

**A GARANTIA DE IMUNIDADE DO ADVOGADO COMO
DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO**

*THE WARRANTY OF IMMUNITY OF THE LAWYER AS A
FUNDAMENTAL DUTY OF THE CITIZEN*

*Sebastião Sérgio da Silveira **

*Ricardo dos Reis Silveira ***

*Heráclito Antônio Mossin ****

Resumo: O presente artigo tem como objetivo proceder a uma investigação sobre a imunidade do advogado, seus fundamentos e sua indispensabilidade no que tange ao acesso à justiça e concretização da cidadania. Assim, procura-se analisar a função do advogado no contexto democrático como ator totalmente necessário à garantia dos direitos da cidadania e sua efetivação. Para a consecução deste desiderato foi utilizado o método analítico-dedutivo, lastreado na doutrina e jurisprudência para, por fim, concluir que a imunidade profissional do advogado decorre de seu múnus público, sendo que tal prerrogativa não pode ser confundida como um privilégio funcional. Muito mais que isso, a imunidade representa uma garantia do cidadão, que possui no Advogado o guardião da defesa de seus direitos. Não obstante, tal imunidade não é absoluta, de forma que somente deve ser garantida dentro dos limites necessários ao exercício da profissão e a defesa dos interesses dos constituídos, ou seja, tal prerrogativa é relativa e foi concebida como forma de garantia individual do cidadão que constituiu o profissional.

Palavras-chave: Advogado. Imunidade. Garantia. Cidadão. Limites.

Abstract: The purpose of this article is to investigate the immunity of the lawyer, its fundamentals and its indispensability in relation to access to justice and concretization of citizenship. Thus, it seeks to analyze the role of the lawyer in the democratic context as an actor totally necessary to guarantee the rights of citizenship

* Mestre e Doutor pela PUC/SP; Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FD/UC, Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP; Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP. Promotor de Justiça. E-mail: sebastiao_silveira@hotmail.com

** Mestre e Doutor pela Universidade Federal de São Carlos. Professor do Programa em Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP. E-mail: ricardoreissilveira@ig.com.br

*** Advogado. Autor de Livros. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – UNAERP. E-mail: hmossin@yahoo.com

and its effectiveness. In order to achieve this, the analytic-deductive method was used, based on doctrine and jurisprudence, in order to conclude that the professional immunity of the lawyer derives from his public office, and that prerogative can not be confused as a functional privilege. Much more than that, the immunity represents a guarantee of the citizen, who has in the Lawyer the guardian of the defense of his rights. Nevertheless, such immunity is not absolute, so that it must only be guaranteed within the limits necessary for the exercise of the profession and the defense of the interests of the constituted, that is, that prerogative is relative and was conceived as a form of individual guarantee of the citizen who constituted the professional.

Keywords: Lawyer. Immunity. Warranty. Citizens. Limits.

1 INTRODUÇÃO

Os Advogados sempre contribuíram para a construção das mais importantes páginas de nossa história. Em reconhecimento ao passado de lutas e relevância atual de suas atividades, a Constituição da República lhe reservou distinção e assento especial (art. 133).

A atividade profissional dos Advogados está muito ligada ao exercício de garantias e direitos fundamentais dos cidadãos, de forma que todas as suas prerrogativas não podem ser encaradas privilégios, mas como instrumentos de proteção da própria cidadania.

Uma das mais importantes garantias asseguradas à Advocacia é a imunidade, que possui fundamento constitucional, que também é disseminada em diversos dispositivos legais infraconstitucionais.

A imunidade foi conferida aos Advogados, como forma de evitar o cerceamento da atividade profissional, de forma que, indiretamente se constitui em desdobramento da própria garantia constitucional da ampla defesa e contraditório.

Nos dias atuais, com a mudança de paradigmas da persecução penal, com a reiterada reformulação de entendimentos sobre conquistas centenárias, com a conseqüente redução de garantias, muito se discute sobre tal imunidade garantida aos Advogados.

Dessa forma, muito se discute sobre a extensão da garantia e da necessidade de sua delimitação, como forma de se evitar abusos e violações desnecessárias de direitos de terceiros.

Discute-se, da mesma forma, sobre a limitação da imunidade a determinados crimes, com exclusão de outros, de maneira a se justificar uma incursão no tema

Em face do debate instalado e da necessidade de discussão sobre o tema, o presente trabalho se propõe a debater o tema relativo às imunidades dos Advogados, suas limitações, alcance e crimes a ela relacionadas, destacando a relevância da garantia e os efeitos nefastos de restrições mais severas à garantia.

O objetivo da iniciativa é aferir o alcance da imunidade garantida aos Advogados pela Constituição Federal, destacando-a como garantia indireta de toda a sociedade, com proposta de apontar a delimitação do alcance e restrições existentes no momento atual.

Para a consecução do objetivo proposto foi utilizado o método analítico-dedutivo, orientado por uma pesquisa exploratória, com a utilização de doutrina e da jurisprudência disponível sobre o tema.

No seu desenvolvimento, o presente artigo encontra-se assim estruturado: 1. etimologia da palavra advogado e funções; 2. esboço histórico da advocacia; 3. imunidade penal do advogado; 3.1 base normativa; 3.2 garantia de imunidade ao advogado; 3.3 limites da imunidade; 3.4 autoridades e pessoas atingidas pela imunidade e 3.5 responsabilidade ética. Ao final, foram consignadas breves conclusões e referências utilizadas.

2 ADOGADO: ETIMOLOGIA DA PALAVRA E FUNÇÕES

A locução “advogado”, deriva do latim “*advocatus*” (*vocati adi*), (*ad* = para junto, enquanto que *vocatus* de *vocare* = chamar), o que é implicative de alguém que foi chamado para intervir ou interceder a favor de quem o chamou. Logo, advogado é aquele é convidado a intervir na qualidade de defensor ou intercessor.

De forma geral, é atribuição profissional do advogado patrocinar o interesse de alguém, no campo judicial ou extrajudicial.

Em sentido mais estrito, o advogado é toda pessoa legalmente habilitada e autorizada a exercer a advocacia ou procuradoria judicial, cujo desempenho se subordina à inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante exame específico e preenchimento de requisitos legais. É o que pode ser denominado processualmente de representação postulatória (pressuposto processual). Nesse particular, o advogado age em nome de terceiro, na defesa de interesse alheio.

Derivado do termo advogado, surge aquilo que juridicamente se denomina “advocacia”, compreendendo em seu bojo o exercício da profissão de advogado, que em *lato sensu* compreende o exercício profissional em qualquer área de incidência. Logo, a atividade desse profissional do direito é bastante liberal, não tendo limite quanto à sua prestação.

3 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DA ADVOCACIA

Não se pode deixar de admitir que, pelo menos de maneira empírica, o exercício da advocacia teve seu início no fluir da dinastia Grega.

Conforme é cediço, a Grécia foi detentora de exímios oradores, a exemplo de Demóstenes (384-322 a.C.), proeminente orador e político grego de Atenas, considerado o primeiro grande advogado da Grécia, destacando sua defesa para Atenas que se via ameaçada por Felipe II da Macedônia (385-336 a.C.) escrevendo, nesse sentido, inúmeros discursos que ficaram conhecidos como *Filípidas*.

No mesmo sentido destaca-se Péricles (c. 495/492 a.C – 429 a.C.), que além de célebre e influente estadista, também se destacou como orador; assim como Isócrates (436 a.C. ou 336 a.C), foi um orador e retórico ateniense, considerado o Pai da Oratória, entre outros.

