

Reincidência em infração disciplinar

Renata Soltanovitch

São Paulo – janeiro/2020

1ª edição

SOBRE A REINCIDÊNCIA EM INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Uma das causas de suspensão do exercício profissional do advogado é a reincidência em infração disciplinar, conforme se verifica pela leitura do artigo 37, II, do Estatuto da Advocacia:

Art. 37. A suspensão é aplicável nos casos de:

...

II - reincidência em infração disciplinar.

E independe de, como sanção anterior, ter sido aplicada a pena de censura e a infração ora cometida ter, como pena base, também a pena de censura.

Caso o advogado seja reincidente em infração disciplinar (qualquer que seja ela), com pena anterior transitada em julgado, certamente a pena a ser aplicada será a de suspensão do exercício profissional.

Embora a reincidência se refira à repetição de condutas ilícitas, não há necessidade de que tais condutas infracionais sejam idênticas.

O conceito de reincidência do Estatuto da Advocacia é genérico e não específico, ou seja, tanto faz a infração cometida.

Porém, se o advogado é reincidente em infração disciplinar, o critério objetivo a ser aplicado é, em tese, o da pena de suspensão do exercício profissional.

Entretanto, entendo que há critérios que devem ser observados pelo julgador na aplicação da pena de suspensão do exercício profissional, levando em consideração a reincidência.

É importante notar que, para a configuração da reincidência, ainda que a infração disciplinar seja diversa da anterior, deve a primeira sanção aplicada já ter transitado em julgado.

De qualquer sorte, há necessidade de se ponderarem alguns critérios na dosimetria da pena, como será observado nas linhas abaixo.

REINCIDÊNCIA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA PENA BASE

Como premissa básica, no primeiro momento, a reincidência em infração disciplinar, conforme indicativo do inciso II do artigo 37 do Estatuto da Advocacia, deve observar a condição de que o processo disciplinar anterior tenha transitado em julgado, independentemente de ter o advogado cometido esta nova infração disciplinar cuja pena originária seria a de censura.

Neste sentido:

RECURSO N. 49.0000.2017.010504-5/SCA-STU. Recte: Y.T. (Adv: Yrley Teles OAB/MG 60963). Recdo: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais. Relator: Conselheiro Federal Antonio Adonias Aguiar Bastos (BA). EMENTA N. 073/2018/SCASTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Prescrição intercorrente. Inocorrência. Ausência de paralisação do processo disciplinar por lapso temporal superior a 03 (três) anos, pendente de despacho ou julgamento. Majoração da sanção disciplinar de censura para suspensão, em razão da reincidência. Inteligência do art. 37, II, do EAOAB. Recurso improvido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Segunda Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Minas Gerais. Brasília, 16 de abril de 2018. João Paulo Tavares Bastos Gama, Presidente em exercício. Antonio Adonias Aguiar Bastos, Relator. (DOU, S.1, 19.04.2018, p. 65)

Cabe ressaltar que a aplicação da pena de reincidência leva em consideração a pena anterior já transitada em julgado e nunca em andamento.

E mais: que, no tempo da nova infração cometida, tenha já o processo disciplinar transitado em julgado.

RECURSO N. 49.0000.2017.004552-7/SCA-PTU-ED. Embtes: C.L.B. e G.H.B. (Adv: Rafael Fausel OAB/SC 20384). Embdo: Acórdão de fls. 273/282. Rectes: C.L.B. e G.H.B. (Advs: Nélcio Abreu Neto OAB/SC 25105, Rafael Fausel OAB/SC 20384 e outros). Recdo: Conselho Seccional da OAB/Santa Catarina. Relator: Conselheiro Federal João Paulo Setti Aguiar (AC). EMENTA N. 113/2018/SCA-PTU. Embargos de declaração. Omissão. Acolhimento. Atribuição de efeitos infringentes. Dosimetria. Condenação disciplinar sem o trânsito em julgado ao tempo da nova infração disciplinar. Ausência de reincidência. Acolhimento dos

embargos de declaração, para sanar a omissão apontada e, conseqüentemente, atribuir-lhes efeitos infringentes, para cominar ao primeiro embargante a sanção disciplinar de censura, sem conversão em advertência, dada à gravidade dos fatos, e reduzir o prazo de suspensão do exercício profissional para 30 (trinta) dias, em relação ao segundo embargante. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em acolher os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Brasília, 6 de agosto de 2018. Carlos Roberto Siqueira Castro, Presidente. Elton Sadi Fülber, Relator ad hoc. (DOU, S. 1, 10.08.2018, p. 172)

Porém, entendo que é importante observar a data da infração disciplinar anterior para fins de reincidência e não o momento da aplicação da nova pena, quando do julgamento da Turma Disciplinar deste novo processo disciplinar.

