

CRIMINALIZAÇÃO DA VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DE ADVOGADO PELA LEI Nº 13.869/2019

SCHMIDT, Ana Cecília¹
ROSA, Lucas Augusto da²

RESUMO:

O presente artigo tem como objeto de estudo as prerrogativas dos advogados, enquanto exercício essencial à manutenção de justiça, prevista no artigo 133 na Constituição Federal de 1988, bem como a criminalização quando desrespeitadas e as consequências na seara penal, com fundamento na nova Lei do Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/2019. A violação a essas prerrogativas ocorre frequentemente, motivo pelo qual houve a necessidade de ser efetivada a tutela por novo dispositivo na referida Lei, apresentando-se consequências mais gravosas. Salientara-se, ademais, no desenvolvimento do presente trabalho, que o verdadeiro prejudicado com essas violações, assim como os fundamentos legais e constitucionais afetos ao pesquisado. De mais a mais, será constatado que as prerrogativas profissionais dos advogados estão previstas no artigo 6º e 7º da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, contudo, na referida Lei de Abuso de Autoridade limitou-se a criminalização de apenas algumas violações, as quais são indispensáveis à autonomia profissional do profissional da advocacia.

PALAVRAS-CHAVE: Prerrogativas. Advocacia. Abuso de autoridade.

PENALIZACIÓN POR LAVIOLACIÓN DE PREROGATIVAS DE ABOGADOS POR LA LEY N. 13.869/2019

RESUMEN:

Este artículo tiene como propuesta de estudio las prerrogativas de los abogados, como ejercicio esencial para el mantenimiento de la justicia, previstas en el artículo 133 de la Constitución Federal de 1988, así como la penalización por falta de respeto y las consecuencias en el ámbito penal. Con base en la nueva Ley de Abuso de Autoridad - Ley n. 13.869/2019. La vulneración de estas prerrogativas se da con frecuencia, por lo que surgió la necesidad de efectuar la tutela mediante una nueva disposición de la citada Ley, con consecuencias más graves. Además, en el desarrollo de este trabajo, se destacó que los reales perjudicados por estas violaciones, así como los fundamentos legales y constitucionales relacionados con los investigados. Además, se observará que las prerrogativas profesionales de los abogados están previstas en los artículos 6 y 7 de la Ley n. 8.906/94 - Estatuto del Abogado y Colegio de Abogados de Brasil, sin embargo, en la Ley de Abuso de Autoridad antes mencionada limitó la penalización de solo unas pocas violaciones, que son esenciales para la autonomía profesional del profesional del derecho.

PALABRAS CLAVE: Prerrogativas. Abogacía. Abuso de autoridad.

1 INTRODUÇÃO

Constou-se na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, que o exercício da advocacia, como essencial à manutenção da justiça, o qual, consequentemente, recebe os direitos inerentes para tanto. Porém, esses direitos são cada vez mais afetados por parte do Estado, representado pelos servidores públicos, integrantes das funções Executivo, Legislativo ou Judiciário.

¹ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: anaschmidt99@hotmail.com.

² Docente orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAG, e-mail: lucasaugustodarosa@fag.edu.br.

As Prerrogativas dos Advogados não se relacionam exclusivamente ao exercício da advocacia, mas sim, à indisponibilidade da função desempenhada pelo advogado aos seus representados. Quer dizer que a garantia dos direitos dos advogados convém, primordialmente, ao seu constituinte, haja vista que os dispositivos da lei visam garantir os meios para justa e devida representação, uma vez que todos esses atos estão ligados aos direitos, legal e constitucionalmente, previstos dos cidadãos.

Assim, o desrespeito às Prerrogativas profissionais é uma violação aos direitos sociais e coletivos e, atualmente, existem divergências no âmbito jurídico em análise, o que causa insegurança jurídica, especialmente, porque fragiliza-se o plexo de direitos constantes no bojo Constituição brasileira.

De mais a mais, a gravidade da violação às Prerrogativas não pode ser minimizada e, deve sim, haver a devida e necessária responsabilização daquelas pessoas que não a respeitam. Evidentemente, porém, eventuais responsabilizações deverão garantir, ao acusado, os infestáveis e constitucionais direitos do contraditório, devido processo legal e à ampla defesa.

Há, em curso, algumas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, distribuídas sob os seguintes números 6236, 6238 e 6239. Objetiva-se, com estas ações constitucionais, a declaração de inconstitucional de artigos específicos da Lei nº 13.869/2019. Neste recorte temático, serão apresentados posicionamentos científicos sobre a inadequação jurídica dos artigos 20, 32, e 43, da referida lei, às normas constitucionais.

As referenciadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (6236), Associação dos Juízes Federais do Brasil (6239) e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, Associação Nacional dos Procuradores da República e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, ligadas ao Ministério Público Federal (6238), respectivamente.

Dessa forma, compreendendo a relevância e pertinência do assunto, por se tratar de matéria ainda controversa e extremamente atual, entende-se que esse trabalho dispõe de relevância jurídica e as conclusões poderão ser utilizadas como motivação e orientação de futuros estudos sobre o tema.

