

Artigo

A Constituição Federal, em seu artigo 5º., inciso LV, trouxe o direito de defesa como direito individual daqueles que estejam respondendo a processos judiciais e administrativos.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, regido pela Lei nº. 8.904/1994, também faz menção ao “amplo direito de defesa” (artigo 73, §1º), não sem antes deixar claro que “aplicam-se subsidiariamente ao processo disciplinar às regras da legislação penal comum (...)” (artigo 68, primeira parte).

Nossa Lei de regência se preocupou com o direito de defesa (amplo) daqueles que são Requeridos (polo passivo do processo ético-disciplinar), preocupando-se, inclusive, em afastar uma possível revelia, determinando a nomeação de Defensor Dativo quando “o representado não for encontrado” (artigo 73, § 4º). Norma de igual semelhança pode ser encontrada no artigo 261, do Código de Processo Penal.

Esse breve apanhado buscou demonstrar que o direito de defesa é sagrado e que a falta dele encaminhará o processo para o reconhecimento de nulidade por cerceamento de defesa, principalmente quando não existe no feito a Defesa Prévia ou as Razões Finais.

Esse é o entendimento do Conselho Federal:

“(...) A jurisprudência deste Conselho Federal da OAB é pacífica no sentido de que configura nulidade absoluta no processo disciplinar a falta de razões finais especificamente pela parte representada, porquanto constituem fase imprescindível do processo, visto que é o ato processual defensivo por excelência, no qual a parte representada tem a oportunidade de exercer o contraditório sobre as provas produzidas na fase instrutória, as alegações da parte contrária e de impugnar os argumentos lançados no parecer de admissibilidade - como elemento da decisão de instauração do processo disciplinar - e no parecer preliminar, antes de ser julgada a representação pelo Tribunal de Ética e Disciplina”.

Portanto, o processo não pode ser julgado com falhas que maculem o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa. Porém, algumas inversões nesse direito, não raras vezes, podem ser notadas nos processos ético-disciplinares.

Ocorre que, antes mesmo de chegarmos ao Voto do Relator, temos que passar pela instrução processual e nela, muitas das vezes, a juntada de documentos é precária, seja para confirmação do fato, seja para afastá-lo.

Dito isto, cabe ao Requerente, consoante artigo 57, do Código de Ética e Disciplina da Ordem, além de sua qualificação completa (inciso I), a “narração do fato” (inciso II) e a juntada de “documentos que eventualmente a instruem e

a indicação de outras provas a ser produzidas” (inciso III), ou seja, a denúncia formulada contra um advogado não pode conter, tão somente, o que supostamente aconteceu, ela deve estar calcada em provas mínimas de autoria e materialidade ou, então, que a parte queixosa indique onde tais provas possam ser obtidas, caso não tenha conseguido cópias.

Fazendo um paralelo com o Processo Penal, caso uma denúncia não atenda aos requisitos de seu artigo 41 ou que não traga nenhum elemento mínimo de autoria e de materialidade contra a pessoa denunciada, o Magistrado deverá rejeitá-la, por ser inepta ou por falta de justa causa, respectivamente.

No processo ético-disciplinar não seria diferente. O Relator, “atendendo aos critérios de admissibilidades, emitirá parecer propondo a instauração de processo disciplinar ou o arquivamento liminar da representação” (artigo 58, § 2º, do Código de Ética e Disciplina).

Para nós, essa admissibilidade deve, necessariamente, passar pela presença de requisitos mínimos de autoria, ser o Requerido Advogado, por exemplo, e de materialidade, que os fatos estejam amparados em provas.

Neste ponto, não podemos admitir que se instaure um processo correccional que não contenha provas. A simples narrativa do fato, sem qualquer elemento básico que a subsidie, deve levar ao indeferimento liminar da representação. O queixoso, deveria ser notificado para sanar uma possível inépcia de sua representação e, não fazendo, a inicial deve ser remetida ao arquivo, pois não cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina fazer o papel de acusador, instrutor e julgador. Se a falha não é corrigida por quem de direito, não deve o Relator saná-la.

Instaurado o processo disciplinar, o Advogado representado deve ser intimado para ofertar sua Defesa Prévia e, neste ponto, devemos atentar para a correta intimação.

Aduz o artigo 137-D, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, que:

“Art. 137-D A notificação inicial para a apresentação de defesa prévia ou manifestação em processo administrativo perante a OAB deverá ser feita através de correspondência, com aviso de recebimento, enviada para o endereço profissional ou residencial constante do cadastro do Conselho Seccional.

- 1º Incumbe ao advogado manter sempre atualizado o seu endereço residencial e profissional no cadastro do Conselho Seccional, presumindo-se recebida a correspondência enviada para o endereço nele constante.
- 2º *Frustrada a entrega da notificação de que trata o caput deste artigo, será a mesma realizada através de edital, a ser publicado na imprensa oficial do Estado”.*

Não entrando no campo do endereço sempre atualizado, o que sustentamos é que deve ser inequívoca a certeza de ter sido o Advogado representado notificado para apresentação de sua petição de bloqueio.

