



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL – CFOAB**, por seu Presidente, vem, à presença de Vossa
Excelência, por intermédio de seu advogado infra-assinado, com instrumento
procuratório específico incluso e endereço para intimações na SAS Qd. 05, Lote
01, Bloco M, Brasília-DF, com base no art. 103, inciso VII e art. 102, inciso I,
alínea “a” da Constituição Federal e no art. 2º, inciso VII da Lei nº 9.868/99, e
de acordo com a decisão plenária tomada nos autos do processo nº
2008.19.05335-01 – Conselho Pleno, propor

**ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO
DE MEDIDA CAUTELAR**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

em face de: a) **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações no Palácio do Congresso Nacional, Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; b) **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seu Presidente, com endereço para comunicações na Praça dos Três Poderes, Brasília-DF; c) **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, com endereço para comunicações no Palácio do Planalto, Praça dos Três Poderes; todos órgãos/autoridades responsáveis pela elaboração do **art. 1º da Lei nº 11.719, de 20/06/2008**, publicada no D.O.U. em 23/06/2008, **na parte em que deu nova redação ao art. 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL** (Decreto-Lei nº nº 3.689, de 3 de outubro de 1941), pelos seguintes fundamentos:

1 - DO ATO NORMATIVO IMPUGNADO:

A Lei nº 11.719/2008 promoveu significativas alterações nas disposições do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, cuja nova dinâmica, segundo a doutrina, objetivou imprimir-lhe maior celeridade.

Dentre tais modificações destaca-se a nova redação conferida ao art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, cuja essência normativa, contudo, não sofreu alteração substancial, eis que a redação anterior previa a apenação do advogado que abandonasse o processo, ao passo que a novel redação mantém esta mesma previsão.

Todavia, muito embora já existisse tal regramento no ordenamento jurídico não havia notícias de sua aplicação, nem de condenação de advogado no pagamento das multas que estipulava.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

É que na redação anterior o efeito prático consistia em autorizar o magistrado a não adiar a audiência ou o ato processual em face da ausência do advogado, conforme jurisprudência, a saber:

"A falta de comparecimento do defensor constituído à audiência para ela intimado, mesmo se motivada, não determina o adiamento do ato, devendo, ao réu, ser nomeado defensor substituto, como ocorrido - parágrafo único do art - 265 do CPP". (TJDFT – HBC516789, Relator CARNEIRO DE ULHOA, Turma Criminal, julgado em 02/10/1989, DJ 02/10/1989 p. 1).

"A ausência do defensor do réu não importará adiamento de ato algum, devendo o juiz, pois, em casos tais, e no intuito de harmonizar o dever de realização da Justiça com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato. (Inteligência do artigo 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal). Ordem denegada. (STJ – HC 18.753/PE, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 04.12.2001, DJ 25.02.2002 p. 453).

"Se o advogado do réu, devidamente intimado, não comparece à audiência de inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, não há que se falar em nulidade processual se o ato foi realizado na presença de defensor ad hoc, nos termos do art. 265, parágrafo único, do CPP (Precedentes). Habeas corpus denegado. (STJ – HC 62.817/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 26.02.2007 p. 623).

"A ausência eventual do Advogado constituído, ainda que motivada, não importará em necessário adiamento da audiência criminal para a qual havia sido ele regularmente intimado. Em ocorrendo tal situação, deverá o magistrado processante designar um defensor ad hoc, vale dizer, nomear um Advogado para o só efeito do ato processual a ser realizado, a menos que, valendo-se da faculdade discricionária que lhe assiste, adie a realização da própria audiência". (STF - HC 73524/SP, Relator Min. CELSO DE MELLO, 1ª Turma, DJ 06.09.96, pp. 31851).

Contudo, a nova redação tornou a advocacia criminal um risco desmedido, pois é a única previsão legislativa existente no país que dispensa, para aplicação de uma pena, todas as garantias constitucionais do cidadão.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Trata-se, na verdade, de violação manifesta ao livre exercício da advocacia (art. 133, CF), porquanto retira da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB o dever-poder de punir seus inscritos (art. 5º, XIII, CF) além de, sobretudo, prever aplicação de pena sem o devido processo legal e sem assegurar ao profissional o exercício do contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, LIV e LV, da Carta Maior.

Vejamos, assim, o dispositivo impugnado:

REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 11.719/2008:

Art. 265 - O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis.

Parágrafo único. A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.719/2008:

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. (NR)

A rigor, tais dispositivos são inconstitucionais por evidente afronta aos artigos 5º, incisos XIII, XXXIV, alínea ‘a’, XXXV, LIV, LV e LVII, 7º, inciso IV, e 133, da Carta da República, cabendo ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, como legitimado universal para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, defensor da cidadania e da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Constituição, no exercício de sua competência legal (Art. 44, inciso I da Lei nº 8.906/94), comparecer ao guardião da Carta Magna para impugnar os dispositivos referidos.

Feitas essas considerações, passa-se a demonstrar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais combatidos.

2 – DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS – **INCONSTITUCIONALIDADES:**

Em primeiro lugar, é preciso pontuar que não se discute na presente ação direta a inconstitucionalidade ou a aplicabilidade de outras previsões dispostas na Lei nº 11.719/2008, mas sim apenas a alteração impulsionada no art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Também não se argüi a inconstitucionalidade do dispositivo na parte em que autoriza o não adiamento da audiência, nem as formas para que se possibilite tal adiamento.

A questão nodal, portanto, cinge-se à declaração de inconstitucionalidade da aplicação da multa prevista no art. 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, exposta no seguinte trecho: “*..., sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos,...*”, conforme redação dada pela Lei nº 11.719/2008, assim como o trecho “*..., sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis.*” da redação originária.

Com efeito, tanto a redação anterior do mencionado dispositivo legal como a atual violam a Constituição Federal, especialmente por conter mandamento que exorbita, à exaustão, o exercício da advocacia.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

De fato, o dispositivo legal ora impugnado extrapola todos os padrões de razoabilidade e de proporcionalidade, pois a norma determina a aplicação de punição a um fato, presumidamente censurável, sem que para tanto se instaure o devido processo legal, e sem garantir a possibilidade de exercício do direito de defesa e do contraditório.

Ora, a sistemática adotada na novel redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, permite a apenação de advogado sem sequer ouvir a parte penalizada que, lembre-se, não é parte no processo em que se determina a condenação.

E, pior, a norma gera uma condenação absoluta decorrente de uma presunção iuris tantum de culpa, que não pode ser discutida previamente e nem revista em sede recursal.

Trata-se da negativa absoluta da garantia constitucional do devido processo legal, cuja outorga de poder ao magistrado para apenação impulsiona arbitrariedades não compatíveis com as prerrogativas profissionais dos advogados. Ou seja, é a negação direta de todo o arcabouço normativo constitucional e infra-constitucional existente no direito brasileiro.

Ora, revela-se incompatível com os postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – art. 5º, LIV e LV - a norma que prevê a imposição de uma pena baseada em uma presunção inarredável de culpa, a ser aplicada em um processo onde o penalizado não é parte, e que autoriza a aplicação desta pena sem instauração do devido processo legal, sem possibilitar exercício de defesa ou contraditório e, ainda, sem possibilidade de re-análise da decisão que impõe a pena ante a inexistência de meio recursal hábil.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Vejamos, então, as impropriedades que conduzem à inconstitucionalidade do dispositivo:

2.1 – ABANDONO DA CAUSA – MOTIVO IMPERIOSO – CARÁTER ARBITRÁRIO DO JUIZ – SUBJETIVIDADE – INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE PUNIÇÃO – AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA – ART. 5º, LIV E LV, CF:

O art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, com redação dada pela Lei nº 11.719/2008, prevê uma severa multa (10 à 100 salários) para o advogado que abandonar o processo.

Com todo respeito, o trecho suso sublinhado não recebeu do legislador a devida tipificação, nem direta ou indireta, inexistindo **critérios objetivos** e **delimitadores** da extensão do termo, daí a inviabilidade de sua aplicação por conta não do prudente arbítrio do julgador, mas sim pela arbitrariedade que congrega a possibilidade de apenação sem o devido processo legal e sem garantir o contraditório e a ampla defesa.

Em verdade, não existe individualização jurídica (tipicidade) do termo utilizado pela lei, descabendo ao aplicador preencher **subjetivamente** tal lacuna.

A única forma de aferir o que seria “abandonar o processo” seria perquirir da extensão gramatical do termo, tendo-se, nessa acepção, duas interpretações possíveis: ou se toma o termo “abandonar” no sentido absoluto ou em seu sentido relativo.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em seu sentido absoluto, “abandonar” seria “deixar, largar”, revelando a impropriedade de que o advogado não poderia se afastar fisicamente do processo, pois estaria abandonando-o, ou deixando-o, ou largando-o. E, portanto, mesmo que o “abandono” não fosse absoluto, mas momentâneo, incidir-se-ia a regra impugnada.