Consigne-se, oportunamente, que a violação das Prerrogativas inerentes à advocacia é uma infração de um direito do advogado, mas também há efeitos diretos nos direitos de seus constituintes, pois, quando se nega uma prerrogativa profissional, pode-se macular os interesses jurídicos da pessoa representada.

Além disso, doravante serão analisadas quais são as garantias criminalizadas pela Lei de Abuso de Autoridade e qual o destaque destas prerrogativas profissionais, bem como quem são os sujeitos ativo e passivo, quais os elementos do tipo penal incriminador e os efeitos jurídicos

decorrentes da prática do crime de abuso de autoridade, quando consumado pela infração às prerrogativas.

Além do mais, cumpre mencionar que o presente trabalho foi realizado a partir de pesquisas bibliográficas em artigos científicos, jurisprudências, doutrinas e ordenamento jurídico, especialmente, as disposições normativas constantes no artigo 43, da Lei nº 13.869/19. Com as pesquisas, constatou-se quais são as prerrogativas abrangidas por esse artigo, bem como a relevância social do assunto e, por fim, as consequências jurídicas no âmbito da ciência penal, analisando quem é o verdadeiro prejudicado com a violação e quais as garantias fundamentais comprometidas, relacionadas ao direito penal, sobretudo. Ainda, abordou-se quais são os fundamentos jurídicos norteadores das prerrogativas, apresentando quais são as prerrogativas que, quando violadas, são passíveis de responsabilização penal e abordando a descriminalização das condutas que já compreendidas pela antiga Lei de Abuso de Autoridade.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 QUEM É O VERDADEIRO PREJUDICADO COM A VIOLAÇÃO E QUAIS AS GARANTIAS FUNDAMENTAIS COMPROMETIDAS

De início, é salutar ressaltar a função das Prerrogativas do Profissional da Advocacia no concernente à atuação técnica. Prerrogativas, portanto, à luz do Estatuto de Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, são análogas aos direitos e servem para que, aqueles que promovem a justiça, possam agir em seu mister com independência e autonomia.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima (2020) justifica que a intenção do dispositivo em resguardar o poder do profissional de direito acaba por servir de garantia aos seus clientes, para que estes ajam com independência e autonomia, sem temor ou receio de intimidação de quaisquer pessoas ou autoridades.

Por óbvio, a atuação profissional do advogado merece maior proteção dada à importância. Para Felipe Santa Cruz Oliveira Scaletsky, atual Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (2019), o reconhecimento da advocacia promove a consolidação da cidadania nos preceitos constitucionais, pois é a partir do exercício da advocacia que os cidadãos se valerão de tutela apropriada para defenderem direitos e contestar quaisquer ameaças ou violações ao ordenamento jurídico.

Em consonância, prevê o Código de Ética e disciplina da OAB (1995), o qual vincula a atuação profissional do advogado que seu exercício, de relevante função pública e de valores, deverá zelar pelo Estado democrático de Direito, dos Direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, moralidade, justiça e paz social.

Evidentemente, o acometido pela violação das prerrogativas não é exclusivamente o advogado. Convém destacar, como anteriormente exposto, que o exercício da advocacia é essencial à manutenção da justiça, como dispõe o artigo 133, da Constituição Federal. Dessa forma, Tuany Dias Dalmas (2015) reconhece que a função do profissional da advocacia traz consequências no Estado Democrático de Direito, pois, a partir da atuação técnica, é que são efetivados os direitos fundamentais e sociais descritos pela Constituição Federal.

Importante destacar que um “Estado Democrático de Direito é aquele que garante, a partir de um Estado governado democraticamente e submetido ao Direito como fundamento primeiro de suas ações, o atendimento a elementos básicos que promovam uma **vida digna a todos os cidadãos e cidadãos**”. (PORFÍRIO, s.d., grifos do autor).

Percebe-se que o direito de representação é indisponível fundado em interesse público. Tem-se que o representado é a parte hipossuficiente da relação jurisdicional e deve estar provido de recursos técnicos para a sua defesa. Isto é, alguém que desempenhe o exercício da advocacia livre de interferências autoritárias injustificáveis.

Deste modo, a violação de Prerrogativas Profissionais atinge àquele que desempenha a promoção da justiça. Por conseguinte, quem tem o direito à defesa violada é o representado. Por consequência, ao atingir uma única pessoa, o seu representado, o agente acaba por abranger toda a sociedade, fruto dos direitos difusos e em decorrência da injustiça que este comete ao expor a vontade em prejudicar outrem, ao seguir a previsão legal.

Levando em consideração estes aspectos, Silva (2013) afirma que,

Em todos esses casos, a inviolabilidade assegurada ao advogado ergue-se como uma poderosa garantia em prol do cidadão de modo a permitir que o profissional legalmente incumbido de falar por si não se acovarde e nem possa sofrer qualquer tipo de represália que lhe retire a liberdade profissional. É, pois, a cidadania que, em última análise, interessa a proteção que se confere ao advogado. A *libertas conciciandi* serve antes à causa defendida e, nessa medida, à justiça, do que propriamente ao advogado.