Em tal período da Grécia, a advocacia teve enorme prestígio, porquanto o direito de defesa, inclusive, era instituído por legislação, o que acabou se projetando, posteriormente, para o império romano.

Durante o Império Romano é que, realmente, a advocacia teve seu início marcante e os primeiros registros, conforme destacado por Ramos¹ eram dos procuradores ad litem, a quem eram conferidos poderes para a defesa do constituinte, de forma que os mesmos assumiam todos os encargos da ação.

No magistério de Nelson Hungria, encontramos os fragmentos históricos e as possíveis origens como também nos procuradores ad litem, que eram constituídos para a defesa dos interesses da parte em um determinado processo².

Posteriormente surge a plena atuação dos “*patronos*”, que congregavam intenso saber no campo do direito, tendo por função primária o aconselhamento e a defesa das pessoas que os procurava. Assim, observa-se a figura dos *advocati*, que exerciam a representação judicial, na

presença do Senado ou do imperador, que tinham por função solucionar os conflitos havidos entre o Império e, principalmente, os “gentios”, que mesmo residindo em Roma, não possuíam a cidadania romana.

Outrossim, insta deixar ressaltado, que o exercício da advocacia, realizado pelos “*patronus*” e pelos “*oratores*”, que deu origem ao “*advocatus*”.

O exercício dessa atividade naquela época não era remunerado, constituindo, unicamente, uma “honra”. Daí o aparecimento da expressão “*honorários*”, os “*tributos de honra*”. Posteriormente, esses “*honorários*” assumiram forma de recompensa pelos serviços advocatícios realizados.

É indispensável deixar também consignado, que no período romano, mais precisamente no império de Marco Túlio Cícero (106-43 a.C), a advocacia era tida como “*múnus público*”. Logo, já era reconhecida sua função de cunho social, voltada na defesa dos necessitados, dos mais humildes, dos hipossuficientes, que, invariavelmente, eram vítimas de injustiça e perseguição. Assim, por questão de honra, prestigiava-se a humana.

Não pode ser omitido o registro de que embora a advocacia tenha existido desde a época da república, só posteriormente à ela, no período imperial, a advocacia passou a ter feição de “profissão”, quando então essa atividade não era exercida por qualquer pessoa.

Outrossim, aproveitando o ensejo dissertativo, as “ordens dos advogados”, conforme noticiado, surgiram no Império Romano do Ocidente, quando eram imperadores Teodósio I (379-395 d.c.) e Artêmio; no Império Romano do Oriente, tendo como imperadores Valentiniano (364-375 d.c.), Justino, Justiniano, entre outros.

A propósito do tema, Paulo Lobo aponta para momento posterior, quando já se organizava a profissão do Advogado, ao afirmar que a advocacia, como profissão organizada quando o Imperador Justino, antecessor de Justiniano, Constituiu no Século IV a primeira Ordem dos Advogados no Império Romano do Oriente, tornando obrigatório o registro de todos quantos fossem advogar no foro. Tal inscrição era condicionada ao cumprimento de rigorosos requisitos, inclusive de natureza pessoal³

É importante deixar exposto, que tais “ordens” tinham personalidade jurídica, sendo criadas onde existiam tribunais mais importantes.

No direito luso-brasileiro, a figura do advogado surge nas Ordenações e Leis do Reino de Portugal, mais precisamente nas disposições inseridas nas Ordenações Filipinas, em seu Livro I, Título XLVIII, sob a rubrica “*Dos advogados e Procuradores, e dos que o não podem ser*”, que também impunha rígidos exercícios para o exercício da advocacia⁴.

Anteriormente ao início do período republicano, que ocorreu a partir do ano de 1822, com a independência do Brasil, em 11 de agosto de 1827 foi promulgada a lei que criava os cursos de ciências jurídicas e sociais em Olinda e na cidade de São Paulo. As cadeiras eram divididas por anos, sendo o primeiro ano dedicado ao estudo do Direito Natural, Direito das Gentes, análise da Constituição do Império e Diplomacia. Nos anos seguintes, o curso se dividia entre o estudo do Direito Público Eclesiástico, Direito Pátrio Civil, Direito Pátrio Criminal com a teoria do Processo Criminal, Direito Mercantil e Marítimo, Economia Política e Processo adotado pelas Leis do Império.

Na ótica da maioria dos juristas e historiadores, a criação dos mencionados cursos, foi um passo marcante para o desenvolvimento da advocacia no campo nacional.

Ulteriormente, em 17 de agosto de 1843, foi criado o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), com sede na cidade do Rio de Janeiro, tendo como membros advogados e demais operadores do direito brasileiro da qual ocorreu a criação atual Ordem dos Advogados do Brasil. Trata-se, sem qualquer tipo de dúvida, de importante marco para os advogados, que passaram a ter verdadeiro e autêntico controle legal do exercício profissional da advocacia.

A Constituição Republicana de 1.988, em boa hora, outorgou assento da Advocacia em seu texto, elevando-a à condição de essencial à administração da Justiça.

Nos dias atuais, a atividade da advocacia é disciplinada pela Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, conhecido como o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

4 IMUNIDADE PENAL

4.1 BASE NORMATIVA

A imunidade penal outorgada aos profissionais da Advocacia possui como fundamento maior o artigo 133 da Carta Federal, que é enfática em exortar que: "O advogado é

indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Recepcionado pelo mencionado dispositivo da Constituição da República, o art. 142, inciso I, do Código Penal, disciplina, nos limites de crimes contra a honra, a imunidade penal aos Advogado, preceituando: "Não constitui injúria ou difamação punível: a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador".

O atual Estatuto da Advocacia e da OAB, instituído pela Lei 8.906, de 04 de julho de 1994, em seu art. 7º, § 2º⁵, além de reverberar os diplomas legais elencados, mas sujeitando os profissionais às sanções disciplinares, nas hipóteses de excessos.

É certo que o citado dispositivo do Estatuto da Advocacia incluiu o crime de desacato dentre aqueles protegidos pela imunidade. Não obstante, no julgamento da Adin 1.127-8, o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a expressão “**desacato**”, motivo pelo qual motivo pelo qual referida garantia restou expungida do ordenamento.

Do voto condutor do acórdão proferido em tal ação, passou a ser utilizado como um dos principais argumentos para permitir a censura penal de eventuais excessos praticados por Advogado. Nesse sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

A imunidade profissional estabelecida pelo art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, não abrange os excessos configuradores de delito de calúnia e desacato e tem como pressuposto que "as supostas ofensas guardem pertinência com a discussão da causa e não degenerem em abuso, em epítetos e contumélias pessoais contra o juiz, absolutamente dispensáveis ao exercício do nobre múnus da advocacia" (passagem extraída do voto Ministro Sepúlveda Pertence no HC 80.536-1-DF).

Portanto, reconhece-se em favor do profissional da advocacia a garantia de imunidade relativa, na forma abaixo exposta.

4.2 DA GARANTIA DE IMUNIDADE AO ADVOGADO

A palavra “*imunidade*” provém do latim “*immunitas*” e deve significar isenção ou dispensa. No sentido aqui estudado, trata-se da soma de regalias ou privilégios atribuídos a determinadas pessoas, notadamente quando do exercício de determinada função ou profissão. A

imunidade decorre da inviolabilidade, que segundo Jiménez de Asúa⁷, quem dela goza, não pode ser castigado.

Dessa forma, merece ser assentado, posto que indispensável, que o privilégio em questão não se constitui atributo pessoal, conferido de maneira individualizada, mas deflui da importância, da relevância da atividade desempenhada pela pessoa que dela é alvo, máxime porque o seu exercício pressupõe a defesa de direitos e garantias de terceiros, já que o processo, conforme observado por Calamandrei o processo “é a mais ciosa e elevada função do Estado”⁸.

