

NOTA TÉCNICA Nº 05/2017/CONAMP

Proposição: **PL 8347/17**, do Senado Federal (PLS 141/15) que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)”, para tipificar penalmente a violação de direitos ou prerrogativas do Advogado e o exercício ilegal da Advocacia, e dá outras providências

Ementa: Altera a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), para tornar crimes a violação de direitos ou prerrogativas do advogado e o exercício ilegal da advocacia. Estabelece novas infrações disciplinares para conselheiros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e juízes do Tribunal de Ética da OAB que mantenham conduta incompatível com o cargo. Disciplina as notificações no âmbito dos processos da OAB.

Indexação: Criminalização da violação de prerrogativas dos Advogados. Fixação oblíqua de imunidade absoluta. Inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Violação dos princípios da isonomia, legalidade, taxatividade, separação dos poderes, intervenção mínima, e proporcionalidade (vedação da proteção insuficiente, inclusive). Desrespeito à paridade entre órgãos e instituições do sistema de justiça.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), entidade de classe que congrega mais de 16 mil membros dos Ministérios Público dos Estados, Distrito Federal e Territórios e Militar, tendo em vista a aprovação, no âmbito da CCJC do Senado Federal, em caráter terminativo, do parecer, na forma de substitutivo da Senadora Simone Tebet (PMDB-MS), no que se refere à criminalização da violação de prerrogativas dos advogados pelo novel Art 43-A, vem apresentar as seguintes considerações:

I – O projeto original, tramitação na CCJC do Senado Federal e os avanços obtidos:



Como se pode verificar pela leitura dos pareceres apresentados na CCJC/SF pela então relatora da matéria, senadora Simone Tebet (PMDB/MS), o texto original do PL 8347/17 (PLS 141/2015) estava quase que na sua integralidade maculado pelo vício da inconstitucionalidade.

Isso foi expressamente reconhecido já no primeiro parecer¹ publicado em 18 de abril de 2017, que apontava: ***algumas inconstitucionalidades e injuridicidades presentes no Projeto merecem ser corrigidas, a fim de que a validade da proposição não seja futuramente questionada.***

No que tange à redação do inciso II do § 4º, asseverou seria ***inconstitucional a requisição de remessa dos autos do inquérito policial ao Procurador-Geral por parte da OAB, se discordar do pedido de arquivamento do Ministério Público.***

Nessa toada, observou, ainda, que *os tipos penais em questão somente devem ser punidos a título de dolo, uma vez que são logicamente incompatíveis com os chamados crimes imprudentes*, propugnando que ***os parágrafos que introduzem os tipos culposos merecem ser suprimidos.***

O segundo parecer da relatora, publicado em 02 de agosto de 2017 e aprovado, com força de decisão terminativa, no dia 09 do mesmo mês e ano, reescreveu o crime de violação de direitos ou prerrogativas de advogados, introduzindo, como elementos integrantes dos tipos penais, os incisos I, II, III, IV, V, XIII, XV, XVI e XXI do art. 7º da Lei nº 8.906/94².

Nessa manifestação, a Relatora, ao mesmo tempo em que destacou a importância da matéria, reconheceu, mais uma vez, que ***algumas inconstitucionalidades e injuridicidades (ainda) precisavam ser corrigidas.***

Nesse sentido, propôs, novamente, a supressão da figura delitiva culposa, uma vez que *os tipos penais em questão são incompatíveis com os chamados crimes imprudentes*. Sugeriu a readequação do *quantum* de aumento de pena nos casos de conduta atentatória à integridade física ou à liberdade.

¹ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5236008&disposition=inline> - consultado em agosto de 2017.

² <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6011033&disposition=inline> - consultado em agosto de 2017.

Ainda, reafirmou a **inconstitucionalidade** da previsão de suspensão cautelar e transferência para outra função ou localidade, bem como da requisição de remessa dos autos do inquérito policial ao Procurador-Geral por parte da OAB, se discordar do pedido de arquivamento do Ministério Público, pois compete ao magistrado, ao discordar das razões pelo arquivamento, encaminhar os autos ao Procurador-Geral de Justiça; e asseverou que, concordando com as razões do Ministério Público, compete ao juiz a decisão de arquivar o inquérito, **independentemente da manifestação da OAB**. Afirmou que o mecanismo de controle do art. 28 do CPP foi conferido apenas ao magistrado, pois é ator imparcial e equidistante na relação jurídica processual e que atua como fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. **Conferir a mesma alternativa à OAB seria desconsiderar que a instituição, embora essencial ao funcionamento da Justiça, é representante de classe, imbuída também da proteção das prerrogativas da profissão.**³ (g.n.)