Diante disso, expõe-se as garantias fundamentais turbadas com tais práticas atentatórias, quais sejam: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, paridade de armas e a assistência de advogado. Ressalva-se que tais princípios são positivados para que seja garantido a todos os cidadãos o direito de uma vida digna pautado no Estado Democrático de Direito, ora mencionado.

O direito à ampla defesa, com fulcro no artigo 5º, inciso LV, da CF. a saber: “LV - LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Sobre este princípio, tem-se que, para que um processo seja válido, deverá observar todas as normas legais. Caso ignoradas quaisquer das formalidades, terá de ser declarado nulo em razão da não observação à norma constitucional.

Já, o Direito ao Contraditório e à Ampla Defesa, estão previstas no inciso LV, do artigo supracitado e, a partir dele, tem-se que são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos inerente, aos litigantes e aos acusados, em processo judicial ou administrativo (BRASIL, 1988).

Neste sentido, Pontes de Miranda (1987, p. 234) *apud* Gilmar Medes (2020, p. 622) reconhece que estes princípios são fundados na pretensão à tutela Jurídica. A pretensão jurídica, por sua vez, delimitada por Gilmar Mendes, estende-se ao direito de informação, que obriga ao juiz, a ciência dos atos jurisdicionais às partes; direito de informação, que garante a manifestação sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo, e; direito de ver os argumentos considerados, exigindo do julgador a capacidade para analisar as questões apresentadas.

Além do mais, há o da igualdade processual, também conhecido como princípio da paridade de armas, desenvolvido a partir da análise do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. O artigo dispõe que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” (BRASIL, 1988).

Seguindo este entendimento, entende-se que devem haver oportunidades processuais para as partes processuais, de forma em que seja garantido o equilíbrio na relação processual.

Já, no que se refere ao direito dos cidadãos em ser assistido por um advogado, está disposto no inciso LXIII da Constituição Federal. A partir deste, reprisa-se o destaque social do advogado, já que constitui elemento essencial para a justiça.

O Supremo Tribunal Federal (2013), no julgamento do *Habeas Corpus* nº 113.881, entendeu que é direito ser assistido por advogado e de se comunicar livremente e em particular com este, afastando-se a autoincriminação, excluindo a possibilidade de ser submetido a medidas privativas de liberdade e restritivas de direito, em decorrência do exercício dessas prerrogativas serem constitucionais.

Diante da relevância das garantias constitucionais, serão abordados, por seguinte, os fundamentos jurídicos que norteiam as prerrogativas dos advogados.

2.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS NORMATIVOS NORTEADORES DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Os fundamentos jurídicos específicos da Lei de Abuso de Autoridade que nos trazem os direitos ao interessado, que se correlacionam ao exercício da advocacia estão nos artigos 20 e 32 da respectiva lei. Nessa oportunidade, as prerrogativas advocatícias, objeto do estudo, estão no artigo 43, da lei supracitada.

O artigo 20, apresenta a hipótese de impedimento injustificado da entrevista pessoal e individual com o advogado. Abrangendo, também, os casos em que o investigado é privado da comunicação com seu advogado ou defensor anteriormente ou no decurso da realização de audiência judicial, salvo os casos de interrogatório ou audiência virtual (BRASIL, 2019).

O direito do advogado, previsto no artigo 32, é a obtenção aos autos de investigação preliminar, ao inquérito, ao termo circunstanciado ou aos demais procedimentos investigatórios que apuram infrações penais, civis ou administrativas. E, a impossibilidade de o alcance de documentos, quando não for caso de diligências em andamento ou que apontem diligências futuras de necessário sigredo (BRASIL, 2019).

A Lei de Abuso de Autoridade trouxe, em seu artigo 43, um novo artigo ao Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Em decorrência, incluiu-se o Artigo 7º-B, tipificando criminalmente a violação de direito ou prerrogativa de advogado. Adicionou a seguinte redação: “Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do *caput* do art. 7º desta Lei”. E a sua pena é de detenção 03 meses a 01 ano, e multa” (BRASIL, 1994).

A taxatividade das prerrogativas abrangidas pelo artigo 7º-B está relacionada à relevância desta. Nesse contexto, Santos (2020, p. 40) afirma que, “(...) o legislador considerou alguns direitos e prerrogativas mais essenciais para o adequado exercício da advocacia e optou por criminalizar sua violação como meio de cumprir o mandamento constitucional, previsto no Art. 133, da Constituição da República”

Levando em consideração esses aspectos, os incisos consagrados por essa atualização são os seguintes:

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; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

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; (Vide ADIN 1.127-8) (BRASIL, 1994).

Com isso, faz-se necessária análise aprofundada dos incisos ora destacados, que será desenvolvida no tópico seguinte do presente artigo.