Esse tratamento distinto, legalmente previsto objetiva permitir que o profissional que goza da regalia desenvolva com maior liberdade sua atividade profissional e não se intime na defesa em disputas que lhe sejam confiadas e com tal fundamento, não ofende princípio da isonomia, conforme observado com pertinência por Pedro Aleixo⁹.

A outorga da imunidade garante maior liberdade no desenvolvimento profissional, na iniciativa privada ou pública, posto que seu destinatário fica isento de certas imposições legais, de ordem normativa, em virtude de que não está sujeito a fazer ou cumprir certos encargos, certas obrigações ou obediência à comandos legais, no campo específico, do direito penal.

Nesse contexto, não se pode ignorar que a atividade advocatícia, tendo em vista o fim por ela proclamado, não só no campo constitucional, bem como no âmbito do Estatuto da Advocacia, que é exatamente a o manejo da ampla defesa e contraditório, muitas vezes o coloca o causídico em posição mais drástica, que exige dele participação vigorosa e veemente, levando-o a adotar condutas penalmente típicas, sendo que tal possibilidade de enfrentamento conduziu o legislador a conceder-lhe a proteção que é alvo de estudo.

Merece ser observado, nesse sentido, que a proteção especial concedida ao Advogado tem em mira a garantia dos direitos de terceiros que lhe são confiados ou, como adverte Tolentino, trata-se de um verdadeiro “*direito fundamental do cidadão*”¹⁰ e não de direito próprio.

Nesse particular, tendo por meta análise objetiva, é imperioso distinguir a atuação do advogado na defesa de terceiros (representação postulatória) e na defesa de causa própria. Interpretação sistemática do dispositivo da Constituição e de sua irradiação para o sistema

jurídica, não permitiria o reconhecimento da imunidade aos Advogados atuando em causa própria.

Sobre esse tema, o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese por último sublinhada, verteu a seguinte inteligência:

Da leitura do disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, percebe-se que a **imunidade dos advogados** restringe-se aos crimes de injúria e difamação, e pressupõe que as manifestações sejam proferidas no exercício de sua atividade, ainda que fora do juízo. 2. Desse modo, eventual comportamento ilícito adotado pelo **advogado** fora do exercício de suas atividades profissionais não está acobertado pela **imunidade** que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição.¹¹

Exsurge da ementa copiada, que a imunidade não poder ser conferida ao advogado, quando se encontrar agindo em causa própria, o que demanda considerações a respeito.

O tema legal em foco deve ser olhado à luz do que se encontra disposto no art. 133 da Carta Política da República, mesmo porque a outorga da “imunidade” encontra assento no mencionado dispositivo Maior.

Seguindo as letras que integram aquele comando legal, o legislador constituinte foi muito claro em vincular a “inviolabilidade” do advogado ao “exercício da profissão”; o que também foi seguido pelo Estatuto da Advocacia ao fazer emprego da expressão “exercício de sua atividade” (art. 7º, § 2º).

É indispensável deixar sinalizado, que nem o legislador constituinte, ou o ordinário, fez alguma condicionante no que concerne ao desempenho da atividade advocatícia.

Tendo isso por norte, à eloquência, não ostenta a mínima razão em se pretender restringir o alcance da concessão constitucional e mesmo *interna corporis*, para subordinar o mencionado exercício, exclusivamente, quando o causídico presta seus serviços profissionais na defesa de interesse de terceiros.

Tendo como paradigma o Código de Processo Civil, encontra-se subsumido em seu art. 103, *caput*, o seguinte regramento jurídico: “A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.”

Portanto, a parte deverá ser judicialmente representada por advogado, assim entendido a pessoa bacharel em direito, inserida nos quadros da O.A.B., mediante prestação de

exame específico. Isso porque, é privativo desse profissional do direito praticar ato em juízo: “são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais” (art. 1º, Estatuto da Advocacia e da OAB).

Por outro lado, o mencionado regramento processual civil, em seu parágrafo único, dispõe que: “É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.”

Em consonância com a doutrina da lavra de Nelson Nery Júnior, “Neste caso, confunde-se as figuras de parte e postulante. O tratamento dado ao advogado que litiga em causa própria é o mesmo que deve ser dado ao advogado que defende causa alheia [...]”¹²

De maneira inafastável, se a lei confere ao advogado patrocinar causa própria, é porque compreende que também nessa situação o exercício de sua atividade profissional é legítima, motivo pelo qual igualmente ele deve ser protegido pelo manto da imunidade.

4.3 LIMITES DA IMUNIDADE

Vencida essa colocação de cunho preliminar, verifica-se pelo confronto dos textos legislativos citados, que o advogado tinha imunidade judiciária diante do vigente Código Penal, que perdeu sua eficácia diante do texto contido no Estatuto da Advocacia e da OAB, que passou a regular a matéria. Trata-se de revogação tácita.

Com o surgimento da Carta Política Federal de 1988, que consagrou o causídico como indispensável à administração da justiça, a matéria sobre sua imunidade profissional ficou subordinada à edição de lei infraconstitucional, posto que o legislador constituinte, no dispositivo de regência, a teor do preceito anteriormente transcrito, condicionou a inviolabilidade “**nos limites da lei.**”

A expressão em destaque tem duplo sentido: primeiro, deverá haver lei específica disciplinando a prerrogativa do advogado, o que foi realizado por intermédio do Estatuto da Advocacia e segundo, que esse direito do referido profissional não pode ser amplo, mas sim restrito (“limites”) àquilo que se encontrar normativamente consubstanciado. Logo, o próprio texto constitucional vedou o absolutismo da imunidade profissional.

Procedeu com correção o legislador constituinte. É certo deixar registrado, que a prerrogativa em espécie conferido ao advogado, em continuação àquilo que foi anteriormente

assentado, se mostra necessária para o real desenvolvimento de sua atividade profissional, principalmente tendo em consideração não só sua indispensabilidade para a administração da justiça, bem como em virtude de sua independência funcional, já que não se encontra sujeito a nenhuma modalidade de subordinação e também porque atua, de maneira bastante acentuada, defendendo direitos de terceiros, por intermédio de representação postulatória e, mais raramente, seus próprios interesses jurídicos. Este fator, indubitavelmente, se constitui forte razão capaz de justificar com maior intensidade a existência da prerrogativa em espécie conferida ao advogado.

Nessa ordem de consideração, jamais poderia ser tolerado que se concedesse imunidade plena ao advogado, que em qualquer situação ficasse isento de responsabilidade em nível criminal, civil ou disciplinar. Ela jamais pode ser absoluta, irrestrita. Assim é que a isenção a ele atribuída se eleva à condição de exceção, o que se revela compatível com dispositivo constitucional pertinente ao mencionar “**nos limites da lei**”.

Em linhas gerais, a imunidade, independentemente da situação particularizada em que possa ser empregada, deve ser regradada, não pode ser infinita, deve se condicionada à situação determinada. Não pode existir privilégio incondicionado, posto que isso não se revela conveniente ao Estado e também aos próprios fins colimados pelos preceitos legais em favor da defesa dos interesses comuns de qualquer cidadão dentro de um Estado Democrático de Direito. Assim, essa isenção não pode ser ampla, posto que isso conduziria à impunidade de maneira exagerada, ao descumprimento injustificado das normas legais, o que se mostra inconveniente do ponto de vista social e jurídico.