Obviamente, isso não serviria para a aplicação da norma, pois representa uma condição irracional ao extremo e representaria a subversão da razoabilidade, sendo clarividente que o advogado não precisa andar com o processo sob sua guarda vinte e quatro horas por dia.

De outro modo, a compleição relativa do termo “abandonar o processo” revela a idéia de um desamparo total e absoluto do objeto, não com caráter momentâneo, mas definitivo. Isto é, redundante na idéia de uma desistência indevida e não comunicada ao Juízo, mas com efeitos permanentes.

Não é, ‘data venia’, a situação da ausência a um ato processual, pois tal proceder não configuraria, em absoluto, um abandono do processo. Talvez pudesse caracterizar, desde que comprovada a intenção dirigida ao desprezo, um abandono do ato, mas nunca da universalidade do processo.

E, nesse ponto, o abandono não serviria para preencher o requisito da lei, pois a extensão do termo “abandonar o processo”, para compreendê-lo como “abandonar um ato do processo”, representaria franca interpretação extensiva, o que em matéria de punição é absolutamente vedado.

Portanto, não se podendo reduzir o termo “processo” a um ato, ficaria plenamente impossível “abandonar o processo”, pois este é uma seqüência de atos ordenados e o abandono só se caracteriza em relação a todos



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

os atos, senão não seria “abandono do processo”, mais de um ou alguns atos do processo.

Não obstante o contentamento com certa lógica formal, poder-se-ia observar que ambas interpretações gramaticais deveriam ser somadas e que o abandono a um ato processual significaria, mesmo que por estreito espaço de tempo, um abandono “relativo” ao processo.

Esta interpretação, com todo respeito, é incoerente desde seu nascimento, pois amplia o conceito gramatical do termo utilizado pela lei e, nem assim (nem com esta ampliação indevida) poder-se-ia reconhecer um critério lógico suficientemente plausível para autorizar a condenação.

Ora, se é possível adotar tal interpretação extensiva e contrária à lógica (o que já é uma incoerência em matéria de punição), ainda assim ter-se-ia que admitir que a aplicação do termo “abandonar o processo” exige voluntariedade, isto é, exige comportamento consciente e volitivo de inação ou de abandono.

Isso porque o abandono é dependente da vontade do agente abandonador, e não se admite, pela própria natureza gramatical e de significância do verbo abandonar, que o mesmo se concretize, na prática, sem que o agente abandonador tenha vontade dirigida para o abandono.

Aqui, então, cumpriria verificar em cada caso a existência do dolo direcionado ao ato, pressuposto incompatível com a aplicação da multa na forma sumária prevista no artigo, eis que não se permite a verificação deste dolo e, portanto, também por isto, não haveria demonstração de elemento da conduta descrita pelo verbo (gramatical e não jurídica) conformador da interpretação.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ora, o intento de abandonar só poderia ser verificado pela contumácia ou, talvez, pelo reconhecimento da intenção de não atuar, mas nem um nem o outro são verificáveis no momento em que se aplica a penalidade.

É preciso compreender que ninguém abandona nada se não tiver a intenção de deixar o objeto ao desamparo. E, para se aplicar a interpretação extensiva (e já por isto indevida) de que houvera abandono momentâneo do feito, exigir-se-ia a comprovação do elemento volitivo direto (dolo direto) de praticar a conduta, procedimento esse incompatível com sumária aplicação de penalidade prevista na redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Por outra óptica, não cabe ao Juízo substituir subjetivamente os critérios de tipicidade por preconceitos pessoais seus, ou por convicções incomprovadas de pré-constituição de culpabilidade ou de dolo, não demonstrados, mas presumidos.

A rigor, os critérios subjetivos de conveniência para a atuação do advogado no processo é matéria correlata ao atendimento contratual pactuado entre o advogado e seu cliente, e, portanto infere-se na autonomia contratual da parte e nos critérios de conveniência da defesa.

Ora, se o advogado entende dispensável sua presença em um ato processual, sem prejuízo do direito de defesa, este critério subjetivo é seu exclusivamente, sendo claro que esse critério de conveniência também afastaria a incidência do *animus* de abandonar.

É que nessas situações o advogado não compareceria ao ato por critérios subjetivos que o conduzem ao raciocínio de que sua presença não seria indispensável, de modo que uma audiência marcada para ouvir uma testemunha



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

referencial, que exigisse o deslocamento do advogado para comarca muito distante, e que importaria em um ônus para o contratante (despesas de deslocamento e acomodações), não justificaria sua presença na audiência.

Em outras palavras, a audiência se realizaria da mesma forma e o objetivo da prova seria alcançado, com ou sem a presença do advogado, competindo a esse profissional o juízo de conveniência de comparecimento ou não ao ato processual, conforme acertado com seu cliente.

Tal conduta não significa, com todo respeito, que o advogado tenha a intenção de deixar o processo ao desamparo, nem que o tenha abandonado, mas sim que meramente sopesou com seu cliente o custo/benefício de não estar presente naquela audiência.

Aliás, é bom que se diga que, por vezes, o valor da verba honorária contratual é inferior aos custos desta imaginada viagem para ouvir uma testemunha referencial. E, nessa hipótese, não é de se exigir que o advogado deva arcar com os custos desta viagem para “parecer” diligente e cuidadoso, ou, ainda, para não “dar a impressão” de que tenha abandonado o processo.

Ora, a advocacia é o meio de vida do advogado. É sua profissão. Se tiver de pagar para trabalhar, obviamente deverá mudar de ofício.

O que importa ressaltar é a impossibilidade de, no próprio ato em que o advogado deixa de comparecer, o Juízo ter qualquer espécie de ciência acerca das motivações de seu não comparecimento. E, não tendo como ter ciência desta motivação, nem sendo onisciente, não pode saber se houve “abandono do processo” ou se houve impossibilidade de comparecimento baseada em razões de força maior, ou qualquer outra.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

E não havendo possibilidade de aferir — no momento da condenação — o elemento subjetivo que autorizou a conduta, o Juiz só poderá proceder através de uma presunção, que por expressa determinação da constituição federal só poderá ser de inocência.

Assim, inexistente tipicidade jurídica do termo “abandonar o processo” e sua interpretação gramatical não permite reconhecer um critério subjetivo reducionista para interpretar o termo como “abandonar um ato do processo”.

Por derradeiro, mesmo admitindo esta interpretação indevida, ainda assim não seria possível a aplicação do artigo, pois o verbo “abandonar” exige ação voluntária, que só poderá ser perquirida com instauração do devido processo legal, através, no mínimo, da manifestação prévia do condenado, ‘*iter*’ procedimental não previsto na redação do dispositivo ora impugnado.

Com todo respeito, a condenação estipulada no art. 265 do Código de Processo Penal — para guardar, ao menos aparência de legitimidade — não poderia autorizar a presunção de ato desidioso.

A Constituição Federal impõe que a culpa deve ser reconhecida somente depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que, por sua vez, só é proferida lícitamente, dentro de um processo legal e regular, cuja inexistência, na forma da sumária apenação contida no art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, aniquila a garantia do devido processo legal.

Como se sabe, 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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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.

O princípio do devido processo legal passa, necessariamente, pela verificação de seus dois troncos: o princípio da ampla defesa e o princípio do contraditório.

Todavia, cabe pontuar a hermenêutica moderna do *substantive due process* para demonstrar a inadequação do ato do Estado, representado pela decisão que aplica pena do inconstitucional art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, na situação discutida neste pleito. Diz o art. 5.º, LIV, que:

“Art. 5.º (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

A necessidade de adequação dos atos estatais ao princípio do *substantive due process* vem sendo declarada com profusão pelo Supremo Tribunal Federal (neste sentido ver RTJ 176/578; 160/140-1; 178/22-4, bem como a decisão proferida no RE n.º 374.981).

A exegética processual já ultrapassou a idéia de que o mero atendimento burocrático à exigência de que a pena decorra de um processo legal, formalmente válido, seja suficiente para se dar efetividade ao princípio do devido processo legal, daí a exigência de que as previsões e os atos do Poder Público, além de necessariamente estarem fundados em um devido processo



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

legal, devem fazê-lo de forma que esta previsão processual guarde correlação lógica de razoabilidade e proporcionalidade suficientes para autorizar a conformação jurídico-constitucional do resultado deste processo legal.

No entanto, em relação à novel redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, a análise não chega a este ponto.

É que dispositivo simplesmente dispensa a figura do devido processo legal e, numa atitude autoritária, prevê a aplicação sumária e irrecorrível da pena.

