

Artigo

INTRODUÇÃO:

Na prática do Tribunal de Ética de Ordem dos Advogados é comum serem recebidas representações contra advogados que deixam de repassar valores recebidos em razão do mandato outorgado pelo cliente no curso de processos, como ocorre em casos de levantamento de alvarás ou restituição de valores.

A tese defensiva mais utilizada pelos representados consiste na alegação de que tais valores estariam sendo retidos a título de compensação para o pagamento de honorários advocatícios, razão pela qual fariam jus aos montantes, inexistindo qualquer ilicitude, administrativa, penal ou cível, em suas condutas.

A controvérsia, em regra, cinge-se na alegação do cliente (representante) afirmando ter sido lesado pela ausência do repasse necessário e o advogado (representado) admitindo o recebimento dos valores, mas afirmando que tais valores lhe eram devidos pela prestação do serviço.

Isso porque, como muitas das vezes os contratos firmados não são levados a termo e o ajuste é realizado entre as partes de forma oral, a única prova documental existente na representação é, muitas das vezes, a confirmação judicial de levantamento do valor pelo advogado.

Este cenário, pensando-se de uma perspectiva penal, não seria suficiente para deflagração de ação penal contra o representado, uma vez que caberia à parte lesada e, posteriormente, à acusação, o ônus de provas que os valores foram dolosamente retidos pelo patrono.

Contudo, ao se analisar os deveres éticos da classe profissional, denota-se que cabe ao advogado, no curso da prestação do serviço, esclarecer quaisquer compensações de valores realizadas por ele, mesmo que previstas contratualmente, por meio da prestação de contas.

Apesar da independência entre as esferas administrativa e penal, não se pode negar o impacto da decisão do Tribunal de Ética e Disciplina em eventual procedimento criminal, pois por meio da instrução probatória realizada na esfera administrativa, é possível demonstrar a existência dos elementos objetivo e subjetivo do tipo para adequação da conduta ao crime disposto no art. 168 do Código Penal.

Por outro lado, o grande descrédito que este tipo de conduta traz à advocacia como classe, em razão exclusivamente da atuação negligente de profissionais, em tese, capacitados, revela a necessidade do recrudescimento no tratamento de tais fatos em ambas as esferas.

A RETENÇÃO INDEVIDA DE VALORES DO CLIENTE E A NECESSIDADE DE PRESTAÇÃO DE CONTAS COMO GARANTIA AO ADVOGADO:

A retenção indevida de valores levantados em nome do cliente, com a ausência de repasse e a recusa a prestar contas, configura, a princípio, violação ao Estatuto da Advocacia, em especial ao seu artigo 34, incisos XX e XXI:

“Art. 34 - Constitui infração disciplinar: (...)

XX – locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;

XXI – recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;”

O Conselho Federal da OAB já estabeleceu infração disciplinar de locupletamento é uma infração que não admite a tentativa, uma vez que o dispositivo legal exige sua consumação, expressa pela formulação "locupletar-se, de qualquer forma...". Assim, a conduta analisada no processo disciplinar só pode ser enquadrada no artigo 34, inciso XX, da Lei nº 8.906/94, se houver a efetiva *apropriação indébita* de valores pertencentes ao cliente ou a ele devidos. O advogado não pode ser responsabilizado por tentativa dessa infração disciplinar, pois não há previsão legal para tanto.

Como se vê do entendimento firmado pelo Conselho Federal, os requisitos para adequação da conduta à infração ética muito se assemelham com àqueles que serão necessários para adequação ao tipo penal. Isto se reforça a partir de julgamento, também proferido pelo Conselho Federal, no qual se entendeu pela necessidade de demonstração de “elemento volitivo” capaz de demonstrar o intento de promoção do próprio enriquecimento ilícito:

RECURSO 2008.08.04548-05/SCA-PTU. Rcte.: J.G.G.C. (Adv.: Geraldo Hermógenes de Assis Gott OAB/MG 70627). Rcdos.: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais e Marcelo Leão. Rel.: Conselheiro Federal Gilberto Piselo do Nascimento (RO). EMENTA 173/2010/SCA-PTU. Recurso - Decisão unânime - Violação do art. 34, XX do EOAB - Admissibilidade - Provimento parcial - Desclassificação da infração - Censura convertida em advertência. 1. Vislumbrada superação da restrição do art. 75 do EOAB, deve ser conhecido o recurso, ainda que contra decisão unânime. 2. *A infração do inciso XX do art. 34, do EOAB, reclama demonstração de elemento volitivo, capaz de demonstrar a intenção de locupletar-se a custa do cliente ou o prejuízo efetivo pela tardia prestação de contas.* (...) Brasília, 13 de setembro de 2010. Gilberto Piselo do Nascimento, Presidente da 1ª Turma da Segunda Câmara e Relator. (DJ. 22.11.2010, p. 35) (grifou-se)

A necessidade de demonstração do dolo do representado para cometimento da infração ética de locupletar-se reforça a necessidade de que tais condutas, se apuradas e constatadas pela esfera sancionatória, sejam também encaminhadas às Autoridades Persecutórias para a devida apuração criminal.

