PRERROGATIVAS DO ADVOGADO CRIMINALISTA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – O DIREITO DE DEFESA COMO CONTRAPONTO À FORÇA ESTATAL

Evânio Moura, Advogado Criminalista. Procurador do Estado de Sergipe. Pós-Graduado em Direito Público pela UFS. Professor de Direito Processual Penal da UNIT e da ESA – Escola Superior da Advocacia.

RESUMO: O presente texto aborda a atuação do advogado criminalista na *persecutio criminis* e a necessidade de respeito às prerrogativas do profissional da advocacia. Aponta os diversos equívocos e menosprezos às garantias inerentes ao direito de defesa e ao Estado Democrático de Direito, concluindo com sugestões de mudanças de paradigmas no foro criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Advogado – Prerrogativas – *Persecutio Criminis* - Direito de Defesa.

ABSTRACT: This work analyses the action of the criminal lawyer in persecutio criminis and the necessity of respecting the rights of law professionals. Shows many mistakes and situatios in wich game of the defense rights and democracy rights aren't respected, concluding with suggestions of changes in criminal area.

KEY-WORDS: Lawyer – Rigths – Persecutio criminis – Defense Rights.

SUMÁRIO: 1. Intróito; 2. Principais dificuldades inerentes ao exercício da advocacia criminal; 3. Do menosprezo as prerrogativas do advogado. O Advogado criminalista: "*este ser perigoso*"; 3.1. Vedação ao advogado de acesso a autos de Inquérito Policial e procedimentos preparatórios utilizados como lastro para o oferecimento da ação penal; 3.2. Interceptação de aparelhos telefônicos utilizados pelo

advogados no exercício da profissão. Inversão do foco da investigação. Violação da inviolabilidade profissional do advogado; 3.3. Determinação de restrições ao acesso do advogado ao acusado preso, além de recusa em receber o advogado por parte de membros da Magistratura; 3.4. Realização de busca e apreensão em escritórios de advocacia; 3.5. Abertura de processos criminais em desfavor do advogado criminalista como mecanismo de intimidação; 4. Conclusão; 5. Bibliografia.

1. INTRÓITO

Objetiva o presente trabalho demonstrar, ainda que de forma perfunctória, a relevância do respeito às prerrogativas profissionais do advogado com atuação na advocacia criminal, mormente durante a *persecutio criminis,* quer na esfera policial, durante o inquérito policial (civil ou militar), quer quando da *persecutio criminis in juditio* deparando-se com a atuação de magistrados e representantes do Ministério Público.

Recentemente tem-se noticiado um lamentável acréscimo de condutas, em especial da Polícia Federal e do Ministério Público, na maioria das vezes com respaldo em decisões canhestras emanadas de juízes de instância primeira, que representam verdadeiros vitupérios à classe dos advogados, ao sacrossanto direito individual à ampla defesa, ao devido processo legal e, sobretudo, aos princípios basilares da cidadania.

No dizer de prócer da advocacia brasileira "*o exercício da advocacia no Brasil hoje, com a orientação do Ministério da Justiça, Polícia Federal e juízes de primeiro grau, é quase um delito.*"[1]

Dessarte, no escopo de discutir referente temário é que se propõe a feitura do presente estudo, apontando as principais violações das prerrogativas profissionais na esfera da advocacia criminal e, ao final, realçando algumas medidas a serem encampadas em caráter permanente pelo Conselho Federal da OAB no firme propósito de combater e, quiçá debelar, a prepotência, a arrogância, o autoritarismo e todas as deploráveis condutas daqueles operadores do direito que possuem o mau vezo do comportamento arbitrário, não contribuindo

[1] BATOCHIO, José Roberto. *Entrevista concedida ao site da OAB com o título: ministro da justiça é responsável pelas invasões.* Acesso ao site www.aob.org.br em 19.06.05.

para que o Estado Democrático de Direito efetivamente floresça em nossas plagas.

2. PRINCIPAIS DIFICULDADES INERENTES AO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA CRIMINAL

Dentre os diversos ramos da advocacia, certamente a advocacia criminal é a que se destaca por ser a mais incompreendida, criticada e cercada dos maiores riscos profissionais e pessoais.

É o advogado criminal que se depara em seu dia-a-dia profissional com as carceragens, com as autoridades policiais, com oficiais militares, dentre outros.

Em seu labor e lida diários defronta-se o advogado criminalista com membros do Ministério Público que olvidando seu verdadeiro papel constitucional acusam com uma veemência despropositada, esquecendo-se da vigente filosofia institucional, fruto de lições doutrinárias que delimitam a atuação do *parquet*, afirmando[2]:

> Hoje, contudo, longe de ser visto como um simples acusador público, obrigado a acusar a qualquer preço, ao contrário, o órgão do Ministério Público, detendo em mãos a titularidade da ação penal, acabou constituindo um primeiro fator da própria imparcialidade judicial dos julgamentos, já que possibilita, com sua iniciativa, o princípio da inércia da jurisdição.