Na específica hipótese *sub examine, ad argumentandum*, eventual ausência de demarcação na atuação profissional do advogado culminaria em esbarrar na própria ética a ele imposta, transgredindo regras deontológicas fundamentais, contidas no Código de Ética e Disciplina da OAB, o que será objeto de considerações específicas em item próprio

A propósito do que está sendo sustentado, “a imunidade conferida a quem exerce a advocacia não possui caráter absoluto, pois não pode ser suscitada para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos.”¹³

Ainda,

A prática de atos pelo advogado submete-se e restringe-se ao exame da estrita legalidade, não podendo ser invocada a imunidade profissional, que não é absoluta, para respaldar o cometimento de eventuais atos ilícitos, pois, do contrário, apresentar-se-ia de modo inconciliável com a dignidade da profissão, atentando contra todo o conjunto normativo que lhe rege o exercício regular e legítimo.¹⁴

A teor do que foi precedentemente apontado, cumprindo o preceito maior telado, o vigente diploma *interna corporis* da advocacia traçou expressamente os limites da imunidade profissional do advogado.

Ab initio, há de se considerar, reiterando o que restou posto precedentemente, no que tange ao advogado, que a nova norma estatutária revogou tacitamente o inciso I do art. 142 do CP.

Não obstante isso, convém ponderar, outrossim, que as doutrinas penais sobre a imunidade do advogado ainda devem continuar reinantes pelos conteúdos que as informa e ainda porque suas colocações científicas prosperam diante do novo texto consagrador do privilégio pertinente.

Nessa linha de raciocínio, para efeito analítico, há de se trazer à baila alguns entendimentos abalizados atinentes ao tema em debate.

Nesse sentido, Heleno Cláudio Fragoso, ao fazer menção à imunidade judiciária, exalça que:

Não constitui crime a injúria ou a difamação irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador. Trata-se da chamada imunidade judiciária, que já era acolhida pelo direito romano. (Codex, II, 6, 6, 1). O que ocorre em tal caso é o *animus defendendi*, que exclui a vontade de ofender. Não se indaga, no entanto, da concorrência do propósito de ofender, motivo pelo qual, a existir tal propósito, haverá exclusão da antijuridicidade. A injúria ou difamação feitas na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador, são levadas à conta da normal e razoável exaltação de ânimos dos litigantes na defesa de seus direitos.¹⁵

Ainda, no particular enfocado, merece consideração o magistério de Júlio Fabbrine Mirabete, que bem focaliza a garantia, ao destacar que a mesma não se trata de simples privilégio concedido a uma classe profissional, mas de prerrogativa assegurada para assegurar o pleno direito de defesa¹⁶.

Referidas posições são secundadas de Damásio E. Jesus, para quem o Advogado não responde pelos delitos de opinião, relativamente às partes e autoridades que interveem no processo, tendo em vista que “*Trata-se de causa de isenção profissional de pena, de natureza impeditiva da pretensão punitiva obstando o inquérito policial e a ação penal. O preceito constitucional não faz nenhuma restrição quanto ao sujeito passivo da ofensa.*”¹⁷

A imunidade profissional do advogado estabelecida pelo Estatuto da Advocacia e da OAB se eleva à categoria de privilégios diante do Direito Penal, motivo pelo qual o causídico não pode ser punido pelas suas manifestações, palavras ou atos considerados ofensivos, no que guarda respeito com a injúria e difamação, relativamente a quaisquer pessoas ou autoridades constituídas. A isenção sublinhada decorre da *libertatis convinciendi* ou do *animus defendendi* que informa o exercício da advocacia. Trata-se, no âmbito penal, de causa excludente da antijuridicidade, defluente do exercício regular de um direito. Assim, embora o ato praticado pelo advogado no exercício de sua profissão seja típico, esteja objetivamente descrito no tipo penal relativo aos crimes de injúria (art. 140, CP), difamação (art. 139, CP), o *ius puniendi* estatal não pode ser aplicado.

Com efeito, o advogado que no exercício de sua profissão, quer em juízo, quer fora dele, ofender alguém, atua segundo lhe permite a lei, age dentro do exercício regular de um direito. Portanto, se sua conduta se amolda ao direito, à lei, não se pode assegurar, *ex abundantia*, que ela é *contra legem*, mas sim juridicamente lícita. Assim, quem obra segundo o direito não pode ser punido por este mesmo direito. Logo, se, *in casu*, inexistente a relação contraditória entre o fato típico e a norma, também deixará de existir a antijuridicidade, a ilicitude de comportamento.

Visando propiciar melhor inteligência sobre o assunto jurídico que está sendo discorrido, verte como importante que se teça considerações, pelo menos de maneira breve e concisa, sobre os fatos puníveis relativamente aos quais o causídico goza de imunidade.

A primeira figura penal acobertada pela imunidade sob comento é a da injúria, capitulada no art. 140 do CP. Se constitui ela na "palavra ou gesto ultrajante, mediante o qual se ofende o sentimento de dignidade alheia (honra subjetiva)."¹⁸

Nesse sentido também é o magistério de Luiz Regis Prado,

[...] no delito de injúria protegem-se especificamente a dignidade e o decoro. em que pese a tênue e pouco precisa distinção existente entre tais noções, costuma-se reconhecer na dignidade o sentimento que o próprio indivíduo possui acerca de seu valor social e moral, e no decoro a sua respeitabilidade. De conseguinte, enquanto a dignidade compreenderia os valores morais que compõem a personalidade, o decoro abarcaria as qualidades de ordem física e intelectual, que constroem a autoestima e fundamentam o respeito que o meio social dispensa ao indivíduo. Assim, por exemplo afirmar que alguém é “canalha”, “imoral”, “desonesto”, ofende sua dignidade; já dizer que se trata de um “ignorante”, “aleijado”, “burro”, ultraja seu decoro.¹⁹

Em linhas gerais, a injúria implica ofensa que se faz contra a dignidade, o sentimento da própria honorabilidade ou decoro, que é implicativo da própria respeitabilidade pessoal do ofendido.

Ao depois, o legislador fulmina com a isenção o delito-tipo da difamação, objetivamente descrito no art. 139 do CP.

Nas lapidares palavras de Fernando Capez, “consubstancia-se o verbo *difamar*; isto é, imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação. A difamação atinge o valor social do indivíduo, o respeito que ele goza na sociedade.”²⁰

No tipo penal em espécie, “a lei tutela a honra externa, o bom nome, a boa fama da pessoa [...]. A reputação é a estima, o conceito que a pessoa goza no meio social em que vive.”²¹

A norma *interna corporis* objeto de decomposição jurídica é expressa em exigir que a increpação de fato ofensivo ao sentimento de dignidade alheia ou ofensivo ao bom nome da pessoa, seja levada a efeito no exercício da atividade advocatícia, não pressupondo, absolutamente, que seja “na discussão da causa”, por ausência de previsão nesse sentido no § 2º, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia. Portanto, para ser beneficiado pela imunidade profissional, pela causa excludente da antijuridicidade, não basta, simplesmente, ser advogado, estar inscrito nos quadros da OAB, mas sim que esses fatos típicos ocorram no desempenho profissional. Só nesse quadrante é que a inviolabilidade do advogado, donde decorre sua imunidade profissional, por manifestações e palavras, é tutelada pelo preceito *interna corporis*.