Para além, em outro julgamento, o órgão revisor também estabeleceu que a devolução integral dos valores não desconstitui a configuração da infração administrativa, admitindo-se na ocasião que, na hipótese de o representante

(vítima) demonstrar desinteresse no prosseguimento do feito após a quitação do débito, a sanção pode excepcionalmente ser desclassificada para uma mais branda (no caso, de suspensão para censura), sem a descaracterização da infração.

É perceptível como este entendimento se assemelha à figura do arrependimento posterior, disposta no art. 16 do Código Penal, a qual dispõe sobre a redução da pena em casos de reparação voluntária do dano antes do oferecimento da peça inaugural de ação penal pública ou privada, nos casos de crimes sem violência ou grave ameaça.

Nada obstante, o Conselho Federal também já prolatou entendimento de que esta infração ética pode configurar-se, inclusive, com a apropriação de bens móveis do cliente pelo advogado, bem como pela desnecessidade de condenação transitada em julgado na esfera cível que apura responsabilidade ressarcitória para análise e condenação no âmbito administrativo-disciplinar.

As semelhanças entre o direito sancionatório e o direito penal, corroboradas pelos entendimentos exarados pelo Conselho Federal da OAB, se originam justamente do caráter punitivo das decisões procedentes decorrentes dos procedimentos instaurados para instrumentalizar sua aplicação, o que resulta, inclusive, na aplicação subsidiária de princípios do direito processual penal, como, por exemplo, a *ne reformatio in pejus*.

Desta maneira, a prestação de contas (e seu respectivo registro documental) pelo advogado, além de uma obrigação inerente ao ofício, se afigura como uma verdadeira garantia para evitar que procedimentos administrativos e criminais indevidos sejam inaugurados em seu desfavor.

Isso porque, o CFOAB já estabeleceu que a prestação de contas é obrigatória a despeito de qualquer requerimento ou solicitação do cliente, sendo certo que até a omissão é apta para configurar a infração disciplinar, podendo a *mesma* conduta configurar a infração do art. 34, inciso XX, de forma comissiva e a infração do art. XXI de maneira omissiva:

Recurso n. 25.0000.2023.010447-0/SCA-TTU. Recorrente: R.Q. (Advogados: Roberto Crunfli Mendes OAB/SP 261.792 e outros). Recorridos: A.D.F.A., D.D.F.A., M.D.F.A. e P.H.D.A. (Advogado: Jocimar Paulo dos Santos OAB/SP 361.089). Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Jader Kahwage David (PA). Relatora para o acórdão: Conselheira Federal Milena da Gama Fernandes Canto (RN). EMENTA N. 177/2024/SCA-TTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Locupletamento e recusa injustificada à prestação de contas (art. 34, XX e XXI, EAOAB). Infrações disciplinares configuradas. Advogada que recebe valores em nome de cliente, em demanda judicial, e retém indevidamente para si a integralidade dos valores recebidos, pratica a infração disciplinar de locupletamento (art. 34, XX, EAOAB), de forma comissiva. A seu turno, a conduta omissiva, de se manter inerte em seu dever legal de prestar contas e repassar ao cliente o quanto lhe era devido, equipara-se à recusa injustificada à prestação de contas (art. 34, XXI, EAOAB). Condenação disciplinar por essas infrações mantida.

Prejuízo causado a cliente, por culpa grave (art. 34, IX, EAOAB). Inexistência de conduta autônoma, apurada no processo disciplinar, que possa atrair referida tipificação. Prejuízo causado a cliente que decorreria, exclusivamente, das condutas de locupletamento e de recusa injustificada à prestação de contas. Vedação à dupla capitulação de uma mesma conduta. Dosimetria. Ausência de fundamentação idônea para majoração do prazo de suspensão. Recurso parcialmente provido, para afastar da condenação a capitulação do inciso IX do artigo 34 do Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como para reduzir o prazo de suspensão ao mínimo legal de 30 dias. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Terceira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por maioria, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do divergente da Conselheira Federal Milena da Gama Fernandes Canto (RN). Impedido de votar o Representante da OAB/São Paulo. Brasília, 17 de setembro de 2024. Alberto Zacharias Toron, Presidente em exercício. Síldilon Maia Thomaz do Nascimento, Relator ad hoc. (DEOAB, a. 6, n. 1448, 27.09.2024, p. 43).