Depara-se, ainda, o advogado criminal, com alguns magistrados que em detrimento da magistratura se convertem em verdugos, "*juízes que enodoam a magistratura*" no dizer de criminalista pátrio[3].

Além disso, sabe-se que o criminalista exerce o seu trabalho muitas vezes atuando em causas tidas pela *opinio populi* como antipáticas, injustas e ofensivas. Sacrificando-se em nome do direito de defesa

---

[2] MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público.* 3ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 1996, p. 217.

[3] RIOS, Rodrigo Sanches. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos Advogados*. OAB/PR, 2004, pp. 31-33.

constitucionalmente a todos assegurado, independentemente do ilícito pelo qual venha a ser acusado o indivíduo (art. 5º, LV, *Lex Mater* e art. 261, Código de Processo Penal).

Oportuno lembrar o que diz o art. 21 do Código de Ética e Disciplina dos Advogados, sendo taxativo em afirmar:

> Art. 21 – É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

Tem sofrido, também, o advogado criminal com a generalização, com as ofensas perpetradas por uma imprensa que não forma a opinião pública, antes a deforma, com incompreensões de toda parte, com ataques pessoais a sua honorabilidade, como afirma professor e advogado de grande respeitabilidade[4], *ad litteram*:

> Certos profissionais da mídia e muitos *juristas de plantão* compõem a vasta fauna dos *juízes paralelos*, ou seja, todos os que se consideram capazes de decidir sobre as condutas alheias com o mesmo peso de uma sentença irrecorrível. Nas áreas humanas e sociais é comum a prática de um *jornalisme à sensation* repletos de clichês acerca do endurecimento da lei e do estímulo às expedições punitivas. Esses *esquadrões de justiçamento sumário* transformam a notícia em libelo. *Âncoras* e outros especialistas da informação usam a palavra como lâmina de guilhotina a ceifar a honra e a dignidade das pessoas contra as quais existe a análise incipiente de um fato ilícito.

Deve-se, por derradeiro afirmar, que uma pequena quantidade de advogados com atuação no Direito Criminal tem desbordado dos lindes éticos, tem conspurcado o nome dos advogados brasileiros, tem feito tábua-rasa dos princípios norteadores de nossa profissão.

---

[4] DOTTI, René Ariel. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos Advogados*. OAB/PR, 2004, pp. 10-11.

Estes maus advogados não aprenderam a grande lição de Evaristo de Morais[5]:

> O paradoxo do advogado: suposto absurdo de poder um homem se conservar honesto e digno, embora defendendo causas más e grandes criminosos.

Infelizmente, a falta de zelo com os preceitos éticos, o desrespeito ao Estatuto do Advogado e seu Código de Ética e Disciplina, a falta de compromissos profissionais, faz de alguns profissionais, exemplarmente punidos pelo Conselho Federal, destaque-se, verdadeiros "*advogados criminosos*", para usar a expressão do colega Paulo Roberto Gouvêa Medina que em excelente texto vaticina[6]:

> Não há porque recorrer a expedientes escusos para alcançar êxito na nobre missão de advogado criminal. Não há porque ceder às tentações e violar deveres éticos, a pretexto de dar ao constituinte a melhor defesa. Não há porque se expor, perante a opinião pública, em situações delicadas, levando as pessoas a fazer do defensor o mesmo juízo que fazem do acusado.

Não se concebe a atuação do advogado *pombo-correio*, do advogado que extrapola a assessoria jurídica e passa a ser mentor intelectual de ilícitos, integrando quadrilha ou bandos, do advogado que contribui para a prática de ilícitos. Estes advogados turvam a profissão e impõem uma pecha nos demais colegas, devendo, pois, serem excluídos de nosso órgão de classe, empós exemplarmente punidos.

Não deve, também e principalmente, o advogado com atuação no Direito Criminal vir a atuar em prol dos poderosos, esquecendo os mais humildes, os deserdados de nossa pátria, àqueles que são largados à própria sorte. O verdadeiro criminalista é aquele que aprendeu que

---

[5] *Apud*, MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Advocacia Criminal e advocacia criminosa.* Ética na Advocacia, 2º Volume. Coordenação: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Editora OAB, 2004, p. 346.

[6] Idem, ibidem, p. 347.

"*sofrer a dor alheia, dói mais que sofrer a própria dor*", com bem disse Rui em sua clássica obra[7]:

> Legalidade e liberdade são as tábuas da vocação do advogado. Nelas se encerra, para ele, a síntese de todos os mandamentos. Não desertar a justiça, nem cortejá-la. Não lhe faltar com a fidelidade, nem lhe recusar o conselho. Não antepor os poderosos aos desvalidos, nem recusar patrocínio a estes contra aqueles. (...) Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas quando justas. (...) Não fazer da banca balcão, ou da ciência mercatura. Não ser baixo com os grandes, nem arrogante com os miseráveis. Servir aos opulentos com altivez e aos indigentes com caridade.

