sem prejuízo ao direito de defesa da parte. Ou seja, se o advogado deixar ao léu o feito e não atuar, o Juiz deverá intimar a parte para constituir novo patrono, ou deverá nomear defensor *ad hoc*. Todavia, isto não seria “abandono” de processo, mas destituição de poderes fundamentada em ausência injustificada a um ato processual.

Dáí surge o questionamento: - Se abandonar o processo é relegá-lo ao “completo desamparo”, a ausência do defensor constituído em uma audiência seria suficiente para preencher os requisitos do tipo? E, se não, o que seria suficiente? Mas, se o advogado não comparecesse à audiência, e ainda assim peticionasse nos autos requerendo uma providência qualquer, estaria o feito “completamente ao desamparo”?

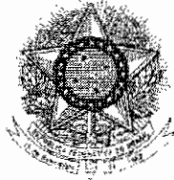


ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Diante da impossibilidade de caracterizar “abandono do processo” de acordo com seu sentido semântico, bem como da inexistência de regulamentação legal do que seria “abandono do processo”, alguns doutrinadores passaram a estudar a questão sob o prisma analítico-comparativo entre a atual redação e a que foi revogada. Sob este aspecto, destacam Francisco da Cunha Silva Neto e Benhur dos Santos Cavalcanti, que:

“Na redação antiga do artigo 265 do CPP e do seu parágrafo único, havia apenas a menção à ‘falta de comparecimento do defensor’, indicando que o ‘abandono’ do processo penal pelo defensor dar-se-ia mediante a ausência deste a um determinado ato processual. Mas, de toda sorte, era uma redação insuficiente e imprecisa na descrição desse fenômeno processual. O entendimento do que fosse ‘abandono’ no processo penal pelo defensor ficaria relegado à discricionariedade judicial. (...)

Destarte, a nova redação do artigo 265, com os seus novos parágrafos, parece tentar apontar no sentido de que o conceito de ‘abandono’ no processo penal esteja estritamente vinculado com a ausência injustificada do defensor à



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

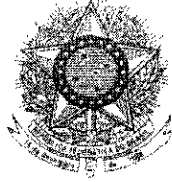
audiência agendada pelo órgão jurisdicional. De imediato, denota-se que – especialmente através da leitura dos dois parágrafos – de verdadeiro ‘abandono’ não se trata, mas, sim, de ausência injustificada do defensor a uma audiência determinada pelo juízo. (...)”

Entretanto, mesmo admitindo a interpretação supra, não há viabilidade para a estipulação da multa pretendida.

E isto por razões óbvias.

A estipulação da multa pretendida, (agora admitindo-a na hipótese de ausência do defensor em audiência), importaria em ônus excessivamente desproporcional e absolutamente irrazoável. E, ante o risco de atuar em processos criminais, a advocacia naturalmente migraria para outros ramos do direito (onde a lei não seja tão draconiana), ou, alternativamente, passariam a onerar excessivamente seus constituintes para compensar o risco que assumiriam.

Importante destacar que a norma analisada tem natureza punitiva, (tanto que equipara a multa prevista às “demais sanções cabíveis”), portanto, por principiologia jurídica, a condenação está atrelada ao princípio da tipicidade. Assim, não se subsumindo ao tipo, não há conduta punível.



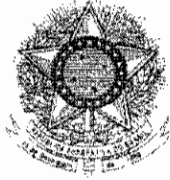
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Além do que, para a aplicação de uma pena é indispensável que se garanta, como requisito deontológico primário de validade, a instauração do devido processo legal.

A previsão analisada impõe uma pena sumária, que presume um comportamento negligente e/ou desidioso, sem garantir ao apenado (que lembramos, não é parte no processo em que é condenado) o direito de se manifestar previamente. E, mais do que isto, desta condenação sumária e apócrifa, não existe recurso viável dentro da sistemática processual.

Não pode criar discussão paralela ao trâmite da causa (que, aliás, possui natureza criminal). Não tem contra si nenhuma acusação. Não tem contra si sentença. Não tem contra si provas. Não tem pedido a impugnar. Enfim, não tem qualquer possibilidade de discussão defensiva, recursal ou de segundo grau de jurisdição. A situação é tão caótica que o advogado não é parte no processo em que se vê condenado, não pode se defender, nem tem peça recursal cabível.

