O CONCEITO DE CRIME INFAMANTE E IDONEIDADE MORAL NO ESTATUTO DA ADVOCACIA

Carlos Roberto Faleiros Diniz[*]

I. Crime infamante. Infração disciplinar

A prática de crime infamante prevista como infração disciplinar pelo art. 34, inc. XXVIII, da Lei 8.906/94 e punível com a pena de exclusão dos quadros de inscritos da OAB, suscita alguma polêmica, em especial quanto à conceituação do que seria esta infração. O ato punível é "prática de crime infamante".

Antes de discutir o conceito difuso de crime infamante, impõe-se fazer algumas considerações sobre o direito de punir.

II. O papel fiscalizador da OAB

Em matéria de direito sancionatório, antes da aplicação de qualquer pena, cabe ao órgão de fiscalização e controle da profissão orientar, prevenir em busca de uma disciplina dos advogados, tão uniforme o quanto possível.

Esse papel de fiscalização e disciplina, que engloba a orientação genérica, há de ser cumprido para evitar-se um enorme contingente de processos disciplinares que aportam os tribunais de ética, colocando a advocacia em situação comprometedora. O advogado fica em descrédito.

Claro que muitos dos processos que chegam aos tribunais de ética são improcedentes, refletindo exagero do cliente ou até mesmo o desconhecimento das regras ético-profissionais por quem representa. Mas, há os graves, muitos deles originados pelo desconhecimento dos colegas das regras que balizam o exercício da profissão e pela inexistência mesmo do exercício da fiscalização e da orientação preventiva e saneadora.

À OAB incumbe, portanto, o papel de aproximar-se do advogado, orientando-o preventivamente, antes de puni-lo com severidade, ainda que com pena máxima de exclusão.

---

[*] *Advogado em Franca/SP, ex-Conselheiro Seccional da OAB/SP, ex-Presidente da 13ª Subsecção da OAB/SP e Presidente da Associação dos Advogados de Franca..*

Em várias oportunidades sustentei essa orientação preconizada pelo moderno direito sancionatório.

III. Necessidade de análise da vida pregressa do advogado

Assim, importante frisar que ao processo administrativo aplicam-se as regras da legislação processual penal, conforme disposição estatutária. Senão vejamos:

> Art. 68. Salvo disposição em contrário, aplicam-se subsidiariamente ao processo disciplinar as regras da legislação processual penal comum e, aos demais processos, as regras gerais do procedimento administrativo comum e da legislação processual civil, nessa ordem.

Destarte, torna-se forçoso analisar a vida pregressa do representado, conforme estabelece o CPP, analisando os apontamentos em seu relatório de antecedentes. Um exame acurado do referido documento é de suma relevância e inconteste para o exame do assunto em tela.

A intenção aqui não é oferecer dados biográficos, mas sim, aclarar a vida profissional do advogado, de seu comportamento ao longo de toda a trajetória de sua carreira profissional, antes e depois dos fatos que ensejariam a inauguração individualizada, separada, de eventual processo disciplinar de exclusão, com as garantias da mais ampla defesa e contraditório.

Nesse sentido, é a doutrina:

> Os comentadores assinalam, dentre as novas funções que o Código atribui à autoridade policial, a investigação sobre a vida pregressa, como uma das mais sérias e importantes (Sady de Gusmão; *CPP – Breves anotações*, 1942, pg. 14; Ary Franco, *CPP 1º. Volume*, 1942, pg. 53).
>
> A averiguação da vida pregressa visa à apuração de fatos que evidentemente não podem constar da folha de antecedentes que permitem ajuizar da índole da individualidade moral, psíquica e social do acusado, sua maior ou menor firmeza, seu modo de reagir às solicitações exteriores, seu grau de prudência e mesmo de generosidade, sua condição econômica, enfim, todos os fatores pessoais que possibilitem conhecer-lhe a personalidade (*Coment. ao CPP, Forense*, RJ 1956).

No processo penal, ao contrário do que sucede no processo civil, não se julgam relações jurídicas: julgam-se os homens, as condutas e atos. Patente a importância do exame dos antecedentes dos acusados no processo penal e no processo disciplinar; tanto é assim que o Código de Processo Penal expressamente determina esse levantamento, conforme **artigo 6°, IX**, onde dispõe:

> Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...)
> IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuírem para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Há séculos, a *Constitutio Criminalis Carolina* (§§ 25, 26, 31, 37) ordenava ao Juiz que procurasse se informar "a fim de saber se o acusado pode ser julgado capaz de ter cometido o delito" (Dr. C.J.A. MITTERMAYER, *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, tradução de Herbert Wuntzel Heinrich, Bookseller, 3ª Edição). E os mestres da prova, ao constituírem seus sistemas, invariavelmente incluem o exame dos antecedentes ou como indício ou como presunção. A integridade do acusado era considerada por MITTERMAYER "a mais forte presunção":

> Porém a mais forte presunção é deduzida dos antecedentes e da moralidade do acusado. Com o seu auxílio a tarefa do Juiz é simplesmente facilitada (...).