Pois bem, é o advogado criminalista, com toda esta carga de dificuldades, com todo este espectro profissional, verdadeiro plexo de atribuições e preocupações cotidianas que hodiernamente tem sofrido com mais freqüência os abusos e vitupérios a suas prerrogativas profissionais.

Sobre as principais arbitrariedades este trabalho dedicar-se-á nos tópicos seguintes.

3. DO MENOSPREZO ÀS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO. O ADVOGADO CRIMINALISTA "ESTE SER PERIGOSO"

Sabe-se que o advogado é imprescindível à administração da justiça (art. 133, Constituição Republicana) e cujo ministério profissional, embora privado, possui relevante função social, apresentando múnus público (art. 2º, Lei nº 8.906/94).

Para assegurar que bem e fielmente o advogado exerça o seu papel, com independência, altivez e zelo, considerando que muitas vezes o

[7] BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços.* 17ª edição, Editora Ediouro:Rio de Janeiro, 2000, pp. 83-84.

advogado encontra-se litigando contra o Estado e suas instituições que possuem diversos mecanismos de organização e estrutura de poder, são asseguradas em lei[8] diversas prerrogativas profissionais, sendo que a respeito das prerrogativas já se afirmou[9]:

> Se no passado, prerrogativa podia ser confundida com privilégio, na atualidade, prerrogativa profissional significa direito exclusivo e indispensável ao exercício de determinada profissão, no interesse social. Em certa medida direito-dever, e no caso da advocacia, configura condições legais de exercício de seu múnus público.

As prerrogativas dos advogados são em verdade prerrogativas do indivíduo, do cidadão frente ao Estado, diante dos poderes constituídos e das instituições, no escopo de que "*se estabeleça minimamente uma composição de forças entre o Estado Acusador, o Estado investigante e o indivíduo suspeito, submetido a constrangimentos*"[10].

Dentre as prerrogativas do advogado, na atuação criminal merecem destaque o direito de consultar autos de inquérito policial, ainda que considerado sigiloso, o direito de conversar pessoal e reservadamente com seu constituinte, ainda que sem procuração, o direito de ter preservado o sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório e de suas comunicações (telefônicas, escritas, etc) e o direito de ser atendido pelas autoridades do processo para tratar de assuntos inerentes ao exercício da defesa.

Ademais, merece destaque que o Advogado Criminalista que atua com independência e altivez transforma-se para a mídia e para alguns "formadores de opinião" em ser perigoso, indivíduo que busca impunidade, profissional que se beneficia das brechas da lei.

Ledo engano.

---

[8] Estatuto da Advocacia – Lei 8.906, de 04 de julho de 1994.

[9] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Estatuto da Advocacia.* 2ª edição, Editora Brasília Jurídica: Brasília-DF, 1999, p. 46.

[10] REALE JÚNIOR, Miguel. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas Profissionais dos Advogados.* OAB/PR, 2004, p. 20.

Em verdade, o Advogado com atuação no foro criminal, deve buscar todos os mecanismos legais para de forma satisfatória fazer jus ao mandato que lhe fora outorgado, defendendo com toda maestria possível o sacrossanto direito de liberdade. Tem o criminalista em suas mãos a responsabilidade de zelar pelos direitos alheios, em especial pela liberdade do ser humano. Deve se insurgir contra todas as formas de arbítrio, denunciar as ilegalidades, buscar as instâncias superiores, não se conformar com a injustiça imposta a seu constituinte. Este o perfil do verdadeiro criminalista. Esta a idéia de ampla defesa talhada na Constituição Federal. Por isso, que para alguns setores o criminalista incomoda tanto, convertendo-se em *"ser perigoso"* que merece sofrer limitações.

Portanto, pode-se reiterar que violar referidos direitos é menosprezar o exercício da advocacia como um todo, é conspurcar o Estado Democrático de Direito. Como fora afirmado alhures, graves têm sido os menosprezos às prerrogativas do advogado quando da *persecutio criminis*, sendo algumas das principais e mais recorrentes hipóteses destacadas neste breve ensaio.

3.1 VEDAÇÃO AO ADVOGADO DE ACESSO A AUTOS DE INQUÉRITO POLICIAL E PROCEDIMENTOS PREPARATÓRIOS UTILIZADOS COMO LASTRO PARA O OFERECIMENTO DA AÇÃO PENAL

Embora sendo o Inquérito Policial um procedimento informativo de natureza meramente apuratória, inquisitorial e dispensável, com a finalidade de buscar provas no sentido de demonstrar a existência de infração penal, colhendo informações sobre o fato criminoso, não incidindo o princípio constitucional do contraditório[11], não se apresenta como possível criar óbices a atuação do advogado.

