Coordenação:
KARINA PENNA NEVES

INFRAÇÕES DISCIPLINARES COMENTADAS
Art. 34 do EAOAB

MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE ÉTICA E CONVIDADOS

Alberto Nemer Neto
Ana Regina Galli Innocenti
Anacleto Canan
Bruno Richa Menegatti
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Cinthia Benvenuto de Carvalho Ferreira
Cristiane Caetano Simões
Elio Antonio Colombo Junior
Fernando Calza de Salles Freire
Guilherme Martins Malufe
José Eduardo Tellini Toledo
Leão Magno Brasil Junior
Marco Antonio Parisi Lauria
Marcus André Almeida Lins
Marta do Carmo
Ortelio Viera Márrêro
Pablo de Medeiros Pinto
Ricardo Toledo Santos Filho
Ronaldo Oliveira Fernandes Leão
Samuel Balduino Pires Da Silva
Sidnei Alzidio Pinto
Simone Neri

2021

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

I – exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

Guilherme Martins Malufe

BREVE HISTÓRICO.

O exercício da profissão de advogado se confunde com a própria história da humanidade. Alguns pesquisadores apontam, como primeiro advogado o Profeta Moises, que teria assumido a liderança do Povo de Israel rumo à Terra Prometida, segundo relata o Livro do Êxodo. A História da Roma antiga também registra a atuação de grandes oradores na Grécia como Demóstenes, Sócrates e outros.

No Brasil, antes da criação da OAB e até mesmo dos Cursos Jurídicos, a profissão de advogado era exercida por pessoas habilitadas, chamadas rábulas ou provisionados, que eram pessoas sem formação jurídica acadêmica, mas que demonstravam conhecimento da legislação e, portanto, estavam autorizadas pelo Poder Judiciário para postular em Juízo.

Com a vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil no início do século XIX, foram criados os dois primeiros cursos jurídicos brasileiros, sendo um em São Paulo e outro em Olinda, através de lei aprovada em 11 de agosto de 1827.

Iniciou-se então a regulamentação profissional, com a fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) em 1843, o

qual tinha a finalidade de organizar a Ordem dos Advogados. Posteriormente, em 1930, foi criada a Ordem dos Advogados do Brasil.

Em 1963 o presidente João Goulart sancionou a lei n. 4.215 que criou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, vigente até a atualidade, o qual ainda previa e regulamentava a categoria de provisionado, o qual precisaria fazer prova perante o Conselho Secional, sendo que as provisões seriam dadas pelo prazo de quatro anos, para exercício em três comarcas no máximo (arts. 51 e 52).

Esses artigos somente foram revogados quando da sanção da lei n. 7.346/1994, a qual vedou novas inscrições de provisionados nos Quadros da OAB e assegurou àqueles já inscritos o amplo direito de exercício da advocacia.

A partir de então, o exercício da advocacia com a plena postulação em Juízo passou a ser exclusiva dos advogados regularmente inscritos na OAB.

ASPECTOS DISCIPLINARES

Segundo o disposto no artigo 34, inciso I da lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) constitui infração disciplinar o exercício da advocacia por quem está impedido de fazê-lo, ou a facilitação desse exercício a quem não está inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil ou ainda a quem está proibido ou impedido de exercer a profissão.

Exercer a advocacia tem o sentido de praticar atos que são definidos em lei como privativos de advogados, título reservado aos bacharéis regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Atos privativos são aqueles definidos pelo art. 1° do EOAB ou por outros dispositivos legais, como a postulação perante órgãos integrantes do Poder Judiciário e aos juizados especiais, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

As exceções ou casos específicos devem ser estabelecidos por lei. O próprio artigo 1° citado, em seus parágrafos, faz referência, por exemplo, ao *habeas corpus* como prática de ato perante o Poder Judiciário, mas que pode ser impetrado sem a participação de advogado.

Embora habilitado, o advogado pode estar impedido do exercício profissional. O próprio Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, aprovado pelo Conselho Federal em 16 de outubro e 6 de novembro de 1994, define a hipótese de prestação de serviços de assessoria e consultoria jurídicas para terceiros, em sociedades que não possam ser registradas na OAB, como exercício ilegal da profissão.