Nessa mesma ótica de José Afonso da Silva assevera: “a inviolabilidade do advogado, prevista no art. 133, não é absoluta. Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão; e assim mesmo, nos termos da lei [...]”²²

A jurisprudência, nesse ponto, não discreta da doutrina:

[...] Da leitura do disposto no artigo 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994, percebe-se que a imunidade dos advogados restringe-se aos crimes de injúria e difamação, e pressupõe que as manifestações sejam proferidas no exercício de sua atividade, ainda que fora do juízo. 2. Desse modo, eventual comportamento ilícito adotado pelo advogado fora do exercício de suas atividades profissionais não está acobertado pela imunidade que lhe é conferida por lei, sendo passível de punição [...].²³

No âmbito do norte traçado, é de evidência solar, que se o advogado agir em nome próprio, desvestido da qualidade de advogado, não será albergado pela imunidade, posto que conforme anteriormente dissertado, o privilégio é conferido tendo por escólio a relevância da atividade desempenhada pela pessoa que dela é alvo, que no caso específico é o causídico.

Assim sendo, se o advogado praticar qualquer ato delituoso não estando no “exercício de sua atividade”, responderá criminalmente.

Por outro lado, a norma estatutária, com maior abrangência relativamente àquela de caráter penal, afirma que aquelas manifestações que poderiam consubstanciar os crimes de injúria ou difamação podem ser externadas "em juízo ou fora dele".

Não obstante as atividades privativas de advocacia, consistentes notadamente na postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos Juizados Especiais; as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica (art. 1º, I e II, da Lei 8.906/94), o advogado exerce também atividade profissional extrajudicial, onde surge como exemplo típico a prestação de serviços profissionais a pessoas envolvidas com problemas administrativos, destacando-se aquelas que estão sendo objeto de investigações policiais, ou mesmo envoltas em situações de caráter privado. Em circunstâncias desse matiz, o legislador estatutário conferiu àquela norma sentido bastante abrangente albergando, com bastante proficiência, a ocupação do advogado no campo judicial e extrajudicial. Enfim, estando o causídico no exercício profissional, independentemente da área ou da esfera em que está atuando, ostenta ele imunidade profissional, nos limites estabelecidos pela precitada lei.

Sob outro aspecto de consideração, a nova norma de isenção não subordina que a ofensa irrogada em juízo seja na discussão da causa, como fazia o inciso I do art. 142 do CP. Basta que a injúria ou difamação decorra de manifestação do advogado, escrita, verbal ou até mesmo por meio simbólico, no exercício de sua profissão. Aliás, como reforço interpretativo, já

que a matéria poderá tornar-se polêmica, deve ser trazido à colação o seguinte esclarecimento provindo de Paulo Lobo, *in verbis*:

Não há exigência de se estabelecer qualquer vínculo entre a ofensa e a causa ou processo judicial. O STF (rel. Min. Evandro Lins) já decidiu que esse vínculo está na própria atuação do advogado a quem se confere a imunidade, sendo aquela exigência “uma restrição que a lei não faz.”²⁴

Por outro lado, é oportuno deixar lembrado, que crime o de calúnia não se encontra contemplado pela imunidade, não unicamente por se constituir o mais grave dos delitos contra a honra, mas porque também, *in casu*, não se atribui ao ofendido um defeito ou um vício, mas sim um fato criminoso, que, inexoravelmente, não poderá ser acobertado pela isenção. Admite-se, portanto, no tratamento penal da matéria uma verdadeira incidência da proporcionalidade penal, tal qual preconizado por Francesco Antolisei²⁵

A respeito do palpitante tema já se decidiu:

[...] Esta Corte Superior, em uníssono com a jurisprudência do Pretório Excelso, vem entendendo que a **imunidade** conferida aos advogados, no exercício profissional, pelo art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não contempla o crime de calúnia.²⁶

Não bastasse isso, se a imputação, a teor do que está sendo discorrido, diz respeito à prática de determinado fato punível, é de rigor que seja feita a devida apuração, posto que nessa situação há a preponderância do interesse público, em detrimento do interesse particular do advogado.

De forma indubitável, concebe-se como sendo escorreita a imunidade cuidando-se de ofensa à honra objetiva ou subjetiva da pessoa ou autoridade atingida pela ofensa, consistente na injúria ou difamação, uma vez que esse comportamento do advogado é considerado como legítimo e jurídico pelo direito, o que indiscutivelmente não pode ser alvo de tolerância, quando a imputação diz respeito à prática delitativa da calúnia, mesmo porque esse tipo de conduta contrária ao direito, não deve ser considerado como mecanismo próprio e às vezes necessário para que o telado profissional do direito possa livremente desenvolver sua atividade profissional.

Inquestionavelmente, o calor, a alteração que pode resultar dos próprios debates em torno da questão legal, notadamente, posta à guarda e assistência do causídico no interesse

daquele por ele representado, somente se justifica com ataques à honra alheia consistente em ação atinente à injúria ou difamação e jamais com a calúnia, posto ser inconciliável com o exercício do direito de defesa, de terceiros ou do advogado em causa própria.

Todavia, tendo havido a configuração típica pertinente, isso não significa, absolutamente, que a conduta do advogado será de qualquer maneira reprimida pelo Direito Penal, eis que o mesmo poderá se defender por intermédio da *exceptio veritatis* ou da *demonstratio veri*, dentro dos limites estabelecidos pelo § 3º do art. 138 do CP. Aliás, nesse sentido é o entendimento:

[...] em se cuidando crime de calúnia, como regra, a lei penal permite que o ofensor prove que o fato imputado é verdade, fazendo-o por meio daquilo que se denomina exceção da verdade (*exceptio veritatis*) (§ 3º). Uma vez em curso a ação penal, o acusado do crime contra a honra poderá promover a exceção da verdade, objetivando demonstrar que o fato imputado é real, ou seja, que o suposto ofendido realmente cometeu o delito que lhe foi irrogado.²⁷

Rogério Greco, por seu turno registra que “chama-se exceção da verdade a faculdade atribuída ao suposto autor do crime de calúnia de demonstrar, que, efetivamente, os fatos por ele narrados são verdadeiros, afastando-se, portanto, com essa comprovação, a infração penal a ele atribuída.”²⁸

Por questão de oportunidade, não se pode omitir em deixar consignado, que a comentada exceção da verdade não pode ser exercida de maneira vasta, mas sim no âmbito da fronteira legalmente estabelecida. Dessa maneira, há óbice quanto ao seu exercício, “se constituído o fato imputado crime de ação penal privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível.” (art. 138, § 3º, inc. I, CP) ou se o fato for imputado ao Presidente da República e chefe de governo estrangeiro (art. 138, § 3º, inc. II c.c. art. 141, CP) ou “se o crime imputado, embora de ação penal pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.” (art. 138, § 3º, inc. III, CP).

Outrossim, o delito-tipo de calúnia, bem como todos aqueles praticados contra a honra objetiva ou subjetiva da vítima, exige o propósito de ofender: *animus injuriandi vel diffamandi*, o qual se constitui no elemento subjetivo do injusto ou do tipo. Com essa inspiração já se decidiu:

[...] É jurisprudência firme desta eg. Corte Superior de Justiça que "Nos crimes contra a honra, além do dolo, deve estar presente um especial fim de agir,

consubstanciado no *animus injuriandi vel diffamandi*, consistente no ânimo de denegrir, ofender a honra do indivíduo [...] (HC 103.344/AL, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 22/6/2009). V - Na denúncia oferecida não há elementos que evidenciem a intenção de ofender a vítima. Nesse caso, afigura-se a atipicidade da conduta com a consequente falta de justa causa para a ação penal. VI - Na espécie, ainda que se reconheça a existência de críticas (*animus criticandi*) à atividade desenvolvida pelo magistrado, não se pode perder de perspectiva a orientação desta eg. Corte de que a prática do delito de calúnia pressupõe a existência de um objetivo próprio, qual seja, a intenção de ferir a honra alheia (*animus diffamandi vel injuriandi*). "A denúncia deve estampar a existência de dolo específico necessário".²⁹

Diante disso, se o propósito do advogado ao se manifestar em juízo ou fora dele foi o de defender, afastado estará o elemento subjetivo do tipo, eis que o *animus defendendi* neutraliza o *animus calumniandi*, até porque *uma afronta no ambiente de litígio ou do ardor da defesa devem ser tolerados*³⁰. Logo, ausente o dolo, faltará um elemento constitutivo do crime (fato típico, antijurídico e culpável), pelo que o delito telado deixará de existir, posto que estará ele somente caracterizado pela tipicidade e pela antijuridicidade.