Em recente decisão, o Conselho Federal entendeu que a reincidência somente é aplicada se, no momento da infração disciplinar cometida objeto de julgamento, o advogado já teria, contra si, a aplicação de alguma outra infração disciplinar transitada em julgado.

Ou seja, quando da aplicação da pena disciplinar, deve-se observar não apenas o trânsito em julgado de um processo anterior, mas sim se, na data em que o advogado cometeu a infração disciplinar objeto do julgamento, ele já teria, contra si, decisão transitada em julgado anterior.

Caso não tenha tido decisão transitada em julgado quando da prática da nova infração disciplinar objeto do julgamento, não se deve aplicar a agravante indicativa do artigo 37, inciso II, do Estatuto da Advocacia.

Neste sentido:

RECURSO N. 49.0000.2018.009698-2/SCA-PTU. Recorrente: G.K.P. (Advogada: Greicy Kerol Patrizzi OAB/PR 35.028). Recorrido: Conselho Seccional da OAB/Paraná. Relatora: Conselheira Federal Fernanda Marinela de Sousa Santos (AL). EMENTA N. 033/2019/SCA-PTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Acórdão unânime e definitivo de Conselho Seccional. Alegação de nulidade processual. Conhecimento parcial. Recurso parcialmente provido. 1) A jurisprudência deste Conselho Federal da OAB tem se firmado no sentido de que após a decretação da revelia do advogado representado e a nomeação de defensor dativo torna-se desnecessária a notificação do próprio advogado representado para os atos do processo, visto que demonstrado desinteresse em colaborar com a apuração dos fatos e por passar a ter sua defesa patrocinada pelo defensor nomeado, o qual passa a ser notificado de todos os atos do processo. 2) Por sua vez, a jurisprudência desta Turma tem se firmado no sentido de que somente se pode cogitar de agravamento da sanção disciplinar com fundamento na reincidência se houver condenação disciplinar anterior transitada em julgado na data em que ocorreram os fatos objeto de apuração do novo processo disciplinar, vale dizer, só se cogita de reincidência se à data em que o advogado pratica nova conduta antiética ou infracional já houve contra si condenação ético-disciplinar anterior, com o trânsito em julgado. 3) Em relação ao mérito recursal, constatando-se que as teses recursais veiculam apenas matéria fática, o recurso não pode ser conhecido, por ausência de seus pressupostos de admissibilidade. 4) Recurso parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido, para afastar da condenação a multa acessoriamente cominada, mantendo, no mais, a condenação imposta pelas instâncias de origem em todos os seus termos, não conhecido o recurso no mérito. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar provimento, nos termos do voto da Relatora. Impedido de votar o representante da OAB/Paraná. Brasília, 19 de março de 2019. Juliano Breda, Presidente em exercício. João Luis Lôbo Silva, Relator ad hoc. (DEOAB, a. 1, n. 60, 23.06.2019, p. 9)

E faz sentido a referida decisão acima.

Se pensarmos que a reincidência é a prática de nova infração disciplinar, deve ser observado que a primeira infração disciplinar só pode ser considerada definitiva com o trânsito em julgado do processo disciplinar que a apurou.

Pois bem, levando em consideração este raciocínio, o reincidente só o é se, no tempo da nova infração disciplinar cometida (do ato ilícito), a anterior já havia transitado em julgado.

E mais: se a primeira infração disciplinar ocorreu há mais de 5 anos (independentemente do trânsito em julgado), deveria ser afastada a reincidência, ainda que não aplicadas as atenuantes por bons antecedentes, ou seja, podendo ser aplicado o aumento de pena por maus antecedentes.