Segundo o constitucionalista André Ramos Tavares:

“O princípio do devido processo legal vale para qualquer processo judicial (seja criminal ou civil), e mesmo para os processos administrativos, inclusive os disciplinares e os militares, bem como nos processos administrativos previstos no E.C.A.”

(Curso de Direito Constitucional, André Ramos Tavares, 7.^a edição, Editora Saraiva, p. 705.)

Ou seja, trata-se de previsão generalíssima que deve ser observada em todo e qualquer procedimento que importe em lesão à liberdade ou ao perdimento dos bens do cidadão.

Neste sentido, qualquer previsão legal que autorize a imposição sumária de pena sem um critério de racionalização processual da medida trata-se de arbítrio não legitimado, sendo claro que a necessidade de um processo para a imposição de uma pena (privação de bens ou da liberdade) é inarredável e, mesmo nas situações mais hediondas e odiosas, não se pode legitimar o Estado a agir por impulso ou presunção.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

E, neste aspecto, não seria incoerente sustentar que, sob o prisma processual, é mais vantajoso cometer um homicídio ou um estupro do que faltar a uma audiência.

Isso porque, por mais hedionda e censurável que seja a conduta criminosa, o acusado terá resguardados os seus direitos e garantias individuais, será processado e poderá se defender. Todavia, se faltar a uma audiência na condição de advogado sem motivo imperioso, justificado previamente ao juiz, será condenado sumariamente, sem direito a defesa ou a justificativa, e, desta pena não poderá interpor recurso, por expressa ausência de meio recursal hábil (pelo menos se entendida constitucional a previsão normativa).

Com todo respeito, a severidade da pena imposta pelo art. 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, além de seu anacronismo material (desrespeitador do princípio da razoabilidade), guarda caracteres de franca anomalia processual (melhor dizer anti-processual) por representar medida draconiana que afasta a aferição do ato imputado através de um processo legal.

Diante de sua ferocidade, também sob o aspecto processual, resta indelével que o princípio do *substantive due process*, (que nada mais é do que a aplicação da proporcionalidade em sede judicial), não pode ser verificada por uma razão bastante óbvia: Não se respeita, sequer, a indispensabilidade do processo, quanto mais a sua satisfatividade.

Ressalte-se que o princípio do devido processo legal é requisito mínimo e inarredável. Sem ele, do qual defluem os dois princípios que se seguirão (ampla defesa e contraditório), não há sequer viabilidade de reconhecimento de existência legal lógica de qualquer punição, seja criminal, seja administrativa.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ninguém pode ser punido sem a existência de um processo legítimo que lhe imponha a punição, e a desobediência a esta garantia enfraquece o próprio conceito de República Democrática de Direito e nos remete aos atos de barbárie dos regimes ditatoriais e extralegais mais hediondos.

Perceba-se que o contraditório e a ampla defesa, que são decorrências iminentes e lógicas do devido processo legal, permitem relativização em situações excepcionalíssimas, expressamente previstas na lei. Entretanto, a garantia do devido processo legal como direito fundamental do apenado, mesmo nas situações mais hediondas e revoltantes, deve ser respeitada.

Não se pode, frente ao ordenamento constitucional vigente, impor uma pena capaz de reduzir o cidadão a absoluta insolvência civil ou de, pelo menos, impor-lhe séria privação, sem que isto decorra de uma análise pormenorizada dos elementos que fundamentam a imposição da pena.

Como diria Eugênio Pacelli, comentando a monumental 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 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).” (Grifamos)

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

E o conhecimento só é possível com a criterização de uma apuração processual. Do contrário, a condenação se baseará na fé de que o advogado é relapso, mas não na certeza científica deste fato. E as “Ordálias” e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

os “Juízos de Deus” foram a demonstração suficiente de que a ciência do direito não pode se fundar em princípios de fé.

Portanto, não existe sequer uma ação juridicamente censurável que admita a possibilidade de impor penalidade sem que, para tanto, seja facultado ao apenado o direito de ver-se processado e de, neste processo, ter a possibilidade de afastar a imposição da pena.

O desrespeito ao princípio do devido processo legal – art. 5º, LIV -, na hipótese do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, diferentemente de outras previsões, não está nos termos “devido” ou “legal”, para justificar a compreensão de que a lesão se daria sob o aspecto da satisfatoriedade do trâmite processual e/ou de suas garantias.

Ao contrário, o desrespeito se refere ao núcleo duro da previsão — a partícula pétreia primeira e inarredável à qual se referem os outros termos, sendo indubioso que a lesão decorre da inexistência do próprio termo “processo” que, além de existir, deveria ser “legal” e “devido”.

Além disso, não se respeita nenhum princípio que decorra do devido processo legal, razão pela qual cumpre salientar que a interpretação e aplicação do artigo não permite (além da instauração de um processo) qualquer meio de defesa ou de manifestação do condenado (mesmo que fora deste processo inexistente).

Destaca, com propriedade Kildare Gonçalves Carvalho, que:

“Para que se possa decidir a lide, é indispensável que sejam ouvidas as partes litigantes, sem o que não haverá julgamento justo e nem garantia as liberdades constitucionais.

Como acentua Nelson Nery Júnior, ‘o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.”

(Kildare Gonçalves Carvalho – Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição/Direito Constitucional Positivo, 15.^a Edição, Editora Del Rey, p. 863).

Ou seja, para legitimar a pena é indispensável que a mesma decorra de ato de ciência do Estado, cuja ciência do ato só se adquire mediante a imparcialidade ou a não predileção. E, a única forma de ser imparcial ou de não utilizar de predileção (ou prejulgamento) é franquear às partes o direito do embate, ou seja, de desmerecer as razões contrárias, de se pontuar as suas próprias razões.

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 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).

Na situação do artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, o juízo de censura nasce de uma presunção de conduta desidiosa. Esta



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

antecipação de culpa já é indevida, pois impõe uma presunção em sentido frontalmente colidente com a prevista na norma de hierarquia superior (Constituição Federal).

É dizer, de outro modo, que a previsão da pena, além de se basear em uma presunção de culpa, não admite — frente ao caráter sumário e irrecorrível de sua aplicação — que a parte se contraponha ao juízo prévio. Ou seja, não permite que se contrarie a presunção.

Não existe possibilidade processual para que o advogado “contradiga” o critério de culpa subjetivo que fundamenta a decisão impositiva da multa, tampouco há meio recursal hábil nem possibilidade de manifestação do advogado penalizado, antes ou depois da aplicação da pretendida e indevida multa.

Não socorreria a legitimidade da norma a alegação de que a oportunidade do exercício do contraditório seria a previsão disposta no § 2.º, do artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, que possibilita a justificação prévia (até a instalação da audiência), das razões do não comparecimento.

Ora, é óbvio que não serviria tal assertiva para afastar a incidência do contraditório na formação da convicção de negligência do não comparecimento, posto que 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. E, mesmo o suposto ato punível não se concretizou.

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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ou seja, o § 2.º só visualiza causa pré-existente de motivação, desconsiderando as causas de impossibilidade que podem ocorrer em período de tempo ínfimo (e, por isto mesmo, que não podem ser apresentadas até a abertura da audiência ou do ato processual e que deva atuar o advogado), mas que são plenamente capazes de impossibilitar a presença do advogado no ato processual. Por exemplo: se o advogado sofrer um acidente a caminho da audiência não poderá justificar sua ausência até a instalação do ato.

Ademais, a presunção de culpa criada, ante a inexistência de contraditório, gera a impossibilidade de ser ilidida.

Assim, mesmo que o advogado tenha motivação plenamente justificada para não comparecer à audiência, de nada servirá, pois a condenação já se operou. Por exemplo: quando a parte contrata um outro advogado (que não o que será vitimado pela pena) para acompanhar especificamente um ato que se realizará em outra comarca, e este advogado não comparece neste ato, o Juiz não terá a informação de que houveram tratativas neste sentido e punirá o advogado do processo por não comparecer a uma audiência que, por motivação absolutamente lícita, não se exigia que comparecesse.

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Isso 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.

Nem mesmo se se entendesse que a pena de multa prevista no art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, possui natureza administrativa (o que é um posicionamento absurdo como se destacará a seguir), e que se vincularia ao Poder de Polícia do magistrado na condução do processo, nem mesmo assim poder-se-ia dispensar a manifestação da parte contrária para sua imposição.

Ao dispensar a instauração de processo, admitindo a imposição sumária de pena, o art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, inviabiliza a possibilidade de contraditar a presunção criada pela Lei, residindo nessa premissa a indubitável afronta ao art. 5º, LIV, da Carta Maior.

É de se observar que a amplitude de defesa é gêmea univitelina do contraditório, e se distingue do mesmo por dizer respeito a critério de dimensão e não de existência.