Reconheceu, também, que o inciso III do parágrafo 4º (também) **revela-se inconstitucional**, pois, **ao subtrair do Ministério Público a titularidade da ação penal ali prevista, ofende o art. 129, I, da Constituição Federal.**

Ao final, propôs a seguinte redação ao art. 43-A do PL 8347/17 (PLS 141/20150, do Senado):

"Art. 2º O Título I da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo X, artigos 43-A e 43-B:

"CAPÍTULO X – Dos Crimes

Violação de direitos ou prerrogativas do advogado

Art. 43-A. Violar direito ou prerrogativa do advogado, relacionada nos incisos I, II, III, IV, V, XIII, XV, XVI ou XXI do art. 7º, impedindo ou limitando o exercício da advocacia.

Pena - detenção, de um a quatro anos.

§ 1º As penas serão aumentadas de um sexto a dois terços, se o agente público praticar ato atentatório à integridade física ou à liberdade do profissional de que trata o artigo.

§ 2º Nos casos de condução ou prisão arbitrária, sem prejuízo do disposto no §1º, o agente público ainda ficará sujeito à perda do

³ <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=6011033&disposition=inline> - consultado em agosto de 2017.

cargo e à inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de até 3 (três) anos.

§ 3º Não constitui crime a decisão judicial que determine a prisão em flagrante ou provisória do advogado, ainda que modificada por instância superior, desde que proferida nos termos da lei.

§ 4º A Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Conselho Federal, em qualquer situação, e de Conselho Seccional, no âmbito de sua atribuição regional, poderá solicitar à autoridade com atribuição para investigação, instauração de persecução penal por crime de que trata este artigo, bem como diligências em fase investigativa, requerer a sua admissão como assistente do Ministério Público, em qualquer fase da persecução penal, bem como intentar ação penal de iniciativa privada subsidiária nos termos dos Códigos Penal e de Processo Penal.

§ 5º O juiz, recebendo promoção de arquivamento de persecução penal relativa a crime tratado neste artigo, antes de sobre ela decidir, intimará a Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seu Conselho Seccional, em qualquer hipótese, ou do Conselho Federal, no caso de persecução penal relativa a fato ocorrido perante tribunal federal com competência territorial que abranja mais de um Estado da federação, para que se manifeste no prazo de cinco dias, nos termos do art. 28 do Código de Processo Penal.

Assistiu razão à Senhora Senadora quanto à inconstitucionalidade de significativa parcela da proposta de reforma legislativa.

Aliás, são inúmeras as tentativas que tramitam nas casas legislativas visando a alterar questões atinentes ao exercício de poderes/deveres próprios do Estado, em especial àqueles deferidos pela Constituição Federal ao Ministério Público, e que incorrem, flagrantemente, na seara da inconstitucionalidade. É o que se verifica também em relação ao PL 8347/17.

Nesse aspecto, nunca é demais relembrar, que, entre as funções típicas de Estado está **a persecução penal**. Em sendo função típica de Estado e expressão de sua soberania, a persecução foi entregue pela Constituição Federal vigente a um dos órgãos que compõe a estrutura estatal, o Ministério Público. Essa outorga, que **na expressão constitucional é privativa/exclusiva**, está acobertada pelo também constitucional princípio da separação dos poderes, e constitui verdadeira garantia fundamental dos cidadãos.

Assim, qualquer tentativa de "privatização" da ação penal em crimes de ação pública, como previsto, por exemplo, em uma das versões do

PROJETO, incorrerá, indubitavelmente, em inconstitucionalidade. Ao ofendido ou a quem o representante fica reservada a legitimidade em casos excepcionais e específicos onde o interesse particular prepondera, ou quando o Estado, por meio do Ministério Público, deixar, injustificadamente, de cumprir com seu poder/dever constitucional.