4.4 AUTORIDADE E PESSOAS ATINGIDAS PELA IMUNIDADE

Verificando os termos normativos que servem de conteúdo ao do § 2º, do art. 7º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, o legislador somente faz alusão ao direito de imunidade profissional do advogado, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, não enumerando pessoas ou autoridades em relação às quais não pode ser invocado o privilégio em questão.

Diante disso, é forçoso convir que na ausência de óbice legal a imunidade, indistintamente, pode ser exercida diante de qualquer pessoa ou autoridade, independentemente do cargo ou função que ocupa: "*ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet.*"

A falta de distinção é plenamente concebível e aceitável, porquanto a imunidade é o mecanismo posto à disposição do causídico para que esse possa, de forma livre e independente, exercer sua profissão, de regra, na qualidade de prestador de assistência jurídica a quem necessita de seus préstimos de cunho técnico na área do direito, o que seria restringido caso não se estabelecesse regra geral, sem limitação, relativamente a qualquer pessoa ou autoridade, com que ele tivesse contato ou relação em decorrência do exercício profissional.

Questão que sempre se aflora, diz respeito à injúria ou difamação dirigida a membro do Poder Judiciário, pelo causídico quando está exercendo sua função advocatícia.

Na linha doutrinária pontilhada por Paulo José da Costa Júnior, aduz que “a imunidade não cobre ofensa feita ao juiz.”³¹. Em sentido contrário, Vicente Greco Filho sustenta que na defesa da causa não é incomum que o juiz também possa ser envolvido na discussão e nesta hipótese também é possível invocar a imunidade, tendo em vista que a lei não faz qualquer distinção sobre o destinatário da crítica, fazendo referência exclusivamente à situação de discussão da causa³².

Não obstante as doutrinas citadas estarem convergidas à dicção do art. 141, inciso I, do Código Penal, que, conforme o que foi precedentemente assinalado, foi revogado tacitamente pelo § 2º, do 7º, do Estatuto da Advocacia, tem elas pleno cabimento e adequação no tema jurídico que ora se discute.

O Supremo Tribunal Federal, firmou jurisprudência no sentido de que o art. 7º, § 2º do Estatuto da Advocacia ampliou e reforçou a imunidade prevista no artigo 142 do Código Penal, que a partir de então passou a englobar, inclusive, condutas ofensivas contra o Magistrado da causa. Nesse sentido:

A cláusula de imunidade judiciária prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal, relacionada à prática da advocacia, reveste-se da maior relevância, ao assegurar, ao advogado, a inviolabilidade por manifestações que haja exteriorizado no exercício da profissão, ainda que a suposta ofensa tenha sido proferida contra magistrado, desde que observado vínculo de pertinente causalidade com o contexto em que se desenvolveu determinado litígio.³³

Sobre o mesmo tema, o Superior Tribunal de Justiça, reiterou o mesmo entendimento, em decisão assim ementada:

A inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão pressupõe trabalho desenvolvido com veemência e vigor, sempre respeitando, no entanto, a reputação, a dignidade e decoro das pessoas. Ofensas ao magistrado extrapolam os limites traçados pelo legislador quanto ao exercício regular e legítimo da advocacia.³⁴

Não obstante a inteligência provinda do Superior Tribunal de Justiça, à luz da realidade, a imunidade discorrida também alcança a pessoa do magistrado, posto que, conforme

anteriormente aduzido, o legislador *interna corporis* não distingue relativamente a quem a imunidade pode ser exercida.

Ademais, como argumento de reforço, o que está sendo sustentado mais ainda plenamente se justifica, porquanto a teor do que se encontra consubstanciado no art. 6º do Estatuto da advocacia e a OAB, não há hierarquia e nem subordinação entre advogados e magistrados. Por ele integrantes da magistratura e advogados são autoridades do mesmo grau, ambos prestando igualmente serviço público (art. 2º § 1º, do Estatuto da Advocacia e a OAB).

4.5 RESPONSABILIDADE ÉTICA

Sob outro aspecto analítico, a imunidade penal não retira, absolutamente, o poder/dever da OAB em punir disciplinarmente o advogado que, em juízo ou fora dele, não obrou com ética. É o que deflui da parte final daquela norma estatutária, que agora se repete: "Sem prejuízo das **sanções disciplinares** perante a OAB, **pelos excessos que cometer**".

A expressão “sem prejuízo”, deixa normativamente compreendido em seu bojo, que embora o advogado no exercício da profissão, fique isento de qualquer sanção de cunho penal por ter feito uso de expressões injuriosas ou difamatórias, nada impede que ele responda disciplinarmente perante a Comissão de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil. Portanto, não obstante a proteção penal que se confere ao causídico quando do exercício profissional, essa mesma proteção pode não incidir no campo disciplinar.

De outro lado, visando estabelecer a devida exegese do texto acima copiado, ao lado da expressão “sem prejuízo”, deve-se conjugar a frase “pelos excessos que cometer.” Isso implica entender que a sanção disciplinar somente terá cabimento quando o advogado, ao exercer sua imunidade no exercício profissional, se exceder, exorbitar quanto ao seu emprego.

Nota-se nas letras que integram o dispositivo abordado, que o legislador ao empregar o termo “excesso” não estabeleceu seu alcance. Em razão disso, cumpre ao órgão competente da Ordem dos advogados do Brasil, em cada caso concreto, definir sua abrangência. Trata-se de verdadeiro e autêntico poder discricionário.

Em circunstâncias desse matiz, a sondagem que conduz àquele “excesso” deve ser verificada à luz do que se impõe ao advogado à título de transgressão disciplinar, vinculada à imunidade objeto de apreciação.

Sem o menor resquício de dúvida, não teria sentido que a lei conferisse ao advogado a prerrogativa de não responder criminalmente pelos fatos puníveis precitados e, em decorrência disso, respondesse eticamente. O contrassenso além de evidente, esbarra na própria garantia constitucional a ele conferida, posto que lhe assegura a inviolabilidade dos seus atos e manifestações no exercício da profissão (art. 133).

Diante disso, rigorosamente, a transgressão disciplinar somente pode ser concebida se o advogado ao exercer aquela prerrogativa haja com excesso, além dos limites necessários para preservá-la. Embora dispensável, é importante que se deixe assentado, que se o causídico se comportar com moderação no desempenho de seu privilégio constitucionalmente assegurado, não poderá ser objeto de procedimento ético.

Não se pode deixar de admitir que se de um lado o advogado quando do desempenho de cunho profissional tem o privilégio que lhe é constitucionalmente garantido, por outro lado, em termos de sistema, deve haver a preservação de determinado comportamento que se faz necessário para a manutenção do prestígio e da finalidade da instituição a que pertence.

Nessa linha de consideração, se esse profissional do direito ao exercer sua prerrogativa passa dos limites dos padrões de normalidade, transbordando aquilo que se revela razoável, nada mais justo que essa sua atividade seja elevada ao grau de transgressão disciplinar.