Há quem entenda que o envio da notificação para o endereço constante nos cadastrados da Ordem já seja o suficiente para se considerar válida a notificação. A orientação do Conselho Federal caminha nesse mesmo sentido. Ousamos discordar.

Estamos falando de processo sancionador, punitivo e que acarreta graves consequências na vida profissional do Advogado. Supor que alguém tenha recebido alguma coisa, pelo simples fato de ter sido encaminhada para o endereço sabido, é romper com o devido processo e, mais do que isso, com o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O § 2º, transcrito acima, é claro ao dizer que “frustrada a entrega da notificação”, o Requerido deverá ser notificado através de Edital, publicado na ‘imprensa oficial’. A Lei não traz normas supérfluas.

Frustrada, entre outros significados, é aquilo que não produz seus efeitos. Neste contexto, a notificação, para produzir seus efeitos e iniciar o lapso temporal para apresentação da Defesa Prévia, deve chegar ao efetivo conhecimento do Requerido. Não por acaso, a correspondência deve se dar com “aviso de recebimento”, o que garantiria a assinatura por parte do Advogado.

Nosso Regulamento coaduna com o Código de Processo Penal que, em seu artigo 361, determina que “se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”. É uma modalidade de citação ficta, assim como é a que está no Regulamento Geral e é muito mais confiável, já que todos os Advogados acompanham suas publicações nos Diários Oficiais, presumindo, essa sim, ter sido o Requerido cientificado para que oferte sua Defesa Prévia.

Portanto, sem a publicação por Edital, satisfazendo a letra da Lei e esgotadas todas as possibilidades de se encontrar e notificar o Advogado, os autos não podem ser encaminhados para o Defensor Dativo para que atue nos interesses do Requerido, sob pena de nulidade, pois não respeitada a marcha processual, violando o devido processo legal e, mesmo que sejam enviados, a nulidade deve ser apontada pelo Dativo.

Não seguir esse caminho, é transformar em letra morta o que dispõe o § 2º, do artigo 137-D, do Regulamento Geral.

De qualquer modo, há quem entenda que a Defesa Prévia, um dos primeiros atos defensivos, quando o Relator não pede ao Representado que preste esclarecimentos, o que já seria uma forma de afastar a representação, seria o momento para que toda matéria de defesa fosse posta, objetificando o arquivamento da representação.

Pensamos que cabe ao Advogado representado a verificação da necessidade de, nesse início da persecução disciplinar, juntar documentos ou não. Caberia a ele, também, considerar o interesse, para sua defesa, de tentar afastar, por completo, a representação.

O § 3º, do artigo 59, do Código de Ética e Disciplina permite ao Representado que junte documentos que “possam” instruir sua Defesa Prévia, não sendo uma imposição legal, até porque, não compete ao Tribunal de Ética e Disciplinar determinar como deve ser feita e o que deve estar na defesa. O artigo, é uma mera direção, que poderá ou não, ser seguida nesse momento do processo.

É importante destacar, que essa faculdade do Advogado representado é diferente da necessidade que tem o Requerente de bem fundamentar e comprovar sua representação, pois é dela (dos fatos) que o Requerido poderá exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Portanto, não se pode, sequer, tentar comparar tais petições.

Durante a instrução, muitas das vezes nenhum documento é juntado pelas partes e aqui nasce um problema. Poderia o Relator diligenciar e buscar comprovar a veracidade das denúncias? Respondemos peremptoriamente que não.

Cabe ao denunciante confirmar os fatos que alega, como já dissemos. Se o Relator verificar que falta alguma informação como, por exemplo, o documento comprobatório de levantamento de valores ou algo que confirme o vínculo entre as partes, não deverá determinar que tal lacuna seja sanada. Neste aspecto, concordamos com nossa melhor doutrina:

“Exemplificando a problemática, vigora no processo disciplinar o princípio da inocência, cabendo à parte Requerente comprovar os fatos narrados no libelo acusatório. Assim, analisaremos a seguinte situação fictícia: determinado cliente ingressa com representação em face de seu advogado, afirmando que este recebera, através de alvará de levantamento, determinada quantia em seu nome, sem que realizasse o necessário repasse. Seu libelo acusatório não está instruído com a comprovação de que o advogado tenha sido o responsável pelo levantamento da quantia. (...) o Relator determina a expedição de ofício à instituição financeira, de forma a que esta demonstre quem teria sido o responsável pelo levantamento da quantia.

(...)

Ora, no exemplo acima, resta evidente, a nosso ver, que a conduta do Relator extrapolou sua competência, visto que o libelo acusatório não requereu a expedição de tal ofício e, tampouco a defesa prévia, sendo a atuação do Relator prejudicial à defesa do Requerido (...).”