Mesmo não existindo contraditório na fase inquisitorial, deve ao advogado ser franqueado o direito de acesso aos autos do Inquérito Policial, para que possa não só fiscalizar a prova já produzida sob o prisma da legalidade (podendo ingressar com diversas medidas jurídicas,

[11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* Vol. 01. 25ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2003, p. 204.

como, *v.g.*, argüir a ilicitude da prova colhida, demonstrar a violação de garantidas constitucionais, requerer arbitramento de fiança, relaxamento de prisão em flagrante, revogação de prisão temporária e prisão preventiva, ajuizamento de *habeas corpus* preventivo e liberatório em favor do indiciado, requerer o trancamento do Inquérito Policial ante a atipicidade da conduta, extinção da punibilidade, etc.).

Para que o advogado exerça de forma adequada o seu múnus público é mister que tenha acesso, que se permita a consulta, a extração de cópia reprográfica, a análise meticulosa dos autos.

Não por outra razão é que existe a previsão guardada no art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94 com a seguinte literalidade:

> Art. 7º. São direitos do advogado:
> XIV – examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findo ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

Pois bem, mesmo diante de um dispositivo redigido com uma clareza de doer nos olhos, sem margem para polêmicas, diversos são os autores e, sobretudo, operadores do direito, delegados de polícia com amparo em decisões de magistrados e Tribunais (de Justiça, Regionais Federais e até Superiores), que se insurgem contra esta prerrogativa profissional.

Seria o caso de indagar: se ao advogado é vedado o acesso aos autos do Inquérito Policial como pode o mesmo argüir a ilicitude da prova, a ilegalidade da prisão, a desnecessidade da busca e apreensão, o constrangimento do indiciamento, a possibilidade de trancamento do procedimento investigatório, dentre outras medidas?

A quem interessa um procedimento feito às escondidas? À sorrelfa?

Consigne-se que mesmo sendo o Inquérito Policial um procedimento sigiloso (art. 20, Código de Ritos Processuais), este sigilo não pode abranger a pessoa do advogado, tolhendo o seu exercício profissional.

Mesmo sendo evidente esta conclusão, existem aqueles que pensam o contrário, podendo-se citar o seguinte entendimento:

> Assim, se a autoridade responsável pelo I.P. ou Procedimento Investigatório considerar que se o advogado obtiver vistas dos autos e puder tomar apontamentos isto poderá trazer prejuízos irreparáveis à atuação da Polícia e do Ministério Público, em evidente prejuízo ao Princípio da Busca da Verdade Real; poderá negar, em despacho fundamentado, vistas dos autos a qualquer Advogado e a qualquer parte que possa porventura estar implicada na apuração[12].

A predominar este entendimento, tem-se verdadeiro menosprezo pelo texto do Estatuto dos Advogados.

Alguns, ainda, argumentam ser necessário decretar judicialmente o sigilo do Inquérito Policial para que se vede o acesso ao advogado[13].

Felizmente esta não é a concepção que predomina no Egrégio Supremo Tribunal Federal, eis que para a Excelsa Casa de Justiça vedar o acesso aos autos do Inquérito Policial ao advogado constitui constrangimento ilegal passível de vir a ser sanado pela via do *habeas corpus*.

O eminente Conselheiro Federal da OAB pelo Estado de São Paulo e membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados em duas oportunidades ajuizou Remédio Heróico junto ao STF no escopo de obter vista dos autos do Inquérito Policial, sendo que em ambas as hipóteses logrou êxito (HC nº 82.354-8/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e HC nº 86.059-1/PR, Rel. Min. Celso de Mello), calhando a fiveleta transcrever breve trecho do segundo julgado que afirma:

> Vê-se, pois, que assiste ao investigado, bem assim ao seu Advogado, o direito de acesso aos autos, podendo examiná-los, extrair cópias ou tomar apontamentos (Lei 8.906/94, art. 7º, XIV), observando-se quanto a tal prerrogativa,

---

[12] MENDRONI, Marcelo Batlouni. *O sigilo na fase pré-processual.* RT 773, março de 2000, p. 493.

[13] JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 21ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2004, p. 24.

> orientação consagrada em decisões proferidas por esta Suprema Corte (Inq 1.867/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 23.836/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), mesmo quando a investigação, como no caso, esteja sendo processada em caráter sigiloso, hipótese em que o Advogado do investigado, desde que por este constituído, poderá ter acesso às peças que digam respeito, exclusivamente, à pessoa do seu cliente e que instrumentalizem prova já produzida nos autos, tal como esta Corte decidiu no julgamento do HC 82.354/PR, Rel. Min. SEPULVEDA PERTECE.[14]

Como se depreende do julgado acima parcialmente transcrito, a única exigência que pode ser feita ao advogado é a exibição do instrumento procuratório, sendo-lhe assegurada a consulta dos autos, ainda que tramitem em sigilo, possibilitando-se com isso que o advogado exerça o papel de fiscal da prova obtida, da regularidade procedimental do Inquérito Policial, dos prazos estabelecidos, das etapas procedimentais realizadas, dentre outras medidas.