Não cabe apelação porque não é sentença e porque o advogado não é parte no processo. Não cabe recurso em sentido estrito, por ausência de previsão legislativa, bem como pela estranheza do advogado aos autos. Não cabe *habeas corpus* porque não há ameaça



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

ao direito de ir e vir. E, não cabe (ao menos se mantida a previsão legislativa) Mandado de Segurança, porque seria impetrado contra ato judicial que estaria dando aplicação à Lei.

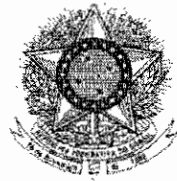
Enfim, a condenação sumária não pode ser discutida nem contrariada. Trata-se de juízo absolutamente excepcional.

Diante deste quadro Dantesco, imaginemos (como exemplo e possível hipótese), que determinado advogado viajando para comparecer em uma audiência, sofre um desastre automobilístico e ingressa temporariamente em coma. Obviamente não comparecerá na audiência. Não menos obviamente não poderá justificar sua ausência. E, segundo o artigo de lei analisado, será condenado à multa de 10 a 40 salários mínimos.

E, mais do que isto.

Desta condenação não poderá se defender. Nem poderá recorrer. E, além de sofrer os danos do acidente, sofrerá a possível falência econômica, por conta da presunção indevida de negligência que o nefasto artigo de lei carrega.

Mas, para sermos menos fatalistas, imaginemos outro exemplo. Se determinado advogado, contratualmente, pactua com seu cliente que não acompanhará cartas precatórias em outras comarcas



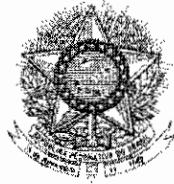
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

sem a antecipação das custas e despesas de deslocamento. E, havendo uma audiência em outra comarca, como deverá proceder? Deverá pagar as despesas de seu deslocamento, mesmo havendo previsão contratual em contrário?

E, ainda, se a parte dispensar o advogado de comparecer à audiência, como ocorreu aqui em nosso Estado, incumbindo-se de contratar advogado para acompanhar o ato, em não o fazendo, o advogado é que será penalizado?

Os exemplos acima, obviamente, são cotidianos. Não se tratam de situações excepcionais, mas da lida cotidiana da advocacia. O regramento analisado infere-se nas relações contratuais do advogado e de seu constituinte de forma nefasta, perniciososa e indevida.

Entretanto, passemos a análise das incoerências constitucionais do texto de Lei analisado, para adequarmos o estudo ao seu objeto.



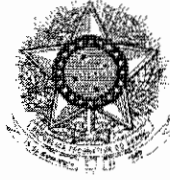
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

DA ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE OU DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO;

A moderna exegese sistemática garimpou dos diversos textos constitucionais, dentre outros, o proto-princípio da proporcionalidade. O respeito a este princípio vem sendo a tônica moderna da interpretação da lei e do controle de constitucionalidade dos atos públicos. Trata-se de análise axiológica de limitação racional (quantitativa e qualitativa) entre o ato de poder (e a lesão que dele decorra) e o objeto que busca defender (e da lesão que dele decorra). Ou seja, trata-se de equalizar a força do ato coator, à gravidade de lesão que o ato censurado possa gerar. Segundo um dos maiores constitucionalistas da atualidade, a busca de pronunciamento judicial acerca de desrespeito à proporcionalidade exacerba a análise meramente positivada da lei e açambarca a própria razão de existir da norma.

Dada a extensão universal deste princípio, a moderna dogmática, subdividiu-o em três subprincípios formadores do protoprincípio da razoabilidade. São eles: Princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.



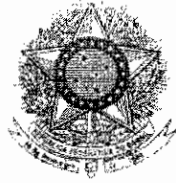
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

J. J. Gomes Canotilho, com a genialidade que lhe é peculiar, comentando o Subprincípio constitutivo do princípio da proporcionalidade (“*Geeignetheit*” - adequação), destaca que:

“O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos para sua adopção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.”

(Direito Constitucional e Teoria da Constituição – José Joaquim Gomes Canotilho, 7.^a Edição, 5.^a Reimpressão, Editora Almedina, Coimbra, Portugal, p. 269-270).

