

**SUSPENSÃO DO EXERÍCIO DA ADVOCACIA COM BASE NO ARTIGO 319, VI,
DO CPP: DA TENTATIVA DE MERCANTILIZAÇÃO DE SUA NATUREZA À
FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO ZELO AOS DIREITOS E GARANTIAS DO
CIDADÃO**

**SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN BASE AL ARTÍCULO 319,
VI, DEL CPP: DESDE EL INTENTO DE MERCANTILIZAR SU NATURALEZA
HASTA SU FUNCIÓN SOCIAL COMO CELO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS
DEL CIUDADANO**

*Bruna Melgarejo¹
Mateus Marques²*

Resumo: O presente artigo tem como objetivo propor uma reflexão a respeito da natureza da advocacia pela perspectiva da medida cautelar disposta no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, isto é, a pesquisa busca averiguar se o exercício da advocacia é compatível com atividades de natureza econômica e financeira, de modo a permitir a suspensão do exercício com base na legislação processual penal. Além disso, investiga-se a respeito da competência para determinar a suspensão do exercício da advocacia. Assim, o artigo irá apresentar as medidas cautelares diversas da prisão desde sua concepção legal, quais seus diagnósticos, prognósticos, necessidades e objetivos. Para efetivar a abordagem do debate, inscreve-se no trabalho, especificamente, sobre a medida cautelar da suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. Passa-se à abordagem seguinte, que irá respaldar o objeto de investigação desta pesquisa, ou seja, examina-se acerca da natureza da advocacia, destacando a sua função social e o seu múnus público, para apontar com ênfase que a advocacia não pode ser comparada com uma empresa que visa tão somente lucros e que carrega consigo características mercantis. Por fim, argumentar-se-á a respeito da impossibilidade de suspensão do exercício da advocacia, tendo em vista que o Poder Judiciário, nem mesmo em sede de cognição sumária, detém competência para determinar suspensão, ainda que temporária, do direito ao exercício profissional. Destaca-se, por derradeiro, que o tema não se esgota nesse artigo, haja vista sua amplitude e escasso aprofundamento, mas destaca-se sua importância, especialmente frente às inúmeras lacunas legislativas, que se traduzem em imoderações judiciais.

¹Advogada Criminalista, inscrita na OAB/RS sob o nº 115.891. Mestranda em Direitos Humanos (CAPES/PROSUP), pela UniRitter, Especialista em Ciências Penais, pela PUCRS e graduada em Direito, pela UniRitter. E-mail: brunamelgarejo@outlook.com/bruna@mateusmarques.adv.br

² Advogado Criminalista, inscrito na OAB/RS sob o nº 71.869. Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Especialista em Ciências Penais pela PUCRS, Especialista em Direito Penal Econômico e Empresarial pela Universidad Castilla - La Mancha (Toledo/Espanha), Professor Pesquisador do departamento de Direito Penal da Universidad Castilla - La Mancha (Toledo/Espanha), Pesquisado Estrangeiro do Instituto Vasco de Derecho Procesal (San Sebastian/Espanha). E-mail: mateus@mateusmarques.adv.br.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Palavras-chave: Natureza da Advocacia. Suspensão do Exercício Profissional. Medidas Cautelares Pessoais. Lei nº 12.403/11.

Abstract: El objetivo de este artículo es proponer una reflexión sobre la naturaleza del ejercicio de la abogacía desde la perspectiva de la medida cautelar prevista en el artículo 319, VI, del Código Procesal Penal, es decir, la investigación pretende comprobar si el ejercicio de la abogacía es compatible con actividades de carácter económico y financiero, de forma que permita la suspensión del ejercicio de la abogacía con base en la legislación procesal penal. Además, investiga la competencia para determinar la suspensión del ejercicio de la abogacía. Así, el artículo presentará las medidas cautelares distintas a la prisión desde su concepción legal, cuáles son sus diagnósticos, pronósticos, necesidades y objetivos. Para hacer efectivo el planteamiento del debate, el trabajo se centrará específicamente en la medida cautelar de suspensión del ejercicio de la función pública o de la actividad de carácter económico o financiero. Pasamos ahora al siguiente planteamiento, que respalda el objeto de investigación de esta investigación, es decir, examinamos la naturaleza del ejercicio de la abogacía, haciendo hincapié en su función social y en su deber público, para señalar con énfasis que el ejercicio de la abogacía no puede compararse con una empresa que sólo busca beneficios y que conlleva características mercantiles. Finalmente, se argumentará sobre la imposibilidad de suspender el ejercicio de la abogacía, considerando que el Poder Judicial, ni siquiera en el marco del conocimiento sumario, tiene competencia para determinar la suspensión, aunque sea temporal, del derecho al ejercicio. Por último, se insiste en que el tema no se agota en este artículo, dada su amplitud y escasa profundidad, pero se subraya su importancia, sobre todo ante las innumerables lagunas legislativas, que se traducen en desmesuras judiciales.