Não há margem para polêmicas. Em sendo assim, indaga-se: porque Delegados de Polícia e Juízes, até mesmo ministros de Tribunais Superiores[15], se opõem ao exercício desta relevante prerrogativa?

Todos àqueles que criam, propositadamente, embaraço ao advogado, vilipendiam as prerrogativas do profissional do direito cuja *meta optata* é a defesa dos interesses de seu constituinte, incorrem na prática do tipo penal contido no art. 3º, alínea *j*, da Lei nº 4.898/65, ou seja, pratica abuso de autoridade ao "*atentar contra os direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional*".

Como pode o advogado ser indispensável a administração da justiça, contribuir com o Poder Judiciário, ser um profissional da iniciativa

---

[14] Voto obtido no site www.stf.gov.br, acesso em 28.06.2005.

[15] "Não há ilegalidade na decisão que, considerando estar o inquérito policial gravado de sigilo, negou fundamentadamente, vista dos autos inquisitoriais ao advogado, pois, sendo o sigilo imprescindível para o desenrolar das investigações, configura-se a prevalência do interesse público sobre o privado" (RHC 13.360, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 4.8.2003, p. 327).

privada que presta múnus público com relevante valor social, se ao mesmo são impostas peias na sua atuação, se obstáculos os mais diversos são apresentados no firme propósito de criar embaraços ao pleno exercício do direito de defesa, do direito ao contraditório, do direito ao devido processo legal, do direito ao respeito à liberdade, dentre outras conquistas caras ao Estado Democrático de Direito.

Servindo de arremate cita-se importante estudo doutrinário que afirma:

> Entretanto, somente o advogado livre em seu mister é indispensável à administração da justiça. O advogado cerceado, coagido, acuado, ou impedido de praticar os atos necessários ao cumprimento do mandato, não pode cumprir o papel que se lhe exige a Constituição da República[16].

Portanto, todo e qualquer ensaio de proibição de acesso aos autos do Inquérito Policial por parte de Autoridades Policiais e Judiciais, sob o tosco argumento de que o feito tramita em sigilo deve ser rechaçado, merecendo aplauso o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Não se admite mais um inquérito policial com a adoção de regras oriundas da Idade Média. Não devem ser seguidos os ensinamentos de Torquemada, deve-se, após quase 18 anos de vigência daquela que fora batizada de carta cidadã, por em prática as regras inerentes ao Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais existentes para serem exercidos pelo cidadão, inclusive e principalmente diante do Estado.

3.2 INTERCEPTAÇÃO DE APARELHOS TELEFÔNICOS UTILIZADOS PELOS ADVOGADOS NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. INVERSÃO DO FOCO DA INVESTIGAÇÃO. VIOLAÇÃO DA INVIOLABILIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Uma outra prática lamentável que pode ser constatada nos dias que correm é a interceptação telefônica de números telefônicos pertencentes

[16] MARQUES, Jader. *Prerrogativas do Advogado: uma garantia da sociedade*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 28, outubro-novembro 2004, p. 75.

a escritórios de advocacia[17], contribuindo, com isso, para que se viole o sigilo profissional e para intimidar, sobretudo, o livre exercício profissional.

A respeito do sigilo do advogado, assegurado na Lei nº 8.906/94, sabe-se que constitui infração disciplinar a sua violação sem a justa causa (art. 34). Justamente para enfraquecer referida prerrogativa é que se tem, com redobrada freqüência, interceptado conversa telefônica do advogado com seus clientes ou com outros profissionais da advocacia, violando-se até não mais poder, o preceito estatutário agasalhado no art. 7º, II, da Lei 8.906/94, que assegura o sigilo das comunicações telefônicas do advogado.

A respeito do sigilo profissional cita-se importante estudo:

> O dever de sigilo profissional é, se assim podemos chamar, um benefício. Mas seu destinatário é menos o advogado, e mais o seu cliente, já que foi instituído como uma garantia a quem recebe os serviços jurídicos – o constituinte, ou cliente. Justifica-se na medida em que sustenta a própria relação entre este e seu advogado, que, como já dissemos inúmeras vezes, se norteia basicamente pela confiança[18].

Portanto, além de menosprezar a Carta Política de 1988, produzindo-se provas ilícitas (art. 5º, LVI, CF) a interceptação do telefone do advogado quando o mesmo não está sendo objeto de investigação criminal (Lei nº 9.296/96) é algo abjeto, reprovável e indigno, posto que, por via transversa, através da conversa que deveria ser reservada, viola-se o necessário e imprescindível sigilo profissional.