Ou seja, para que atenda ao princípio da adequação, a multa deveria ser, (infensa de dúvidas), a manifestação de uma



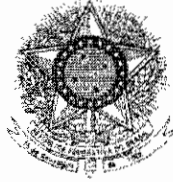
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

punição concernente a um ato lesivo ao bem jurídico tutelado pela norma. Ocorre que a forma adotada no artigo 265 do CPP impossibilita a aferição desta realidade. Presume que ocorreu negligência e aplica pena fundada, única e exclusivamente, nesta presunção.

Em complemento destaca Canotilho, agora tratando do subprincípio da exigibilidade ou da necessidade (*‘Erforderlichkeit’*), que:

“O princípio da exigibilidade, também conhecido como ‘princípio da necessidade’ ou da ‘menor ingerência possível’, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. (...)

O princípio da exigibilidade não põe em crise, na maior parte dos casos, a adopção da medida (necessidade absoluta) mas sim a necessidade relativa, ou seja, se o legislador poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e



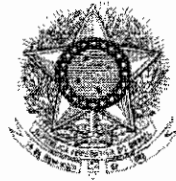
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

menos desvantajoso para os cidadãos.”
(Ob. Cit. P. 270).

Este princípio guarda estreita relação com o princípio da razoabilidade. Ou seja, é o resultado da equação que sopesa o mal gerado pela norma em contraposição ao mal gerado pelo ato atentatório ao objeto de proteção da norma. Ou seja, é a relação de estrita necessidade entre a restrição normativa e os objetivos sociais que resguarda. Na hipótese do artigo 265 do CPP, tal relação é de indiscutível desigualdade e descompasso. A multa é imposta por presunção e alcança patamares capazes de reduzir o advogado à absoluta insolvência. Não há dúvidas da exacerbação da medida, nem de sua desnecessidade, pois remete o direito para as negras épocas do Ato Institucional n.º 5, suprimindo todo o edifício normativo garantista.

Mas, concluindo, Canotilho descreve e comenta o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*“Verhältnismässigkeit”*):

“Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a



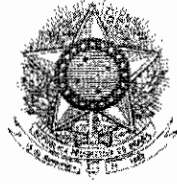
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como ‘princípio da justa medida’. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.

(Ob. Cit. P. 270).

Ou seja, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito impõe a seguinte indagação: - É proporcional que se condene o advogado, sem direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa e sem possibilidade de recurso, a uma pena que poderá reduzi-lo à insolvência, baseada em uma presunção de negligência e de culpa, por não ter comparecido a uma audiência judicial que, por expressa previsão do mesmo artigo, realizou-se mesmo sem a sua presença?

A Constituição Federal da República de 1988 foi



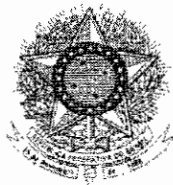
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

visivelmente inspirada pelo princípio da proporcionalidade e, atualmente, não se discute mais acerca da necessidade de sua observação. A sua existência na realidade constitucional pátria decorre da própria confluência interpretativa do caudal normativo que é previsto na Magna Carta. Todo o arcabouço constitucional, mais do que prever o princípio da proporcionalidade, foi gerado a partir dele.

Na situação da norma ora analisada (art. 265 do Código de Processo Penal), parece-nos que a afronta ao princípio da proporcionalidade é gritante e absurda.

Na análise de todos os subprincípios da proporcionalidade, é nítido que a previsão legal estudada exacerba, em muito, a relação de coerência entre os bens jurídicos tutelados pela norma e a conduta repressiva adotada. E, para alcançar esta constatação, basta uma análise comparativa entre o objeto da sanção e os efeitos que a mesma gera.

O objeto tutelado pela norma, a toda evidência, é a censura à atitude (presumidamente) negligente do advogado frente à causa. A sanção é tão excessiva que poderá reduzir o advogado à miséria sem que se possibilite que o mesmo, sequer possa discutir a condenação, ou ainda, que possa produzir provas de fatos minorativos do grau de negligência ou extintivos da convicção judicial preconcebida.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Obviamente, a negligência do advogado é fato que deve ser combatido e punido. Todavia, a intensidade da punição é desproporcional e a forma adotada contraria diversos princípios constitucionais. Portanto, para atender ao princípio da proporcionalidade, deveria a lei demonstrar a necessidade de tamanha coação, ou pelo menos, trazer requisitos que justificassem a supressão do devido processo legal, da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição, dentre outras garantias constitucionais.