Da mesma forma como **viola o princípio da separação dos poderes qualquer iniciativa de retirar do Legislativo o poder de legislar; do Executivo o de administrar; do Judiciário o de julgar, viola o mesmo princípio retirar do Ministério Público o poder/dever de exercer privativamente a persecução penal em juízo.**

Avançando no exame da matéria, também é importante lembrar, que, recentemente, questão semelhante foi objeto de discussão e análise pelo Senado Federal, quando da apreciação do PLS 280/2016, de autoria do Senador Renan Calheiros. Ali também era previsto que a Lei nº 8.906/94, passaria a vigorar *acrescida do art. 7º-B: Art. 7º-B. Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II a V do caput do art. 7º: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.*

Na oportunidade, o Senador Aloysio Nunes, na emenda nº 21-PLEN, propôs a supressão deste artigo. Argumentou que *é compreensível o desejo da classe advocatícia em pleitear a criminalização de condutas que violem sua prerrogativa profissional. A advocacia é função essencial à Administração da Justiça e assim está consagrado no texto constitucional. Todavia, não se mostra correto e entendemos que há violação ao princípio da taxatividade e da personalidade penais, e, portanto, da legalidade e da proporcionalidade, a construção de tipo penal em que se pune conduta baseada em circunstâncias por vezes alheias à esfera de intenção e de responsabilização objetiva do agente. A proposta deslocará o equilíbrio processual para longe do intuito de Justiça criminal, promovendo um embate entre patronos e órgãos responsáveis pela persecução penal. O momento não é adequado para tal discussão. Há, na CCJ do Senado, matéria de mesmo teor aguardando consenso para ser deliberada. O que não há até o momento.* (g.n.)

Feitas essas considerações, passemos ao exame da proposta contida no substitutivo da relatora, Senadora Simone Tebet, aprovado pela CCJ e encaminhado para a Câmara dos Deputados:

II – Os crimes de violação de prerrogativas – o tipo penal do art. 7º, inciso I, da Lei 8.906/94:

Embora os esforços empreendidos pelos Senhores Senadores para corrigir os defeitos do texto original, o art. 2º do projeto, em especial no que se refere à criação do tipo penal incriminador, ainda padece de irremediáveis inconstitucionalidades.

Senão vejamos.

Dispõem os incisos I, II, III, IV, V, XIII, XV, XVI e XXI do *caput* do art. 7º da Lei nº 8.906/94:

São **direitos do advogado**: I - **exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional**; II - **a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia**; III - **comunicar-se** com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; IV - **ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB**; V - **não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar**. XIII - **examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos**; XV - **ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais**; XVI - **retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias**; XXI - **assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade**

absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, **podendo, inclusive**, no curso da respectiva apuração: a) **apresentar razões e quesitos**. (g.n.)

De se ressaltar, inicialmente, que, examinando o ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que nenhuma profissão, por mais relevante que seja, goza de imunidades semelhantes ou inviolabilidade absoluta do tipo que a regra projetada pretende dar aos senhores advogados.

As ações humanas que eventualmente invistam contra liberdades profissionais não constituem, de *per si*, condutas criminosas. Embora merecedoras de reprovação e punição, especialmente na esfera funcional, o mero desatendimento da lei não é suficiente à caracterização de crime de tamanha gravidade. Deve-se exigir mais, sob pena de criar uma odiosa espécie de responsabilidade penal objetiva.

Embora o raciocínio seja aplicável a todos os "futuros" tipos penais de violação de prerrogativas dos advogados, o **inciso I do art. 7º da Lei nº 8.906/94, elevado à condição de elementar de um crime, é sem dúvida o exemplo mais escandaloso**. A hipótese passaria a compor tipo penal aberto sem precedentes na legislação nacional ou comparada, mais aberto e abrangente do que os nefastos crimes da revogada Lei de Segurança Nacional (Lei nº 6.620/1978).

Teremos no direito penal brasileiro, uma vez aprovado o atual texto do projeto, a seguinte figura típica - **Violar direito ou prerrogativa do advogado, impedindo ou limitando de exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional (art. 7º, inc. I da Lei nº 8.906/94)** – pena de detenção, de um a quatro anos.

A adoção desta redação generalista é circunstância que, flagrantemente, **viola inúmeros princípios constitucionais, em especial o princípio da reserva legal (na forma da taxatividade⁴), insculpido no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal**, e que pressupõe a definição precisa de todos os elementos integrativos da conduta incriminada.

⁴ Neste sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2007. p.38.