Embora a atuação em procedimentos administrativos possa apresentar alguma semelhança com a atuação em procedimentos judiciais como as defesas e recursos essa atuação não caracteriza o exercício ilegal da profissão, salvo se puder ser enquadrada como consultoria ou assessoria jurídica (art. 1° inc. II do EOAB).

Nesse sentido já decidiu a 1ª Turma de Ética Profissional da OAB/SP:

> EXERCÍCIO PROFISSIONAL – CONSULTORIA E POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVIDENCIÁRIA – ACORDOS EXTRAJUDICIAIS – CORRESPONDENTE BANCÁRIO – ATIVIDADES NÃO PRIVATIVAS DE ADVOGADOS – POSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE LOCALIZAÇÃO EM ENDEREÇO DIVERSO DO ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA – VEDADA A DIVULGAÇÃO EM CONJUNTO DAS ATIVIDADES – VEDADA A CAPTAÇÃO INDEVIDA E ILEGAL DE CLIENTELA – ABSOLUTA SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES.
>
> A constituição e administração de sociedades empresárias para a prestação de serviços de assessoria e consultoria previdenciária, exceto jurídica, assessoria e intermediação nas negociações bancárias no trato de acordo extrajudiciais, e de correspondente bancário não contrariam as normas que tratam do exercício da advocacia e não impedem o advogado de permanecer a exercer regularmente

> a advocacia. Vedada a captação indevida de clientela e divulgação conjunta das atividades. Exigida a localização diversa do escritório de advocacia. Proc. E-5.215/2019 – v.u., em 26/06/2019, parecer e ementa do Rel. Dr. EDUARDO DE OLIVEIRA LIMA, Rev. Dr. EDUARDO AUGUSTO ALCKMIN JACOB – Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE.

Por outro lado, se a atividade praticada, embora em âmbito administrativo vier a evidenciar a prática de assessoria jurídica, passará a ser considerada ato privativo do exercício da advocacia, como já decidiu a 1ª Turma de Ética Profissional da OAB/SP no julgamento do processo n. E-5.173/2019, cuja ementa segue abaixo.

> EXERCÍCIO PROFISSIONAL – ADVOGADO QUE PRETENDE CONSTITUIR PESSOA JURÍDICA MICROEMPREENDEDORA INDIVIDUAL E CONTRATÁ-LA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ASSESSORAMENTO JURÍDICO EM COBRANÇA DE DÍVIDA EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO ÉTICA – ADVOGADO VINCULADO A ASSOCIAÇÃO DE ADVOGADOS QUE PRETENDE UTILIZAR O ENDEREÇO DA ENTIDADE PARA RECEBER CORRESPONDÊNCIAS E SER UTILIZADA COMO DOMICÍLIO PROFISSIONAL – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO ÉTICA.
>
> A cobrança de dívida no âmbito judicial, e também no extrajudicial quando envolver assessoria jurídica para tanto, são típicas atividades jurídicas, privativas da advocacia, que somente podem ser realizadas por advogado ou sociedade de advogados, jamais por pessoa jurídica microempreendedora individual. Fere frontalmente a ética o advogado que pretenda constituir pessoa jurídica microempreendedora individual passível de ser contratada para prestação de serviços privativos da advocacia, que cabem ao próprio advogado, nesta qualidade, prestar. Clientela captada por sociedade de titularidade do advogado, incluindo a microempresária, não deixa de constituir infração ética, porquanto vedado o oferecimento de serviço profissional que implique, direta ou indiretamente,