2.3 QUAIS AS PRERROGATIVAS PASSÍVEIS DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Frisa-se que os direitos dos advogados estão dispostos no rol taxativo do artigo 7º, do EAOAB e que nem todos estão abrangidos pela tipificação penal incriminadora do artigo 7º-B da Lei de Abuso de Autoridade, como antes mencionado. Nesse sentido, destaca-se o alegado pela Ordem dos Advogados do Brasil, ao manifestar-se como *Amicus Curie* na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6236 (2019):

Cabe lembrar que tais dispositivos asseguram condições de trabalho aos advogados, como o direito à inviolabilidade do escritório e à comunicação com seus clientes, o direito à presença de representante da OAB em caso de prisão por motivo relacionado ao exercício da advocacia e outras prerrogativas que garantem a independência e a autonomia no desempenho da profissão. A reprovação penal conferida pelo Poder Legislativo constitui medida de proteção da própria sociedade e dos cidadãos que buscam os advogados para a defesa de seus direitos.

Neste artigo, serão abordados apenas aqueles englobados pelo dispositivo ante mencionado.

A primeira previsão é o Inciso II, o qual garante a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho do advogado, além de seus instrumentos de exercício, a comunicação escrita, digital, telefônica e telemática quando forem relativas à atividade profissional (BRASIL, 1994).

Cumprido destacar que a lei não faz distinção entre o estabelecimento profissional e aquele em que é utilizado para tal fim. Merece destaque a imprevisão da moradia do advogado e, sobre isso, Lôbo (2020) compreende que já está coberta pela segurança constitucional de que a casa é asilo inviolável e, por isso, ao advogado que exerce atividade profissional, também lhe será aplicada a inviolabilidade profissional.

A inviolabilidade aqui garantida se refere aos meios de defesa utilizados pelo advogado ao seu representado, compreendido pelo sigilo profissional. Por conseguinte, não é certo pensar que esse direito será estendido ao advogado, no caso em que o mesmo estiver sendo investigado, desde que

acompanhado de motivada determinação judicial e esteja presente o representante da OAB; os requisitos estão expressos no Parágrafo 6º, do Artigo 7º do EAOAB.

Por esses aspectos, insta salientar que o direito é do advogado no exercício da profissão e, nesse caso, quem está sendo julgado é a pessoa que cometeu o ilícito, não tendo relação à conduta de seu cliente com o seu exercício profissional que justificasse a quebra da inviolabilidade. Percebe-se que a inviolabilidade que goza, o advogado, é de seu cliente, pois os documentos são pertinentes à sua defesa. A conduta que desrespeita o direito atinge diretamente o direito de defesa que notoriamente é assegurado pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Já, o Inciso III, ampara o direito de o advogado se relacionar com os seus representados de forma pessoal e individual, ainda que não tenha a procuração à disposição, nos casos em que estiverem presos, detidos ou retraídos em estabelecimentos civis os militares, mesmo que considerados isolados de comunicação (BRASIL, 1994).

A comunicação do advogado com o assistido faz referência ao exercício de atuação profissional e não ao direito de o preso em se comunicar. Em razão disso, é que, ainda que o preso esteja incomunicável, é assegurado, ao advogado, esse relacionamento.

Mais uma vez, reforça ao preceito da indisponibilidade do advogado à manutenção da justiça, acrescido ao disposto no Artigo 5º LXIII, da Constituição Federal, que garante, a todo o tempo, o amparo do advogado ao preso, afirma Lôbo (2020).

Para mais, o Inciso IV garante, ao advogado, o direito de contar com um representante da OAB para lavratura do ato quando for preso em flagrante em razão de seu exercício profissional. Caso seja ignorado, implicará em nulidade e, nos outros casos, será expressamente comunicado à Seccional da OAB (BRASIL, 1994).

Ressalta-se que a presença do representante deve estar presente nos casos em que a prisão ocorrer em razão da atuação profissional, não se comunicando com a vida pessoal e seus ilícitos. Não podendo, portanto, ser utilizada como argumento de nulidade processual quando, nesta hipótese, vier a acontecer.

A importância dessa garantia repousa na dignidade profissional e na parcialidade que se deve haver e, a partir dela, evitando, se possível, a iniquidade e a torpeza de atuações injustas, encomendadas, forjada, ilegais ou ardilosamente provocadas por fautores inveterados de felonias e da baixaza” (BRANCO, 1986, p. 213-4 *apud* LÔBO, 2020, p. 93).

Por conseguinte, o advogado não poderá ser preso antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. À exceção de permanecer em sala de Estado Maior e na impossibilidade desta, em prisão domiciliar. É o que dispõe o Artigo 7º inciso V, do EAOAB (BRASIL, 1994).

Aqui, ressalta-se que o inciso apenas se aplica em casos de prisão penal. Ademais, incide a sala de Estado-Maior para crimes que estejam ligados ao exercício do ofício, deste que sejam de caráter temporário ou preventivo.