Enquanto o contraditório vela pela possibilidade de contraposição de argumentações lógico-probatórias, a ampla defesa resguarda a suficiência desta dicotomia discursiva.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Importa dizer que a defesa, além de poder se contrapor (contraditar) os argumentos ou raciocínios que podem convencer a jurisdição da existência e culpabilidade do fato, possa fazê-lo sem limitações artificiosas ou pejorativas.

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 Diddier: 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).

Ocorre que o art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, não prevê qualquer espécie de defesa. 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 vista a inexistência de instrumento recursal hábil.

Ora, qualquer condenação que não respeite a amplitude do direito de defesa não é a representação da Justiça, mas do arbítrio e do excesso de Poder, daí por que o art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, afronta, também, o art. 5º. LV, da Carta maior.

É manifesta, portanto, a violação aos postulados do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme previsão dos incisos LIV e LV, da Carta Maior.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

2.2 – DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE:

Em boa verdade, mesmo inexistindo na Constituição Federal norma expressa e conformadora (supra e intra – constitucional), o princípio da proporcionalidade impõe que a medida legislativa respeite o trinômio: adequação (“*Geeignetheit*”), exigibilidade/necessidade (“*Eforderlichkeit*”) e proporcionalidade em sentido estrito (“*Verhältnismässigkeit*”).

Destaque-se que referido trinômio é compositivo da proporcionalidade em sentido lato, e, portanto, o desatendimento a um destes requisitos malferre a legislação de vício ainda maior do que a própria inconstitucionalidade, posto que impinge na lei o vício de inadequação com o sistema jurídico constitucional global. Não fere, assim, uma norma constitucional, mas a Constituição como norma integradora e aglutinativa do espírito normativo infraconstitucional.

Referidos requisitos são de ordem complementar, bastando o desatendimento a um deles para que toda a verificação da proporcionalidade padeça de constatação.

O art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, com todo respeito, com ele não guarda compatibilidade, senão vejamos:

J. J. Gomes Canotilho, indubitavelmente um dos maiores constitucionalistas da modernidade, 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 adotada 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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

poder público é apto para e conforme os fins justificativos para sua adoção (Zielkonformität, Zwecktauglichkeit). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim.” (sic).

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

Trazendo a lição teórica para o problema prático, significa verificar se existe adequação material em prever penalidade de 10 à 100 salários mínimos para o fato de o advogado faltar a uma audiência. Ou seja, trata-se de verificar se existe “correspondência exata”, “conformidade” ou “identidade” (sinônimos de adequação extraídos do Dicionário Aurélio) entre a aplicação da pena e o objeto de tutela da norma.

Para além da constatação de adequação material, de fato, é preciso analisar a ínsita a necessidade de constatação formal de adequação entre a medida punitiva e o fato cometido pelo advogado. Ou seja, se a medida punitiva guardaria correlação formal de conformidade com os critérios jurídicos existentes para justificar sua aplicação.

Nesse ponto, ter-se-ia que aferir a natureza da punição, a legitimidade de sua aplicação, a observância dos requisitos gerais para a aplicação de penalidade, entre outros.

Para considerar intacto o subprincípio da adequação seria necessária a constatação de que a penalidade prevista é formal e materialmente proporcional. Isto é, se corresponde à medida exata de resposta repressiva, ante a seriedade do objeto jurídico tutelado, e, ainda, se as formas previstas para a verificação do fato e aplicação da pena sejam adequadas para atender as expectativas normativas da lei e que sejam garantidoras da conformidade entre a



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

pena que se imporá e a certeza de autoria e materialidade da lesão ao bem jurídico defendido.

No entanto, na situação disposta no art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, a adequação da medida é absolutamente inverificável. Não existe correlação, verificada ou verificável, entre a imposição da pena e o cometimento de ato censurado e, mais do que isto, o exagero da punição extrapola uma proporção razoável para considerá-la uma “contra-ação” lícita do Estado.

A imposição de pena, na forma sumária prevista na disposição normativa (por autoridade jurisdicional, mas que não possui superioridade hierárquica com o apenado) é inadequada não só para a verificação da existência indubitável de “razão” da punição, mas, também, inadequada sob o prisma de que não se conforma com o sistema jurídico.

O art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, aplica uma penalidade baseado exclusivamente em uma presunção de desídia do advogado, mas **não** admite a verificação concreta desta presunção.

E, mais do que isso, não permite qualquer ingerência para desconstituir esta presunção, pois se trata de aplicação de pena absolutamente inadequada que, além de não permitir a verificação de culpa ou dolo, subverte todo o edifício normativo e cria exceção ao devido processo legal e a uma série de garantias constitucionais, sem a necessária correlação de gravidade extrema do ato apenado (que mesmo que possuísse tal gravidade, ainda assim, não justificaria a exceção pretendida).

Lembre-se que o princípio da proporcionalidade é uma tríade inseparável, pois é a noção seguinte que permite a informação da necessária



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

adequação da norma ou do ato público ao subprincípio da “menor ingerência possível”.

Destaca Canotilho, agora tratando do subprincípio da exigibilidade ou da necessidade (*“Eforderlichkeit”*), 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 menos desvantajoso para os cidadãos.”

(Ob. Cit. P. 270).

Nesse ponto, cabe ao exegeta perquirir acerca da necessidade em sentido estrito, isto é, a inexistência de outra forma menos gravosa para atingir o fim almejado. E, além disto, a essencialidade da aplicação da norma.

Segundo o Dicionário Aurélio, “necessário” é o “que não se pode dispensar”, “essencial”, “indispensável”.

Significa dizer que para considerar atendida a proporcionalidade dever-se-ia reconhecer sobrevalência da necessidade de impor multa ao advogado que deixar de comparecer a um ato do processo, em relação à necessidade constitucionalmente garantida do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da presunção de não culpabilidade, do duplo grau de jurisdição.

Enfim, seria reconhecer que a imposição de pena ao advogado que não comparecesse a um ato judicial, independentemente da perquirição de motivos, teria maior valor jurídico do que toda a realidade jurídica existente.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

É que o Estado, ao legislar e ao agir, máxime em matéria de punição, deve buscar a forma de fazê-lo que traga menos prejuízo ao cidadão, ou seja, menor ingerência possível é a menor intervenção que existir.

Trata-se da verificação da estreita necessidade entre a ação estatal (aplicação da pena nesse caso) e a tutela do bem jurídico (combate à desídia processual do advogado), de modo que a correlação de valor entre o meio escolhido (com seus prejuízos) e os fins alcançados (com seus benefícios) justifiquem a postura estatal adotada.

Exceto em um Estado Kafkaniano, ou com a subversão absoluta da teoria da realidade, seria impossível admitir um critério de estreita necessidade entre a punição sumária e teratológica do advogado, meramente por estar ausente a um ato processual, em multa de valor capaz de reduzi-lo à insolvência absoluta (10 a 100 salário mínimos), imposta com desrespeito a todo o sistema normativo constitucional e infra-constitucional existente, multa esta superior, na maioria das vezes, a própria remuneração do advogado e, por isto também, capaz de comprometer sobremaneira o exercício de sua profissão e sua dignidade, em manifesta contrariedade ao princípio da proporcionalidade.

Sustentar, seriamente, que esta é a menor ingerência possível, para que o Estado resguarde o interesse da celeridade processual é, *data vênia*, empreendimento racionalmente impossível.

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 intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma. Está aqui em causa o princípio



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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).

Logo, se fossem vencidos dos demais subprincípios da proporcionalidade (e não foram), caberia questionar da correspondência racional de valor entre a medida do dano gerado pelo ato combatido, e a carga coatora de seu equivalente ato coator.

É questionar, em outras palavras, se é proporcional o ato Estatal que isola da proteção legal e constitucional determinada classe profissional, e que, sem direito ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao duplo grau de jurisdição, a inafastabilidade da jurisdição, a liberdade profissional, e que por uma suposição *iuris tantum* de culpa, seja condenada a multa plenamente capaz de reduzir o apenado à absoluta insolvência.

Como se sabe, proporção é a relação de comparação entre as potências positivas e negativas. Portanto, é exatamente a contraposição entre o mal combatido pelo ato e o mal gerado através deste combate.

Aqui, também, com todo respeito, parece óbvio que não há correlação de proporcionalidade alguma.

A pena é escorchante e elevadíssima.

O ato censurado baseia-se em uma presunção de culpa e não pode ser contestado, haja vista a inexistência de processo para a imposição da pena, e as conseqüências do ato censurado são absolutamente desimportantes



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

para o Estado, uma vez que o próprio artigo prevê que, com ou sem a presença do advogado a audiência se realizará.

Portanto, a relação de prejudicialidade se restringiria ao universo contratual do advogado e seu cliente, mas não justificaria uma atuação tão draconiana e perversa do Estado, advindo dessa premissa a afronta ao princípio da proporcionalidade.