Há posicionamento pacífico nas Cortes Superiores indicando que os direitos e garantias fundamentais podem ser relativizados, desde que se obedeçam critérios lógicos de razoabilidade e de proporcionalidade. Na situação do artigo de lei analisado, não há critérios racionais que autorizem a desproporcionalidade da medida. Máxime na esfera punitiva, onde a decisão judicial deve ser fruto da ciência e não do império, como destaca Eugenio Paccelli, analisando a obra de Luigi Ferrajoli:

“Assinala então o autor que, para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que qualquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

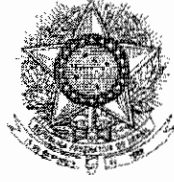
conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação do poder (de autoridade). (...)”

(Curso de Processo Penal – Eugênio Pacelli de Oliveira, 10ª edição, Editora Lumem Júris, p. 24).

Obviamente, a obra transcrita diz respeito ao processo penal e, por isto mesmo, traz a análise sob o prisma criminal da questão. A pena imposta pelo artigo 265 pode não ser vista como penalidade criminal, entretanto, traz inegável e inafastável caráter de penalidade (seja administrativa, seja disciplinar), e como tal, deve observar um requisito mínimo de garantismo, o que, aliás, vem sendo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao declarar a indispensabilidade do contraditório e da ampla defesa nos processos de cunho administrativo.

Pedro Lenza em seu “Direito Constitucional Esquematizado”, citando comentários à obra de Karl Larenz, destaca que:

“... o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade,

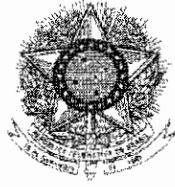


ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, eqüidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive no âmbito constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico”.

(Direito Constitucional Esquematizado, Pedro Lenza, 12.^a edição, editora Saraiva, p. 75).

A previsão analisada é o antagonismo de tudo o que determina o princípio da proporcionalidade.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

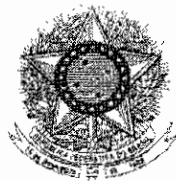
DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL;

Entendido princípio da proporcionalidade, que orienta a interpretação e a formulação da lei, passamos a análise de um princípio cogente, imperativo e tipificado no texto constitucional, o do Devido Processo Legal.

Hodiernamente, no cenário jurídico brasileiro o princípio do devido processo legal, adquiriu ares de mega-princípio, formativo não só da relação processual instaurada, mas da própria interpretação das dinâmicas jurisdicionais. Trata-se da verificação do princípio da proporcionalidade dentro da ótica processual, tanto sob a verve de sua formação, quanto de sua regularidade.

É o que a doutrina estrangeira nominou de *substantive due process*. Que visa equalizar as tensões surgidas entre direitos fundamentais ou entre princípios constitucionais, conferindo ou negando, contornos constitucionais aos atos do Poder Público e da própria Lei.

Existem duas vertentes de aplicação do princípio do *substantive due process*: a legislativa e a judicial. A derradeira nasce da aplicação da lei, ou do suprimento de suas lacunas, através do Poder Judiciário.

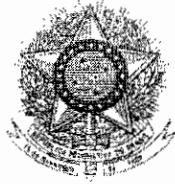


ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Já a primeira, que é a que nos interessa diretamente para o estudo realizado, decorre da constatação da observância, (ainda em sede legislativa ou de construção normativa), do respeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório, analisados sobre o prisma da razoabilidade e da proporcionalidade.

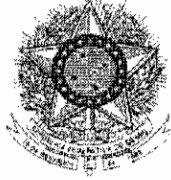
Em relação ao princípio do *Substantive Due Process* é interessante destacar a decisão monocrática proferida pelo i. Ministro Celso de Mello, no RE n.º 374.981, (publicada no Informativo do STF, n.º 381), pela sua absoluta e inegável adequação ao caso discutido, bem como por ser exaustivamente didática:

“Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

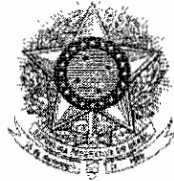
em sua dimensão material, o princípio do 'substantive due process of law' (CF, art. 5.º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 160/140-141 – RTJ 178/22-24, v.g.): 'O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita a rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law – acha-se vocacionado a inibir e neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veícula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5.º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgado ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em motivo meramente político ou discricionário do legislador (RTJ 176/578-580, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno).

