

Catta Preta: O assistente de defesa no processo penal

30/01/2021

O Informativo nº 675 do Superior Tribunal de Justiça, de agosto de 2020 [1], trouxe, entre os seus destaques, a tese formada no julgamento do RMS 63.393/MG no sentido de que "*a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB — não tem legitimidade para atuar como assistente de defesa de advogado réu em ação penal*" [2].



A premissa adotada pelo STJ é a ausência de previsão

legal da figura do assistente de defesa no Código de Processo Penal. No entanto, tal omissão de fato implica na proibição da existência de tal personagem processual?

Sabe-se que o processo penal é uma das ferramentas mais importantes do cidadão em face do poder punitivo do Estado. É por meio do procedimento legal preestabelecido que se garante — ou se tenta garantir — aos investigados e acusados criminalmente o direito a um processo justo. Daí porque o Código de Processo Penal sempre deve ser observado de forma rigorosa, sob pena de fragilizarmos a própria legitimidade das condenações penais.

Dito isso, cumpre esclarecer que aqui não se pretende relativizar a importância de se atentar fielmente aos ditames processuais inseridos no mencionado diploma processual penal. Pretende-se, isso, sim, aferir o quanto a interpretação que vem sendo conferida ao artigo 268 do CPP para justificar a impossibilidade da figura do assistente de defesa se alinha ou se afasta do contexto geral do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o artigo 268 inaugura o Capítulo IV do Código de Processo Penal, intitulado "*Dos assistentes*", e já anuncia quais figuras podem intervir, como assistente do Ministério Público, nas ações penais públicas.

Nos dispositivos legais que seguem (artigos 269 a 273), tem-se a regulamentação da atuação da figura processual indicada no artigo inaugural do referido capítulo, qual seja, o assistente do Ministério Público nas ações penais públicas, e, assim, chega-se ao fim do capítulo do CPP que

trata dos assistentes.

A leitura isolada do Código de Processo Penal, portanto, indica a inexistência de previsão legal da figura do assistente de defesa. No entanto, a dúvida que paira é: tal omissão necessariamente implica em proibição? Ou, em outras palavras, pode uma lei posterior — relembre-se que tais dispositivos remontam o ano de 1941 — prever a figura do assistente de defesa?

Longe de ser uma questão meramente teórica ou especulativa, a controvérsia ganhou os tribunais com o advento do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906 de 1994), que, em seu artigo 49, parágrafo único, prevê justamente hipótese de assistência de defesa ao conferir legitimidade aos presidentes dos conselhos e das subseções da Ordem dos Advogados do Brasil para intervir, *"inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB"*.

Não obstante a aparente clareza da redação legislativa acima transcrita, a jurisprudência se divide e as decisões são das mais diversas. Tais decisões vêm sendo proferidas, inclusive, em casos de repercussão na imprensa e, diante de tantas notícias tão divergentes entre si [3] sobre um tema aparentemente simples, buscamos entender a origem de cada entendimento para, ao final, verificar qual deles se mostra mais acertado sob a perspectiva da interpretação sistemática.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que a norma constante no Estatuto da Advocacia acaba sendo deixada de lado, adotando-se, por muitas vezes, a tese da impossibilidade de os presidentes dos conselhos e das subseções da OAB figurarem como assistentes de defesa em razão de ausência de previsão legal — conforme já dito alhures, de fato não há previsão do assistente de defesa no capítulo destinado a tratar *"dos assistentes"* no Código de Processo Penal.

A construção da tese parte do princípio de que a assistência prevista no artigo 49, parágrafo único, do Estatuto da Advocacia somente se aplicaria para a defesa de interesses da categoria. Do contrário, deve-se observar o disposto no Código de Processo Penal que, repita-se, não prevê tal sujeito processual [4].

No entanto, ao se proceder uma interpretação sistemática da norma, ou seja, comparando o dispositivo legal em análise com *"outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto"* [5][6], verifica-se que a premissa de que o artigo 49, parágrafo único, do Estatuto da Advocacia somente se aplicaria para a defesa de interesses da categoria não se alinha às demais normas sobre o tema. Partindo-se uma premissa equivocada, logicamente a conclusão não se sustenta.

Nesse sentido, vale destacar, para fins de interpretação sistemática da norma, os dispositivos legais dos artigos 44, inciso II e 54, inciso II, também do Estatuto da Advocacia, que preveem que:

"Artigo 44 — A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

(...)

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

Artigo 54 — Compete ao Conselho Federal:

(...)

II – representar, em juízo ou fora dele, os interesses coletivos ou individuais dos advogados".

