



Exmo. Sr. Dr. Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) apresenta a seguir comentários ao anteprojeto de Código de Ética e Disciplina, opinando pelo afastamento de propostas que implicam em nítido prejuízo ao direito de defesa:

1) Artigo 3º:

Art. 3º O advogado deve pugnar pela aplicação do Direito em regime de igualdade entre as partes, contribuindo com a sua pregação cívica no sentido de que os desníveis sociais não constituam empecilhos à plena realização da Justiça.

O anteprojeto reformula a redação anterior do artigo 3º, que assim previa: “O advogado deve ter consciência de que o Direito é um meio de mitigar as desigualdades para o encontro de soluções justas e que a lei é um instrumento para garantir a igualdade de todos”.

A redação anterior deve prevalecer. A mudança pretendida pelo anteprojeto apresenta termos imprecisos, como “pregação cívica” e, principalmente, sugere que o advogado deve pugnar pela “igualdade entre as partes”, dando a entender que esta atuação irá ocorrer durante o processo.

A ideia de pregação cívica é estranha ao vocabulário de nossa prática e à nossa deontologia, e o modo como é colocada aqui a ideia de igualdade entre as partes pode provocar confusão, na medida em que o dever do advogado é o de representar e defender o seu constituinte. A situação é ainda mais relevante no



âmbito do processo criminal, em que a parte a ser enfrentada é o Ministério Público, com toda sua estrutura de poderes e prerrogativas cada vez mais amplos.

Portanto, a alteração prejudica o direito de defesa na medida em que obriga o advogado, no decorrer do processo, a zelar pelos interesses da parte adversa.

2) Artigo 38:

Art. 38. Na hipótese em que terceiro seja acusado da prática de crime cuja autoria lhe haja sido confessada pelo cliente, o advogado deverá renunciar ao mandato, ficando livre, em seguida, da preservação do sigilo profissional, para agir segundo os ditames de sua consciência e conforme as circunstâncias recomendarem.

O anteprojeto do Código de Ética prevê, em seu artigo 38, **grave ofensa ao direito de defesa**, consistente na obrigação de renúncia e possibilidade de violação do sigilo profissional por parte do Advogado na “hipótese em que terceiro seja acusado da prática de crime cuja autoria lhe haja sido confessada pelo cliente”. A alteração ofende o princípio constitucional da ampla defesa, pois impede a livre comunicação entre cliente e advogado. A eventual ineficiência do Estado ao acusar um inocente não pode ser corrigida mediante a transformação do Advogado em um delator.

Inicialmente, há de se apontar que a exposição de motivos, com relação ao artigo 38, afirma ser a renúncia do mandato uma “recomendação” ao advogado. Na realidade, da simples leitura do referido artigo, se extrai a ideia de obrigatoriedade na renúncia, eis que o texto é claro ao impor: “(...) *advogado deverá renunciar ao mandato (...)*”.



O direito a ampla defesa consagra a prerrogativa de não auto-incriminação, que se desdobra no direito ao silêncio e no direito de não colaborar na produção de prova em favor de sua incriminação. Tais direitos estão protegidos pela Constituição Federal e por tratados internacionais assinados pelo Brasil:

“O direito de não auto-incriminação contém várias dimensões (direito ao silêncio, direito de não declarar com si próprio, direito de não confessar, direito que não ceder seu corpo para produção de prova etc.). Dentre elas está, evidentemente, o direito ao silêncio, que está contemplado expressamente tanto na CF brasileira como na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º (cf. LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, "Direito Penal - Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica", vol. 4/106; SYLVIA HELENA DE FIGUEIREDO STEINER, "A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos e Sua Integração ao Processo Penal Brasileiro", p. 125, item n. 4.4.7, 2000, RT, v.g.).

O acusado, portanto, possui o direito constitucional de não colaborar com a investigação, cabendo ao Estado, exclusivamente, a obrigação de provar a culpa do autor do fato:

“Na realidade, ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que nunca se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão estatal e que,



condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe, ao órgão acusador, o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta, ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.” (STF, Min. Celso de Mello, HC 96.219-0, 09/10/08, grifos nossos)

Nosso ordenamento constitucional não admite que o ônus de provar o crime seja transferido para o advogado, mesmo que sob o pretexto de se evitar um possível erro judiciário ou eventual impunidade.