O lente da Universidade de Heidelberg, MITTERMAYER, desenvolvia, nesse passo, a colocação de BENTHAN, cujo ponto culminante se atingiu com o sistema de MALATESTA e GORPHE, para quem os antecedentes do acusado podem funcionar como "indício de incapacidade moral para o delito".

Gorphe, em "*De la apreciacion de las Pruebas*", (Bosch y Cia. Editores, 1950, p. 328) afirma: *"El indicio de capacidad constituye una señal compleja e indirecta, en el sentido de que las disposiciones delictivas del acusado han de inferirse particularmente de la conducta passada del individuo y de sus actos anteriores al delito"*.

Na espécie vertente, quando a um advogado está sendo imputada a inobservância das regras de sua profissão, é de toda conveniência que se inicie por compulsar-lhe o passado, quer quanto a vida funcional dele, quer quanto ao exercício profissional. Ambos sem mácula, como se verá a seguir, a solução há de ser pela absolvição, posto que tecnicamente primário em relação à OAB.

IV. Da exclusão por inidoneidade.

Os casos de exclusão dos quadros da OAB vêm enumerados e definidos pela Lei, e não se pode ampliá-los a outras hipóteses.

A exclusão, então, é imposta após a aplicação de três suspensões ao advogado e quando o inscrito tornar-se moralmente inidôneo ou por praticar crime infamante, tema do presente

artigo, que não tem tipificação no Direito Penal vigente e é de difícil conceituação técnico-jurídica, até porque não se prende a critérios objetivos e concretos para definir quando se trata de crime infamante e de inidoneidade moral.

A exclusão pode ser sugerida com base no art. 34, XXVII e XXVIII.

O inciso XXVII, do art. 34, trata da inidoneidade moral, que deve ser analisado em conjunto com o disposto no art. 8º, § 3º, que prevê o reconhecimento da inidoneidade e a votação com *quorum* qualificado do Conselho Seccional, afinal trata-se de pena capital, e a mais grave delas – exclusão dos quadros.

Como se pode extrair do texto legal, não há esclarecimento sobre o que é idôneo, para fins de exercício da profissão.

O inscrito, perdendo a idoneidade moral, a qualquer momento pode ver revista a concessão da inscrição, eis que esta é uma condição da outorga.

A idoneidade moral, não tendo parâmetros concretos na Lei para ser apurada, é obtida por critérios subjetivos, vale dizer que cada um pode ter um conceito de idoneidade diferente.

Importante mencionar o entendimento do abalizado Paulo Luiz Neto LÔBO:

> É um conceito indeterminado (porém determinável) ou cláusula geral, cujo conteúdo depende da mediação concretizadora do Conselho competente, caso a caso. *(Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.* São Paulo/SP: Saraiva. 2002. p. 88).

Nas palavras de Eros Roberto GRAU, "... são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos – razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique" (*Direito, conceitos e normas jurídicas*, São Paulo: RT, 1988, p. 72).

O conceito de inidôneo é cambiante, adaptável a uma determinada realidade social. Essa cláusula geral, de conteúdo indeterminado pode aplicar-se a gama enorme de fatos sociais. Essa espécie de norma pode provocar a falta de objetividade das decisões, sendo então necessário que o julgador, o aplicador da norma preste muita atenção na sua utilização ou aplicação.

Por esta razão, Gladston MAMEDE alerta para o perigo de se tipificar certa conduta como inidônea, recomendando cautelas no manejo da norma de conteúdo genérico:

> (...) é necessário cautela, por um lado, para evitar que, açodadamente, indiciados ou processados criminalmente sejam considerados moralmente inidôneos (...) *(A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.* Porto Alegre: Síntese. 1999. p. 400).

Por isso, é preciso que se estabeleçam os critérios práticos e objetivos para a aplicação deste dispositivo legal, pois a questão angustiante que se coloca. reside em saber

> (...) em que medida a norma poderá conter um enunciado, que acabe por permitir *derivações* de princípios e valores a serem desenvolvidos pelo intérprete ou pelo aplicador e que não estejam necessariamente presentes no sistema jurídico interno (JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 43).

