

## VOTO - VISTA

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Acolho o bem lançado do relatório da e. Ministra Cármen Lúcia. Com os devidos pedidos de vênia, contudo, retiro do conjunto fático e normativo do caso conclusão diversa daquela que se delineia em seu voto. Penso dever a presente ação ser julgada procedente.

Rememoro, brevemente, que se trata de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se impugna a constitucionalidade do *caput* do art. 265 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008. Eis o teor do dispositivo questionado:

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

A requerente alega que a norma combatida viola os artigos 5º, incisos XIII, XXXIV, alínea a, XXXV, LIV, LV e LVII, 7º, inciso IV, e 133, da Constituição Federal.

Era o que se tinha a rememorar.

Inicialmente, reconheço estarem reunidos todos os requisitos para a plena cognição da ação.

Em que pese o argumento mobilizado pelo eminente Advogado-Geral da União de que não teria havido a correta impugnação do complexo normativo, a alegação de inutilidade do pleito não merece prosperar. Como muito bem lembra a e. Relatora, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar sobre os efeitos repristinatórios de norma anterior e incompatível com a Constituição Federal (cf. ADI 3.660, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 8/5/2008; ADI n. 3.111, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Plenário, DJe 8.8.2017). Dispensa-se o requerente, portanto, de impugnar diretamente esta norma.

Não há que se cogitar, pelas mesmas razões, de inadequação da ação direta de inconstitucionalidade para a discussão da matéria. A

inexigibilidade de impugnação da norma repristinada, neste caso, torna inexigível também a mobilização de arguição de descumprimento de preceito fundamental, na forma do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882 /1999.

Passo, assim, à análise do mérito.

Encontro forte incompatibilidade entre o art. 265 do Código de Processo Penal e o sistema de princípios e regras inaugurado pela Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, há um descompasso entre a natureza da multa imposta pelo supracitado artigo e o livre exercício da profissão de advogado. A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, XIII que: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Em que pesem os limites estabelecidos em legislação ordinária, que imporá os requisitos técnicos, psicológicos e éticos para a entrada em exercício nos variados misteres, extrai-se do texto um sentido normativo preciso, a saber o de que o atuar profissional adentra um rol de escolhas individuais protegidas.

A advocacia recebe proteção especial no ordenamento constitucional de 1988, justamente por ser alçada, em conformidade com o art. 133 da Constituição Federal, à condição de função essencial da justiça. Que o advogado seja indispensável à correta aplicação do direito, e que a defesa técnica seja um direito de todo acusado, não se segue que a advocacia deva ser compreendida como os *munera* de um serviço civil obrigatório, ou como uma obrigação pública que prescinde de todo exercício de vontade.

A cominação da pena de multa para o defensor que abandona o processo retira da profissão de advogado o espaço de liberdade assegurado pelo art. 5º, XIII da Constituição Federal. Neste sentido, condena-se a opção do sujeito pela inação ou, eventualmente, pelo não-trabalho. Há que se privilegiar uma leitura do dispositivo constitucional referido que albergue a inatividade, *a priori*, na área de proteção material da norma. Afinal, a liberdade de trabalho compreende não apenas a escolha de determinada profissão, senão também o conjunto de escolhas associado ao exercício dessa profissão. É o que muito bem anota o professor Leonardo Martins:

“No que tange ao alcance específico dessa área de proteção conjunta, tem-se que, porque a escolha de uma profissão, de um ofício ou trabalho é tutelada, faz parte dessa escolha também todos os seus pressupostos, como cursos profissionalizantes, faculdades, estágios

etc. (cf., na vasta jurisprudência constitucional alemã, a decisão chamada *Numerus Clausus*, que inaugurou a figura muito utilizada na doutrina constitucional brasileira da “reserva do possível”: *BVerfGE 33, 303 s*. Vide os principais excertos dessa decisão traduzidos e anotados por MARTINS, 2005, p. 656-667). A partir daí, tutela-se a livre escolha do local do trabalho, entendendo-se a escolha da empresa e do local geográfico e, finalmente, o exercício profissional ou do trabalho. No seu aspecto negativo (“exercício negativo” da liberdade, cf. DIMOULIS e MARTINS, 2018, p. 34, 163-164), **o direito fundamental discutido tutela a liberdade de não seguir nenhuma profissão, não realizar nenhum ofício ou trabalho. Com efeito, o sancionamento penal do ócio representa uma intervenção na área de proteção do direito ao livre exercício profissional, tendo também de ser justificado constitucionalmente**” (MARTINS, Leonardo. Comentários ao art. XIII da Constituição. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, grifos meus).