Paulo Lôbo (2020) destacou a continuidade desse direito em consequência dos relatos de advogados que se apresentaram à arbitragem dos regimes autocráticos, por decorrência de representação profissional em defesa de organizações políticas.

No decurso da ADI nº 6236, a Ordem dos Advogados do Brasil se manifesta citando a decisão da primeira turma do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Recurso Extraordinário 277.065/RS, que concluiu o que se segue: (i) a de que o advogado não é figura estranha à justiça, mas a um de seus autores; e (ii) a de que todos os integrantes do sistema de justiça devem entender e respeitar tais prerrogativas, garantindo condições adequadas para que o advogado desempenhe plenamente seu *múnus público* (STF, 2014 *apud* OAB, 2019).

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da intervenção mínima, assegurando que o direito penal só será utilizado em *ultima ratio*, obedecendo o princípio da intervenção mínima estatal e em casos de extrema necessidade. Em outras palavras, Cleber Masson (2020) retrata que a criação de tipo penal se dará em plano abstrato, quando os demais ramos do direito forem falhos à tarefa de proteção jurídica do bem.

É de se perceber, diante das análises apresentadas, que para se chegar a responsabilização na seara penal, o advogado não opera sobre as garantias imprescindíveis, sendo corriqueiramente violadas. Levando em conta a gravidade e o risco à garantia do Estado democrático de direito que, as ofensas a esses princípios, vão à defesa do acusado, refletindo na sociedade diante da injustiça cometida pela autoridade responsável.

Houve, ainda, dizeres que a tipificação penal da conduta desrespeitosa seria um privilégio à classe dos advogados. Porém, a proteção garantida é de preceito fundamental e constitucional do exercício da advocacia. Sobre isso, a Ordem dos Advogados do Brasil (2019) se manifestou na ADI nº 6236 da seguinte forma:

É certo que a inviolabilidade no exercício da advocacia, como de qualquer profissão, não é absoluta, mas encontra seus limites na lei. Os advogados não estão imunes a responder pela prática de atos ilícitos, seja por envolvimento em atividades criminosas, por abuso das prerrogativas ou por violação aos preceitos éticos da profissão. No entanto, a observância desses limites não significa que os direitos de advogados não mereçam proteção contra violações praticadas por agentes públicos em abusivo exercício do poder. (OAB, 2019).

Destaca-se que as imunidades processuais nos casos, aqui mencionados, fazem referência à atuação no exercício da advocacia, para que seja cumprida a finalidade do artigo que, como

discorrido, é a atuação profissional sem interferência. À exceção, do Inciso V, fato que também já fora fundamentado.

Além do mais, há uma série de deveres impostos ao advogado previstos no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Os quais se sujeitam a um processo disciplinar perante ao Tribunal de Ética e Disciplina da OAB, quando violam deveres profissionais. Desta forma, novamente, não fundado o argumento de que as Prerrogativas profissionais dos advogados são compatíveis a privilégios ou a imunidades profissionais.

Diante disso, não resta dúvida sobre a relevância de os direitos conferidos aos defensores da justiça, uma vez que configuram garantia aos cidadãos, já que o livre exercício da profissão garante, aos jurisdicionados, plena e justa defesa técnica de seus interesses.

Novamente, traz-se à tona a parte em que o advogado, enquanto atuante do exercício de justiça, ocupa na relação jurisdicional. Evidentemente e já mencionado, o defensor da justiça não age em nome próprio e, sim, em nome daquele que representa. Desta forma, ao infringir o direito assegurado legalmente, o agente público fere além de uma simples garantia funcional.

Evidencia que o artigo supramencionado fora vetado pelo Presidente da República sob o seguinte fundamento:

“A propositura legislativa gera insegurança jurídica, pois criminaliza condutas reputadas legítimas pelo ordenamento jurídico. Ressalta-se que as prerrogativas de advogados não geram imunidade absoluta, a exemplo do direito à inviolabilidade do escritório de advocacia e a própria Lei nº 8.906, de 1996, com redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008, que permite a limitação desse direito quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, notadamente concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (v.g. INQ. 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, p., j. 26/11/2008.” (BOLSONARO, 2019).

Todavia, o veto foi rejeitado pelo Congresso Nacional, mantido o artigo 43, que incluiu o artigo 7-B no Estatuto dos Advogados e a Ordem dos Advogados de Brasil.

Nota-se que o exercício abusivo do poder daqueles que agem em nome do Estado devem ser punidos de forma exemplar, haja vista suas atitudes estarem vinculadas à satisfação do interesse público, segundo entendimento de Igor Pereira Pinheiro (2020).

Novamente, frisa-se que se visa tutelar, com o dispositivo incriminador, são os direitos indispensáveis do advogado em seu exercício profissional, garantindo a seus clientes a autonomia e a independência que merecem. Inclusive, pelos respectivos limites previstos, não há como dizer que as imunidades são absolutas.