Fazendo uma analogia a esse respeito, podemos tomar como exemplo a questão da lei de lavagem de dinheiro. O advogado, suspeitando que o seu cliente praticou o crime de lavagem de capitais, não pode entregá-lo ao COAF, sob pena da quebra de confiança. Esse, aliás, é teor da resposta feita à consulta nº49.0000.2012.006678- 6/OEP do E. Conselho Federal:

“Assunto: Consulta. Lei n. 12683/2012. Lei de Lavagem de Dinheiro. Aplicabilidade ou não aos advogados e sociedades de advogados. Consulente: Conselho Seccional da OAB/São Paulo. Relatora: Conselheira Federal Daniela Rodrigues Teixeira (DF). Ementa n. 076/2012/OEP: Lei 12.683/12, que altera a Lei 9.613/98, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Inaplicabilidade aos advogados e sociedades de advogados. Homenagem aos princípios constitucionais que protegem o sigilo profissional e a imprescindibilidade do advogado à Justiça. Lei especial, Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94), não pode ser implicitamente revogado



por lei que trata genericamente de outras profissões. Advogados e as sociedades de advocacia não devem fazer cadastro no COAF, nem têm o dever de divulgar dados sigilosos de seus clientes que lhe foram entregues no exercício profissional. Obrigação das Seccionais e Comissões de Prerrogativas Nacional e estaduais de amparar os advogados que ilegalmente sejam instados a fazê-los. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do CFOAB, por unanimidade, em conhecer e responder à consulta, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste.” (Brasília, 20 de agosto de 2012. Alberto de Paula Machado - Presidente. Daniela Rodrigues Teixeira - Relatora. (DOU. 23.08.2012, S. 1, p. 71)

Deve ainda ser observada a existência de contradição entre a inconstitucional proposta contida no artigo 38 e o artigo 23 do anteprojeto do Código de Ética:

*Art. 23. É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.
Parágrafo único. O advogado deve partir do princípio de que não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo-lhe agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais.*

Com razão, o artigo 23 estabelece como dever do advogado aceitar causas criminais “sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado”, cumprindo-lhe ainda agir como defensor das “garantias constitucionais”.



A contradição entre os artigos 38 e 23 é patente. Não se pode exigir do advogado o dever de aceitar causas criminais sem considerar seu juízo sobre a culpa do cliente e, ao mesmo tempo, obriga-lo a renunciar ao mandato na hipótese de falha do Estado ao acusar um inocente. Também não é compatível exigir que o advogado defenda o direito de defesa e, ao mesmo tempo, permitir que ele delate o próprio cliente revelando as confidências que lhe foram feitas em função da outorga do mandato.

Assim, a proposta contida no artigo 38 é flagrantemente inconstitucional por fulminar o direito de defesa.

3) Artigo 51:

Art. 51. O pacto de quota litis, assim entendido o que proporcione ao advogado honorários acrescidos em função do êxito obtido na causa, somente será admissível se os referidos ganhos corresponderem a valores pecuniários.

Parágrafo único. O pagamento de honorários mediante transferência de bens do cliente ou participação do advogado nos frutos destes é considerada forma excepcional de remuneração dos serviços profissionais, somente admissível quando o cliente a propuser, alegando falta de condições para efetuar o pagamento em pecúnia.

A alteração parece impedir a cobrança de êxito em causas criminais. Diminui a possibilidade de contratação de um defensor e prejudica desnecessariamente o direito de defesa.



Sendo o que nos cumpria, renovamos nossos votos de elevada estima e consideração.

São Paulo, 27 de maio de 2014.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Augusto de Arruda Botelho', is centered on a light gray rectangular background.

Augusto de Arruda Botelho

Diretor Presidente

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Eduardo Muylaert

Conselheiro

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Rodrigo Dall'Acqua

Diretor

Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Pedro Fleury

Associado

Instituto de Defesa do Direito de Defesa