A previsão normativa ora estudada, não traz caracteres de desrespeito a requisitos formadores do *due processo of law*, exacerba esta violação. Simplesmente nega aplicação a este princípio. Meramente



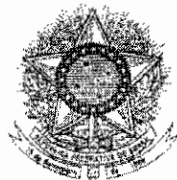
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

despreza a necessária instauração de qualquer espécie de processo, determinando, sumariamente a imposição de pesada pena pecuniária.

Conforme destacado na decisão supra transcrita, o princípio do devido processo legal encontra escora normativa no art. 5.º, LIV, da Constituição Federal. Tal norma principiológica vem desmembrada, dentre outros, no inciso seguinte do mesmo artigo (CF, art. 5.º, LV), que destaca a inafastabilidade da observância do contraditório e da ampla defesa.

Conforme ressaltamos, a situação disposta no artigo 265 do CPP é tão esdrúxula que dispensa o próprio *due process of law*, e prevê a imposição de condenação sumária e irrecorrível. Entretanto, não parece possível negar que a condenação é derivada de ato presumidamente censurável e presumidamente praticado pelo advogado. Diante disto, embora não seja formalmente acusado, não há como negar que sofrerá uma sanção e que, tal realidade só poderá se dar por conta de uma conduta censurável.

Portanto, embora assintomaticamente, não podemos refutar a necessária análise acerca da observância do contraditório.



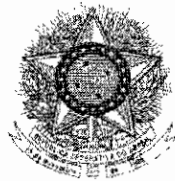
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Do Contraditório.

Fredie Didier Jr., em seu excelente Curso de Direito Processual Civil, faz observação peculiar e perfeita para a situação desta análise. Destaca ele:

*“Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida.
(...)”*

Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição, por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

ouvir; seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o 'possível punido' manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão."

(Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, Fredie Didier Jr., Editora Podivm, 8.^a edição, 2007, p. 43).

Não se diga que a oportunidade do exercício do contraditório seria a previsão disposta no § 2.º, do artigo 265, do CPP, que possibilita a justificação prévia (até a instalação da audiência), das razões do não comparecimento. Óbvio que não serviria tal assertiva para afastar a incidência do contraditório na formação da convicção de negligência do não comparecimento. Ora, até o momento da instalação da audiência não há o contraditório, exatamente porque não há o que contraditar. Não se operou ainda o juízo de presunção.

Da mesma forma, nas hipóteses de força maior ou de erro justificável para o não comparecimento no ato processual, a possibilidade de exercício do contraditório ficaria prejudicada.

Não existe, (com exceção do artigo de Lei analisado),



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

nenhuma previsão legislativa que autorize o desprezo ao princípio do contraditório na imposição de pena. Mesmo nas situações de antecipação cautelar ou liminar da tutela (que, aliás, não servem para a punição), a mitigação do contraditório é provisória e temporária. E, ainda assim, só é possível se atendidos os requisitos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e da reversibilidade do despacho antecipatório.

Isto porque, o radical ontológico de validade da decisão judicial (ou legalista administrativa) assenta-se na convicção de que o Juízo de culpabilidade ou de punibilidade só poderá ser formado pela análise intelectual da situação sob ambas as óticas (da parte ativa e da parte passiva). Do contrário, não se trataria de justiça, mas de favor. Não se trataria de ciência, mas de fé.

Por isto, o art. 5.º, LIV, da constituição federal, exige que, qualquer decisão punitiva obedeça, inafastavelmente, o princípio do contraditório.

Não se diga, por via transversa, que a condenação prevista no artigo 265, possui natureza de punição administrativa e que o Poder de Polícia seria discricionário. Por duas razões óbvias: Primeiro porque isto não dispensaria o contraditório (Art. 5.º, LIV, da CF); E, num segundo aspecto, porque tal natureza de punição feriria a necessária independência dos advogados frente ao Poder Judiciário (art. 133 da CF c/c Art. 6.º da Lei 8.906/94).



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Ao dispensar a instauração de processo, admitindo a imposição sumária de pena, o art. 265 do CPP, inviabiliza a possibilidade de contraditar a presunção criada pela Lei.