Este o entendimento da doutrina:

> Em nenhuma hipótese, pode haver interceptação telefônica do local de trabalho do advogado,

[17] Advogados Criminalistas de Sergipe pedem providências a respeito da interceptação telefônica. Notícia divulgada no site www.oab.se.org.br, acesso em 24.06.2005.

[18] RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da Advocacia – Comentários e Jurisprudência selecionada.* 4ª edição, Editora OAB/SC, 2003, p. 557.

> mesmo autorizada pelo magistrado, por motivo de exercício profissional. A hipótese prevista no inciso XII, do art. 5º da Constituição (ser admitida, por ordem judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal), aplica-se apenas à própria pessoa do advogado, por ilícitos penais por ele cometidos, mas nunca em razão de sua atividade profissional[19].

As interceptações telefônicas já tendem a ser uma prova de natureza abusiva quando decretadas em desfavor dos investigados, sendo que abundam feitos em curso nos Tribunais discutindo a legalidade da prova, posto que realizadas em desprezo ao querer da Lei nº 9.296/96, como, por exemplo, a interceptação por maior prazo do que o previsto em lei, ausência de fundamentação na decisão judicial que determina a interceptação, ausência de transcrição fidedigna da interceptação, etc, sendo sobreditas hipóteses noticiadas pela doutrina mais abalizada[20], imagine-se a interceptação telefônica do escritório do advogado para, com referido expediente, se buscar provas e instruir eventual Inquérito Policial ou Ação Penal. Evidentemente que sobredita situação se apresenta como excrescência a ser rebatida sem qualquer laivo de dúvida.

Combater esta hipótese significa zelar pela integralidade do *due process of law* e, em especial, para proteger a dignidade do Poder Judiciário, consoante afirmava Ruy de Azevedo Sodré[21] em sua clássica obra, posto que diante de um Judiciário moroso, claudicante em matéria de garantias individuais, que faz mal ao nome da justiça, que não se preocupa com a violação das prerrogativas do advogado, contribuindo para o amesquinhamento da cidadania, insere-se indeléveis perdas ao Estado Democrático de Direito, diminuindo, ainda, a verdadeira dimensão da advocacia.

---

[19] LÔBO, Paulo Luiz Netto, ob. cit., p. 56.

[20] BITENCOURT, Cézar Roberto e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico Aplicado*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2004, pp. 333-366.

[21] SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado.* 3ª edição, Editora: LTr, 1975.

3.3 DETERMINAÇÃO DE RESTRIÇÕES AO ACESSO DO ADVOGADO AO ACUSADO PRESO, ALÉM DE RECUSA EM RECEBER O ADVOGADO POR PARTE DE MEMBROS DA MAGISTRATURA

Diz o Estatuto do Advogado em seu art. 7º, VI, *b*, *in verbis*:

> Art. 7º - São direitos do advogado:
> VI – ingressar livremente:
> b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares.

Presencia-se, sobretudo em desfavor dos advogados mais jovens, em início de carreira, a criação de diversas dificuldades, impedimento de acesso ao constituinte, estabelecimento de horários para que o advogado tenha a oportunidade de conversar com seu cliente pessoalmente e de forma reservada como assegura a lei.

Em alguns Estados da Federação chega-se ao absurdo de, por portaria, estabelecer horários para que o advogado tenha acesso aos presos cautelares à disposição da Polícia Civil. Hipóteses iguais a esta ocorrem em todos os rincões deste vasto país. Espezinha-se a prerrogativa estatutária, faz-se tábua rasa de importante prerrogativa que deve ser posta à disposição da cidadania, do indivíduo que fora preso ou que se encontra sendo objeto de investigação policial ou de um processo judicial.

Estes tratamentos dispensados pelas autoridades públicas (autoridades policiais, ministério público e magistrados), completamente à margem da lei, lamentavelmente encontram-se espraiados em todo o território nacional, afetando, inclusive, os grandes expoentes da advocacia criminal, sendo denunciada pelo sapiente criminalista Alberto Zacharias Toron que afirmou:

> Mas é humilhante como deixam os advogados esperando. Não ter acesso ao juiz é outra forma de abuso de autoridade porque viola prerrogativa

> assegurada aos advogados que o fazem não para gáudio próprio, que o fazem por uma necessidade de bem defender o cidadão. Então nós vamos à cúpula do Judiciário, local, regional ou federal que o seja. E nós vamos ver que está acontecendo isso. E o Judiciário vai se posicionar. Se quer que isto seja assim, tem que ficar às claras porque estas práticas, assim que acontecem como se não estivem acontecendo. Acontecem como se nós estivéssemos em uma espécie de faz de conta e as coisas não vem (sic) a tona. Então vamos colocar à tona. É esse o Judiciário que vocês querem? Um judiciário no qual o advogado não tenha acesso aos juízes?[22]

Portanto, a quem interessa humilhar o advogado, fazendo-o esperar por horas a fio na esperança de falar com o Juiz titular de determinada Vara, com o Relator de seu Recurso, *Habeas Corpus* ou Processo, no escopo de discutir ou apresentar seu arrazoado para o julgador?