A taxatividade é decorrência lógica da legalidade e da reserva legal, pois **não há crime sem lei que o defina**. Consequentemente **as condutas típicas devem ser precisas, pormenorizadas, taxativas, descritas minuciosamente de maneira a evitar qualquer dúvida ao destinatário da norma**. A descrição da conduta não pode ser vaga e imprecisa, pena de ambiguidade, que gerará dúvidas na sua aplicação e, também se pode afirmar, benefício àquele que a infringe – dentre as interpretações possíveis do tipo penal vago, o interessado invocará aquela que mais lhe beneficia acrescida da presunção de inocência, o que dificulta a aplicação da norma. De outro ângulo, a violação da taxatividade, a exemplo daquilo duramente vivenciado na vigência da revogada Lei de Segurança Nacional, abre largo espaço para injustiças e perseguições.

Os tipos penais vagos são inconstitucionais porque permitem variadas interpretações acerca de seu conteúdo, colocam nas mãos do julgador a definição casuística daquilo que é crime ou não é; e, consequentemente, permitem persecuções indevidas.

Mas não é só.

III – Violação aos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da isonomia - Art 133 da CF - A constitucionalidade do art. 7º da Lei 8.906/94:

A proposta criminalizante, na forma como formulada, inegavelmente, permitirá a punição de inúmeras condutas que não têm estatura para ser objeto de tutela penal. “Limitar o exercício com liberdade da profissão de advogado” (tipo resultante da criminalização da violação da prerrogativa prevista no inciso I do art 7º da Lei 8.906/94), assim como pode constituir uma grave violação impeditiva de tal exercício, também pode ser qualquer ato que desatenda o interesse do profissional da advocacia.

Ora, nos termos dos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade (cuja aplicação em casos concretos é reiteradas vezes defendida com unhas e dentes pela vigorosa atuação de advogados criminalistas), expressos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o **Estado só deve intervir, por meio do direito penal, quando os outros ramos do direito não conseguem prevenir e reprimir a conduta ilícita; e, quando o faz, deve intervir de forma mínima, o suficiente para assegurar a**

eficiência de sua intervenção e a preservação de bens jurídicos relevantes.

Efetivamente, não é o que se verifica na hipótese em exame. O PLS, aprovado na forma como proposto no substitutivo, possibilitará a criminalização condutas que, inegavelmente, não têm estatura penal.

Por outro lado, como já referido alhures, **nenhuma profissão, por mais relevante que seja, goza de imunidades semelhantes ou inviolabilidade absoluta do seu exercício, de seu gabinete, instrumentos, correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática**, etc. Nem mesmo o médico, cujo local de trabalho, ordinariamente, envolve situações de intimidade e privacidade dos pacientes, muitos em situação de alta vulnerabilidade; onde se deve manter condições sanitárias qualificadíssimas; em que há exposição a produtos nocivos (se mal utilizados) e drogas que somente podem ser ministradas por pessoas especializadas; e em que são realizados procedimentos cirúrgicos; guarda imunidade absoluta cuja infringência caracteriza crime.⁵

A imunidade não alcança o consultório psicológico ou psiquiátrico, tampouco os registros clínicos dos respectivos pacientes. As igrejas e seus documentos não são invioláveis. Embaixadas podem ser violadas, conforme a Convenção de Viena, nos casos de tráfico de entorpecentes, contrabando e terrorismo. Os Cônsules são imunes apenas no território do consulado e somente para crimes funcionais, elencados expressamente na mencionada Convenção. Os gabinetes parlamentares, seus arquivos e documentos, não são intocáveis; e, tampouco, eventual violação caracteriza crime.

A casa, esta sim inviolável por força de regra constitucional (art. 5º, inciso XI), não conta com proteção absoluta e admite exceções nas hipóteses de flagrante delito ou desastre, do socorro, e da determinação judicial.

Em síntese, ninguém detém imunidade profissional pessoal absoluta, protegida pela criminalização de eventual violação.