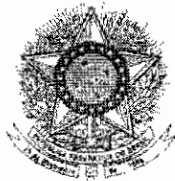
Da Ampla Defesa

Gêmea univitelina do contraditório, a amplitude do direito de defesa se distingue do mesmo pela amplitude. Enquanto o contraditório vela pela possibilidade de contraposição de argumentações lógico-probatórias, a ampla defesa resguarda a suficiência desta dicotomia discursiva.

Desta maneira, não basta garantir à parte o poder de contraditar, e de influenciar na decisão. Insta garantir que este exercício do direito de defesa se dará de forma ampla e sem artificiosas falácias.

Nas profícuas palavras de Didier: a ampla defesa seria o *“... conjunto de meios adequados para o exercício do adequado contraditório. Trata-se de aspecto substancial do contraditório”* (Ob. Cit. P. 48).

O art. 265 do CPP, não prevê qualquer espécie de defesa.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Nem mesmo restrita. Quiçá Ampla.

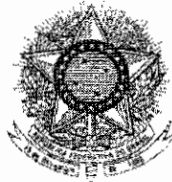
A condenação não se baseia em processo, não permite exercício de defesa, nem possibilita a discordância. Aliás, a defesa não pode ser exercida, nem antes nem depois da decisão condenatória, haja visto a inexistência de instrumento recursal hábil.

DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA;

O chamado princípio da não culpabilidade é tipificado no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal da República. Bem como, nasce da confluência interpretativa de todo o cabedal normativo constitucional.

Referida orientação reza que, até a demonstração de culpa ou dolo, a Lei e seus aplicadores devem presumir a sua inexistência. Ou seja, para ser considerado culpado, o cidadão deverá ser “constituído de culpa”, em um processo regularmente instaurado. Isso porque a Lei Magna diz que, até o momento da decisão deste processo, presume-se a não culpabilidade do cidadão.

Esta presunção é relativa, admitindo sua desconstituição.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

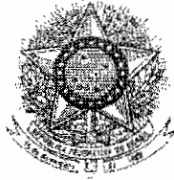
Entretanto, para isto, indispensável que seja desconstituída sob os ditames da lei e da constituição.

Na hipótese do art. 265 do CPP, devemos ter em mente que a multa prevista é uma penalidade, e que, como tal, nasce de uma condenação (único instrumento capaz de impor sanção dentro de um processo).

Ocorre que condenar, segundo o Dicionário Aurélio, significa: “*declarar culpado*”, ou ainda, “*considerar em culpa ou em erro, reprovar*”.

Logo, se existe a presunção da não culpabilidade, e se esta presunção é relativa, o artigo 265 do CPP, deve demonstrar qual elemento autoriza a desconstituição da presunção de não culpabilidade na situação que prevê. Todavia, ao contrário disto, impõe uma pena, presume a culpa e impossibilita a desconstituição desta presunção, por não permitir o devido processo legal.

Ou seja, a situação é tão absurda que da presunção relativa de não culpabilidade, passou-se para a presunção absoluta de culpabilidade.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

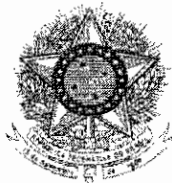
DOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL, DA
INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E DA VEDAÇÃO
AOS JUÍZOS E TRIBUNAIS DE EXCEÇÃO;

Diz o art. 5.º, XXXVII, da Constituição Federal que:

***“XXXVII – não haverá juízo ou
tribunal de exceção;”***

Referida previsão principiológica guarda caudalosa motivação histórica, a qual não se fará referência graças à extensão do presente estudo. Importa, entretanto, destacar que referida previsão tem motivação explícita no combate a atos de arbítrio, como o verificado pela previsão analisada.

Portanto, para verificação da instituição de um Juízo de Exceção, basta vislumbrar que a norma presume comportamento desidioso ou negligente e, mais do que isto, impossibilita que tal presunção seja contrariada. Isto é um Juízo de exceção frente a um ordenamento onde a regra é que se presume a inocência e onde se deve garantir a parte acusada (ou censurada) a possibilidade de afastar qualquer dúvida que macule sua integridade.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Por sua vez, destaca o mesmo art. 5.º, agora em seu Inciso XXXIV, 'a', que:

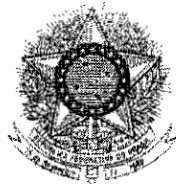
“XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

E, em complemento, ressalta o inciso XXXV, do mesmo artigo que:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

Destas duas orientações, cumuladas com a orientação constitucional implícita do duplo grau de jurisdição, se conclui que a previsão normativa que impõe sanção sumária, sem garantir o devido processo legal, por presunção de culpa e que não garante os meios e recursos necessários para a reanálise da decisão, (seja no mesmo grau de jurisdição, seja em grau superior), padece de franca inconstitucionalidade.