> inculcação ou captação de clientela (art. 7º do CED), assim como incompatível o exercício da advocacia com qualquer procedimento de mercantilização (art. 5º, Código de Ética e Disciplina da OAB – CED). Associação de advogados, apesar de ser de advogados, não exerce a advocacia, motivo pelo qual não pode servir de local para recebimento de correspondências, ou para servir de domicílio profissional de advogado. Há expressa vedação legal a que advogado exerça advocacia no mesmo local ou em conjunto com atividades não advocatícias, como é o caso da associação sem fins lucrativos, que não se dedica à advocacia, podendo, por conta disso, potencialmente propiciar, além da violação do sigilo profissional, a captação indevida de causas e clientes, afrontando o artigo 34, IV do Estatuto, artigo 5º e 7º do Código de Ética, entre outros dispositivos. Proc. E-5.173/2019 – v.u., em 24/04/2019, parecer e ementa do Rel. Dr. SÉRGIO KEHDI FAGUNDES, Rev. Dr. RICARDO BERNARDI, Presidente Dr. GUILHERME MARTINS MALUFE. (Ementa republicada por incorreções, conforme aprovado em sessão de julgamento realizada em 26.06.19).

Pessoas jurídicas não registradas regularmente na OAB são proibidas da prática de atos privativos da advocacia, mesmo que integradas somente por advogados. Sobre essa matéria a Turma Deontológica da OAB/SP em 2018 já se pronunciou em parecer cuja ementa por si só é explicativa:

> EXERCÍCIO PROFISSIONAL – SERVIÇOS JURÍDICOS PRESTADOS POR EMPRESAS DE CONSULTORIA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – IMPOSSIBILIDADE – EXERCÍCIO ILEGAL DA PROFISSÃO.
>
> As empresas de consultoria e de prestação de serviços, mesmo que compostas só por advogados, não são sociedades de advogados, e não podem praticar atos privativos da advocacia porque não é este seu objeto social, e se o fosse, estariam impedidas de registro na OAB. As empresas de consultoria e de prestação de serviços, cujo objeto não seja exclusivamente o da advocacia e consultoria jurídica,

> não podem pactuar "contrato de honorários advocatícios" com seus clientes, e os advogados que para elas trabalham devem prestar serviços unicamente para a defesa dos interesses da empresa, nunca em benefício de seus clientes. Os advogados que patrocinam causas dos clientes, permitem o uso de seu trabalho e de suas prerrogativas para o exercício ilegal da profissão por parte de entidades não registradas na OAB. Precedentes E-2.525/02, E-2.662/02, E-2.736/03 e E-3.961/10. Proc. E-5.137/2018 – v.u., em 18/10/2018, parecer e ementa do Rel. Dr. LUIZ ANTONIO GAMBELLI, Rev. Dr. ZANON DE PAULA BARROS, Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

Assim como não é permitido o exercício da profissão pelos impedidos de fazê-lo, também comete infração disciplinar aquele que facilita por qualquer meio o exercício da profissão aos não inscritos, proibidos ou impedidos.

Estão proibidos, aqueles que tiveram vedado o direito de exercer a profissão, inclusive por determinação de autoridade competente. Impedidos são tanto aqueles não estão regularmente inscritos quanto os que, apesar de regularmente inscritos, estão suspensos por decisão do Tribunal de Ética e Disciplina ou estão enquadrados nas hipóteses de impedimento e incompatibilidade previstas nos artigos 28 a 30 do EOAB.

A hipótese de facilitação do exercício da profissão pode envolver uma ampla gama de ações, como a assinatura de um documento, apresentação de pessoa inabilitada como sendo advogado, permissão para a prestação de serviços privativos da advocacia por estagiários sem o devido acompanhamento pelo advogado responsável, entre outras formas. Para a caracterização da atividade de facilitação, é possível invocar a doutrina e a jurisprudência utilizadas no Direito Penal relativas à caracterização da coautoria definida pelo art. 29 do Código Penal: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade".

O avanço da tecnologia, principalmente, a implantação de processos digitais com a utilização dos certificados digitais para assinatura e verificação dos autos, o termo "facilitar por qualquer meio" tornou ainda mais amplo esse conceito.

Considerando que o advogado pode ter mais de um certificado digital, poderia ocorrer, por exemplo, a hipótese de um advogado ceder sua assinatura digital para uso por pessoa não habilitada, possibilitando assim, que essa pessoa passe a exercer ilegalmente a profissão.