A leitura dessas normas — notadamente a previsão legal de defesa de interesses individuais dos advogados — nos parece afastar a interpretação de que a assistência prevista no artigo 49, parágrafo único, somente se referiria a defesa de interesses da categoria (portanto, coletivos).

Já no Supremo Tribunal Federal, a discussão aprofunda-se e, não só se admite a figura do assistente de defesa, como até mesmo regulamenta-se tal atuação, aplicando por analogia, justamente o procedimento previsto no Código de Processo Penal para os assistentes de defesa [7].

A renomada doutrina de Guilherme Nucci [8], apenas para citar um exemplo, também deixa clara a possibilidade de a OAB figurar como assistente de defesa ao ensinar que:

"(...) É preciso salientar que a Lei 8.906/94 autoriza, expressamente, a assistência, também, do advogado que seja réu ou querelado, pois refere-se à intervenção em inquéritos e processos em que sejam indiciados (nítida hipótese criminal), acusados ou ofendidos (em igual prisma) os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Dessa forma, nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, aplicado por analogia neste caso de lacuna do Processo Penal, a OAB pode atuar como assistente de defesa, quando possui interesse de que a sentença seja favorável ao réu-advogado (art. 50, CPC)".

O tema, aparentemente simples, chama a atenção justamente por se tratar de matéria singela, porém com entendimentos tão divergentes entre si sendo aplicados no dia a dia das cortes brasileiras.

A importância da questão deve ser lida, ainda, no contexto atual, em que a sanha punitivista tem resultado em investigações — algumas já declaradamente infundadas — em face de advogados que, em última análise, pode representar afronta ao próprio exercício legal da advocacia.

A chamada operação Pentiti (absurdamente 64ª fase da aparentemente infinita "lava jato"), por exemplo, teve como alvo renomados advogados, sem qualquer fundamento jurídico que justificasse a aplicação de medidas cautelares criminais.

Tal conduta foi devidamente rechaçada pelo ministro Gilmar Mendes, que, ao ser provocado justamente pelo Conselho Federal da OAB, atuando em defesa dos referidos advogados, revogou a medida cautelar indevida [9] e nos deixou a brilhante lição no sentido de que:

"No Brasil, a advocacia, a figura do advogado e sua instituição de representação se misturam como função essencial administração da justiça, seja como garantia da democracia consubstanciada na liberdade e igualdade por intermédio da máxima amplitude do contraditório

e da ampla defesa ou do acesso ao judiciário, seja como ente fiscalizador dos concursos de ingresso na magistratura e no Ministério Público ou ainda como agente oxigenador dos tribunais por intermédio das vagas reservadas aos advogados em sua para a composição dos tribunais, ou como ente legitimado universal para a participação do controle de constitucionalidade no Brasil" [10].

[1] Disponível em <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>.

[2] STJ. 5ª Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. RMS 63.393/MG. Julgado em 23/06/2020. DJe 30/06/2020.

[3] Nesse sentido: https://www.conjur.com.br/2005-out-28/oab-sp_assistente_pedido_hc_oliveira_neves; <https://www.conjur.com.br/2015-out-07/oab-dar-assistencia-advogado-acusado-comprar-dossie>; <https://www.conjur.com.br/2020-mai-11/stj-nega-oab-assistente-defesa-acao-advogado>; dentre outros.

[4] Nesse sentido: STJ. 5ª Turma. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. RMS 63.393/MG. Julgado em 23/06/2020. DJe 30/06/2020; STJ. 6ª Turma. Relator Min. Hamilton Carvalhido. AgRg no HC 55.631/DF. Julgado em 12/12/2006. DJe 29/09/2008.

[5] MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 104.

[6] Ainda sobre a relevância da interpretação sistemática destaca-se: *"Confronta-se a prescrição positiva com outra de que proveio, ou que da mesma dimanaram, verifica-se o nexo entre a regra e a exceção, entre o geral e o particular, e deste modo se obtém esclarecimentos preciosos. O preceito, assim submetido a exame, longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é mais bem-compreendido"* (MAXIMILIANO, Carlos. "Hermenêutica e Aplicação do Direito". 20ª Edição. Rio de Janeiro. Forense, 2011. p. 104.)

[7] Nesse sentido: STF. 1ª Turma. Relator Min. Moreira Alves. Julgado em 19/09/1995. DJe 17/05/1996.

[8] NUCCI, Guilherme. Código de Processo Penal Comentado. editora Revista dos Tribunais: 2012. 11ª edição, pág. 598.

[9] STF. 2ª Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. RCL 36542. Decisão proferida em 28/10/2019.



[10] CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2. ed. 2018).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jan-30/catta-preta-assistente-defesa-processo-penal/>