2.3 - DO VALOR DA PUNIÇÃO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – VIOLAÇÃO AO ART. 7º, INCISO IV, PARTE FINAL – MULTA INDEXADA AO SALÁRIO MÍNIMO:

Co-irmão do princípio da proporcionalidade, a razoabilidade impõe um critério de bom senso necessário, baseado no senso comum de valores morais, jurídicos e sociais. Trata-se da verificação de um elemento de razão.

Nas palavras de Guerra Filho, citado em Fredie Didier:

“O princípio em tela, portanto, começa a ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do direito — e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘Razão’ (lat. Ratio) e ‘proporção’ (lat. Proportio) —, o que explica a circunstância de ele figurar entre os cânones metodológicos da chamada ‘interpretação constitucional’, aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece resultado constitucionalmente satisfatório.”

Os doutrinadores não diferenciam, via de regra, a proporcionalidade da razoabilidade, pois ambos os princípios são necessariamente coexistentes e interligados, sendo certo que qualquer ato que não for razoável será desproporcional e vice-versa.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ressalte-se que a verificação entre a *Ratio* da ação punida pela norma e a *Ratio* da seriedade e gravidade desta punição devem ser objeto de avaliação do intérprete.

Isso porque a ação punida pela norma é a “ausência injustificada do advogado” a um ato processual (uma vez que “abandonar o processo” é algo inverificável na prática).

A própria norma do art. 265 destaca, em seu § 2.º, que tal proceder não impede a realização do ato e, portanto, a relação de prejudicialidade (se houver prejuízo) ficaria adstrita aos interesses subjetivos da defesa técnica (portanto, no estreito limite de relação jurídica do advogado e seu constituinte).

Por outro vértice, como elemento de antagonismo, a punição a ser aplicada é individualizada na cabeça do artigo, com pena mínima e máxima.

Trata-se de multa que varia de, no mínimo, 10 salários mínimos e, no máximo 100 salários mínimos “*sem prejuízo das demais sanções cabíveis*”.

Assim, a punição prevista representa, no mínimo, quase um ano da remuneração total de um assalariado e, no máximo, quase nove anos de toda a renda salarial de um trabalhador honesto, considerando o salário mínimo atual de R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais). Atualmente, a multa varia entre R\$ 5.100,00 até o valor de R\$ 51.000,00, tudo “*sem prejuízo das demais sanções cabíveis*”.

Num juízo simples, provavelmente nem o réu do processo poderá ser penalizado tão duramente. Ora, a pena traz uma carga de severidade tão intensa que extrapola, na grande maioria (e quase totalidade) dos casos, o



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

próprio valor da remuneração cobrada pelo advogado para o exercício de sua profissão naquele caso.

Se se verificar os valores da tabela de honorários da OAB fica nítido que, mesmo o valor mínimo da pena extrapola (10 salários - R\$ 5.100,00), em muito, os valores cobrados para o exercício da profissão para a situação específica do processo em que se vê condenado o advogado.

Isso porque excluída a situação de atuação em processo de competência do Tribunal do Júri com acompanhamento do feito e realização da Seção de Julgamento, todos os valores as tabela são inferiores à previsão mínima da multa disposta no artigo 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Ou seja, cobrados os honorários mínimos, em qualquer processo o advogado deverá pagar tudo o que recebeu para atuar no processo e, ainda assim, terá de desembolsar a diferença para arcar com a multa. E, nesta hipótese, a multa impõe que o advogado pague para trabalhar, tudo isso em relação aos valores mínimos.

Se se analisar a previsão do teto da pena (100 salários mínimos – R\$ 51.000,00), aí o que já não tinha razoabilidade ganha contornos de alucinação legislativa, com todo respeito.

Ora, pouquíssimos advogados têm a condição de pagar tão exorbitante quantia sem que, com isto, submetam-se a absoluta insolvência civil, com perdimento inclusive dos seus bens.

Assim, a razão para a punição é inversamente proporcional à gravidade da pena.

Não há prejuízo para o Estado e o eventual prejuízo é adstrito à relação cliente/advogado (pois o ato se realiza com ou sem a presença do



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

advogado), e, em contraposição, a pena é draconiana e plenamente capaz de reduzir o apenado à condição de miserabilidade, ou de, pelo menos, impor-lhe severa e desnecessária privação, obrigando-o a arcar com um ônus muitas vezes superior ao seu real ganho com o feito.

Entretanto, não bastasse isso (e isto é mais do que suficiente para reconhecer a falta de razoabilidade), deve-se ter em mente que a punição imposta extrapola significativamente outro limitador racional.

Segundo a lógica implícita do artigo e, principalmente da interpretação que se lhe vem dispensando, é melhor para o advogado agredir um cidadão (art. 129 do CP), ou expor a vida de terceiros a perigo (art. 132 do CP), ou abandonar um incapaz (art. 133 do CP), ou deixar de prestar socorro a um acidentado (art. 135 do CP), ou participar de rixa (art. 137 do CP), ou comparecer na audiência e ofender a honra do Magistrado que a preside (art. 138 do CP), ou diversas outras condutas criminosas.

Isso porque a punição que poderá sofrer por conta destas condutas é, infinitamente, irrisória se comparada a draconiana pena de multa imposta no artigo 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Além disso, ainda poderá se defender da imputação que lhe for feita através de um processo legítimo e regular, cuja modalidade restou sumariamente afastada no dispositivo ora impugnado.

A severidade com que o Estado irá rechaçar estas atitudes será infinitamente menor do que a punição por não comparecer em um ato judicial, seja lá por que motivo for.

Ou seja, para reconhecer a existência de razoabilidade e de proporcionalidade na situação seria necessário dizer que é mais condenável



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

socialmente que o advogado falte na audiência do que, comparecendo na mesma, agrida a Autoridade Judicial que a preside, pois neste último caso será processado e acusado de lesão corporal leve ou desacato, que prevêm pena muito mais branda do que a absurda multa imposta para a situação de não comparecer à audiência.

A falta de razoabilidade é, portanto, gritante e absurda.

E não é só.

Além de carregar consigo tamanha irrazoabilidade, referido comando legal – art. 265, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – se revela contrário à parte final do art. 7º, inciso IV, da Carta da República, pois utiliza o salário mínimo como fator de indexação.

Nesse particular, a novel redação do dispositivo impugnado acaba por utilizar o salário mínimo como fator de indexação da multa estabelecida, contrariando, em uma penada só, toda a jurisprudência desse Excelso STF, principalmente a Súmula Vinculante nº 04, a saber:

Súmula Vinculante 4

Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Fonte de Publicação:

- DJe nº 83/2008, p. 1, em 9/5/2008

- DOU de 9/5/2008, p. 1.

Legislação:

Constituição Federal de 1988, art. 7º, IV e XXIII, art. 39, § 1º e § 3º, art. 42, § 1º, art. 142, § 3º, X.

Precedentes: RE 236396 - RE 208684 - RE 217700 - RE 221234 - RE 338760 - RE 439035 - RE 565714

Veja-se que ao tempo da publicação da Lei nº 11.719/2008 (DOU 23/06/2008) já vigia a SV nº 04, tendo o legislador, portanto, plena



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

consciência do entendimento desse Eg. Tribunal acerca da impossibilidade de utilização do salário mínimo como indexador e fora das hipóteses previstas na própria Constituição Federal.

Com todo respeito, a violação à parte final inciso IV do artigo 7º da Constituição de 1988 se manifesta quando o art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, utiliza como base de cálculo da multa o salário mínimo, cuja vinculação, a rigor, deturpa a lógica que norteia sua fixação.

Na verdade, a novel redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, implica a majoração da multa sempre que o salário mínimo sofrer alteração, e isso nada tem que ver com sua finalidade enquanto piso salarial a que qualquer um tem direito e que deve corresponder às necessidades básicas a que alude a Constituição.

Portanto, o estabelecimento da multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos destoa a gênese constitucional a que se refere a parte final do inciso IV do art. 7º, da Constituição Federal, pois foi utilizado como indexador para aumento automático da multa.

A jurisprudência desse C. Tribunal não admite tal possibilidade, valendo citar, entre outros (RE 140.499 e RE 224.740), o **RE 565.714**:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 565.714-1 SÃO PAULO

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
RECORRENTE(S) : **CARLOS EDUARDO JUNQUEIRA E OUTRO (A/S)**
ADVOGADO(A/S) : **ELIEZER PEREIRA MARTINS E OUTRO (A/S)**
RECORRIDO(A/S) : **ESTADO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO(A/S) : **PGE-SP - LIGIA PEREIRA BRAGA VIEIRA**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ART. 7º, INC. IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 3º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI COMPLEMENTAR PAULISTA N. 432/1985 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INCONSTITUCIONALIDADE DE VINCULAÇÃO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE AO SALÁRIO-MÍNIMO: PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DA MODIFICAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO BENEFÍCIO POR DECISÃO JUDICIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. O sentido da vedação constante da parte final do inc. IV do art. 7º da Constituição impede que o salário-mínimo possa ser aproveitado como fator de indexação; essa utilização tolheria eventual aumento do salário-mínimo pela cadeia de aumentos que ensejaria se admitida essa vinculação (RE 217.700, Ministro Moreira Alves).