Neste cenário, a ausência de prestação de contas pelo advogado, *per se*, já configurará a infração ética-disciplinar. Ou seja, não há necessidade alguma de que o advogado seja notificado para prestar contas por seu mandatário para que se viabilize a sanção disciplinar.

Contudo, sua cumulação com a retenção indevida de honorários e consequente condenação pelo locupletamento é bastante para, ao menos, constatar-se indícios suficientes de autoria e materialidade (justa causa) para autorizar o início da persecução criminal.

Nesse sentido, a prestação de contas realizada de maneira rotineira, documentada e escoreita pelo advogado pode, efetivamente, contribuir para a administração da justiça na medida em que se evitará a inauguração de procedimentos despiciendos.

A ADEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA E MEDIDAS NECESSÁRIAS A SEREM TOMADAS PELO TRIBUNAL DE ÉTICA:

Nesse cenário, o advogado que não presta contas ao seu cliente e se apropria de valores ou bens havidos em razão do mandato outorgado poderá incorrer no crime de apropriação indébita, com incidência da causa de aumento de pena disposta no inciso III do art. 168 do Código Penal, se considerando que a violação do dever de prestar contas ao representante.

Contudo, levando-se em conta o caráter subsidiário do direito penal, no curso da instrução probatória da ação, a prova do dolo deverá ser produzida pela acusação, o qual poderá ser constatado a partir da demonstração, p.e., diante da recusa expressa do advogado em prestar contas ao cliente ou no curso do procedimento sancionatório, quando formalmente requisitado.

Por essa razão, é possível concluir que o procedimento sancionatório será essencial para consubstanciar a tese acusatória em crimes dessa natureza, sendo indispensável para eventual constatação do elemento subjetivo do tipo e, em regra, suficiente para sustentar a justa causa para deflagração da ação penal. Isso porque a existência de dolo na conduta, compensação de dívidas e notificação do advogado para prestação de contas são matérias que se confundem com o mérito da ação penal, cuja apuração está afeta ao devido processo legal, sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

A conduta descrita no art. 34, inciso XX, amolda-se, em tese, ao delito descrito no art. 168, §1º, inciso III, do Código Penal;

“Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena.

- 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: (...).

III - em razão de ofício, emprego ou profissão.”

A característica fundamental da apropriação indébita é o abuso de confiança. O agente detinha a lícita posse ou detenção da coisa alheia móvel, a ele confiada pelo ofendido, e, em um determinado momento, passa a comportar-se como se dono fosse, negando-se a devolvê-la (ou, como na hipótese, repassá-la ao cliente), realizando atos de disposição.

Como afirmava Heleno Fragoso, “a posse que deve preexistir ao crime deve ser exercida pelo agente em nome alheio (*nomine alieno*), isto é, em nome de outrem, seja ou não em benefício próprio”.

Para que a violação dos deveres éticos da profissão resulte na penalização da conduta, é necessário que se verifique a posse de maneira lícita, a qual passará a ser inequivocadamente ilícita no momento em que não há a prestação de contas conforme obrigação ética do profissional, apesar da requisição expressa da vítima.

Na situação em análise, a conduta do advogado investigado revela um claro abuso de confiança. Embora o profissional tenha obtido legitimidade para deter temporariamente a posse de valor ou bem de seu cliente/vítima, a partir de uma procuração que lhe conferia tal poder, retém para si os valores sem prestar contas ao verdadeiro proprietário do montante.

A relação entre advogado e cliente deve ser pautada pela confiança, e quando essa confiança é quebrada, abusando o patrono do exercício de seu ofício para se apropriar do dinheiro de seu cliente.

O fundamento da causa de aumento de pena disposta no inciso III do art. 168 reside no fato de que, nas situações descritas, o agente infrator também transgredir os deveres que lhe são próprios em razão do cargo ou função que ocupa, o que justifica uma maior reprovação social.

Tais funções exigem maior dedicação e comprometimento por parte do indivíduo, gerando uma expectativa de segurança e seriedade em suas ações. Em virtude disso, a prática de um ato ilícito nesse contexto merece uma censura mais severa, caracterizando uma violação da confiança atribuída ao exercício de uma função pública.

No contexto específico da advocacia, o advogado, ao receber valores em nome de seu cliente e não repassá-los, além de cometer crime, quebra o vínculo de confiança estabelecido e ainda prejudica toda a classe da advocacia, que passa a ser negativamente retratada devido à conduta inadequada do autor do fato.

O advogado, no exercício de suas funções, tem acesso a recursos do cliente, mas sua responsabilidade é devolvê-los de maneira fidedigna, conforme o contrato de mandato e as determinações judiciais.