As condutas do inscrito que redundem em descrédito da profissão, desonram-na e tornam indigno o profissional, devem ser apuradas concretamente, pela repercussão que provocam. Se não ocorrer repercussão contrária alguma, se o colega continua a prestação de serviços de advocacia, normalmente, sendo respeitado pelos colegas e no meio forense, repercussão alguma há. O caso aí é de absolvição, eis que o advogado não perdeu a idoneidade, não é desrespeitado e a própria sociedade o acolhe, sem rejeição.

Se o advogado, por exemplo, praticou uma vez o delito do artigo 168, III do Código Penal, esse fato ensejaria a aplicação de pena de suspensão do exercício profissional, por infração ao artigo 34, XX ou XXI da Lei 8.906/94, não a exclusão, por disposição do art. 37, I da mesma lei.

A exclusão pressupõe a aplicação por três vezes da suspensão (art. 38, I da sobredita lei), para esses casos.

E o artigo 38, I diz que a exclusão pode ser aplicada ocorrendo a suspensão por três vezes. Ora, se o advogado for representado por infração ao art. 34, XXI, e, por acaso, não for condenado em âmbito criminal, por qualquer razão, os fatos são os mesmos, mas a OAB não poderá instaurar processo de exclusão por perda de idoneidade moral e muito menos por crime infamante. Há previsão legal e tipificadora.

Conclui-se pela inexistência de fatos à exclusão, não fosse ainda a própria ausência de definição do que é “inidoneidade moral”, figura esdrúxula criada pelo legislador, que deixa a critério do julgador, de forma subjetiva, e às vezes despótica ou preconceituosa a conceituação e a aplicação da exclusão.

V. Do crime infamante

O conceito de crime infamante é indeterminado, dependendo da valoração subjetiva à luz de circunstâncias concretas, palpáveis, para determinar se caracterizam o conceito jurídico indeterminado. Como já se disse aqui neste trabalho, deve-se ter muito cuidado no manejo desta norma, ante a própria dificuldade de objetivar, em dados concretos, o julgado.

Orlando de Assis CORRÊA, em sua obra, esclarece:

> (...) a expressão é infeliz , pois não existe em nosso Direito Penal, a qualificação de infamante, para qualquer delito. Fala-se muito, e muito, em crime infamante, mas não há tipificação alguma que conduza a uma certeza quanto a esta qualificação. *(Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.* São Paulo/SP: Aide, 1995. p. 65).

> (...) será impossível a punição disciplinar do advogado com base neste dispositivo *(Op. Cit.*, p. 145).

E mais adiante, salienta o mesmo autor:

> A prática de crime, por si só, não possibilita sua exclusão, porque só poderia sê-lo se condenado por crime infamante. Como não há tal tipificação em nosso Direito Penal, o dispositivo não poderá ser aplicado (*Op. Cit.*, p. 149).

Como se pode perceber, não há definição de crime infamante. É genérica a qualificação, e, portanto subjetiva a inclusão deste ou daquele outro crime como infamante. E, por outra, qual o crime que não é infamante, que não represente sanção contra um ato que a sociedade não aceita. Todo delito é infamante, neste sentido de aviltamento. Como seria medida, avaliada, a condição de infamante? O que é infamante para uns, não o é para outros. O que é infamante hoje, não o será amanhã.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.573, também consagra a expressão prática de crime infamante, sem, contudo, apresentar qualquer conceito que pudesse elucidar a questão.

Sílvio Rodrigues assim define o crime infamante:

> A expressão ‘crime infamante’ não é técnica, mas refere-se aos delitos que provocam repulsa no meio social que avilta a seu autor (RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 170).

Não sendo, portanto, expressão técnica jurídica, e sendo norma de conteúdo determinado, é claro que o enquadramento fica ao alvedrio do julgador, ligado à subjetividade e ao impressionismo, o que afasta a aplicabilidade da norma, que prevê a aplicação de pena, a condenação por determinada atitude, que, à toda evidência, não está ligada a fatos concretos e palpáveis, de sorte a permitir a isonomia de tratamentos para casos iguais.

O impressionismo a que se reporta aqui é aquele que contraria a realidade objetivamente considerada, deixando sobrepor-se ao subjetivismo, sem considerar que a má reputação, a má fama, a desonra profissional, está ligada à própria repercussão, no meio da classe e da sociedade, mas não provocadas por meio da mídia, ou de interessados.

Então, o que é ignominioso, desprezível e vil para fins de exercício profissional, há de ser apurado e enquadrado como infame, à luz da reiteração de procedimento, de provas reais e com repercussões concretas e nefastas à profissão.

Não há um paradigma, e nem uma noção exata, ligada a atos concretos que possam tipificá-lo como infamante.