A norma constitucional tem o objetivo de impedir que aumento do salário-mínimo gere, indiretamente, peso maior do que aquele diretamente relacionado com o acréscimo. Essa circunstância pressionaria reajuste menor do salário-mínimo, o que significaria obstaculizar a implementação da política salarial prevista no art. 7º, inciso IV, da Constituição da República.

O aproveitamento do salário-mínimo para a formação da base de cálculo de qualquer parcela remuneratória ou com qualquer outro objetivo pecuniário (indenizações, pensões, etc.) esbarra na vinculação vedada pela Constituição do Brasil.

Histórico e análise comparativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Declaração de não-recepção pela Constituição da República de 1988 do art. 3º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 432/1985 do Estado de São Paulo.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3. Inexistência de regra constitucional autorizativa de concessão de adicional de insalubridade a servidores públicos (art. 39, § 1º, inc. III) ou a policiais militares (art. 42, § 1º, c/c 142, § 3º, inc. X).

4. Inviabilidade de invocação do art. 7º, inc. XXIII, da Constituição da República, pois mesmo se a legislação local determina a sua incidência aos servidores públicos, a expressão *adicional de remuneração* contida na norma constitucional há de ser interpretada como *adicional remuneratório*, a saber, aquele que desenvolve atividades penosas, insalubres ou perigosas tem direito a adicional, a compor a sua remuneração. Se a Constituição tivesse estabelecido remuneração do trabalhador como base de cálculo teria afirmado *adicional sobre a remuneração*, o que não fez.

5. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento.

Desse modo, a regra constante da novel redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, revela incompatível com o princípio da razoabilidade e, em especial, com a proibição de indexação do salário mínimo disposta na parte final do inciso IV, do art. 7º, da Carta Maior.

2.4 - DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

O chamado princípio da não culpabilidade é tipificado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal da República, cujo nascimento adveio 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, haja vista que a Lei Magna apregoa que até o momento da decisão deste processo presume-se a não culpabilidade do cidadão.

Esta presunção é relativa, todos sabem, admitindo sua desconstituição.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Entretanto, para que isso ocorra é indispensável que seja desconstituída sob os ditames da lei e da Constituição, justamente para admitir que o cidadão saia da condição de não culpado, afastando-se, portanto, de sua presunção de inocência.

O estado de inocência é condição natural e antecedente ao ato. É algo que nasce com o cidadão e que dele só será excluído mediante a declaração oficial de sua culpa.

Na hipótese do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, contudo, observe-se que a multa prevista é uma penalidade e que, como tal, nasce de uma condenação (único instrumento capaz de impor sanção ou pena), e, portanto, só pode ser proferida mediante um juízo de valor prévio acerca da censurabilidade da conduta.

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

Se existe a presunção da não culpabilidade, e se esta presunção é relativa, o artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, a rigor deveria demonstrar qual elemento autoriza a desconstituição da presunção de não culpabilidade na situação que prevê. Ou seja, deveria trazer radical racionalmente viável e lógico que autorize a subsunção de que todo advogado que deixa de comparecer a um ato processual tem intenção dirigida ao abandono daquele feito.

Todavia, ao contrário, 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

Conselho Federal

Brasília - D. F.

E, observe-se, para agir com a maior cautela possível, a natureza da punição é indiferente para a verificação do princípio do estado de inocência ou da presunção de não culpabilidade. Isso porque não se admite a imposição de pena, seja na seara administrativa, seja na seara criminal, sem a necessidade da instauração de um processo onde se formará o conceito de culpa.

Portanto, muito embora transpareça que a imposição de pena, decorrente de relação jurídico processual, só possa se conformar no âmbito do direito penal e, embora não seja possível reconhecer uma subordinação administrativa entre o Juiz e o Advogado na situação processual (afastando com isto a possível natureza administrativa), ainda assim, mesmo que se tome a pena sob o prisma administrativo, fica nítida a ilegalidade, a ilegitimidade e a inconstitucionalidade da presunção absoluta de desídia que referida previsão normativa contém.

Isto é o que diferencia o princípio da presunção de inocência do princípio penal do *in dubio pro reo*. Este último se vincula ao estado de inocência posterior, enquanto o primeiro diz respeito à condição preexistente de não culpa.

Nas palavras de André Tavares Ramos:

“Assim, não se identifica a presunção de inocência com o denominado princípio do in dubio pro reo. Este sim, delimita-se pelo âmbito processual em que há de incidir necessariamente. Seu significado, pois, é mais restrito que o do princípio maior da presunção de inocência, que também se faz presente fora do âmbito processual.”

Os critérios de não culpabilidade são ligados a requisitos de ordem primária e são, em última *ratio*, conformadores do próprio princípio da isonomia e da garantia da intangibilidade da honra, não sendo lícito presumir



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

que alguém foi desidioso ou relapso para condenar este cidadão por esta atitude, advindo dessa premissa a afronta ao art. 5º, LVII, da Carta Maior.

2.5 - DOS PRINCÍPIOS GARANTIDORES DO ACESSO E REGULARIDADE DA JURISDIÇÃO;

Como se sabe, o direito de ação é a garantia constitucional primária no que concerne ao poder jurisdicional.

Toda obra introdutória ao estudo do direito principia com a máxima de que: “*o Estado chamou para si, com exclusividade, o direito de dirimir conflitos*”. E, para exercer esta função, a Constituição Federal criou regras que, necessariamente, devem ser obedecidas pelo próprio Estado, sob pena de deslegitimar sua atuação.

O direito de ação, assim como o direito de reação (contraditório), são elementos que não podem ser afastados. Mas, além disso, devem ser facultados ao cidadão com observância mínima de determinados requisitos, expressa e implicitamente dispostos no texto constitucional.

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

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

Referida previsão guarda caudalosa motivação histórica e nasce da vedação supra-constitucional de que o exercício da jurisdição será sempre motivado em um critério anterior de isonomia.

É a chamada motivação explícita de combate a atos de arbítrio, que tem por escopo impedir, na prática, a estipulação de um Tribunal ou Juízo



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

direcionado para uma situação específica e contrária ao que se verifica nas demais situações semelhantes.

Seu nascedouro histórico teve precedente no chamado Tribunal de Nuremberg, que julgou os crimes da Segunda Guerra Mundial, sem que houvesse tipicidade destas condutas.

Todavia, seus reflexos sociais extrapolaram a questão da existência prévia de norma legislativa e alcançaram os patamares atuais onde se veda a estipulação de um Tribunal “que se exclui da regra” (definição de exceção do Dicionário Aurélio) de forma inadvertida e indevida.

Ou seja, a vedação de instituição de tribunal de exceção deixou de ser a vedação de criação de um Tribunal ou um Juízo Excepcional (criado para uma situação já ocorrida), para se transformar em regra impeditiva da estipulação de um Tribunal ou de um Juízo de Exceção (que se diferencie, injustificadamente, dos demais Tribunais ou Juízos).

Portanto, para verificação da instituição de um Juízo de Exceção basta vislumbrar que a norma presume comportamento desidioso ou negligente e, mais do que isso, impossibilita que tal presunção seja contrariada.

Este é, sem dúvida, um Juízo de exceção frente a um ordenamento onde a regra é que se presuma a inocência e onde se deve garantir a parte acusada (ou censurada) a possibilidade de afastar qualquer dúvida que macule sua integridade. E, para verificar a existência de um tribunal de exceção, basta aferir que a norma dispensa o processo e suas garantias e, até mesmo impede o exercício do direito de ação ou reação processual.

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

“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 re-análise da decisão (seja no mesmo grau de jurisdição, seja em grau superior), padece de franca inconstitucionalidade.

Ora, se o advogado possui o direito de petição para combater abuso de poder; se tal direito é uma garantia constitucional fundamental em face de sua indispensabilidade à administração da justiça (art. 133, CF); e, por outro lado, se o artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, não possibilita o exercício deste direito; a única conclusão viável é a de que referida previsão sofre de vício de inconstitucionalidade pela absoluta violação aos incisos XXXIV, ‘a’, e XXXV do art. 5º, bem assim art. 133, todos da Carta Maior.

‘Data venia’, não socorre a previsão legal a mera possibilidade de discutir a questão em sede de mandado de segurança, pois este remédio constitucional visa tutelar o direito líquido e certo de quem se vê agredido por



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

um ato arbitrário e ilegítimo, de modo que o combate a arbitrariedade do ato não pode servir para lhe emprestar ares de legitimidade.