Key-words: Natureza del Ejercicio de la Abogacía. Suspensión del Ejercicio Profesional. Medidas Cautelares Personales. Ley nº 12.403/11.

1 INTRODUÇÃO

Muito já se falou, escreveu e pesquisou a respeito das medidas cautelares previstas no artigo 319, do Código de Processo Penal, quais são elas, quais seus critérios para aplicação, quais seus objetivos e quais seus efeitos. Em contrapartida, exígua é a pesquisa sobre a suspensão do exercício da advocacia nos termos do inciso VI, do artigo 319, do CPP.

Trata-se de tema necessário ao debate, haja vista a imprecisão com que é tratada a natureza da advocacia. É dizer, ao mesmo tempo em que, de acordo com a Constituição Federal, o advogado é indispensável à administração da justiça, é dotado de *múnus* público e exerce função social, também é equiparado, por vezes, tal qual ocorre na legislação processual penal *in comento*, a empresários e comerciantes que exercem atividades econômicas visando a produção e circulação de bens ou serviços.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Diante desse cenário de indefinição a respeito do exercício da advocacia, que pode incorrer em irreparáveis excessos punitivos por parte do judiciário, esse artigo propõe-se a debater, justamente, sobre a natureza da advocacia, além de como, quando, porque e através de quem/onde o exercício da advocacia pode ser suspenso.

Para tanto, esse artigo será desenvolvido em três capítulos, iniciando com um panorama completo a respeito das medidas cautelares substitutivas à prisão, investigando mais detidamente sobre a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira.

Em um segundo momento, busca-se examinar, seja doutrinariamente ou legalmente, o que se tem compreendido quanto à natureza da advocacia e se essa conceituação/definição embasa uma possível suspensão de seu exercício, com base no artigo 319, VI, do CPP.

Por fim, confirmada a hipótese proposta, isto é, de que a advocacia não é atividade de natureza econômica ou financeira, parte-se para a elucidação crítica de que o exercício da advocacia não pode ser suspenso com base no artigo e inciso referidos, seja pela inadequação conceitual e interpretativa a respeito da natureza da advocacia, seja pela completa incompetência do Poder Judiciário para determinar a suspensão.

2 DO ADVENTO DA LEI Nº 12.403/2011 E AS MEDIDAS CAUTELARES COMO ELEMENTOS SUBSTITUTIVOS À PRISÃO

Numa tendência de revisar o denominado sistema de Justiça Penal Clássica, abandonando as ideias de repressão e castigo do delinquente, orientada desde a prevenção do delito, a promoção de medidas de substituição das penas privativas de liberdade, a reinserção social dos delinquentes e a ajuda às vítimas surgem como medidas alternativas.

Essa necessidade de buscar vias alternativas à privação de liberdade com pena apoia ainda mais a tese de que é necessária a criação de substitutivos ou medidas alternativas à prisão uma vez que, e conforme Silvia Barona Vilar (VILAR, 1988), se representa mal para o apenado a pena privativa de liberdade, mais ainda deve qualificar-se como mal maior a prisão provisória, porquanto, ao aplicar dita medida ao sujeito imputado, ainda não tenha sido condenado mediante sentença.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Há tempos se fazia necessário que fosse alterado o sistema cautelar processual penal Brasileiro a fim de que pudesse o magistrado, no momento da decretação de uma prisão cautelar, ter a opção de verificar a necessidade, adequação e proporcionalidade, e fugisse do antigo e ultrapassado binômio prisão/liberdade e assim, considerando o caso concreto ter como forma de opção a decretação de outras medidas que fossem suficientes e alternativas ao cárcere.

Para Teresa Armenta Deu:

(...) no processo penal, a título de exemplo, se reconhece que, junto ao risco de fuga, as medidas cautelares pessoais também podem servir – sobretudo nos casos de medida limitadoras de liberdade – a outros fins, como assegurar a presença do imputado a efeitos de prova e evitar a suspensão do processo, ou prevenir a prática de outros delitos; fins estes que dificilmente se encaixam dentro da ideia de contrariar um *periculum in mora* concebido (DEU, 2012, p. 165).

Assim, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, introduziu em nosso sistema jurídico-criminal, de forma inovadora, uma série de medidas consideradas alternativas, diversas do recolhimento ao cárcere por meio da prisão preventiva, quando presente a exigência cautelar, podendo ser decretadas independentemente ou mesmo de forma isolada ou cumulativa com outra medida cautelar.

Sobre este aspecto (cumulatividade de medidas cautelares alternativas ao aprisionamento), Eugênio Pacelli de Oliveira leciona que:

(...) importa destacar que não se pode jamais perder de vista que na aplicação de qualquer cautela haverá de ser observado o requisito da adequação da medida ao caso concreto, quando deverão ser apreciadas as circunstâncias de fato (delituoso), os meios de sua execução, além das condições pessoais do agente e também da vítima. O juízo de adequação há de ser feito pelo confronto entre as modalidades cautelares e as situações de fato que estejam a justificar a sua necessidade. É dizer: a escolha da medida a ser aplicada deve se dirigir à natureza dos motivos com os quais se irá justificar a sua adoção, integrando, portanto, a respectiva fundamentação (OLIVEIRA, 2013, P. 72).