Só não interessa ao Estado Democrático de Direito, certamente. Urge combater, também esta hipótese de menosprezo a Lei nº 8.906/94, fazendo com que seja cumprido o art. 6º, parágrafo único, que determina a necessidade de que as autoridades dispensem ao advogado no exercício da profissão um tratamento condizente com a dignidade da advocacia, o que, consoante afirmado alhures, lamentavelmente em alguns casos deixa de ocorrer.

3.4 REALIZAÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO EM ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA

A inviolabilidade do advogado, contida no Estatuto da Advocacia (art. 7º, II), alcança o seu local de trabalho, posto que uma extensão de sua atuação profissional.

Embora de uma clareza meridiana, diversas denúncias têm chegado ao Conselho Federal e aos Conselhos Seccionais versando sobre a

[22] TORON, Alberto Zacharias. *Anais do Encontro Brasileiro sobre prerrogativas Profissionais dos Advogados.* OAB/PR, 2004, pp. 43-44.

expedição de mandados de busca e apreensão em desfavor de advogados criminalistas. Agora, àquelas provas que interessam ao Delegado e ao *Parquet* são arrancadas com violência dos escritórios dos advogados, mediante mandados de busca e apreensão abusivos, geralmente desprovidos de fundamentação adequada, em franco desrespeito ao querer da Carta Política e da legislação pátria.

Em nome de um suposto combate a criminalidade entra-se em uma espécie de "*vale-tudo*", com amplo respaldo dos veículos de comunicação que adoram o espetáculo midiático, estampado no jornal ou transmitido no horário nobre, e com a complacência de juízes que a tudo "*legitimam*"[23].

Ainda sobre a inviolabilidade do local de trabalho do advogado reza a doutrina:

> Em relação ao local de trabalho do advogado há também o impedimento absoluto à apreensão de qualquer documento pertencente ao seu constituinte suspeito ou acusado, salvo quando constituir elemento de corpo de delito. O dispositivo legal encerra a prerrogativa própria da função, porque o Advogado é indispensável a administração da Justiça (art. 133, C. F.), equiparando-se, nesse mister ao Membro do Ministério Público e ao próprio Juiz, dividindo com eles a responsabilidade pela parcela da soberania do Estado (atividade jurisdicional)[24].

Portanto, não remanesce qualquer laivo de dúvidas, a menor réstia de incertezas no sentido de que a expedição de mandados de busca e apreensão em escritórios de advocacia, no intuito de capturar documentos e outras provas, confiados pelo cliente ao seu advogado, constitui flagrante desrespeito às prerrogativas amalgamadas no Estatuto

---

[23] "*São jovens magistrados que não participaram da luta sangrenta pela redemocratização do País, pela conquista das liberdades individuais e que têm um espírito positivista, burocrata e autoritário*". In, Batchio: ministro da Justiça é responsável pelas invasões: www.oab.org.br, acesso em 19.06.05.

[24] MUND, Carlos Henrique. *Busca e apreensão, intimidades e prerrogativas da OAB*. www.oab.or.br, acesso em 28.06.05.

do Advogado e da Advocacia, implicando em ilicitude a ser diretamente combatida pela OAB e por todos àqueles que acreditam no Estado Democrático de Direito.

3.5 ABERTURA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM DESFAVOR DO ADVOGADO CRIMINALISTA COMO MECANISMO DE INTIMIDAÇÃO

Um outro lamentável constrangimento sofrido, com especial freqüência, pelos advogados que militam no foro criminal, diz respeito a abertura de processos penais para apurar a prática de supostos delitos contra autoridades, mormente juízes e membros do Ministério Público.

Embora constante no Estatuto da Advocacia que o Advogado possui imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação e desacato suas manifestações exaradas nos autos ou em razão da causa, na busca da defesa dos interesses de seus constituintes (art. 7º, § 2º, Lei nº 8.906/94), referido preceito, no que pertine ao desacato não está sendo aplicado, posto que a Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade tombada no Supremo Tribunal Federal sob o nº 1.127-8, sendo concedida liminar, suspendendo a eficácia do dispositivo legal no que pertine a interpretação de que o dispositivo não abrange o crime de desacato a autoridade judiciária.

Por incrível que pareça, referida Ação argüindo a inconstitucionalidade de vários artigos do EOAB (Lei nº 8.906/94) fora ajuizada há mais de 10 (dez) anos e até o presente momento não fora colocada em pauta para julgamento do mérito[25]. Mais de uma década para julgar uma Ação Direta de Constitucionalidade de grande repercussão. Este um grave desrespeito imposto a todos os advogados pelo Pretório Excelso.

Pois bem, como não se encontra em vigor o dispositivo no que pertine a desacato às autoridades judiciais, diversos são os processos iniciados em desfavor dos advogados que no pleno exercício de sua profissão tiveram que se portar de forma mais ríspida, enérgica, de maneira mais veemente.