É a posição que entendemos correta, merecendo apenas um acréscimo. Se há falhas na documentação comprobatória, o caso é de indeferimento liminar da representação, como sustentado. Assim, não entendemos crível que um processo chegue em fase tão avançada com falhas na instrução probatória que

deveria ter sido verificada quando do protocolo da representação. Além de ferir garantias constitucionais, despense grande recurso humano e financeiro da Ordem.

Instrução concluída, o Parecer Preliminar, diante dessa opacidade probatória, deverá encaminhar sua conclusão para improcedência da representação, invocando o princípio do *in dubio pro reo*, vez que na dúvida, o desfecho seja favorável ao réu, aqui na ação disciplinar, Requerido. Assim, estará garantido o princípio da presunção de inocência, cláusula pétrea em nossa Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVII).

Já em estágio avançado, chega o processo para Voto do Relator e entendemos que alguns cuidados devem ser tomados, principalmente o da imparcialidade.

Muitas das vezes o processo chega para ser julgado com uma quantidade e qualidade de provas ínfimas, trazendo dúvidas para o Relator que irá elaborar o Voto. Neste mesmo cenário, em diversos processos, as Defesas Prévias e as Razões Finais foram apresentadas pela Defensoria Dativa, que carece de maiores informações para lastrear uma tese defensiva de mérito.

A despeito dessa precariedade, a Defensoria Dativa deve, sempre, buscar a absolvição, trazendo à lume o princípio do *in dubio pro reo*, quando não pugnar pela absolvição por negativa de autoria, pois muitas das vezes, há fragilidade em se confirmar um vínculo entre o Requerente e o Advogado denunciado. Conhecer todo o processo é fundamental para bem exercer tão nobre encargo.

Neste mesmo rumo deve proceder o Relator. Não há espaços para sancionar um Advogado, por pior que seja sua Ficha de Antecedentes Disciplinares, que não teve contra si um processo que respeitou o devido processo ou que não tenha sido bem instruído.

Nulidades, principalmente àquelas que afetam o direito de defesa e, por óbvio, nossa Carta Política de 1988 (nulidade absolutas), devem ser declaradas de ofício, mesmo que isso faça prescrever a possibilidade de punir um Advogado comprovadamente culpado.

Da mesma forma, uma desconfiança de que a infração foi praticada, pela prova juntada, não pode ser suficiente para subsidiar o Voto condenatório. Como exemplo, se o Requerente diz que o Advogado não lhe repassou valores recebidos e deixa de comprovar, durante toda instrução processual que, de fato, o Requerido recebeu e não repassou, por mais que tenha se confirmado um vínculo profissional entre os envolvidos, a punição não pode existir, já que não se comprovou, documentalmente, o recebimento.

O ônus de provas, é de quem o alega, merecendo destaque a norma que está o Código de Processo Penal: “*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício” (artigo 156).

Neste giro, por mais que a Defensoria Dativa tenha atuado em todos os atos do processo ético, não poderá pesar contra o Advogado denunciado sua ausência

às notificações enviadas. Um possível, digamos, desrespeito aos chamamentos do Tribunal de Ética e Disciplina não servem como argumentação idônea para encaminhar a fundamentação do Voto para se condenar. Não há revelia, tampouco o silêncio pode ser interpretado em desfavor do acusado.

Por fim, ainda quando do julgamento, jamais podemos considerar processo(s) em andamento, sem conclusão definitiva (trânsito em julgado), como maus antecedentes ou como preconceitos ocultos no sentir do Relator, pois:

“A existência de processo disciplinar em andamento, mas sem trânsito em julgado, de eventual infração disciplinar, *não poderá servir de base para afastar a atenuante, devendo neste caso, o advogado ser considerado primário, já que as vias recursais poderão torná-lo isento daquela acusação*”.

Como conclusão, o que devemos ter, sejamos Relatores ou Defensores Dativos, é a obediência *irrestrita* ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. O Tribunal de Ética e Disciplina, para além de punir, deve garantir aos seus um justo e correto processo. Deve entregar para sociedade uma resposta legal para demandas protocoladas, jamais sendo parcial em fatos delicados, mesmo que isso desagrade. Aqui, também devemos fazer justiça, pois “é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente” (Voltaire).

Referências Bibliográficas:

PINHEIRO, Marcelo Rabelo; CAMPOS, Thiago Camel de. Processo Ético-disciplinar na OAB, Teoria e Prática, Livro I – Fase de Conhecimento. 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2024.

GONZAGA, Alvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. Estatuto da Advocacia e Código de Ética e Disciplina da OAB Comentados. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

Palavras Chaves

Processo ético-disciplinar; Devido processo legal; Relatores; Defensores Dativos; Julgamento.