Veja decisão para fins de reflexão:

[...] À luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de

reincidência. Podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal. [...] (HC 230.210/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014)

E, de novo, a reincidência ocorre desde que a nova infração disciplinar – leia-se ato ilícito – tenha sido praticada quando a anterior infração já tenha sua pena transitada em julgado.

É necessário repetir este raciocínio.

Observe neste sentido a decisão do Conselho Federal:

RECURSO N. 49.0000.2018.008175-0/SCA-TTU-Embargos de Declaração. Embargante: M.M.C. (Advogado: Marcos Monteiro Cândido OAB/SP 187.711). Embargado: Acórdão de fls. 306/308. Recorrente: S.P.S. (Advogados: Solange Pantojo de Souza OAB/SP 98.926 e outro). Recorrido: M.M.C. (Advogado: Marcos Monteiro Cândido OAB/SP 187.711). Interessado: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Helder José Freitas de Lima Ferreira (AP). EMENTA N. 051/2019/SCA-TTU. Embargos de declaração. Ausência de omissão. Condenação disciplinar sem o trânsito em julgado não pode ser considerada para fins de reincidência. Embargos de declaração rejeitados. 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 unanimidade, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/São Paulo. Brasília, 9 de abril de 2019. Renato da Costa Figueira, Presidente. Helder José Freitas de Lima Ferreira, Relator. (DEOAB, a. 1, n. 73, 12.4.2019, 33)

Então temos dois pressupostos para caracterizar a reincidência, ou seja, (i) quando da aplicação da pena de suspensão do exercício profissional, só pode ser considerado reincidente se, na data desta infração objeto de julgamento, a anterior já tiver transitado em julgado; e mais: (ii) deve ser observado, ainda, se, no cometimento da nova infração disciplinar – data da prática do ato e não da aplicação da pena –, foi realizada quando a primeira já havia transitado em julgado, pois, caso contrário, não teremos reincidência e sim, apenas, quando muito, maus antecedentes.

Aliás, um assunto delicado é discutir maus antecedentes e a possibilidade de considerar os referidos apontamentos na folha de antecedentes para aplicação da pena.

Isto é, se se deve ou não observar as anotações na certidão sobre a existência ou não de representações em andamento, conforme está indicado no § 2º do artigo 58 do Código de Ética e Disciplina:

Art. 58. Recebida a representação, o Presidente do Conselho Seccional ou o da Subseção, quando esta dispuser de Conselho, designa relator, por sorteio, um de seus integrantes, para presidir a instrução processual.

...

§ 2º Antes do encaminhamento dos autos ao relator, serão juntadas a ficha cadastral do representado e certidão negativa ou positiva sobre a existência de punições anteriores, com menção das faltas atribuídas. Será providenciada, ainda, certidão sobre a existência ou não de representações em andamento, a qual, se positiva, será acompanhada da informação sobre as faltas imputadas.

Entendo que esta juntada de certidão viola o princípio da presunção da inocência, uma vez que o advogado poderá sofrer

prejuízo quando da aplicação da pena, já que há a possibilidade de serem considerados estes supostos maus antecedentes como critério de não diminuição da pena ou aplicação da pena base no mínimo legal.

Neste sentido:

RECURSO N. 49.0000.2016.003659-4/SCA-PTU. Recte: A.L.E. (Adv: André Luis Evangelista OAB/SP 268581). Recdo: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relator: Conselheiro Federal Carlos Roberto Siqueira Castro (RJ). EMENTA N. 074/2017/SCA-PTU. Recurso ao Conselho Federal contra decisão unânime proferida pela Seccional Paulista. Alegação de ausência de provas da prática da infração. Reexame de provas. Impossibilidade. Conversão da censura em advertência. Ausência de punição disciplinar anterior transitada em julgado. Circunstância atenuante. Direito subjetivo do advogado. Precedentes. A existência de processos disciplinares em andamento, ainda que com decisões condenatórias sem trânsito em julgado, não pode ser considerada como maus antecedentes, sob pena de ofensa ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CRFB). Recurso parcialmente provido para converter a sanção de censura em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do advogado, nos termos do artigo 36, parágrafo único, c/c art. 40, inciso II, da Lei n.º 8.906/94. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Turma da Segunda Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 3 de abril de 2017. Everaldo Bezerra Patriota, Presidente em exercício. Elton Sadi Fülber, Relator ad hoc. (DOU, S.1, 07.04.2017, p. 125)

Portanto, se for para prejudicar o advogado, não devem ser levados em consideração, apenas ficando juntados aos autos para efeito de determinação do Código de Ética.