Ainda sobre o tema, entende Nereu Giacomolli (GIACOMOLLI, 2013, p. 99) que, “não são medidas substitutivas da prisão preventiva, mas alternativas ao encarceramento (prisão preventiva), embora não percam o seu caráter de cautelaridade e nem o de constrangimento do suspeito, imputado ou acusado da prática de uma infração criminal. Ocupam, portanto, uma posição intermediária entre a liberdade provisória e a prisão preventiva.”

Marcellus Polastri (POLASTRI, 2011, P. 255), nesse entendimento aduz que “aí a grande vantagem em termos de adequação e proporcionalidade, a prisão preventiva poderá

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

também ser substituída por uma ou mais medidas cautelares menos gravosas, aferindo o juiz a proporcionalidade.”

Em 1965, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu emitiu a Resolução (65) 11, de 9 de abril, recomendando aos países membros a substituição da prisão preventiva por medidas alternativas. Dentre essas elencou: o controle domiciliar, a saída do domicílio somente com autorização judicial, o comparecimento periódico na presença de autoridades, a retirada do passaporte e outros documentos (POLASTRI, 2011).

O tema voltou a ser objeto da Recomendação (80) 11, de 27 de junho de 1980, do Conselho dos Ministros, ao editar uma série de princípios aplicáveis às medidas alternativas, repisando as anteriores e enunciando outras: promessa de não obstaculizar a justiça, obrigação de residir em determinado local, não frequentar determinados lugares, apresentação periódica, entrega de passaporte e documentos, caução ou outras garantias (POLASTRI, 2011).

Além da reserva jurisdicional, se aplica a reserva legal. Assim, a discricionariedade do magistrado está limitada pelo rol de medidas cautelares autorizadas pelo legislador, com fundamento no princípio do devido processo legal.

Nesse sentido, a aplicação das medidas cautelares diversas do recolhimento ao cárcere, embora de forma mais amena, também limita direitos do imputado. Representam uma resposta intermediária entre a ausência de cautela do recolhimento à prisão, mas sempre com finalidade instrumental e não material.

O rol de medidas cautelares substitutivas e diversas da prisão, inseridos no art. 319 do Código de Processo Penal é taxativo, e inclusive, como instrui Marcellus Polastri (POLASTRI, 2011, P. 143) “podem ser decretadas independentemente ou mesmo de forma isolada ou cumulativamente com outra medida cautelar, conforme se vê no artigo 282, §1º e 2º do CPP”.

Outro aspecto que merece estudo é quanto ao tempo de duração e a substituição das medidas cautelares alternativas ao cárcere. No que se refere aos aspectos acima referidos, Eugênio Pacelli de Oliveira e Domingos Barroso da Costa acenam que:

(...) o primeiro diz respeito ao tempo de sua aplicação, ou seja, ao intervalo compreendido entre o marco inicial e um marco final em que se faça cabível sua decretação. Quanto ao segundo ponto, estreitamente vinculado à possibilidade de sua atribuição, a análise deve deter-se na necessidade e adequação da medida, segundo as finalidades a que serve (OLIVEIRA; COSTA, 2013, p. 76).

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Assim, aplicam-se às medidas cautelares alternativas ao cárcere, os princípios da reserva jurisdicional, fundamentação das decisões, presunção de inocência, reserva legal, contraditório, provisionalidade, duração razoável e proporcionalidade.

2.1 A MEDIDA CAUTELAR PREVISTA NO ARTIGO 319, VI DO CPP E A SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA OU DE ATIVIDADE DE NATUREZA ECONÔMICA OU FINANCEIRA

O exercício de função pública é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelo servidor público (FILHO, 2006).

Conceitualmente, entende-se por função pública aquela atividade desempenhada com o objetivo de consecução de finalidades próprias do Estado, por meio daquele que exerce cargo, emprego ou função pública, nos termos do artigo 327 do Código Penal. Exercem função pública todos aqueles que prestam serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração indireta, aí incluídos os agentes políticos, os servidores públicos, assim como os participantes em colaboração com o Poder Público (LIMA, 2022, p. 986).

Diante dessa definição, a medida cautelar de suspensão do exercício ou da atividade pública teria a finalidade de impedir a utilização de tais circunstâncias (serviço público e atividade econômico-financeira) para a reiteração de infrações penais.

Nesse sentido, Gustavo Badaró (BADARÓ, 2011, 247-248) acrescenta que “logo, sendo o receio da prática de infrações penais, impedindo que algum funcionário público investigado por crime cometido no exercício de sua função ou em razão dela possa continuar a se valer ilegalmente da mesma função para reiteração delitiva.”