Sob essa perspectiva, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.576, o Ministro Celso de Mello justifica que nada justificaria a violação às prerrogativas que a Carta Magna, em conjunto

com as Leis da República, concede ao advogado, haja vista, serem um insulo ao estatuto do advogado, sob a ótica de nosso sistema normativo, um gesto inadmissível desrespeito ao texto constitucional, bem como ao regime das liberdades públicas neste garantidas.

Visando que as garantias sejam efetivamente cumpridas, bem como que aqueles que violam sejam punidos, nos termos legais, a OAB do Brasil publicou em 27 de outubro de 2020, o Provimento de nº 201/2020, disciplinando a atuação do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais, desde o procedimento administrativo de inquérito até a sentença judicial, frente ao desrespeito da violação das prerrogativas dos advogados.

O que propôs, a OAB, com a publicação do Provimento ora mencionado é a atuação da OAB e de seus respectivos Conselhos Regionais e Seccionais no cumprimento do artigo 7-B do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Estes, ficam obrigados a acompanhar, desde o procedimento em sede de inquérito policial, até o cumprimento de sentença e, quando for o caso, comunicar o Ministério Público para ajuizamento da ação penal pública incondicionada.

Feitas as considerações e apresentadas as hipóteses em que será plausível a responsabilização na esfera criminal, verifica-se a inovação legislativa publicada em 2019 e quais as principais modificações.

2.4 A DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS QUE JÁ ERAM COMPREENDIDAS PELA ANTIGA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE – LEI Nº 4.898/65

Pelo exposto anteriormente, percebe-se que, cuidadosamente, o legislador optou por escolher quais as condutas seriam abrangidas por efeitos penais ao serem violadas, porém, ao assim fazer, o legislador acabou por descriminalizar a violação de todos os demais direitos profissionais dos advogados previstos no artigo 7º do EAOAB.

Acontece que, a antiga Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 4.898/65, possuía a seguinte disposição referente as violações do exercício de sus profissões: “Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: (...); j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.”.

Para Capez e Robert (2019), a previsão da antiga Lei violava o princípio da Reserva Legal (artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal) pois, “criminalizava de forma imprecisa a violação ao exercício profissional, empregando a elementar genérica “qualquer atentado”, vulnerando a reserva legal”

A rigor, o que deixou de ser expressamente dito, deixou de ser considerado um ilícito penal. Não impossibilitando, portanto, a discussão da responsabilização na esfera cível e administrativa. Os efeitos da revogação da antiga Lei implicam na extinção da punibilidade dos fatos antes criminosos, com fundamento nos artigos 2º e 107, inciso III do Código Penal.

Os efeitos do instituto afetam a execução e os efeitos penais da sentença condenatória, não podendo ser fundamento para a reincidência e maus antecedentes. Subsistem os efeitos civis decorrentes da anterior condenação penal, podendo ser, o dever de indenizar ou reparar o dano decorrente da infração penal, haja vista, constituir título executivo judicial. Exaurindo sua aplicação exclusivamente no campo penal (MASSON, 2019).

Além do mais, a antiga Lei de Abuso de Autoridade previa uma pena ínfima para as violações, sendo de detenção de 10 dias a 6 meses e multa. Desta forma, não cumpria com o seu objetivo de que fossem respeitadas as garantias profissionais.

Feitas as considerações acerca da alteração legislativa, resta verificar quais as consequências jurídicas que serão imputadas àqueles que violam os direitos profissionais dos advogados, objeto aprofundado no capítulo seguinte.

2.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CRIMINAL DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Apresentadas as hipóteses em que são passíveis de responsabilização criminal, resta dispor sobre as consequências jurídicas quanto ao artigo 43, da Lei nº 13.869/2019.

A consumação do crime se dá pela prática dos atos atentatórios dos incisos do artigo ora mencionado. O crime, em análise, refere-se a crimes de mera conduta, consumando-se com a realização da conduta incriminadora.

Vale salientar que, conforme previsão legal no artigo 1º, parágrafo 1º da referida Lei, a prática deverá ser realizada com a manifestação do agente de querer causar dano a outrem ou extrair vantagem pessoal ou a terceiro, mesmo que seja por capricho. Em tese, punindo-se a forma tentada, mesmo que seja de difícil comprovação o dolo do agente pela tentativa.

Deste modo, Igor Pereira Pinheiro (2020) descreve que toda conduta ativa ou omissiva que distancie de sua obrigação de cumprimento do interesse público, praticado por agente estatal, caracteriza o tipo penal de abuso de autoridade.

De mais a mais, reitera o antes mencionado quanto à natureza da ação. Trata-se de ação penal pública. Cabendo, ao interessado, comunicar ao Ministério Público sobre a prática inflacionária por

parte do agente. Poderá, também, a OAB representar, como fora dito anteriormente, com base no Provimento de nº 201/2020 da OAB.

A pena prevista para a violação das prerrogativas dos advogados é de 03 (três) meses a 1 (um) ano e multa. A seguir, portanto, o rito sumaríssimo, de competência do Juizado Especial Criminal, em razão da infração constituir crime de menor potencial ofensivo.