É necessário que as referidas certidões juntadas aos autos tenham a data de cada infração cometida anteriormente, para efeito de análise de reincidência, conforme apontado alhures.

DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA **A SER APLICADA AO ADVOGADO**

A fixação da pena a ser aplicada ao advogado faltoso, principalmente a restritiva de direitos, tal como a suspensão do exercício profissional por prazo determinado ou até mesmo indeterminado, quando pensamos na suspensão do advogado até que preste novo exame de ordem, ou ainda até que preste contas para seu cliente, devolvendo o valor indevidamente retido, deve ser cuidadosamente examinada pelo colegiado¹.

Vale a pena a leitura de ambos os parágrafos da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia:

Artigo 37 – A suspensão é aplicável nos casos de:

I – infrações definidas nos incisos XVII a XXV do artigo 34.

....

§ 2º Nas hipóteses dos incisos XXI e XXIII do art. 34, a suspensão perdura até que satisfaça integralmente a dívida, inclusive com correção monetária.

§ 3º Na hipótese do inciso XXIV do art. 34, a suspensão perdura até que preste novas provas de habilitação.

¹ Lembrando o leitor que é a Turma Disciplinar que julga e aplica a pena, acolhendo ou não o voto do Relator. Daí a importância da sustentação oral no dia do julgamento.

Só para facilitar a leitura e não perder o raciocínio sobre o tema, os incisos do artigo 34 acima citados têm a seguinte redação:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

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

XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;

XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional;

Os julgadores, ao aplicarem a pena de suspensão do exercício profissional, devem ficar atentos às datas das infrações disciplinares cometidas anteriormente, antes de aplicar a reincidência.

Ora, se quando cometeu a segunda infração disciplinar o advogado ainda não tinha contra si uma decisão transitada em julgado da primeira infração disciplinar, não se pode afirmar ser ele reincidente, ainda que, em tese, tenha maus antecedentes.

Mas ainda irei dedicar um ebook às demais sanções disciplinares acima citadas, pois elas têm um olhar, pelo julgador, muitas vezes de caráter objetivo. Neste ebook não se tem o foco nelas, mas sim na questão envolvendo a reincidência.

Voltando ao tema, a análise da medida da punição que deve ser aplicada, com a perspectiva dos antecedentes do advogado

faltoso, tem um caráter subjetivo e filosófico que deve ser cuidadosamente apreciado.

Percebe-se que o inciso apenas indica a aplicação da pena de suspensão do advogado no exercício profissional, sem apontar o tempo desta suspensão, se é de 30 dias a 12 meses, conforme dispõe o § 1º do artigo 37 do Estatuto da Advocacia:

§ 1º - A suspensão acarreta ao infrator a interdição do exercício profissional, em todo o território nacional, pelo prazo de 30 dias a doze meses, de acordo com o critério de individualização previstos neste capítulo

E é nesta individualização da pena que deverá o julgador observar os critérios de reincidência acima analisados, como também os critérios atenuantes e principalmente os antecedentes profissionais do advogado, conforme o comando do artigo 40 do Estatuto da Advocacia:

Art. 40. Na aplicação das sanções disciplinares, são consideradas, para fins de atenuação, as seguintes circunstâncias, entre outras:

I - falta cometida na defesa de prerrogativa profissional;

II - ausência de punição disciplinar anterior;

III - exercício assíduo e proficiente de mandato ou cargo em qualquer órgão da OAB;

IV - prestação de relevantes serviços à advocacia ou à causa pública.

Parágrafo único. Os antecedentes profissionais do inscrito, as atenuantes, o grau de culpa por ele revelada, as circunstâncias e as conseqüências da infração são considerados para o fim de decidir:

a) sobre a conveniência da aplicação cumulativa da multa e de outra sanção disciplinar;

b) sobre o tempo de suspensão e o valor da multa aplicáveis.

É importante que o julgador tenha a extrema consciência e o entendimento desta individualização para que observe com cautela a proporcionalidade entre a gravidade do ato praticado e a pena de suspensão a ser aplicada.