Por se tratar de norma formal, a caracterização dessa infração não depende de comprovação de efetivo prejuízo, como já decidiu o Conselho Federal da OAB (RECURSO N. 49.0000.2018.006973-1/SCA-PTU).

Em qualquer das hipóteses previstas no inciso I do art. 34, aquele que agir em desacordo com esse dispositivo legal, estará sujeito a responder processo disciplinar perante o Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, cuja pena, nos termos do art. 36, inciso I é a de censura, a qual poderá "ser convertida em advertência, em ofício reservado, sem registro nos assentamentos do inscrito, quando presente circunstância atenuante" (art. 36, § único).

Merece destaque o fato de que a competência para punir disciplinarmente ou suspender o advogado dos quadros da OAB é exclusiva dos Conselhos Secionais, como dispõe o artigo 70 do Estatuto da Advocacia e da OAB, salvo se a falta for cometida perante o Conselho Federal.

Referidos Conselhos têm ainda a possibilidade de suspender preventivamente o advogado, depois de ouvi-lo em sessão especial, como dispõe o parágrafo 4º do artigo 70. Essa faculdade de suspensão ou proibição do exercício da advocacia é de competência exclusiva dos órgãos administrativos da OAB definidos no citado artigo.

Consequentemente, os membros do Poder Judiciário não teriam competência para aplicar penas de suspensão total ou parcial do exercício da profissão pelo advogado.

Apesar dessa regra geral, existem decisões judiciais que impõem a suspensão do exercício da advocacia a determinados causídicos. Tal prática, entretanto, somente seria admissível – em tese – excepcionalmente, como medida cautelar, mediante efetiva comprovação de perigo à ordem pública ou comprovação do exercício profissional para a prática de crimes, não dispensando a comunicação aos órgãos competentes da OAB para a tomada das providências cabíveis.

Confira-se nesse sentido, a decisão constante do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AgRg no HC 480.131/RJ, 6ª T., julgado em 03/09/2019, DJe 23/09/2019):

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA SUBSTITUÍDA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. VEDAÇÃO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
>
> AGRAVO PROVIDO.
>
> 1. A suspensão do exercício da advocacia não se apresenta desarrazoada ou desproporcional, mormente em se considerando que o réu se valeu de sua profissão para promover os crimes que lhe são imputados, sendo a medida ainda necessária à finalidade de garantir a ordem pública e a instrução criminal, antes atingível apenas com a imposição ao réu de prisão cautelar. Precedentes.
>
> 2. Agravo regimental provido para restabelecer a medida cautelar de vedação ao exercício da advocacia.

ASPECTOS PENAIS

Eventual punição pelo Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil não exime o infrator de responder criminal ou civilmente pelos seus atos.

O Código Penal Brasileiro não tipifica especificamente o exercício ilegal da profissão de advogado, fazendo menção apenas ao

exercício ilegal da profissão de médico, dentista ou farmacêutico, cuja pena é de detenção de seis meses a dois anos.

Na falta de disposição específica relativa ao exercício da advocacia, pode-se afirmar que sob o aspecto penal a legislação vigente prevê o enquadramento como contravenção penal conforme disposição do art. 47 da Lei das Contravenções Penais determina:

> Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:
>
> Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Em se tratando de advogado suspenso ou proibido do exercício profissional por decisão transitada em julgado proferida pelo Conselho Secional ou Tribunal de Ética e Disciplina, o enquadramento será no disposto no artigo 205 do Código Penal:

> Art. 205 – Exercer atividade, de que está impedido por decisão administrativa:
>
> Pena – detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso ordinário em habeas corpus n. 29435/RJ em 18/10/2011 proferiu acórdão dispondo que a simples prática de determinados atos inerentes à profissão por quem está impedido de fazê-lo, é suficiente para o enquadramento no tipo penal.

> HABEAS CORPUS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL COM INFRAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA IMPUTADA À RECORRENTE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA CASSANDO O SEU REGISTRO PROFISSIONAL. DESNECESSIDADE. DECISÃO PROFERIDA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DEFERINDO O PEDIDO