Portanto, nada impedirá a sua imposição também, e excepcionalmente, por *conveniência da instrução* (ou investigação) nos casos em que for fundado o receio de destruição de provas cujo acesso dependa do exercício da função pública ou da aludida atividade econômico-financeira. Preocupante é fato em que a insistência desmedida da submissão da matéria ao princípio da legalidade, no sentido de somente aplicar a medida cautelar para fins específicos determinados em lei, poderá acarretar o incremento da prisão preventiva, quando se tratar das situações previstas no artigo 313 do CPP.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Tendo em vista que se trata de uma cautelar que visa a restrição de direitos, é preciso, de fato, que a regra seja o cumprimento da finalidade legal ali especificada, destinada, portanto, ao risco de prática de novas infrações penais. No que se refere ao conteúdo das atividades, a interpretação há que ser restritiva, evitando-se a expansão dos horizontes da aludida medida cautelar, extremamente gravosa aos direitos e garantias fundamentais.

Quando o tema se refere às atividades econômico-financeiras, é bem mais amplo, devendo ser verificado, sobretudo, em relação ou em associação ao tipo de delito que se esteja investigado ou processado.

Quando tratamos de suspensão de exercício, função ou atividade pública, é preciso observar que tal medida tem aplicabilidade cautelar, devendo permanecer, portanto, até a prolação da sentença penal, ocasião em que ocorrendo absolvição do acusado, a cautelar perde a sua funcionalidade e eficácia, já no veredito condenatório, o magistrado deverá novamente apreciar e justificar sua decisão.

Sobre esta medida alternativa, entende Renato Brasileiro de Lima que:

(...) a medida cautelar do art. 319, inc. VI, do CPP, somente poderá recair sobre o agente que tiver se aproveitando de suas funções públicas ou de sua atividade de natureza econômica ou financeira para a prática do delito, ou seja, deve haver um nexo funcional entre a prática do delito e a atividade funcional desenvolvida pelo agente (LIMA, 2022, p. 986).

Ainda, aduz o referido autor que é:

(...) necessária a comprovação da existência de relação entre o crime e as funções exercidas pelo agente, isto é, que o agente tenha praticado o delito aproveitando-se, de algum modo, das vantagens que sua função pública ou que o exercício de atividade de natureza econômica ou financeira lhe fornecem (LIMA, 2022, p. 897).

Importante aspecto que merece destaque diante da pobreza do texto legislativo é que poderá haver dúvida sobre a possibilidade de a medida cautelar do inc. VI do caput do artigo 319 do CPP ser imposta no caso de funções públicas decorrentes de mandatos eletivos. Em estudo realizado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró (BADARÓ, 2011, p. 248-249), verificou-se que “no direito comparado, o CPP italiano expressamente prevê que a medida de suspensão do exercício da função pública não se aplica aos ofícios eletivos decorrentes de direta investidura popular”.

Ainda, menciona o referido autor, analisando a mesma questão no direito português, o Tribunal Constitucional, com fundamentos igualmente aplicáveis à situação do direito pátrio, negou tal possibilidade, observando o seguinte:

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

(A lógica da situação legislativa) está em não permitir que um mandato emergente do mandato popular seja suspenso ou perdido senão a título de pena, em virtude de sentença condenatória definitiva por crimes praticados nos exercícios de funções. Na realidade, dificilmente seria congruente com a proeminência do princípio democrático que o exercício de um mandato popular pudesse ser suspenso a título de medida cautelar ou preventiva em processo penal, ainda mais antes mesmo da pronúncia definitiva da prática de um crime (BADARÓ, 2011, p. 249).

Ademais, semelhante é o posicionamento de Nicolas Gonzáles-Cuéllar-Serrano, ao analisar a possibilidade de suspensão do exercício de cargos ou funções públicas, de pessoa que integre ou se relacione com grupos armados ou indivíduos terroristas ou rebeldes, sem distinguir entre distintos cargos e funções públicas, pois:

(...) a soberania nacional reside no povo espanhol, a teor do art. 1.2 da C.E., e a restrição dos direitos políticos dos representantes dos eleitores dificilmente se justifica, a vista do direito da presunção de inocência e do ponto de vista da legitimidade democrática, antes que se profira sentença condenatória por delito que leva à pena acessória de suspensão do cargo público. De outra parte, os benefícios que a medida oferece – evitar a utilização das instituições democráticas em interesse dos grupos terroristas – são, sem dúvida, menores que os prejuízos que derivam da degradação do direito à presunção de inocência e a limitação, ainda que seja em volume muito pequeno, do princípio da democracia representativa (SERRANO, 1990, p. 222).

A única ressalva à suspensão da função pública nos casos de mandatos eletivos, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2014, p. 584), “fica por conta daquelas pessoas que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Logo, se o Presidente da República não pode ser preso em hipótese alguma, também não pode ser suspenso de suas atividades”.