Embora seja desafiador identificar o momento exato da consumação do delito, a situação descrita indica que o crime, em regra se consuma, quando o advogado, após levantar os valores, manteve-se omissivo, sem prestar contas ou realizar a devolução à cliente, apesar de instado para tanto, quando passa a ter ciência inequívoca da oposição do proprietário à manutenção da posse sobre a coisa alheia e a necessidade de restituição do bem.

A mora ou simples descaso em devolver não configuram, por si só, apropriação indébita e o *animus rem sibi habendi*, constituindo o fato um mero ilícito civil e não apropriação indébita.

Contudo, a ausência de repasse de valores levantados em razão do mandato outorgado ou prestação de contas, apesar da ciência da oposição do cliente à manutenção da posse, é indicativo da existência de dolo suficiente para propositura da ação penal.

CONCLUSÃO:

Diante dos argumentos expostos, é possível concluir que a retenção indevida de valores recebidos em nome de cliente e a recusa injustificada em prestar contas configuram infrações disciplinares graves para a advocacia, sujeitando o advogado a sanções no âmbito administrativo.

A violação dos deveres éticos da profissão, além de comprometer a confiança que deve pautar a relação advogado-cliente, prejudica a imagem da classe, trazendo-lhe descrédito perante a sociedade.

A prestação de contas, obrigatória e documentada, não é apenas uma obrigação ética, mas uma garantia importante para o advogado, uma vez que

sua ausência pode resultar em complicações jurídicas, principalmente na esfera administrativa, com possíveis consequências na esfera penal.

Como demonstrado, a omissão ou recusa em prestar contas apesar de solicitação do cliente e sua combinação com a retenção de valores, além de caracterizar infração disciplinar de locupletamento, pode configurar apropriação indébita, com aumento de pena conforme o art. 168, §1º, III, do Código Penal.

No âmbito penal, observa-se que a conduta do advogado, ao reter os valores sem a devida devolução ou prestação de contas, não só fere os princípios éticos da profissão, mas também pode configurar crime, caso comprovado o dolo. O processo sancionatório administrativo, nesse contexto, desempenha papel crucial ao evidenciar a existência dos elementos subjetivos do crime, possibilitando, assim, a abertura de ação penal.

Portanto, a responsabilidade do advogado no que tange à administração de valores recebidos em nome de seu cliente deve ser tratada com rigor, sendo imprescindível que a classe mantenha elevados padrões éticos para garantir a integridade da profissão e a confiança do público em sua atuação.

A fiscalização rigorosa dessas condutas e a aplicação das devidas sanções são fundamentais para preservar a reputação da advocacia e assegurar que o exercício da profissão se dê de forma ética, transparente e em consonância com o Estatuto da OAB e o Código de Ética da Advocacia.

BIBLIOGRAFIA:

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial: Crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – (arts. 155 a 212)*. 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2023. (v. 3).

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*, 2. ed. Porto Alegre, Livraria Editora Acadêmica/EDIPUCRS, 1993., v. 1, p. 416.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Recurso n. 49.0000.2019.007778-6/SCA-STU. Recorrente: L.H.F.S.A. (Advogado: Luiz Henrique FREITAS SILVA Araujo OAB/RJ 100.725). Recorrida: S.E.P.S.Ltda. Representante legal: P.V.C.N. (Advogado: Delton Pedroso Bastos Junior OAB/RJ 131.592). Interessado: Conselho Seccional da OAB/Rio de Janeiro. Relatora: Conselheira Federal Sandra Krieger Gonçalves (SC). EMENTA N. 168/2019/SCA-STU.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Proc. 001.822/97/SCA-PE, Rel. Edson Damasceno, j. 08.12.97, DJ 26.12.97, p. 68249.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RECURSO N. 49.0000.2014.001611-0/SCA-TTU. Recte: J.J.S. (Adv: Getúlio

Carneiro Pimenta OAB/GO 27485). Recdos: Conselho Seccional da OAB/Goiás e Sônia Aparecida Pedro. Relator: Conselheiro Federal Gedeon Batista Pitaluga Junior (TO). EMENTA N. 071/2014/SCATTU.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Recurso N. 11.0000.2023.016664-0/SCA-STU. Recorrente: N.O.C. (Advogado: Nivaldo Oliveira da Cruz OAB/MT 10.572/O). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Mato Grosso. Relator: Conselheiro Federal Marcelo Tostes de Castro Maia (MG). EMENTA N. 177/2024/SCA-STU.

Palavras Chaves

Direito Penal. Apropriação Indébita. Advocacia. Infração Ética. Honorários.