Ademais, é de se ver que a decisão que aplica multa ao advogado, ao não permitir recurso, cria um entrave que impossibilita o exercício do duplo grau de jurisdição.

E, mais do que isso, caso seja vista como de natureza administrativa (o que só se admite como complemento de argumentação), a punição afasta do Poder Judiciário a possibilidade de rever o ato, contrariando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

Ora, se a pena pudesse ser decorrente de ato administrativo (e não pode), ainda assim deveria se subsumir e adequar a toda a ordenação jurídica que autoriza o agir administrativo, o que é francamente não se revela admissível no caso da multa aplicada com base no art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

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).

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 ou do próprio



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

magistrado que deu aplicação concreta à previsão normativa disposta no artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

E, por mais que o açoitamento torne confortável o prejulgamento, se o Estado não respeitar as limitações que ele próprio criou para o exercício da jurisdição, não pode exercer este poder com legitimidade.

Essas razões, à saciedade, demonstram que o dispositivo ora impugnado afronta os incisos XXXIV, 'a', e XXXV, do art. 5º, e art. 133, da Carta Maior.

2.6 - DA LIBERDADE E INDEPENDÊNCIA PROFISSIONAL – DA NATUREZA CONTRADITÓRIA DA MULTA E DA IMPOSSIBILIDADE DE HIERARQUIA ADMINISTRATIVA ENTRE OS AGENTES DO PROCESSO:

Como visto, os valores da multa são elevados e são plenamente capazes de gerar a absoluta insolvência do advogado penalizado, sendo irrazoável a norma disposta no artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

A Constituição Federal prevê a liberdade do exercício profissional, e tal norma tem eficácia contida pelo disposto no final da previsão “...atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”, conforme art. 5º, XIII, da CF.

Ocorre que o art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, cria risco absurdo e desmedido para o exercício da profissão de advogado criminalista e, com tal exacerbação, possibilita o absoluto desprezo pela liberdade e independência profissional desse profissional.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Diante disso cria-se uma carga quase insuportável de risco para o advogado criminalista, carga esta que atenta contra sua liberdade e independência profissional, ante a natureza expropriatória da norma.

Neste sentido, destacam com absoluta razão 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, 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 não decorrerá de qualificações profissionais estabelecidas em Lei, mas sim de um posicionamento preconceituoso (no sentido de um conceito prévio de culpa) de que o advogado tenha deixado de comparecer ao ato judicial por displicência e de que não possua qualquer razão para fazê-lo.

E, pior, a redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, permite a aplicação de penalidade de forma concorrente ao estabelecido na Lei nº 8.906/94 à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, haja vista que o art. 34, inciso XI prevê infração disciplinar ao advogado que



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

‘abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia’..

O dispositivo ora impugnado, assim, cria dois subsistemas de punição aos advogados, retirando da OAB, contudo, a possibilidade de aplicação da penalidade em decorrência do princípio da vedação do ‘bis in idem’, resultando dessa situação a afronta ao inciso XIII do art. 5º da Carta Federal.

É que como a Constituição Federal admite o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, não podia a nova redação do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL inovar em matéria de punição aos advogados, cuja sistemática vem desde 1994 estabelecida pela Lei nº 8.906/94.

Ora, se o Estatuto da Advocacia e da OAB já prevê a infração ao fato – abandono de causa sem motivo justo –, descabe ao magistrado aplicar penalidade de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, cuja pena de multa sem observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa revela sua incompatibilidade com a Carta da República, que elegeu o advogado indispensável à administração da justiça, sobrevindo, também, a violação ao art. 133, da Carta Maior.

Ademais, não se pode perder a óptica de que a advocacia é o instrumento pelo qual o advogado subsiste. É sua atividade econômica e alimentar. Portanto, impor pena de tamanha severidade a este segmento profissional significa inferir-se na capacidade de sustento pessoal do advogado e, portanto, em sua dignidade enquanto ser humano indispensável à administração da justiça, em franca contrariedade ao art. 133, da Carta Maior.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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, prevendo em seu artigo 6º 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 este 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 Brasil e qualquer atentado a esta liberdade dos agentes processuais descambará na deturpação da própria estrutura edificante do processo. É dizer, de outro modo, que qualquer espécie de subordinação ou hierarquia era representar um desequilíbrio entre os três setores representados no processo: Juiz (Estado), Ministério Público (Sociedade) e Advogado (Cidadão/Jurisdicionado).

Por isso não parece possível reconhecer natureza administrativa na pena imposta pelo artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, restando inegável que a mesma possui similaridade com a punição administrativa, pois decorre de fiscalização do exercício da atividade profissional do advogado.

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



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

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

E isso por conta não de crimes cometidos, ou de irregularidade aferível pela via jurisdicional tradicional, mas por conta de uma “espécie” de procedimento de “fiscalização” do exercício profissional.

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, 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 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, traz norma punitiva que, a despeito de sua natureza, busca coibir uma omissão decorrente do exercício da profissão de advogado, e que não guarda qualquer interesse para o Estado (uma vez que a presença do advogado não é indispensável para realização do ato).

Logo, traz forte carga de natureza administrativo-disciplinar e infere na reserva legal criada pela Lei 8.906/94, desrespeitando a autonomia e liberdade da advocacia, em manifesta ofensa ao art. 133, da Carta Maior.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Na verdade, o dispositivo permite ao magistrado imiscuir-se no campo de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil e, ainda que se busque radicar a pena imposta em uma seara administrativa, mesmo assim sua aplicação é indevida.

Seja como for, e considerando a inexistência de vínculo hierárquico e subordinativo do advogado, enquanto profissional, à figura do Juiz, também na esfera administrativa se aplicam os princípios e garantias constitucionais supra elucidados e que são, sem espaços para interpretação, desrespeitados pela norma ora impugnada, dispositivo de manifesta inconstitucionalidade.

É nesse contexto, portanto, que o Conselho Federal da OAB pugna pela declaração de inconstitucionalidade do art. 265, do Código Processo Penal, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.719/2008, dispositivo esse incompatível com o disposto nos arts. 5º, incisos XIII, XXXIV, alínea ‘a’, XXXV, LIV e LV, art. 7º, inciso IV, e art. 133, da Carta Maior.

Ante o exposto, constata-se que os dispositivos acima indicados são inconstitucionais por manifesto desrespeito ao contido nos dispositivos acima indicados, requestando o Conselho Federal da OAB a declaração de sua inconstitucionalidade.

3 – DA NECESSIDADE DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR:

Com efeito, é necessária a IMEDIATA concessão de medida cautelar para fins de suspensão da eficácia do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ou, ao menos, do trecho que prevê a possibilidade de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

aplicação de multa, a saber: “..., *sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos,...*” (redação atual).

Isso porque as Seccionais da OAB, por meio das Comissões de Defesa das Prerrogativas dos Advogados, estão impetrando Mandados de Segurança em vários Estados contra decisões judiciais que aplicaram multa aos advogados, cuja draconiana previsão normativa já vem causando consideráveis problemas.

Afora as ações manejadas pelas Seccionais, diversos advogados – individualmente – impetram mandados de segurança e/ou correição parcial contra aplicação indevida da referida penalidade.

Exemplo concreto consta de notícia veiculada no site CONJUR.COM.BR, a saber:

TRF-2 anula multa de R\$ 9 mil imposta a advogados

■ POR LILIAN MATSUURA

O juiz não pode aplicar multa por abandono de processo, prevista no artigo 256 do Código de Processo Penal, sem antes dar ao advogado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Com esse entendimento, a juíza federal convocada, Marcia Helena Nunes, suspendeu liminarmente a multa de R\$ 9,3 mil aplicada contra cada um dos quatro advogados envolvidos no processo. A decisão vale até o julgamento do mérito do Mandado de Segurança pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

A ação foi levada ao TRF pela seccional do Espírito Santo da OAB, com o argumento de que os advogados estavam sofrendo constrangimento ilegal por parte do juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Vitória. No Mandado de Segurança, a OAB pede a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 265 do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, que prevê a multa por abandono de processo. No mérito, pede a cassação da multa imposta.

Os advogados foram contratados para defender dois empresários acusados de apropriação indébita previdenciária. O juiz de mandar citar os empresários por meio de carta precatória, já que eles moravam em Guarapari. Como não se manifestaram no processo, segundo o juiz, ele determinou que a Defensoria Pública assumisse a defesa. Os defensores questionaram a determinação, uma vez que eram empresários e provavelmente teriam dinheiro para pagar advogados.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

O titular da 2ª Vara insistiu. Os defensores decidiram ligar para os acusados para saber se teriam ou não condições de contratar a defesa. Segundo consta nos autos, eles afirmaram ter “advogados de sua confiança, habilitados para acompanhamento do processo penal”. Poucos dias depois, eles apresentaram procuração, que foi considerada pelo juiz genérica e sem relação com a Ação Penal. Os defensores foram dispensados do processo.