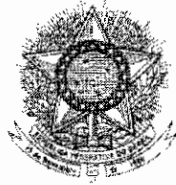
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Ora, se o advogado possui o direito de petição para combater abuso de poder; Se tal direito é uma garantia constitucional fundamental; e, por outro lado, se o artigo 265 do CPP, não possibilita o exercício deste direito; A única conclusão viável é a de que referida previsão sofre de vício de inconstitucionalidade.

Ademais, é de se ver, que a decisão condenatória, ao não permitir recurso, cria um Tribunal de Exceção e impossibilita o exercício do duplo grau de jurisdição.

E, mais do que tudo isto, considerando a natureza administrativa da punição, afasta do Poder Judiciário a possibilidade de rever o ato, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Saliente-se, neste ponto, que apesar de ser aplicada em sede processual, por Juiz de Direito, a pena não pode ser tida como punição criminal (por absoluta atipicidade), portanto, sua natureza seria administrativa e, (a despeito da impossibilidade de imposição de pena desta natureza conforme será ressaltado a seguir), esta modalidade de ato administrativo estaria acima da própria jurisdição, não admitindo (por absoluta falta de instrumento processual) a revisão de suas presunções pelos órgãos competentes do poder judiciário.



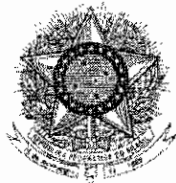
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

Destaque-se, por absolutamente aplicável a esta situação, a lição trazida pelos Ilustres professores Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

“Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a Lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.”

(Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, editora Saraiva, p. 169, São Paulo, 1989).

Assim, se a pena não decorreu de processo regular, não tem legitimidade para substituir a atividade e a vontade das partes, pois não é a representação da Justiça, mas sim, da opinião apressada e presumida do legislador.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

DOS PRINCÍPIOS DA LIBERDADE PROFISSIONAL E DO DIREITO À PROPRIEDADE;

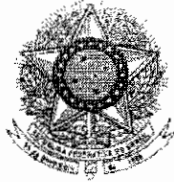
Já se destacou, no início, que os valores da multa são elevados e que são plenamente capazes de gerar a absoluta insolvência do advogado penalizado.

Isto, (seja de forma indireta, seja de forma direta), gera uma lesão ao direito de propriedade de uma categoria profissional específica, ante o absoluto caráter irrazoável da norma.

A Constituição Federal prevê a liberdade do exercício profissional. Tal norma tem eficácia contida pelo disposto no final da previsão (“...*atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*”).

Ocorre que a legislação analisada cria risco absurdo e desmedido para o exercício da profissão de advogado criminalista e, com tal exacerbação, possibilita o absoluto desprezo pelo direito à propriedade desta categoria profissional. Isto, como é natural, gerará a migração dos profissionais do direito para outros ramos da ciência jurídica, onde a lei não lhes gere o risco de falência por não comparecer à uma audiência.

É que, conforme ressaltamos, uma condenação à fatídica

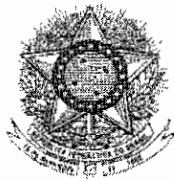


ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

multa poderá (e, na grande maioria dos casos – irá) reduzir o condenado à situação de absoluta falência. Poucos são os escritórios de advocacia que podem arcar com uma penalidade de valores tão elevados sem que se comprometa o próprio exercício da profissão.