[25] ADIn nº. 1.127-8.

É como se o juiz tivesse na algibeira uma arma secreta contra o advogado: se sua atuação for muito independente, ampla e destemida, poderá ser processado por desacato. Absurdo que deve ser prontamente corrigido, possibilitando-se com o julgamento da ADIn 1.127-8 a declaração da constitucionalidade do preceito contido no Estatuto, maior liberdade, o que não significa impunidade ou estímulo a um tratamento inadequado por parte do advogado.

O verdadeiro advogado cumpre o seu Código de Ética e porta-se com lhaneza no trato para com as demais autoridades, entrementes, deve atuar com destemor e independência (art. 2º, II, Código de Ética e Disciplina da OAB).

Caso na atuação com destemor venha a enfrentar autoridades que desejem espezinhar as suas prerrogativas, deve-se buscar todos os mecanismos hábeis, não se preocupando com a ameaça de abertura de processos criminais por suposto desacato.

A verdadeira autoridade judicial é aquela que possibilita ao advogado no desempenho de seu mister, prenhe de vocação, que este atue nos exatos limites do que fora preconizado por Maurice Garçom:

> Quando o juiz sabe que o letrado que tem na sua presença é um homem escrupuloso, incapaz de o enganar, dispensa-lhe uma confiança que lhe confere uma autoridade incontestada. O julgador acredita na palavra de quem nunca se mostrou complacente consigo mesmo e que é incapaz de atraiçoar a sua consciência. A confiança que por tais motivos outorga ao advogado é a melhor recompensa da sua honestidade e confere-lhe um crédito ilimitado[26].

Portanto, não deve o advogado ser ameaçado com processo por desacato se eventual entrevero existente entre referido profissional e demais autoridades, inclusive judiciária, se deu na discussão da causa e dentro dos limites do processo. Sobredita possibilidade serve como mecanismo intimidatório do advogado, enfraquecendo, sem dúvida, o Estado Democrático de Direito.

[26] *Apud*, RAMOS, Gisele Gondim. Ob. cit., p. 02.

4. CONCLUSÃO

Ao fim e ao cabo do presente texto conclui-se pela premente necessidade de mudança de paradigmas, sendo imperioso afirmar que a Constituição Federal ainda não bateu em todas as portas, ainda não adentrou nos calabouços que são os presídios brasileiros, ainda não perfurou a barreira dos porões das delegacias de polícia, também não se aplica de forma comezinha por alguns magistrados e representantes do Ministério Público que põem em prática a máxima de Abraham Lincon que ao estudar as estruturas de poder afirmou: "*quase todos os homens são capazes de suportar adversidades, mas se quiser por à prova o caráter de um homem, dê-lhe poder*".

Dessa forma, espera-se que em um futuro próximo não se apontem com tamanha freqüência casos de violência, de abuso, de arbítrio, onde os advogados criminais não sofram perseguições e não sejam achincalhados pelo exercício de tão belo ofício, onde ao invés de ser considerado como *"ser perigoso"*, venha a ser enxergado como indispensável parceiro na busca do Estado Democrático de Direito e de todos os seus consectários lógicos.

5. BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços.* 17ª edição, Editora Ediouro:Rio de Janeiro, 2000.

BATOCHIO, José Roberto. *Entrevista concedida ao site da OAB com o título: ministro da justiça é responsável pelas invasões.* Acesso ao site www.aob.org.br em 19.06.05.

BITENCOURT, Cézar Roberto e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado.* Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro: 2004.

DOTTI, René Ariel. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados*. OAB/PR, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado.* 21ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia.* 2ª edição, Editora Brasília Jurídica: Brasília-DF, 1999.

MARQUES, Jader. *Prerrogativas do advogado: uma garantia da sociedade.* Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, nº 28, outubro-novembro 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do ministério público.* 3ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 1996.
MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Advocacia criminal e advocacia criminosa.* Ética na Advocacia, 2º Volume. Coordenação: Sérgio Ferraz e Alberto de Paula Machado. Editora OAB, 2004.
MENDRONI, Marcelo Batlouni. *O sigilo na fase pré-processual.* RT 773, março de 2000.
MUND, Carlos Henrique. *Busca e apreensão, intimidades e prerrogativas da OAB.* www.oab.or.br, acesso em 28.06.05.
RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia – comentários e jurisprudência selecionada.* 4ª edição, Editora OAB/SC, 2003.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados.* OAB/PR, 2004.
SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado.* 3ª edição, Editora: LTr, 1975.
TORON, Alberto Zacharias. *Anais do encontro brasileiro sobre prerrogativas profissionais dos advogados.* OAB/PR, 2004.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal.* Vol. 01. 25ª edição, Editora Saraiva: São Paulo/SP, 2003.