Em sintonia com o que está sendo discorrido,

[...] a imunidade profissional não exclui a punibilidade ético-disciplinar do advogado, porque cabe a ele o dever de tratar os membros do MP e da Magistratura com consideração e respeito recíprocos. O art. 60, como já vimos ao abrir o capítulo dos direitos dos advogados, impõem-lhes o dever de tratar magistrados e promotores de justiça “com consideração e respeito recíprocos.” Já o Código de Ética e Disciplina considera dever ético do advogado tratar o público, os colegas e as autoridades com respeito, discrição e independência, empregando linguagem polida e agindo com lhanza. Mas apenas a OAB tem competência para punir o excesso do advogado, por suas manifestações, palavras e atos, no exercício da advocacia.³⁵

De maneira objetiva, o “excesso” em questão somente poderá ser sopesado, aquilatado, tendo em vista que é dever ético do advogado tratar com educação, urbanidade, polidez, cortesia, não só os magistrados e membros do Ministério Público, mas sim todo qualquer servidor público no exercício de suas funções, bem como as pessoas de modo geral, incluindo seus próprios colegas de profissão. Não o fazendo, a punição disciplinar se impõe de forma inexorável.

Inexoravelmente, se o causídico no exercício de sua atividade profissional exagerar no desempenho de seu privilégio, por força interpretativa, culmina em violar regras deontológicas e fundamentais no campo da ética a ele imposta, daí nascendo o direito conferido à sua instituição de puni-lo, respeitadas suas garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório (devido processo legal).

Nesse sentido, de forma acurada, Fábio Medina Osório³⁶ sustenta a incidência da imunidade sempre deve ser aferida no caso concreto a partir análise sobre a necessidade do eventual excesso, para o desempenho de suas funções defensivas, de forma que tudo aquilo que soar desnecessário foge das arestas da imunidade.

É, portanto, forçosa a conclusão no sentido de que o poder de punir telado é plenamente justificável, porquanto se por um lado o advogado detém a prerrogativa da imunidade, não se pode omitir, outrossim, que tem ele o dever ético de tratar as pessoas que com ele se relaciona em nível profissional, de maneira educada, urbana e com lhanza, o que acaba não acontecendo quando ele ultrapassa aquilo que é razoável em termos de privilégio, isso porque, conforme observado por Saulo Tarcísio de Carvalho Santos e Guilherme Feliciano, a prerrogativa não pode ser garantida *às custas das liberdades públicas; nem tampouco a reboque de um Direito Penal do insólito*³⁷.

Assim é que, corroborando com o que está sendo alvo de apreciação doutrinária,

As expressões utilizadas pelos advogados no exercício do seu mister não constituem injúria ou difamação, pois, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, estão amparadas pelo pálio da imunidade. Entretanto, eventuais excessos no exercício da citada prerrogativa profissional estão, de acordo com o mesmo dispositivo legal, sujeitos às sanções disciplinares pela Ordem dos Advogados do Brasil.³⁸

O Código de Ética e Disciplina, ao cuidar do “Dever de Urbanidade”, deixa consignado em seu art. 44, a despeito de exigir zelo pelas prerrogativas, impõe o dever de urbanidade no trato com todos os envolvidos com o exercício de suas atribuições³⁹.

Nunca é demais lembrar, que o próprio Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), é enfático, em seu art. 6º, ao deixar exortado o seguinte preceito: “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.”

5 BREVES CONCLUSÕES

A Advocacia Brasileira, que sempre esteve na vanguarda da defesa dos interesses da nação, assumindo a protagonização das principais lutas travadas na construção do país, recebeu o merecido reconhecimento na Constituição de 1.988, especialmente na petrificação como função essencial à administração da Justiça.

De forma consentânea com tal expressivo reconhecimento, a mesma Carta outorgou aos Advogados a necessária inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Por certo, tal inviolabilidade não se restringe à simples proteção pessoal do profissional. Muito mais que isso, a garantia constitucional buscou estabelecer um anteparo de proteção ao cidadão, isto porque esse profissional é sempre o esteio no qual se apoiam as esperanças e expectativas daquele que não possui voz em muitos debates.

Não obstante, o próprio dispositivo constitucional de referência se estruturou como norma constitucional de eficácia contida, isto porque remeteu a disciplina da inviolabilidade à lei.

O Estatuto da Advocacia, ao exercer o mandamento estatuído pela própria Constituição, cuidou de dar cores à garantia maior. Além de especificar a imunidade, a lei estabeleceu os limites éticos e as sanções administrativas passíveis de aplicação nas hipóteses de condutas desviantes.

No exercício do controle concentrado do invocado Estatuto, o Supremo Tribunal Federal chancelou a maior parte dos dispositivos da lei, com pequenas censuras resultantes de eivas de inconstitucionalidade.

Ao final do debate travado na doutrina e na jurisprudência aflorou a atual interpretação da Constituição e da Lei, com o reconhecimento da necessária imunidade e de seus limites, além dos mecanismos de coerção para eventuais excessos eventualmente praticados.

A imunidade aqui tratada não pode ser vista como um simples privilégio outorgado a uma categoria profissional. Mais que isso é uma garantia de toda a sociedade. Sem a garantia, jamais um profissional da Advocacia conseguiria cumprir o gravíssimo ônus de garantir o direito de contraditório e ampla defesa, que muitas vezes pressupõe desafiar o arbítrio e arrogância de partes ou de autoridades que interveem em debates administrativos ou judiciais.

O desafio que se coloca, nessa perspectiva, é a separação do mero abuso, consistente em ofensas gratuitas e o debate fervoroso da causa, que possibilita o desafio de teses, ideias e posturas, inclusive do próprio Juiz da causa, sempre na perspectiva do sagrado direito de defesa.

Reconhece-se, hoje, portanto, a notável garantia da imunidade aos Advogados e, ao mesmo tempo, como não se trata de garantia absoluta, admitem-se sanções, desde as mais singelas, previstas no Estatuto da Advocacia, até as mais graves, previstas no Direito Penal, com as ponderações apontadas no corpo do presente trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Pedro. Imunidades Parlamentares. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, 1961, p. 23-55.

ALKMIM, Ivan. *As razões históricas e o advogado na Constituição -1988*. Brasília: OAB Editora, 2010.

ALVES, Roque de Brito. *Ciências criminais*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Luigi Conti. Bogotá: Themis, 1.988.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. La Ley Y Delito*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1998.

BARROS, Janet Ricken Lopes de. O Acesso a Justiça e o Jus Postulandi. 2010. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Curso de Mestrado em Direito Público. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/177-o-acesso-a-justic-a-e-o-jus-postulandi>. Acesso em: 21 fev. 2019.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles os Juízes, vistos por nós. Os Advogados*. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pilares, 2013.
- CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.
- CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARVALHO SANTOS, Saulo Tarcísio de; FELICIANO, Guilherme Guimarães Feliciano. Sobre a criminalização da “violação de prerrogativas do Advogado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, nº 103, p. 437/455, jul./dez. 2008.
- CASTRO, Carlos Fernando Correa de. *Ética Profissional e o Exercício da Advocacia*. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA JR, Paulo José. *Curso de direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GREGO, Rogério. *Curso de direito penal – Parte geral*. 16. ed. Niterói: Impetus, 2018.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LOBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRABETI, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MOSSIN, Heráclito Antônio; MOSSIN, Júlio César O.G. *Comentários ao código penal à luz da doutrina e da jurisprudência – Doutrina comparada*. Leme: JhMizuno, 2012.
- NERY, Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- OSÓRIO, Fábio Medina. A imunidade penal do advogado na Lei 8.906 de 4.7.94 – Estatuto da OAB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, jan./mar. 1995.
- PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2.
- RAMOS, Gisela Gondin, *Estatuto da advocacia*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Sebastião Sérgio da e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Direito Penal e Proporcionalidade: Anotações sobre o Caráter Invasor da Constituição no Controle das Normas Penais Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal Porto Alegre, ano 11, n. 68, out./nov. 2015.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. 4. ed. São Paulo: LTr. 1991.