O ideal, de acordo com o que sustenta Renato Brasileiro de Lima:

(...) é admitir a possibilidade de aplicação dessa medida cautelar a todos aqueles que podem ser presos, vedando-se sua aplicação apenas àqueles que possuem imunidade absoluta à prisão preventiva. Assim, apesar de promotores e juízes serem dotados de imunidade relativa, já que só podem ser presos em flagrante de crime inafiançável, é de se admitir a possibilidade de suspensão das funções, porquanto se admite a decretação da prisão preventiva e temporária de tais autoridades (LIMA, 2022, p. 987).

Por outro lado, tem havido séria controvérsia acerca da possibilidade de ser determinada a suspensão da remuneração do servidor. A propósito, assim tem sido o entendimento do Superior Tribunal Federal. No julgamento do Recurso extraordinário no qual se discutia a constitucionalidade de preceito de lei estadual que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o Plenário do Supremo afirmou, por unanimidade, que o

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

preceito implica flagrante violação aos princípios da presunção de inocência e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 5º, inc. LVII, e art. 37, inc. XV, respectivamente).

Isso porque, ao admitir-se a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, no sentido do não recebimento do preceito de lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado (STF, RE Nº 482.006/MG, 2014).

No entanto, nada impede que se determine a suspensão de apenas parte da atividade normalmente desenvolvida pelo funcionário público, segundo a lógica do “sacrifício mínimo do direito afetado”, segundo o qual deve se buscar invadir a esfera de liberdade do indivíduo o mínimo necessário (BADARÓ, 2011, p. 251).

O sistema cautelar brasileiro não determina prazo máximo de duração das medidas, de tal sorte que produz ao sujeito severas restrições de direitos fundamentais. Sobre este aspecto, acertadamente refere Aury Lopes Junior, que:

O inciso em tela bem evidencia o imenso problema desta indeterminação temporal, pois a suspensão do exercício da função pública e, mais grave ainda, da atividade de natureza econômica ou financeira, poderá representar uma antecipação de pena e, principalmente, a morte econômica da pessoa e empresas por um lento processo de asfixia (LOPES JUNIOR, 2020, p. 721).

Havendo o descumprimento dessa espécie de medida cautelar, por haver possibilidade de substituição, cumulação e decretação de prisão preventiva, restará afastada a possibilidade de incidência do artigo 359 do CP.

Por fim, e conforme sustenta Gustavo Badaró:

Por se tratar de uma medida de suspensão temporária de função ou atividade, é importante que o juiz, ao decretar a medida, estabeleça um prazo máximo de sua duração, sem prejuízo de que, ao término, possa prorrogar a medida. A preocupação em se fixar um prazo de duração se justifica para impedir que uma medida interditiva, de suspensão de direitos específicos do acusado, distintos da liberdade, transforme-se em uma proibição indefinida do exercício da função ou atividade (BADARÓ, 2011, p. 253).

Assim, busca-se a melhor adequação possível quando da aplicação dessa medida cautelar.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

3 SOBRE A NATUREZA DA ADVOCACIA

Tencionando compreender se dentre as atividades inseridas no conceito de “atividade de natureza econômica ou financeira” encontra-se o exercício da advocacia, pertinente que, *a priori*, questione-se: qual é a natureza da advocacia?

Recorrendo à Carta Magna, sabe-se que a advocacia é instrumento essencial à justiça, ou seja, desempenha função social ao atuar pelos interesses dos cidadãos e, dessa forma, auxilia no resguardo das garantias e do próprio estado democrático de direito. Não por menos, as prerrogativas asseguradas à advocacia traduzem-se em elementos centrais para a promoção da democracia e para a solidificação dos preceitos da própria Justiça, e da Constituição.

O acesso à justiça, por exemplo, considerado por alguns autores como o principal direito do ser humano, visto que será através deste que os demais serão reconhecidos (ANNONI, 2007), passa diretamente pela atuação de advogados e advogadas, que se utilizam dos instrumentos que lhes são assegurados para exercer com plenitude a defesa dos direitos de todos aqueles que lhes buscam.

Ainda, não se pode olvidar que, à medida em que as sociedades crescem em tamanho e complexidade e evoluem em suas tecnologias e inteligências artificiais, direitos humanos e fundamentais básicos como o acesso à justiça podem ser relativizados ou mesmo inviabilizados, seja por questões econômicas, seja pela dificuldade de acesso, seja pelo desconhecimento de termos, palavras e expressões utilizados por operadores do direito. Isto é, o advogado e a advogada também desempenham papel fundamental no que diz respeito a "decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa" (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 32).

À vista disso, ainda que brevemente, possível perceber que, indubitavelmente, a advocacia é parte indispensável à Justiça e ao Estado de Democrático de Direito. Dada essa premissa, poderia a advocacia ser considerada atividade de natureza econômica ou financeira?

Veja-se que dentre o rol das prerrogativas profissionais dos advogados e advogadas, no artigo 22, do Estatuto da OAB, está previsto o direito aos honorários pelo *múnus* prestado. Ainda, no artigo 85, §14º, do Código de Processo Civil, os honorários passaram a ter natureza alimentar. Evidente que, à exceção da atuação em *pro bono*, o advogado deverá ser remunerado

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

pelo seu exercício profissional, o que não significa ser viável a comparação com um empresário ou comerciante.