“A conduta omissiva daqueles profissionais se subsume no pressuposto do artigo 265 do Código de Processo Penal. Imponho a cada um multa no valor mínimo equivalente a 10 salários-mínimos (R\$465,00) por cada réu abandonado, sem prejuízo das sanções administrativas a cargo da OAB/ES”, decidiu.

Os advogados se defenderam dizendo que não tiveram acesso à acusações, mas mesmo assim apresentaram a defesa prévia logo que foram contratados pelos empresários.

A juíza federal convocada Marcia Helena Nunes, ao analisar os fatos, entendeu que a sentença apresentou uma aparente contradição. “De um lado, aceita-se que os réus já estejam devidamente assistidos por seus patronos, cujas peças de defesa examina, levando a se dispensar a DPU, cuja atuação não mais é necessária, e, de outro lado, diz-se que houve abandono do processo”, observou a juíza.

Ao conceder a liminar, diz que “a principal crítica é de que a pena não poderia ser aplicada sem o direito do prejudicado ao devido processo legal, pois implica em perda de bens, contrariando o previsto, como garantia fundamental, no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo que o devido processo legal implica na concessão de contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, na forma do inciso LV, do mesmo preceito constitucional”.

Debate federal

O artigo 265 do Código de Processo Penal prevê multa de R\$ 460 a R\$ 46 mil para o advogado que abandona processo antes do término, sem “motivo imperioso”. Por considerar o dispositivo desproporcional e dar margem a interpretações arbitrárias, a OAB do Mato Grosso do Sul quer questioná-lo através de Ação Direta de Inconstitucionalidade. O estudo feito pela seccional foi encaminhado à Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal para que a proposta seja analisada.

Para a Assessoria Jurídica da OAB-MS, não existe qualquer lei ou previsão constitucional que permita a imposição de sanção a terceiro não envolvido na lide, já que ele não teria garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa. “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.”

Os advogados Dartagnan Zanella Messis e Marcelo Nogueira, autores do estudo, observam ainda que o valor previsto para a multa é muito alto.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Para eles, o valor máximo pode não representar a bancarrota de um grande escritório, mas, para os pequenos, poderia significar “absoluta falência, com o agravante do cumprimento de quase todos os seus bens”. (Clique [aqui](#) para ler)

A OAB-MS teme ainda as diversas possibilidades de interpretação do dispositivo, que prevê: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis. (Redação dada pela Lei 11.719, de 2008)”.

Diante do texto, questionam os advogados: a ausência em uma audiência pode ser entendida como abandono do processo? E se o profissional não comparecer à audiência mas requerer providências no processo, pode ser punido?

Segundo o estudo, “ante o risco de atuar em processos criminais”, os advogados passariam a cobrar muito mais caro pelos seus serviços ou migrariam para outras áreas do Direito.

Clique [aqui](#) para ler a decisão liminar do TRF-2.

CORREIÇÃO PARCIAL. MULTA DO ART. 265 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INAPLICABILIDADE.

A aplicação da multa prevista no caput do art. 265 do CPP reclama, pela interpretação literal do preceito, o efetivo abandono do processo, ou seja, a vontade deliberada e consciente do defensor em não mais assistir o cliente, deixando-o em abandono. Inexistente o caráter de permanência e definitividade na conduta do profissional, que apenas não se fez presente em audiência para ouvida de uma testemunha de acusação, por precatória, não se há de falar em abandono do processo. Inviável vincular-se a aplicação da multa, ao propósito de imprimir maior celeridade aos feitos. Não-comparecimento do causídico à audiência, que se resolve com a nomeação de defensor substituto para o ato, ou adiamento, em caso de prévia justificativa, não comprometendo a efetividade do processo. Art. 265, § 2º do CPP. Eventual desídia do profissional, tendo em conta a natureza eminentemente disciplinar da falta porventura cometida, deve ser apurada pelo órgão a que está vinculado e qual seja, a OAB -, não podendo o Judiciário imiscuir-se em tal tarefa sob o fundamento de que a instituição responsável tem se omitido naquilo que lhe cabe. Revogação da multa aplicada.

CORREIÇÃO PARCIAL JULGADA PROCEDENTE, revogando-se a aplicação da multa prevista no art. 265 do CPP. (Correição Parcial Nº 70029162047, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 13/05/2009)

Read more: <http://br.vlex.com/vid/58163550#ixzz0iLHnFYcd>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Essas razões justificam, a rigor, a concessão de medida cautelar objetivando suspender a eficácia do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

A plausibilidade jurídica da alegação – fumaça do bom direito – resta perfeitamente demonstrada, eis que o dispositivo impugnado prevê a aplicação de penalidade – multa – sem observância do direito de petição, do acesso à jurisdição, do devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, conforme art. 5º, incisos XXXIV, alínea ‘a’, XXXV, LIV e LV, da CF.

De igual modo, violação a proibição de utilização do salário mínimo como indexador e da indispensabilidade do advogado, conforme art. 7º, inciso IV, e art. 133, da Carta da República, restando claramente demonstradas as razões que conduzem à inconstitucionalidade do dispositivo, ou ao menos parte dele.

Ora, ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal, onde serão garantidos o contraditório e a ampla defesa, por ato presumidamente culpável, sem tipicidade jurídica, a uma pena absolutamente desproporcional e irrazoável, para a qual não existe previsão de recurso, e que é plenamente capaz de inviabilizar o exercício profissional, além de outras incoerências.

Em relação ao perigo da demora, resta nítido na medida em que, na forma disposta para a estipulação da referida multa, são dispensados outros requisitos para execução.

Assim, advogado apenado poderá ser executado pelo fisco, ter seu nome incluído na dívida ativa e, poderá mesmo sofrer a repressão imediata através da ação de execução fiscal caso não adote medidas de caráter suspensivo (liminar em mandado de segurança e/ou em correição parcial).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Os danos experimentados pelos profissionais que sofrem tais punições são imensuráveis, pois não se trata apenas do valor pecuniário da multa estipulada, cuja argumentação acima bem comprovou sua irrazoabilidade, mas sim da própria imagem do profissional que passa a ser tratado no foro como advogado desidioso, não diligente e etc..

As medidas assecuratórias ao não pagamento dessas multas, outrossim, acabam contribuindo para a instauração de incidentes processuais que só retardam o curso da ação penal, pois os advogados apresentam pedidos de reconsideração e justificativas na tentativa de afastar a penalidade, o que, na prática, tem levado os magistrados a decidir tais questões no bojo da própria ação penal e, alguns casos, com prévia manifestação do Ministério Público.

Essas idas e vindas não só prejudicam a regular tramitação do processo judicial mas, também, traz embaraços à prestação jurisdicional, porquanto se perde muito tempo para discutir o ‘motivo imperioso’ alegado pelo advogado como justificativa de sua ausência no ato processual.

É imperiosa, assim, a concessão de medida cautelar à presente ação direta, objetivando suspender a eficácia do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

4 - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB requer:

a) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS** e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como órgãos/autoridades responsáveis pela



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

elaboração da **Lei nº 11.719, de 20/06/2008**, ora questionada, manifeste-se, querendo, no prazo de cinco dias, sobre o pedido de concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99;

b) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10 da Lei nº 9.868/99, para suspender a eficácia do dispositivo legal ora impugnado, ou, ao menos, a parte que trata da multa (“... *sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos*,...”), até o julgamento do mérito;

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação, no prazo de quinze dias, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

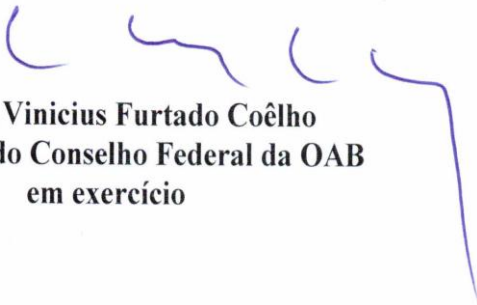
d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República, para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

e) a procedência do pedido de mérito, para que seja **declarada a inconstitucionalidade** do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, com a redação que lhe a Lei nº 11.719/08 ou, ao menos, a parte que trata da previsão de aplicação de multa (“... *sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos*,...”).

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 22 de março de 2010.


Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente do Conselho Federal da OAB
em exercício



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior

OAB/DF 16.275

Rafael Barbosa de Castilho

OAB/DF 19.979

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS ANEXOS:

- DOCUMENTO 01 – Certidão de posse da atual diretoria do Conselho Federal da OAB e procuração aos advogados;
- DOCUMENTO 02 – Leis e atos impugnados.