Em razão disso, haverá benefícios que poderão ser aplicados aos infratores, tais como, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

A transação penal está prevista no artigo 76, da Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sendo esta, um acordo celebrado entre o acusado e o Ministério Público, que terá por finalidade, o afastamento da instauração do processo penal, aplicando-se de antemão a pena restritiva de direitos ou multas.

O artigo supracitado dispõe que, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta” (BRASIL, 1995).

Já, o instituto da suspensão condicional do processo, está previsto no artigo 89, da mesma Lei. O artigo consagra que haverá a suspensão nos casos em que a pena mínima prevista for de um ano ou menos e o Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, pelo tempo de dois a quatro anos, se o acusado não estiver sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, quando o condenado não seja reincidente em crime doloso, não seja indiciada ou cabível a substituição da pena privativa de liberdade e quando a culpabilidade, os antecedentes e a conduta social do agente autorizarem a concessão do benefício (BRASIL, 1995).

Assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo é uma medida despenalizadora e, para Fachini (s.d), tem como intuito “o descongestionamento das prisões e penitenciárias do país, além de oferecer, para o indivíduo, a possibilidade de aprender com o erro cometido, pois o encarceramento nem sempre é a solução para um crime”.

Por fim, o acordo de não persecução penal está disposto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/19 – Pacote Anticrime. O conceito desse benefício, por Renato Brasileiro (2019) é o seguinte:

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias (CPP, art. 3º-B, inciso XVII, incluído pela Lei n. 13.964/19) –, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –,

que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Cuida-se de um direito pré-processual do acusado, no qual ele “reconhece o erro e o representante do Ministério Público entende que há meios mais eficientes de reparação do mal causado do que propriamente o encarceramento” (CAPRIOLLI, 2020).

Ressalta-se que, em razão de previsão legal, a suspensão condicional do processo só será admitida no caso de não celebração do Acordo de Não Persecução Penal.

Diante do feito e a partir de pesquisas em artigos, bibliografias e na Constituição Federal de 1988, desenvolvida a tipificação do crime previsto no artigo 43, da Lei nº 13.869/19 e apresentados os preceitos constitucionais, quais são as prerrogativas abrangidas por esse artigo, bem as consequências jurídicas diante de tal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorreu-se, no presente artigo, sobre as prerrogativas dos profissionais da advocacia, destacando-se a qualidade de indispensáveis à manutenção da justiça, conforme dispôs-se no artigo 133, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Outrossim, com fundamento na Lei de Abuso de Autoridade – Lei nº 13.869/2019, abordou-se a criminalização do desrespeito às prerrogativas profissionais dos advogados e as consequências jurídicas nos âmbitos do direito penal e processual penal.

A violação já se tornara uma realidade, a prática de condutas desta estirpe é, cada vez mais, frequente na atuação do profissional advogado, operador do direito. Neste cenário, necessitou-se uma tutela mais rígida, criando-se norma penal incriminadora para tutelar o bem jurídico, na qual há a hipótese fática e a sanção correspondente que poderá ser aplicada pelo Estado ao sujeito ativo do injusto penal.

De mais a mais, ressaltou-se o que são prerrogativas dos profissionais que exercem o mister da advocacia e qual a pertinência e relevância para atuação técnica e profissional. Ademais, somente será possível a atuação autônoma e independente, desses profissionais, com a efetiva e necessária aplicação e respeito aos direitos inerente ao exercício profissional.

Conforme desenvolvido, verificou-se que o verdadeiro prejudicado com a violação das prerrogativas é o cidadão, o qual é representado pelo advogado, haja vista que é sobre esse indivíduo

que os efeitos decorrentes do manejo do Estado serão deflagrados. Em que pese a consequência se verifique em um plano individual, mitigando-se a prerrogativa do profissional, há igualmente violações a direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, eis que a atuação estatal irregular ferirá os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Neste contexto temático, a violação das prerrogativas gerará um reflexo imediato na sociedade, especialmente quando, no âmbito de um Estado democrático de direito, pois é com a atuação dos profissionais da advocacia que ocorre a devida manutenção da justiça e esmerada aplicação das normas jurídicas existentes no ordenamento, contestando-se ações ilícitas, autoritárias e irregulares daqueles que deveriam agir em conformidade ao interesse social.

Ainda, denotou-se quais são os direitos mitigados com o desrespeito às prerrogativas profissionais dos advogados assegurados pela Lei nº 8.906/94, que instituiu legalmente o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Ademais, realizou-se o cotejo analítico de quais são as prerrogativas criminalizadas pela Lei de Abuso de autoridade. Verificou-se que a Lei se limitou ao prever quais delas são passíveis de responsabilização no âmbito da justiça criminal.