O Regulamento do Imposto de Renda, em seu artigo 162, esclarece quais atividades e profissões podem ser equiparadas à pessoa jurídica, ou seja, à entidade empresa/comércio. Contudo, primeiramente, importante destacar que a figura do comerciante foi extinta da legislação civil, sendo substituída e aprimorada pelo empresário, que, nos termos do que consta no Código Civil, em seu artigo 966, foi assim conceituado:

Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.
Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Retomando o Regulamento do Imposto de Renda, em consonância com o que ilustra o Código Civil, o §2º, do artigo 162, do RIR, elucida que não podem ser equiparados à condição de empresário as pessoas físicas que exerçam profissões ou explorem atividades de:

I - médico, engenheiro, advogado, dentista, veterinário, professor, economista, contador, jornalista, pintor, escritor, escultor e de outras que lhes possam ser assemelhadas

No que diz respeito, portanto, à exclusão do conceito de empresa e de empresário, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, ao analisar o dispositivo legal acima colacionado, esclarece que não é empresário “quem exerce atividade intelectual por qualquer meio, organizadamente ou não, sob forma empresarial ou não, em caráter profissional ou não, qualquer que seja o volume, intensidade ou quantidade de sua produção” (GONÇALVES NETO, 2010, p. 74).

Por essa mesma perspectiva, a Comissão de Direito de Empresa, na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal, concluiu, sob o enunciado nº 194 (CJF, 2005), que “Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida”.

A explicação para essas exceções está centrada no objetivo de cada uma dessas profissões e atividades, ou seja, imprescindível que se examine se o propósito destas é tão somente a obtenção de lucro e se estão guarnecidas de caráter mercantil.

Nesse sentido, a própria lei que rege os atos da advocacia, nº 8.906/94, prevê que se trata de profissão eminentemente intelectual, ao descrever, no rol do seu artigo 1º, as atividades

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

privativas da advocacia. Além disso, o artigo 16, da mesma Lei, veda à sociedade de advogados que apresente características de sociedade empresária, dado que essa tem como objetivo, justamente, a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços.

Pode-se elencar uma série de exemplos de atividades econômicas e financeiras que se distanciam demasiadamente do exercício da advocacia: atividades ligadas ao Ministério da Fazenda, Secretarias Estaduais e Municipais da Fazenda Pública, bancos e outras instituições financeiras, bolsa de valores, mercado de capitais e investimentos de modo geral (MARCÃO, 2021).

Com entendimento semelhante, Tourinho Filho, ao analisar a medida cautelar do artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, que fora tratado no tópico anterior desta pesquisa, prevê a possibilidade de suspensão nos crimes contra a Administração Pública em razão do cargo exercido, isto é, o funcionário público, bem como ao bancário, ao economista e ao administrador financeiro, desde que, em ambos os casos, o crime tenha sido praticado no exercício da função ou atividade, ou em razão dela (TOURINHO FILHO, 2014).

De toda sorte, independente do autor ou da corrente doutrinária, é incontroverso que a medida cautelar em comento será aplicada à pessoa que possui função econômica ou financeira, deixando de abarcar outras atividades, como as artísticas ou intelectuais, por exemplo.

Assim, embora não haja unanimidade na conceituação da natureza da advocacia, isto é, ainda que existam divergências a respeito do que é, não restam dúvidas sobre o que não é. A advocacia, portanto, não é atividade econômica ou financeira e, nesse sentido, Rui Barbosa, em seu suntuoso discurso denominado “Oração aos Moços”, endereçado à turma de bacharéis em direito de 1920, da qual fora escolhido paraninfo, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco, ao tratar das funções essenciais à Justiça, em especial da advocacia, antes mesmo de elas serem constitucionalizadas, assim advertiu:

Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não transfugir da legalidade para a violência, nem trocar a ordem pela anarquia. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial. Não proceder, nas consultas, senão com imparcialidade real do juiz nas sentenças. Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade (BARBOSA, 2019, p. 67/68).

É dizer, a atuação do advogado e da advogada não se limita à satisfação de seus interesses privados, mas sim à concretização e boa administração da justiça no Estado democrático de direito (LOBO, 2015).

Veja-se que o advogado atua de forma independente e sem vinculação com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, portanto, ao postular em nome de um cidadão, o advogado não formaliza um negócio ou exerce tão somente uma atividade profissional, mas sim realiza a função social e, assim, auxilia na construção da justiça social (LOBO, 2015).

O exercício da função social pelo advogado se traduz na resposta à demanda de toda uma coletividade. Basta que se considere que não há advocacia sem liberdade, não há justiça plena sem a advocacia e, sem a justiça, não há ordenamento jurídico que garanta as condições mínimas de dignidade para uma pessoa (SODRÉ, 1991).

