



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ninguém pode ser punido sem a existência de um processo legítimo que lhe imponha a punição, e a desobediência a esta garantia enfraquece o próprio conceito de República Democrática de Direito e nos remete aos atos de barbárie dos regimes ditatoriais e extralegais mais hediondos.

Perceba-se que o contraditório e a ampla defesa, que são decorrências imanentes e lógicas do devido processo legal, permitem relativização em situações excepcionalíssimas, expressamente previstas na lei. Entretanto, a garantia do devido processo legal como direito fundamental do apenado, mesmo nas situações mais hediondas e revoltantes, deve ser respeitada.

Não se pode, frente ao ordenamento constitucional vigente, impor uma pena capaz de reduzir o cidadão a absoluta insolvência civil ou de, pelo menos, impor-lhe séria privação, sem que isto decorra de uma análise pormenorizada dos elementos que fundamentam a imposição da pena.

Como diria Eugênio Pacelli, comentando a monumental obra de Luigi Ferrajoli:

“Assinala então o autor que, para além da autoridade inerente a qualquer ato do Poder Público, as decisões judiciais em matéria criminal, mais que qualquer outras (administrativas e políticas), devem demonstrar o amplo conhecimento sobre a matéria decidida. E de tal maneira que toda condenação criminal seja fruto exclusivo do saber (conhecimento), e não manifestação do poder (de autoridade).” (Grifamos)

(Curso de Processo Penal – Eugênio Pacelli de Oliveira, 10ª edição, Editora Lumem Júris, p. 24).

E o conhecimento só é possível com a criterização de uma apuração processual. Do contrário, a condenação se baseará na fé de que o advogado é relapso, mas não na certeza científica deste fato. E as “Ordálias” e



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

os “Juízos de Deus” foram a demonstração suficiente de que a ciência do direito não pode se fundar em princípios de fé.

Portanto, não existe sequer uma ação juridicamente censurável que admita a possibilidade de impor penalidade sem que, para tanto, seja facultado ao apenado o direito de ver-se processado e de, neste processo, ter a possibilidade de afastar a imposição da pena.

O desrespeito ao princípio do devido processo legal – art. 5º, LIV -, na hipótese do art. 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, diferentemente de outras previsões, não está nos termos “devido” ou “legal”, para justificar a compreensão de que a lesão se daria sob o aspecto da satisfatoriedade do trâmite processual e/ou de suas garantias.

Ao contrário, o desrespeito se refere ao núcleo duro da previsão — a partícula pétreia primeira e inarredável à qual se referem os outros termos, sendo indubioso que a lesão decorre da inexistência do próprio termo “processo” que, além de existir, deveria ser “legal” e “devido”.

Além disso, não se respeita nenhum princípio que decorra do devido processo legal, razão pela qual cumpre salientar que a interpretação e aplicação do artigo não permite (além da instauração de um processo) qualquer meio de defesa ou de manifestação do condenado (mesmo que fora deste processo inexistente).

Destaca, com propriedade Kildare Gonçalves Carvalho, que:

“Para que se possa decidir a lide, é indispensável que sejam ouvidas as partes litigantes, sem o que não haverá julgamento justo e nem garantia as liberdades constitucionais.

Como acentua Nelson Nery Júnior, ‘o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório.”

(Kildare Gonçalves Carvalho – Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição/Direito Constitucional Positivo, 15.^a Edição, Editora Del Rey, p. 863).

Ou seja, para legitimar a pena é indispensável que a mesma decorra de ato de ciência do Estado, cuja ciência do ato só se adquire mediante a imparcialidade ou a não predileção. E, a única forma de ser imparcial ou de não utilizar de predileção (ou prejulgamento) é franquear às partes o direito do embate, ou seja, de desmerecer as razões contrárias, de se pontuar as suas próprias razões.

Fredie Didier Jr., em seu excelente Curso de Direito Processual Civil, faz observação peculiar e perfeita para a situação desta análise. Destaca ele:

“Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do Magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do Magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. (...)

Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição, por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir; seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o ‘possível punido’ manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.”

(Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, Fredie Didier Jr., Editora Podivm, 8.^a edição, 2007, p. 43).

Na situação do artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, o juízo de censura nasce de uma presunção de conduta desidiosa. Esta



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

antecipação de culpa já é indevida, pois impõe uma presunção em sentido frontalmente colidente com a prevista na norma de hierarquia superior (Constituição Federal).

É dizer, de outro modo, que a previsão da pena, além de se basear em uma presunção de culpa, não admite — frente ao caráter sumário e irrecorrível de sua aplicação — que a parte se contraponha ao juízo prévio. Ou seja, não permite que se contrarie a presunção.

Não existe possibilidade processual para que o advogado “contradiga” o critério de culpa subjetivo que fundamenta a decisão impositiva da multa, tampouco há meio recursal hábil nem possibilidade de manifestação do advogado penalizado, antes ou depois da aplicação da pretendida e indevida multa.

Não socorreria a legitimidade da norma a alegação de que a oportunidade do exercício do contraditório seria a previsão disposta no § 2.º, do artigo 265, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, que possibilita a justificação prévia (até a instalação da audiência), das razões do não comparecimento.

Ora, é óbvio que não serviria tal assertiva para afastar a incidência do contraditório na formação da convicção de negligência do não comparecimento, posto que até o momento da instalação da audiência não há o contraditório, exatamente porque não há o que contraditar. Não se operou ainda o juízo de presunção. E, mesmo o suposto ato punível não se concretizou.

Da mesma forma, nas hipóteses de força maior ou de erro justificável para o não comparecimento no ato processual, a possibilidade de exercício do contraditório ficaria prejudicada.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Ou seja, o § 2.º só visualiza causa pré-existente de motivação, desconsiderando as causas de impossibilidade que podem ocorrer em período de tempo ínfimo (e, por isto mesmo, que não podem ser apresentadas até a abertura da audiência ou do ato processual e que deva atuar o advogado), mas que são plenamente capazes de impossibilitar a presença do advogado no ato processual. Por exemplo: se o advogado sofrer um acidente a caminho da audiência não poderá justificar sua ausência até a instalação do ato.

Ademais, a presunção de culpa criada, ante a inexistência de contraditório, gera a impossibilidade de ser ilidida.

Assim, mesmo que o advogado tenha motivação plenamente justificada para não comparecer à audiência, de nada servirá, pois a condenação já se operou. Por exemplo: quando a parte contrata um outro advogado (que não o que será vitimado pela pena) para acompanhar especificamente um ato que se realizará em outra comarca, e este advogado não comparece neste ato, o Juiz não terá a informação de que houveram tratativas neste sentido e punirá o advogado do processo por não comparecer a uma audiência que, por motivação absolutamente lícita, não se exigia que comparecesse.

Não existe, (com exceção do artigo de Lei analisado), nenhuma previsão legislativa que autorize o desprezo ao princípio do contraditório na imposição de pena.

Mesmo nas situações de antecipação cautelar ou liminar da tutela (que, aliás, não servem para a punição), a mitigação do contraditório é provisória e temporária. E, ainda assim, só é possível se atendidos os requisitos do *fumus boni iuris*, do *periculum in mora* e da reversibilidade do despacho antecipatório.