Este princípio da proporcionalidade e da individualização da pena, com observância rigorosa aos incisos I a IV do artigo 40 do Estatuto da Advocacia, pode fazer com que o julgador, mesmo em caso de reincidência, não aplique a pena de suspensão do advogado do exercício profissional, desde que o faça de forma fundamentada.

Parece-me também importante o julgador observar se o ato praticado pelo advogado teve alguma repercussão na esfera judicial, seja cível ou criminal.

Embora haja independência entre as instâncias, é importante ter uma congruência nas decisões, devendo, inclusive, o julgador sopesar algumas destas questões quando do julgamento pelo colegiado.

RECURSO N. 49.0000.2018.004486-4/SCA-TTU. Recte: S.T.B. (Adv: Suzana Trelles Brum OAB/RS 21514). Recdo: Conselho Seccional da OAB/Rio Grande do Sul. Relator: Conselheiro Federal Guilherme Octávio Batochio (SP). EMENTA N. 161/2018/SCA-TTU. Recurso ao Conselho Federal da OAB. Condenação disciplinar por locupletamento. Absolvição, pelos mesmos fatos, na esfera criminal, com trânsito em julgado. Absolvição penal que deve ser estendida à esfera disciplinar. Precedentes. Discussão na esfera cível, em ação de cobrança. Recurso

provido, para julgar improcedente a representação. 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 unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Brasília, 3 de setembro de 2018. Guilherme Octávio Batochio, Presidente em exercício e Relator. (DOU, S. 1, 10.09.2018, p. 140)

Aqui é importante ressaltar que a pena a ser aplicada ao advogado é sempre pessoal, ou seja, não se aplica a pena à sociedade de advogados ou a todos os que estavam incluídos na procuração.

O ato infracional é de responsabilidade pessoal, ao advogado que praticou o ato.

O advogado responde pela medida de sua culpabilidade.

Neste sentido:

RECURSO N. 49.0000.2016.007684-3/SCA-TTU. Recte: M.R.C.V. (Advs: Márcio Rogério Cunha Vinagre OAB/PA 5785 e outra). Recdo: CERPA.S/A. Repte. legal: H.I.J.S. (Advs: Fábio Pereira Flores OAB/PA 13274 e outros). Interessados: Conselho Seccional da OAB/Pará e G.F.F. (Adv: Gustavo Freire da Fonseca OAB/PA 12724). Relator: Conselheiro Federal Adilar Daltoé (TO). EMENTA N. 066/2017/SCATTU. Recurso ao Conselho Federal. Responsabilidade disciplinar. Princípio da responsabilização pessoal. Ilegitimidade passiva do advogado representado. Recurso provido. 1) No âmbito disciplinar, diferentemente da esfera cível, aplica-se o princípio da responsabilidade pessoal, segundo o qual somente pode ser condenado disciplinarmente o advogado que pratica os atos infracionais ou com eles guarda relação direta, não podendo ser responsabilizado, na esfera

disciplinar, por atos praticados por outros advogados integrantes da sociedade de advogados ou mesmo advogados empregados, limitando-se essa responsabilidade à esfera cível. 2) Recurso provido, para julgar improcedente a representação. 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 unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Pará. Brasília, 13 de março de 2017. Renato da Costa Figueira, Presidente em exercício. Adilar Daltoé, Relator. (DOU, S.1, 20.03.2017, p. 161)

Destaquei esta informação pois, ao longo dos anos, ao estudar processos disciplinares, vi muito representante requerendo a punição da sociedade ou de todos os advogados que a integravam, sem observar a individualidade daquele que, em tese, cometeu a infração disciplinar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta aqui não é esgotar o tema, mas sim fomentar o debate. Assim, fique à vontade em comentar ou enviar mais material sobre o assunto, enviando um email para soltan.vieira@terra.com.br.

Fique atento à data/ano da publicação dos ebooks, pois os temas podem ser atualizados de acordo com as decisões do Conselho Federal.

No meu site www.vicentevieirasoltanovitch.adv.br, há mais ebooks sobre processo ético disciplinar da OAB, e, no meu

Renata Soltanovitch

Instagram @renatasoltanovitch, sempre compartilho posts sobre o tema.

Boa leitura!!!!