Em outras palavras, a advocacia precisa ser compreendida como atividade que carrega consigo conteúdo intelectual, ético, político e social e que atua em prol da tutela dos direitos e da defesa dos direitos humanos, fundamentais, sociais, simbolizando a participação da comunidade na construção da justiça (BONFIM, 1998). A partir dessa perspectiva, importante destacar a respeito do múnus público que atravessa a advocacia. Segundo Paulo Lobo, múnus público não pode ser reduzido ao conceito de encargo, emprego ou função, dado, justamente, ao interesse social que permeia a atuação do advogado (LOBO, 2015).

Dessa forma, observando a função social e o múnus exercido, tem-se que a advocacia é, portanto, por essência, pública e, segundo Paulo Lobo, a função social da advocacia é “*a sua mais importante e dignificante característica*” (LOBO, 2015, p. 38).

Em sendo a função social da advocacia sua mais importante característica, isso afasta por completo o exercício do advogado do conceito de atividade de natureza econômica ou financeira.

4 DA INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO FUNDAMENTO LEGAL PARA A SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Quando o assunto tratado se refere a eventual suspensão temporária ou definitiva do exercício profissional dos advogados, nos filiamos ao entendimento de que tal circunstância somente pode ser determinada pela Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, cabendo ao Conselho Seccional ou ao Conselho Federal, a depender da situação, a aplicação da penalidade. Tal exegese se extrai do artigo 70 do Estatuto da Advocacia e da OAB. Vejamos:

Art. 70. O poder de punir disciplinarmente os inscritos na OAB compete **exclusivamente** ao Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal. (grifos nossos)

§ 1º Cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina, do Conselho Seccional competente, julgar os processos disciplinares, instruídos pelas Subseções ou por relatores do próprio conselho.

§ 2º A decisão condenatória irrecorrível deve ser imediatamente comunicada ao Conselho Seccional onde o representado tenha inscrição principal, para constar dos respectivos assentamentos.

§ 3º O Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal pode suspendê-lo preventivamente, em caso de repercussão prejudicial à dignidade da advocacia, depois de ouvi-lo em sessão especial para a qual deve ser notificado a comparecer, salvo se não atender à notificação. Neste caso, o processo disciplinar deve ser concluído no prazo máximo de noventa dias.

Dessa forma, o Poder Judiciário, nem mesmo em sede de cognição sumária, detém competência para determinar suspensão, ainda que temporária, do direito ao exercício profissional.

A exclusividade de punição concedida à Ordem dos Advogados do Brasil pelo Legislador não representa privilégio à classe dos Advogados, pois é requisito fundamental e imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, importante destacar que em 1994, a Lei nº 8.906, conhecida como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, afirma, pela primeira vez na história, a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça. E, a Constituição Federal recebe a profissão de advogado e reconhece a grandeza do papel político, social e jurídico da profissão, registrando sua importância em seu artigo 133.

A Advocacia desempenha papel fundamental na defesa da cidadania, da garantia dos direitos humanos individuais e coletivos, sendo indispensável para a recuperação e (re)construção dos valores éticos e morais da sociedade brasileira. Por essas razões, é necessário o conhecimento das normas que orientam a profissão, principalmente, sobre a competência dos órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil, responsáveis pela persecução disciplinar a fim de facultar uma reflexão sobre a (in)constitucionalidade da medida cautelar pessoal do artigo 319, VI, do CPP em relação ao exercício da Advocacia.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

A utilização banalizada da medida cautelar para fazer cessar a atividade profissional ao exercício da Advocacia com força no artigo 319, VI, do CPP é desproporcional e ilegítima quando determinada pelo Poder Judiciário, tendo em vista a regulamentação da Lei nº 8.906/94.

Caso a autoridade coatora, ao entender que houve irregularidades na atuação profissional do advogado, deve imediatamente oficialar a Ordem dos Advogados do Brasil, para que a referida entidade tome as providências que julgar necessárias, o que significa dizer que não pode o magistrado decidir onde e em quais áreas o advogado pode ou não atuar, tal missão é exclusiva da OAB, sendo impossível, portanto, a aplicação da medida prevista no artigo 319, VI do Código de Processo Penal.

Cabe recordar que tal medida além de ser extremamente gravosa, não há consagração no sistema cautelar brasileiro de um prazo máximo de duração, conduzindo a resultados gravíssimos para aquele que se vê submetido, neste caso um advogado, por prazo indeterminado, a severas restrições de direitos fundamentais e profissionais, ou seja, não podendo exercer a advocacia. Ressalta-se que a sanção disciplinar de suspensão da advocacia prevista na Lei n. 8.906/94 está revestida de caráter provisório, com data de início e fim, demonstrando a gravidade da medida imposta ao advogado quando realizada pelo Poder Judiciário.