⁵ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Cezar Peluso na sessão de julgamento: *Mas há outras profissões que também têm sigilo profissional. Por que só para os advogados? E mais adiante – Ou seja, há aí, de certo modo, tratamento desigual, porque há outras categorias que também estão acobertadas pelo sigilo constitucional e que poderiam invocar a mesma necessidade.*

Em relação aos advogados, o Art. 133 da Constituição Federal prevê: *o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo **inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.***

Desta maneira, a Constituição Federal prevê **duas inviolabilidades ao advogado, ambas relativas: atos no exercício profissional e manifestações também no desempenho da advocacia.** Aqui incide o princípio básico de direito - *inclusio unius alterius exclusio* (o que não foi incluído, foi excluído). Deixou-se a cargo da lei a imposição de limites, mas as inviolabilidades são exclusivamente aquelas estabelecidas no texto constitucional – *tanto a indispensabilidade quanto a inviolabilidade devem ser observadas nos limites da lei*⁶. O rol é taxativo, não exemplificativo, e à lei cabe fixar os limites das imunidades declaradas, e não estendê-las. Se a própria Carta Magna não concedeu a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus instrumentos; e da sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática; da comunicação com seus clientes, pessoal e reservadamente; não pode a lei ordinária incluir estes nas imunidades, acrescentando privilégios que a Constituição Federal não confere – aos advogados ou a qualquer outra pessoa.

As imunidades que a Constituição expressamente anotou como relativas não podem ser transformadas, pela via transversa da criminalização, em absolutas. Entendimento em sentido contrário implica em conferir às imunidades profissionais dos advogados – e a apenas destes – verdadeira inviolabilidade que a Constituição Federal expressamente prescreveu que não possuem.

Os escritórios ou locais de trabalho, de qualquer profissional, não podem servir de salvaguarda para a prática de condutas indevidas. Do mesmo modo, não se pode resguardar, de modo absoluto, conversas telefônicas, telemáticas ou de qualquer outra natureza que sejam contraventoras. Sobretudo, não se pode conferir privilégios desnecessários ao exercício profissional escorreito e para além daquilo assegurado às demais profissões.

A adoção de providências jurídicas em desfavor de advogados deve ser admitida, mediante decisão judicial fundamentada, quando houver

⁶ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Cezar Peluso, a fls. 07 da sessão de julgamento.

razões fáticas e fundamentos legais que a justifiquem – igualmente ao que ocorre com qualquer outro profissional.

Do mesmo modo, o exercício de suas funções profissionais deve ser plenamente assegurado, desde que inexista razão justificada a permitir eventuais limitações. Trata-se de decorrência lógica da interpretação dos preceitos constitucionais, que devem ser harmonizados sempre que houver aparente conflito entre eles.

Na ADI nº 1.127⁷, do Distrito Federal, o Pleno do Supremo Tribunal se debruçou sobre algumas das questões agora repristinadas com maior gravame, pois sob condição de crime⁸. Assentou entendimento de que a proteção constitucional estabelecida no art. 133 potencializa o *desempenho profissional voltado à cidadania, à defesa dos direitos dos cidadãos, obstaculizando qualquer enfoque que, de qualquer forma, pudesse inibir a atuação do causídico*. Não se presta, portanto, como trincheira para questões corporativistas.

O Pleno do Supremo deu, ao inciso II do art. 7º, interpretação conforme à constituição para permitir a “violação” do escritório ou local de trabalho, seus arquivos, correspondências e comunicações do advogado, por ordem judicial, em investigação ou instrução processual penal, pois a *inviolabilidade não tem caráter absoluto*.⁹

O Supremo já manifestava preocupações de que a imunidade prevista no art. 7º, inc. II – ainda não erigida a condição de crime – *tonasse*

⁷ Rel. Min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão, Min. Ricardo Lewandowski. j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010.

⁸ Deve-se destacar que o julgamento, de 2006, é anterior à redação dada ao inciso II do art. 7º do EAOAB, pela Lei nº 11.767/08. Até então o referido inciso estava assim redigido - *ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB*. (g.n.) Com o advento da Lei nº 11.767/08, passou a redação atual - *a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia. Não há mais sequer a ressalva da hipótese de busca e apreensão determinada por magistrado*.

⁹ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Carlos Britto, a fls. 13 da sessão de julgamento.

*ineficaz a busca e apreensão*¹⁰. O que se fará na hipótese de a Ordem, comunicada, não comparecer¹¹? *Estará totalmente ineficaz qualquer investigação*¹²?

O Ministro Cesar Peluzo classificou a imunidade como *uma mutilação do poder jurisdicional*.

Na hipótese do inc. IV do art. 7º - *ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante* – lembrou o Supremo, igualmente, que essa é providência maior do que aquela assegurada a Parlamentares, que podem ser presos em flagrante por crimes inafiançáveis independentemente da presença de *curador do flagrante*¹³ – Constituição Federal, art. 53, §2º. Assentaram entendimento de que a comunicação para que a Ordem dos Advogados apresente representante apenas é necessária para a lavratura do auto de flagrante, e não para a execução da prisão.