Diante disto, cria-se uma carga quase insuportável de risco para o advogado criminalista. Carga esta que atenta, num primeiro momento, contra sua liberdade profissional e, num segundo momento, contra seu direito a propriedade, ante a natureza expropriatória da norma. Neste sentido, destacam com absoluta propriedade Francisco da Cunha e Silva Neto e Benhur dos Santos Cavalcanti, no artigo “Violações à Advocacia Segundo a Nova Redação do Artigo 265 do Código de Processo Penal Brasileiro”:

“Ora, a possibilidade de o juiz aplicar uma multa, pela ausência injustificada do defensor, em valor que pode implicar em sério risco à sua integridade patrimonial, haja vista que tal valor será futuramente executado pelo ente fazendário, cerceará o próprio exercício livre da advocacia, além de violar diretamente as normas decorrentes dos incisos LIII, LIV e LV do artigo 5.º da Constituição da República de 1988,



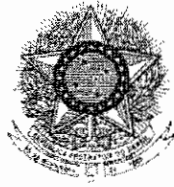
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

porquanto não haverá advogado que vá exercer sua defesa técnica com serenidade na esfera criminal sabedor que, eventualmente, poderá ser penalizado por uma multa, cujo valor colocará em risco a própria integridade de seu patrimônio privado, mormente porque o juiz pode, face a ausência do defensor, entender que a justificativa do profissional não procede, ainda que as suas razões tenham ares de plausibilidade”.

De fato, não haverá liberdade para o exercício profissional, e a privação desta liberdade, smj, não decorrerá de qualificações profissionais estabelecidas em Lei.

DA INVIABILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA DOS ADVOGADOS POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO;

A Constituição Federal da República de 1988, atenta a importância da função do advogado, previu expressamente, em seu artigo 133, que:



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

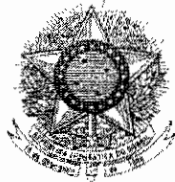
“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

Conforme se vê, referida norma constitucional delegou a regulamentação de sua extensão à Lei. Em atenção a esta exigência, a Lei Federal 8.906/94, nominada Estatuto da Advocacia e da OAB, veio preencher esta função.

Referida legislação prevê, em seu artigo 6.º, uma norma de absoluta e reconhecida necessidade. Dispõe que:

“Art. 6.º - Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíproco”

Por diversas vezes o Egrégio Supremo Tribunal Federal destacou a necessidade e a importância desta falta de subordinação e hierarquia administrativa entre os agentes do processo. Tal realidade nasce do próprio modelo processual adotado no país e, qualquer



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

atentado a esta liberdade dos agentes processuais, descambará na deturpação da própria estrutura edificante do processo.

Ocorre que a pena imposta pelo artigo 265, do CPP, possui natureza de punição administrativa decorrente do exercício da atividade profissional do advogado.

Obviamente, tal punição é de competência exclusiva da Ordem dos Advogados do Brasil.

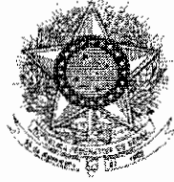
É que não há hierarquia entre o Juiz e o advogado. Portanto, a previsão de estipulação de multa, através de ato discricionário e aberrante como o previsto no artigo de Lei analisado, traz perniciososa e insalubre ingerência do Poder Judiciário, na liberdade do exercício profissional do advogado.

Por outro norte, diz o artigo 44, II, do Estatuto da Advocacia e da OAB, que:

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I – (omissis);

II – promover, com exclusividade,



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

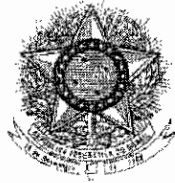
a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil;”

Esta exclusividade, obviamente, diz respeito às questões administrativas do exercício da advocacia, bem como de sua fiscalização.

Entretanto, é inegável que a multa prevista no artigo 265 do CPP, traz norma de natureza administrativo-disciplinar acerca do exercício da função de advogado. Inferindo-se, por isto mesmo, na reserva legal criada pela Lei 8.906/94, bem como desrespeitando a autonomia administrativa da OAB.

CONCLUSÕES;

Diante do que se expôs, entendemos viável a remessa do presente estudo ao Egrégio Conselho Federal da OAB, para ponderar acerca da distribuição de Ação Direta de Inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal, que prevê pena de multa irrazoável ao advogado, baseada em presunção de culpabilidade, sem direito ao devido processo legal, e sem possibilidade de recurso, por estar em descompasso com a inteligência



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção de Mato Grosso do Sul
Assessoria Jurídica

normativa decorrente do texto constitucional.

Encaminhamos o presente estudo ao Exmo. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, para as providências que entender cabíveis.

Campo Grande, 11 de maio de 2009.

Dartagnan Zanella Messias
Assessor Jurídico OAB/MS

Marcelo Nogueira
Assessoria Jurídica OAB/MS