Ademais, é latente o conflito de normas existente no presente caso, pois, enquanto o artigo 319, VI determina a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais, o artigo 70 do Estatuto da OAB preleciona que a competência para punir advogados é exclusiva da OAB. Referido conflito normativo deve ser resolvido com fulcro no princípio da especialidade (lei especial derroga a geral), vez que o Estatuto da OAB, por ser lei específica, deve prevalecer sobre o disposto no artigo 319, VI do CPP, que se constitui como norma de caráter geral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa pesquisa objetivou propor uma reflexão a respeito da verdadeira natureza da advocacia e, assim, analisar se é possível a sua suspensão, nos termos do artigo 319, VI, do CPP. Ressalta-se que esse artigo não buscou esgotar o tema, mas sim contribuir para um debate que, presumivelmente, ainda está principiando.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

De toda sorte, a título de contextualização ou, em outras palavras, preparação para aprofundar o objeto da pesquisa, examinou-se sobre as medidas cautelares substitutivas da prisão, sua legislação respectiva, seus objetivos e efeitos, além dos princípios basilares que devem ser observados quando de sua aplicação, quais sejam, o da reserva jurisdicional, a fundamentação das decisões, a presunção de inocência, reserva legal, contraditório, provisionalidade, duração razoável e proporcionalidade.

A partir disso, com a necessária delimitação da pesquisa, examinou-se, minuciosamente, o que fora disposto no inciso VI, do artigo 319, do CPP, isto é, a respeito da suspensão de função do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira. Percebeu-se, a partir dessa análise, que a referida cautelar carrega consigo alguns problemas de difícil enfrentamento, mas com a intenção de permanecer na circunscrição do estudo, aponta-se dois: a temporalidade e a indefinição do que se entende por atividade de natureza econômica ou financeira.

Quanto ao primeiro, a ausência de indicativo temporal é característica transmitida desde a constrição cautelar, ou seja, a prisão preventiva. É dizer, as medidas cautelares de modo geral não contam com prazo estabelecido para seu encerramento. Quanto ao último, e esse integralmente correlato ao objeto da pesquisa, percebeu-se que o Poder Judiciário, ao aplicar a cautelar, especialmente contra advogados e advogadas, tem compreendido o exercício da advocacia como atividade de natureza econômica ou financeira.

Contudo, a respeito da natureza da advocacia, pode-se afirmar que a premissa desta pesquisa foi confirmada, isto é, que o exercício da advocacia se distancia em muito do propósito exclusivo de obtenção de lucro e da circulação de bens e serviços, ao passo que se aproxima, ou melhor, traduz-se, na função pública que exerce.

A advocacia, portanto, não pode ser equiparada a um negócio mercantil, lucrativo e que resume em atividade de caráter empresarial.

Para além disso, seja pela tentativa de esclarecer, ao menos, o que não é o exercício da advocacia, seja pela convicção de que cabe somente à Ordem dos Advogados do Brasil, serviço público independente e responsável pela fiscalização, orientação e responsabilização de seus inscritos, imprescindível que se assevere, nesta pesquisa, a respeito da completa incompetência do Poder Judiciário de suspender o exercício da advocacia nos termos do artigo 319, VI, do CPP.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

Entende-se, a partir disso, que a mais importante característica da advocacia é a função social que exerce e que, ao invés de estar vinculada a características mercantis, está, na verdade, dotada de múnus público, de essencialidade à administração da justiça e de poderes para exercer a defesa dos direitos do cidadão.

Portanto, inviável a suspensão do exercício da advocacia pelo Poder Judiciário, seja em razão da matéria, isto é, por não se tratar de atividade econômica ou financeira, seja em razão da pessoa, haja vista que cabe somente à OAB a responsabilização de seus advogados e advogadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNONI, Daniela. *Acesso à justiça e direitos humanos: a emenda constitucional 45/2004 e a garantia à razoável duração do processo*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, [S. l.], v. 2, n. 2, 2007. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/190>. Acesso em: 25 set. 2022.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas – comentários à Lei 12.403, de 04/05/2011*. Coordenação: Og Fernandes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019. Disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/564558/Oracao_aos_mocos_Rui_Barbosa.pdf. Acesso em 25 de out. 2022.

BARONA VILAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. *RE nº 482.006/MG*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 07/11/2007. Diário de Justiça Eletrônico, 162, 13/12/2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 09 maio 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Volume 12 – Número 2 (2022) - Porto Alegre – Rio Grande do Sul – Brasil

FEDERAL, Conselho de Justiça. *Enunciado 194*. III Jornada de Direito Civil. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/374>. Acesso em 26 de out. 2022.

GIACOMOLLI, Nereu. *Prisão, liberdade e as cautelares alternativas ao cárcere*. Madri: Marcial Pons, 2013.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.1.95 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONZÁLES-CUÉLLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Madrid: Colex, 1990.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova prisão cautelar*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2022.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARQUES, Mateus. *Perspectiva Crítica das Cautelares “Alternativas” ao Cárcere*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; COSTA, Domingos Barroso da. *Prisão preventiva e liberdade provisória – A reforma da Lei nº 12.403/2011*. São Paulo: Atlas, 2013.

POLASTRI, Marcellus. *Da prisão e da liberdade provisória (e demais medidas cautelares substitutivas da prisão) na Reforma de 2011 do Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *Ética profissional e o estatuto do advogado*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.