Naquilo atinente ao inciso V - *não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar* – a Corte decidiu que o reconhecimento da dignidade das instalações é prerrogativa da Administração Pública, e não pode ficar sujeita a chancela ou concordância da entidade de classe. Por isto, para conceder interpretação conforme a Constituição Federal, suprimiu do inciso V as expressões *assim reconhecidas pela OAB*.

Após esta decisão, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento, por vezes com maior rigor - ***O sigilo profissional constitucionalmente determinado não exclui a possibilidade de cumprimento de mandado de busca e apreensão em escritório de advocacia. O local de trabalho do advogado, desde que este seja investigado, pode ser alvo de busca e apreensão, observando-se os limites impostos pela autoridade judicial***¹⁴. (g.n.) E também - *EMENTA*

¹⁰ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Gilmar Mendes.

¹¹ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Sepúlveda Pertence.

¹² STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010. Manifestação do Min. Joaquim Barbosa.

¹³ Expressão do Ministro Sepúlveda Pertence.

¹⁴ Segunda Turma, HC nº 91.610/BA. Relator Min. Gilmar Mendes. j. 08/06/2010.

*Habeas corpus. Constitucional e processual penal. **Desentranhamento das provas coligidas e apreendidas no escritório de advocacia do paciente. Extensão da empresa investigada. Mandado de busca e apreensão expedido por autoridade judicial competente. Possibilidade.** 1. Restou demonstrado nos autos que o escritório de advocacia onde foram encontrados os documentos que ora se pretende o desentranhamento era utilizado pelo paciente, também, para o gerenciamento dos seus negócios comerciais. O sucesso da busca no escritório de advocacia comprova que, de fato, aquele local era utilizado como sede de negócios outros, além das atividades advocatícias.* 2. *É adequada a conduta dos policiais federais que estavam autorizados a cumprir os mandados de busca e apreensão, expedidos por autoridade judicial competente, "nas sedes das empresas", com a finalidade de coletar provas relativas aos crimes investigados no inquérito.* 3. *Habeas corpus denegado.*¹⁵ *PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial.* 8. *PROVA. Criminal. **Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional.** Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo*

¹⁵ Primeira Turma. HC nº 96.407/RS. Relator Min. Dias Toffoli. j. 06/04/2010.

*concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão*¹⁶.(g.n.)

O inc. XIII do art. 7º da Lei nº 8.906/94 determina que é direito dos advogados - *examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos.* Elevado à condição de elementares de um crime, estas disposições, além de comporem tipo penal aberto que fere a legalidade – na forma da taxatividade – possibilitará que qualquer causídico, por razões desconhecidas e **sem procuração nos autos**, examine qualquer tipo de processo ou investigação. Trata-se de clara violação da isonomia e paridade existentes entre advogados e demais operadores do direito que, nos dizeres do Ministro Cesar Peluzo, concretizam *uma mutilação do poder jurisdicional*.¹⁷

Aqui não se pode perder de vista, por exemplo, a necessidade de motivação do requerimento e a imprescindibilidade do recolhimento de custas para a obtenção de cópias, inclusive.

Esta disposição é complementada pelo inc. XV do art. 7º da Lei nº 8.906/94, que prescreve como direito dos advogados - *ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais.* Nesta hipótese, e ainda com maior gravame, não há sequer restrição aos processos sob sigilo de justiça. Desta maneira, eventual criminalização atingirá inclusive aquele que impede o acesso aos autos sigilosos. Consequentemente, todas as investigações e processos (inc. XV do art. 7º da Lei nº 8.906/94) passaram a ser devassáveis por qualquer advogado, independentemente de procuração nos autos (inc. XIII da mesma Lei). É evidente a violação da legalidade, isonomia, taxatividade, razoabilidade, proporcionalidade, paridade entre órgãos e instituições do sistema de justiça, e eficiência da persecução – especialmente a penal – que cumpre ao Estado desenvolver.



¹⁶ Pleno. Inquérito nº 2.424/RJ. Relator Min. Cezar Peluso. j. 26/11/2008.

¹⁷ STF, ADIn nº 1.127-DF, j. em 17 de maio de 2006. DJ de 11 de junho de 2010.

Esta proposta legislativa, acaso aceita, implicará em profundo desequilíbrio entre as diversas instituições, órgãos e Poderes envolvidos no sistema de justiça nacional.