Em outras palavras, a cominação de sanção de natureza penalizante à inação deve se justificar constitucionalmente. No caso concreto sob análise, o texto da Constituição Federal de 1988 não compreende, em seu bojo, nenhuma norma que obrigue o advogado a exercer sua profissão nos termos ideados pelo art. 265 do Código de Processo Penal.

Essa intervenção na área de proteção material do direito à liberdade de trabalho do advogado revela-se mais problemática à medida que, em seu funcionamento, reduzem-se as vias procedimentais de defesa e contestação.

Constato, neste sentido, violação ao conjunto normativo do direito ao contraditório, do direito à ampla defesa, do direito ao devido processo legal e do direito à presunção de não culpabilidade, uma vez que o art. 265 autoriza ao magistrado, após a constatação de abandono do processo, a aplicação imediata da sanção repressiva.

Ora, aqui é preciso homenagear a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal que, ao longo da história, tem exigido o devido processo legal para a aplicação de penalidades, mesmo as administrativas. A decisão do Plenário na ADI 2.120/AM, de relatoria do e. Ministro Celso de Mello, trouxe o seguinte texto em sua ementa:

“Nenhuma penalidade poderá ser imposta, mesmo no campo do direito administrativo, sem que se ofereça ao imputado a possibilidade de se defender previamente. A preterição do direito de defesa torna írrito e nulo o ato punitivo. “Nemo inauditus damnari

debet". O direito constitucional à ampla (e prévia) defesa, sob o domínio da Constituição de 1988 (art. 5º, LV), tem como precípua destinatário o acusado, qualquer acusado, ainda que em sede meramente administrativa. O Supremo Tribunal Federal, ao proclamar a imprescindibilidade da observância desse postulado, essencial e inerente ao "due process of law", tem advertido que o exercício do direito de defesa há de ser assegurado, previamente, em todos aqueles procedimentos – notadamente os de caráter administrativo-disciplinar – em que seja possível a imposição de medida de índole punitiva. Mesmo a imposição de sanções disciplinares pelo denominado critério da verdade sabida, ainda que concernentes a ilícitos funcionais desvestidos de maior gravidade, não dispensa a prévia audiência do servidor público interessado, sob pena de vulneração da cláusula constitucional garantidora do direito de defesa. A ordem normativa consubstanciada na Constituição brasileira é hostil a punições administrativas, imponíveis em caráter sumário ou não, que não tenham sido precedidas da possibilidade de o servidor público exercer, em plenitude, o direito de defesa" (ADI 2.120/AM, rel. Ministro Celso de Mello, Pleno, Dje 30/10/2014).

Ainda que, em seu voto, a e. Ministra Relatora tenha trazido à colação decisão da Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal que julgou a constitucionalidade da multa por litigância de má-fé (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 272.911-AgR, rel. Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ 6.4.2001), peço vênias para, sem discutir a força deste precedente, introduzir um elemento de distinção.

Ocorre que as multas por litigância de má-fé têm natureza distinta daquela do "abandono do processo". O conteúdo semântico do sintagma "abandonar o processo" é não somente bastante mais indeterminado e amplo, senão também muito mais tangente à área de proteção do direito à liberdade de trabalho. Porque excede a perquirição de eventual má-fé processual, a noção de "abandono" implica riscos mais elevados ao direito fundamental ao trabalho livre.

Faço constar de meu voto que o argumento aqui desenvolvido não pretende, sob nenhum aspecto, oferecer uma salvaguarda geral do abandono. Se há dolo, se há má-fé, devem ser atribuídas as consequências legais compatíveis com os direitos fundamentais. O sistema constitucional brasileiro, em razão de sua regulação do trabalho, admite a possibilidade de aferição de responsabilidades pelo mau exercício profissional, notadamente pelas entidades de classe.

No caso ora apreciado, a Ordem dos Advogados do Brasil dispõe de importante rol de regulações, possibilitando a aplicação de sanções disciplinares compatíveis com condutas dolosas ou culposas relacionadas ao abandono. Sanções essas que, por evidente, devem seguir os ditames constitucionais de preservação do devido processo legal.

Ante o exposto, julgo a ação procedente para declarar a inconstitucionalidade do *caput* do art. 265 do Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal).

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/06/2010