Ilustra-se esta constatação com julgado do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, o qual revela a dificuldade de eficácia da norma contida no EAOAB:

> O crime de falso testemunho com participação do advogado do réu não caracteriza os conceitos de crime infamante nem o torna moralmente inidôneo para o exercício da advocacia preceituados no artigo 34, incisos XXVII e XXVIII, do Estatuto. Representação improcedente. Decisão unânime. *(P.D. 2.112/00, Ac. 1ªT., 30/04/2001, Rel. Rosan de Sousa Amaral).*

A nova tendência do direito sancionador moderno é a de que as condutas, legalmente descritas, sejam determinadas, claras e certas, a fim de que elas possam ser identificadas, em toda a sua extensão, de plano. Assim, afasta-se a necessidade de que os conceitos contidos nas disposições legais sejam valorados discricionariamente por parte dos julgadores.

Isso nada mais representa do que o tão falado princípio da taxatividade ou da determinação taxativa, corolário do princípio da legalidade. O fundamento reside na tentativa de se evitar a aplicação arbitrária do Direito. Neste sentido se posiciona a lição de Luiz LUISI:

> (...) o principal fundamento do postulado da determinação taxativa é de índole política. A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei (*Os princípios constitucionais penais*. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 25).

Tal lição pode se estendida, integralmente, ao conceito de crime infamante e de inidoneidade moral previstos na Lei nº 8.906/94.

Primeiro, há que se reconhecer que a discussão acerca do que vem a ser considerado com o crime infamante ou inidoneidade moral é equívoca, comportando, pois, mais de uma significação. Não foi observado, desta forma, para a estatuição de tais sanções, o princípio da determinação taxativa. Deveria o legislador ter se utilizado de técnica correta, prescrevendo quais condutas são consideradas como infamantes ou inidôneas, para os fins da aplicação da pena de exclusão do advogado dos quadros da OAB.

A generalização do conteúdo da norma, permitindo ao aplicador considerar como infamante um delito qualquer, não pode subsistir. Nesse caso o EAOAB deveria ser casuístico, indicando especificamente as condutas tidas como infamantes, não deixando na generalidade, na vagueza, ou na interpretação de variado significado.

Na apreciação do caso concreto o intérprete a aplicador da Lei deve recorrer a bases e valores morais e aos bons costumes recomendados pelo momento social. São valores que se apuram fora do sistema normativo, mas a ele (sistema normativo) devem ser acomodados.

Segundo Eros GRAU:

> Apenas e tão somente na medida em que o "objeto" – a significação – do conceito jurídico possa ser reconhecido uniformemente por um grupo social poderá prestar-se ao cumprimento de sua função, que é a de permitir a aplicação de normas jurídicas, com um mínimo de segurança e certeza" (*Op. cit*., p. 62).

Outrossim, não se afasta, nestes casos, a possibilidade de que haja arbítrio por parte do julgador na aplicação da sanção, sobretudo no que diz respeito à sanção máxima contida na EAOAB – sanção de exclusão. Tal fato acarreta um situação de desconforto e insegurança ao advogado que tem instaurado contra si procedimento disciplinar, sem que haja qualquer motivo razoável para tanto. Seu destino fica, desta forma, nas mãos de decisão discricionária de seu julgador, porquanto este se utilizará de critérios tão-somente subjetivos, políticos, discricionário, e arbitrário para decidir a questão posta à sua apreciação.

É justamente nesta linha de pensamento que se manifesta Damásio de JESUS, citando Aníbal BRUNO, anotando que estes elementos, nomeados por ele de elementos normativos, por conterem alto grau de vagueza, indeterminabilidade, devem ter sua utilização evitada:

> Todavia, como dizia Aníbal Bruno, é preciso considerar que, aumentando-se o número desses elementos normativos, diminui-se a precisão e a firmeza do tipo, com prejuízo da segurança que o regime dos tipos visa a estabelecer (*Direito Penal*, v. 1 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 273).

Como alerta CORRÊA (*Op. Cit*., p. 66), o EAOAB deveria dizer "condenado por crime, cuja pena deva ser cumprida em regime de prisão fechada" ou outro elemento normativo, e não deixar aberto, ao alvedrio do aplicador para conceder ou não a inscrição, e para excluir o colega, e a critério da OAB.

Desde a promulgação da Lei, esta questão ficou controvertida e não foi aplainada e nem há uma orientação única da OAB quanto ao tema ora enfocado.