TOLENTINO, Lucas Augusto Pontes. Princípio Constitucional da Ampla Defesa, Direito Fundamental ao Advogado e Estado de Direito Democrático: Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado Exercício da defesa de direitos. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito da Pontífica Faculdade Católica de Minas Gerais.

TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2006.

NOTAS

¹ RAMOS, Gisela Gondin, *Estatuto da advocacia*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2013, p. 26.

² HUNGRIA, 1982, p. 117: “[...] já o direito romano a reconhecia e proclamava, embora condicionando-a à estrita utilitas litis e à moderação de linguagem: “Ante omnia autem universi advocati ita proebean patrocina jurgantibus: et non ultra quam litium poscit utilitas, in licentiam convinciendi, et malidicendi temertitatem prorumpat: agant, quod causa desiderat: temperent se ab injuria” (Cód., II, 6, 6, § 1º).”

³ LOBO, Paulo. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*, 9. ed. São Paulo, Saraiva, 2016, p. p. 21.

⁴ “Mandamos que todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos reinos, tenham oito anos de estudo cursados da Universidade de Coimbra, em Direito Canonico, ou civil, ou ambos. E o que procurar, ou advogar, sem ter o dito tempo, pagara pola primeira vez cincoenta cruzados, ametade para quem o acusar, e outra para a área da Universidade. E pola segunda incorrerá na mesma pena. E posto que acabe de estudar os oito anos, não usará o dito Officio, até passarem dous anos.”

⁵ “O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer”.

⁶ BRASIL. STJ, REsp 919656/DF, T4 – 4ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 12.11.2010.

⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal. La Ley Y Delito*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1.998, p. 194.

⁸ CALAMANDREI, Piero. *Eles os Juízes, Vistos por nós. Os Advogados*. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pílares, 2013, p. 35/36.

- ⁹ ALEIXO, Pedro. Imunidades Parlamentares. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, 1961, p. 23.
- ¹⁰ TOLENTINO, Lucas Augusto Pontes. Princípio Constitucional da Ampla Defesa, Direito Fundamental ao Advogado e Estado de Direito Democrático: Da obrigatoriedade de participação do Advogado para o adequado Exercício da defesa de direitos. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Faculdade Católica de Minas Gerais, , pp. 32/33.
- ¹¹ BRASIL, STJ, RHC 55830/rj, T5 – 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 10.11.2015.
- ¹² NERY, Nélon – NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil – Novo CPC – Lei 13.105/2015*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 484.
- ¹³ BRASIL. STJ, AgRg no AREsp 711817/DF, T6 – 6ª T, rel. Min. Neri Cordeiro, DJE 22.08.2016.
- ¹⁴ BRASIL. STJ, HC 337751/RN, T6 – 6ª T, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJE 01.02.2016.
- ¹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1983, p. 198.
- ¹⁶ MIRABETI, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 27 ed. São Paulo, Atlas, 2010. p. 135: "Além disso, ao interesse particular sobreleva a necessidade, muitas vezes imperiosa e inadiável, de travar-se o debate até mesmo com acrimônia ou deselegância, no afã de desvendar-se a verdade e ensejar julgamentos tanto quanto possíveis justos (RT 530/340). Justifica-se, ainda, a exceção no interesse de se assegurar que os direitos que se procura garantir no debate perante o juízo não tenham sua defesa inibida pelo temor de represálias no campo penal"
- ¹⁷ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, 27 ed. São Paulo, Saraiva 2005, p. 233.
- ¹⁸ COSTA JR, Paulo José. *Curso de direito penal*. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 48.
- ¹⁹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de direito penal brasileiro*. 11. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, v. 2, p. 299.
- ²⁰ CAPEZ, Fernando, PRADO, Stela, *Código penal comentado*. 7. ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 306
- ²¹ MOSSIN, Heráclito Antônio – MOSSIN, Júlio César O.G. *Comentários ao código penal à luz da doutrina e e da jurisprudência – Doutrina comparada*. Leme, JhMizuno. 2012, p. 705.
- ²² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 627.
- ²³ BRASIL, STJ, HC 352390/DF, T5 – 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, DJe 01.08.2016.
- ²⁴ LOBO, Op. cit. p. 73.
- ²⁵ ANTOLISEI, Francesco. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Trad. Luigi Conti. Bogotá: Themis, 1988, p. 485.
- ²⁶ BRASIL, STJ, RHC 34076/SP. 16:495, T5, 5ª T., rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 01.09.2015. No mesmo sentido: AgRg no Ag 1054566/RS, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 09.03.2009.

- ²⁷ LOBO, Op. cit. p. 703.
- ²⁸ GRECO, 2009, v. 2, p. 431.
- ²⁹ BRASIL STJ, RHC 56482/SC – T5 – 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, DJe 15.05.2015.
- ³⁰ LOBO, Op. cit., p. 74
- ³¹ COSTA JÚNIOR, Op. cit. p. 549.
- ³² GRECO, Op. cit. p. 482: podem as partes ou seus procuradores, na defesa da causa, discutir entre si ou, ainda, o que não é incomum, ser o juiz da causa também envolvido nessa discussão. Não podemos negar que, infelizmente, existem juízes arrogantes que mais parecem ditadores do que magistrados. Pode ocorrer que, na defesa da causa, a parte ou seu procurador ofenda o julgador, praticando os crimes de difamação e/ou injúria. Poderá, nesses casos, ser erigida em favor da parte ou de seu procurador a imunidade judiciária? Entendemos que sim, uma vez que a lei penal não faz qualquer distinção, exigindo tão-somente que seja na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. Pode-se, como é cediço, discutir a causa não só com a parte adversa ou seu procurador, como também com o juiz [...]
- ³³ BRASIL. STF, HC 98237/SP, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, j. 13.04.2009. No mesmo sentido: Inq. 1674/PA, T. Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.08.2003, p. 105.
- ³⁴ BRASIL, STJ, RHC 10769/MT, 6ª T, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 18.12.2002.
- ³⁵ LOBO, Op. cit. p. 73.
- ³⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. *A imunidade penal do advogado na Lei 8.906 de 4.7.94 – Estatuto da OAB*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 9, jan./mar. 1995, p. 98. In verbis: “O importante é verificar, no caso concreto, se houve necessidade de o advogado ofender o Juiz, o membro do Ministério Público ou a parte contrária. O núcleo da imunidade aí reside: a necessidade das ofensas para o desempenho das funções”.
- ³⁷ CARVALHO SANTOS, Saulo Tarcísio de e FELICIANO, Guilherme Guimarães Feliciano. Sobre a criminalização da “violação de prerrogativas do Advogado. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, nº 103, julho/dezembro de 2.008, pp. 437/455.
- ³⁸ BRASIL. STJ, HC 73616/SP, T5, 5ª T, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 29.09.2008.
- ³⁹ Art. 44. Deve o advogado tratar o público, os colegas, as autoridades e os funcionários do Juízo com respeito, discricção e independência, exigindo igual tratamento e zelando pelas prerrogativas a que tem direito.

Recebido em: 13 jul. 2018.

Aprovado em: 13 fev. 2019.

Editores:

Dr. Leonardo da Rocha de Souza
Dr. Alejandro Knaesel Arrabal