Com efeito, o legislador limitou as hipóteses que serão consideradas crime, considerando-se a indispensabilidade da prerrogativa profissional para a atuação do operador do direito. Assim, quando se verificar o descumprimento das prerrogativas profissionais constantes nos incisos II, III, IV e V, do artigo 7º, do Estatuto da Advocacia e a OAB, restará consumado o crime de abuso de autoridade, previsto no preceito primário do artigo 43, da Lei de Abuso de Autoridade.

Além disso, analisou-se tecnicamente a redação da antiga Lei de abuso de autoridade, a Lei nº 4.898/65, a qual criminalizava toda e qualquer violação a direitos e garantias assegurados ao exercício profissional. Contudo, com a nova previsão constante na superveniente Lei de Abuso de Autoridade, há autores que sustentam a extinção da punibilidade daqueles que respondiam ao crime previsto no antigo tipo penal incriminador, em razão do instituto jurídico *abolitio criminis*. Oportunamente, deve-se consignar que, segundo o princípio da continuidade normativa-típico, a conduta ainda será considerada ilícita, quando houver posterior lei que também incrimine a ação ou omissão regulamentada na lei pretérita revogada.

Desenvolveu-se, ainda, o tipo penal incriminador do artigo 43, da Lei de Abuso de autoridade, descrevendo os sujeitos ativo e passivo, as hipóteses de configuração, elementares do tipo penal e elementos subjetivos, bem como apresentadas as consequências jurídicas nos âmbitos do direito penal e processual penal e os direitos públicos e subjetivos que poderão ser aplicados aos autores do injusto penal em comento.

Tendo em vista o princípio da intervenção mínima, entendeu-se, como justo, punir criminalmente a atitude autoritária dos sujeitos que, dolosamente, deixarem de aplicar as garantias legais dos profissionais que exercem a nobre atividade da advocatícia. A aplicação eficaz das prerrogativas precede a atuação técnica, autônoma e independente desses indispensáveis profissionais, que atuam para a manutenção do Estado democrático de direito e promoção dos direitos dos seres humanos.

Diante do exposto, verificou-se que o assunto objeto de pesquisa, neste trabalho, é demasiadamente pertinente e relevante no cenário jurídico brasileiro, eis que as prerrogativas profissionais dos advogados são indispensáveis ao regular desempenho das atribuições e eventuais excessos, por parte do Estado, que impeçam ou mitiguem as prerrogativas poderão deflagrar efeitos aos cidadãos. Assim, em consonância ao disposto na Constituição Federal brasileira, objetivando-se tutelar os direitos conferidos aqueles que são indispensáveis à manutenção da justiça, na Lei nº 13.869/2019 – Lei de Abuso de Autoridade, criminalizou-se o desrespeito as Prerrogativas dos Advogados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. **Lei 8.906**, de 04 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 ago. de 2020.

_____. **Lei 13.869**, de 05 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. **Lei 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Processo: **H.C/113.881**. Relator: MIN. LUIZ FUX. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=132014270&ext=.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

_____. Presidente da República. 2019. Jair Messias Bolsonaro.

CAPEZ, Fernando; ROBERT, Hans. **Prerrogativas profissionais do advogado e a nova lei de abuso de autoridade**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-18/capez-robert-prerrogativas-advogado-lei-abuso>. Acesso em: 24 mai. 2021.

CAPRIOLLI, Rodrigo Cirano silva. **Acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 05 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Resolução N. 02/2015**: Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em 14 jun. 2021.

DALMAS, Tuany. **A função essencial do advogado perante o Estado Democrático de direito**. Disponível em: <https://www.amodireito.com.br/2015/12/a-funcao-essencial-do-advogado-perante.html>. Acesso em: 28 abr. 2021.

FACHINI, Tiago. **Suspensão condicional do processo**: requisitos e como aplicar. Disponível em: https://www.projuris.com.br/suspensao-condicional-do-processo#qual_o_objetivo_da_suspensao_condicional_do_processo<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11892/Acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 04 nov. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre direito humano**: Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. Salvador: JusPodivm, 2020.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Processo: **ADI/6236**, Petição inicial (59798/2019). Relator: MIN. ALEXANDRE DE MORAES. Disponível em: <http://https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751036427&prcID=5784910#>. Acesso em: 24 ago. 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova Lei de Abuso de Autoridade**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

PORFÍRIO, Francisco. **Estado Democrático de Direito**. Brasil Escola, s.d. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/estado-democratico-direito.htm>. Acesso em: 02 out. 2020.

SANTOS, Alynne Patrício de Almeida. **Nova Lei de Abuso de Autoridade Comentada - Lei 13.869/2019**. Inapi. Online, s.d.

SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira. **O acesso à Justiça e a defesa das prerrogativas da advocacia brasileira na jurisprudência do STJ.** Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/303060/o-acesso-a-justica-e-a-defesa-das-prerrogativas-da-advocacia-brasileira-na-jurisprudencia-do-stj>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SILVA, Francisco Washington Mendes da. A relevância das prerrogativas para o efetivo exercício da advocacia. **Revista Jus Navigandi**, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23419>. Acesso em: 02 out. 2020.