VI. Conclusões

O certo é que a pena deve ser aplicada, com base em critérios objetivos, concretos, previstos em lei. Não há como admitir-se essa infração aberta a toda e qualquer interpretação, deixada ao alvedrio do intérprete e a seus impulsos momentâneos, ou à utilização de valores morais, dos bons costumes, ou até mesmo deixando ao critério da experiência de vida do julgador.

Por isso, o mais correto nessas hipóteses, e ante dúvidas que suscitarem os casos concretos, é absolvição.

Todo exagero e generalização devem ser combatidos pelo perigo de injustiça e aplicações contraditórias da Lei, ante vários casos concretos. Os critérios devem ser encontrados no próprio sistema normativo e não fora dele, quando se trata de aplicação da pena.

Penso que para a configuração do crime de apropriação e alguns outros, como infamantes, deveríamos ter a reiteração e a habitualidade criminosa, que lhe confere publicidade e repercussão grave contra a advocacia, sendo o colega considerado um traidor e perjuro, ante o juramento prestado.

Jamais um caso isolado de apropriação pode conduzir à exclusão, especialmente se se verificar que há condenações de colegas que são indevidas e decorrem de perseguição política, de pressão da mídia, ou animosidade de autoridades que não compreendem o papel do advogado e nem vivenciaram o exercício da advocacia em sua plenitude.

Ademais, nenhuma condenação criminal é capaz de impor, por si só, a exclusão, por isso que deve prestigiar-se o amplo contraditório e a defesa por todos os meios, em processo disciplinar específico de exclusão, que bem podem demonstrar até mesmo a inexistência de crime, ou a aplicação errônea de penas, ante influências e provas incompatíveis ou às vezes até ilícitas. Há muitos casos de condenações baseadas em erros judiciais.

O caso concreto há de ser avaliado, portanto, à luz de rigorosa apuração probatória, até porque a pena é a mais grave prevista.

O ideal seria, conforme mencionado anteriormente, que o legislador tivesse fixado critérios objetivos para se constatar quais são os limites atribuídos ao conceito vago de crime infamante e de idoneidade moral, mencionado de forma clara, certa e extreme de dúvidas quais são as condutas praticadas pelo advogado que estão sujeitas à pena de exclusão.

A condenação criminal, como causa autônoma de aplicação da pena, em algumas legislações, é aceita, mas com a enumeração do tipo de crime assim considerado: homicídio, reclusão por pena superior a determinado tempo, reclusão perpétua.

À falta de tal disposição, há que se observarem alguns pressupostos para que a referida sanção possa ser aplicada.

Primeiramente, a vida pregressa do advogado deverá ser investigada, o que trará elementos para a verificação de sua conduta pessoal e profissional, influenciando na imposição da sanção disciplinar. Posteriormente, para que seja reconhecida a existência de crime infamante e inidoneidade moral, para os fins de exclusão dos quadros da OAB, é indispensável que haja lesão contra os interesses da classe ou contra a dignidade da profissão. Sem tal lesão, não há que se falar na existência de tais práticas, impossibilitando a sua exclusão.

Não há, da forma como foram concebidos pelo legislador, como determinar tal crime como infamante ou uma conduta como inidônea. Essa conceituação é desconhecida do Direito Penal, de tal sorte que a perda da idoneidade e prática de crime infamante, sob minha ótica se confundem, eis que a prática de crime o torna inidôneo para o exercício da profissão, à juízo do Conselho Seccional, e mediante apuração escorreita, privilegiando o direito à ampla defesa e ao contraditório

São critérios objetivos que a nossa legislação disciplinar não estabelece, e, portanto, não podem ser supridos aleatoriamente ao talante e à própria vontade do julgador.

VI. Bibliografia

CORRÊA, Orlando de Assis. **Comentários ao estatuto da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.** Rio de Janeiro: Aide, 1995.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. **A Subsecção da OAB e a advocacia**. Ribeirão Preto/SP: Nacional de Direito, 2003.

GARÇON, Maurice. **O advogado e a moral**. Tradução de Antônio de Souza Madeira Pinto. Coimbra: Armênio Amado, 1963.

GORPHE, François. **De la apreciación de las pruebas.** Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Madrid: Bosch y Cia. Editores, 1950.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1988.

Jesus, Damásio E. de. **Direito Penal.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v 1.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. **Cláusulas gerais no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB.** São Paulo: Saraiva, 2002.

LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2 ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a ordem dos advogados do Brasil.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé do direito privado**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999.

MITTERMAYER, C. J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrich, 3 ed. Campinas: Bookseller, 1996.

RAMOS, Gisela Gondim. **Estatuto da Advocacia:** Comentários e jurisprudência selecionada. 3.ed. Florianópolis: OAB/SC, 2001.