O inc. XVI do art. 7º da Lei nº 8.906/94 esculpe dentre os direitos dos advogados - *retirar autos de processos findos, mesmo sem **procuração**, pelo prazo de dez dias.* Na mesma linha, permite-se que, independentemente de procuração, e sem a ressalva dos autos sob sigilo - circunstância que pode prevalecer mesmo quando o feito é arquivado - qualquer causídico, por razões desconhecidas e sem procuração nos autos, examine qualquer tipo de processo ou investigação.

O inc. XXI do art. 7º da Lei nº 8.906/94 define entre os demais direitos dos advogados - *assistir a seus clientes **investigados** durante a **apuração de infrações**, sob **pena de nulidade absoluta** do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, **podendo, inclusive**, no curso da respectiva apuração: a) **apresentar razões e quesitos**.* Aqui o legislador pretende transformar as investigações criminais, procedimentos sabidamente inquisitivos, em processos abraçados pelo amplo contraditório e pela ampla defesa, que atualmente não os envolvem, pena de nulidade absoluta de todos os atos realizados e prática de crime grave.

Trata-se de iniciativa que claramente afronta ao disposto no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal.

A prosperar o projeto, é possível que se tenha que comunicar todos os sequestradores, latrocidias, narcotraficantes, estupradores, homicidas e comandantes de associações criminosas organizadas da investigação que contra eles se instaura, para que possam manejar seus advogados para *assisti-los durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente.*

Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.539-UF¹⁸ – ***não é absoluta a assistência do profissional da advocacia em juízo, podendo a lei prever situações em que é prescindível a indicação de advogado (...).***

Este crime, que se pretende impor, conflita, inclusive com a consagrada e histórica lógica jurídica que sabidamente abre a possibilidade de que qualquer do povo, independentemente da assistência de advogado, impetre *habeas corpus*, revisão criminal, e postular direitos nos juizados especiais e Justiça do Trabalho.

Nesse aspecto, o que o presente projeto pretende fazer é, pela via mais grave da criminalização, tornar absoluta a necessidade de assistência de profissional da advocacia.

V – Art 43-A, parágrafo 1º - Causa de aumento de pena - *bis in idem*:

O § 1º do art. 43-A *aumenta as penas de um sexto a dois terços, se o agente público praticar ato atentatório à liberdade do profissional* (do advogado) *de que trata o artigo*. Conforme o *caput* do art. 43-A, o crime se caracteriza pela conduta daquele que ***violar direito ou prerrogativa do advogado (...)*** *impedindo ou limitando o exercício da advocacia.*

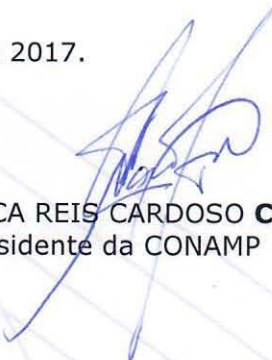
Claramente, o ato que viola direito ou prerrogativa de advogado (*caput*) é também um ato atentatório à liberdade do profissional ofendido. Assim, a mesma circunstância fática – violação de direito ou prerrogativa de advogado ou, noutras palavras, ato atentatório à liberdade profissional – é utilizada duplamente: como circunstância elementar (*caput* do art. 43-A) e como causa de aumento de pena (§ 1º do mesmo dispositivo). Trata-se de inequívoco, nefasto e inconstitucional *bis in idem*, que não pode prevalecer.

Por todo o exposto, a **CONAMP reitera sua contrariedade à aprovação do PL 8347/17**, especialmente no que tange ao acréscimo do art. 43-A à Lei nº 8.906/94, uma vez que calcado em modelo inconstitucional; que

¹⁸ STF, Pleno. Rel Min. Maurício Corrêa. J. 24.04.2003.

estabelece, indiretamente, em favor dos advogados, uma imunidade absoluta sem precedentes na ordem jurídica pátria; atinge a eficiência do sistema de justiça; cria uma categoria distinta e superior de pessoas e profissionais; ofende os princípios da isonomia, legalidade, taxatividade e intervenção mínima; e desequilibra a necessária paridade que deve existir entre órgãos e instituições do sistema de justiça.

Brasília, 24 de agosto de 2017.


NORMA ANGÉLICA REIS CARDOSO CAVALCANTI
Presidente da CONAMP