

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**DA INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS PROFISSIONAIS DE  
ADVOCACIA**

**Aline Fernanda Escarelli**

**Presidente Prudente/SP  
2006**

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE – SP**

**DA INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS PROFISSIONAIS DE  
ADVOCACIA**

**Aline Fernanda Escarelli**

**Monografia apresentada como requisito parcial  
de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Andrei  
Mohr Funes.**

**Presidente Prudente/SP  
2006**

**DA INVIOLABILIDADE DOS ESCRITÓRIOS PROFISSIONAIS DE  
ADVOCACIA**

**Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito  
parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.**

---

**Andrei Mohr Funes  
Orientador**

---

**Délcio Silva**

---

**Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes**

Dedico a presente pesquisa a minha filha Raissa que constitui um presente de Deus em minha vida, uma jóia preciosa e única.

Nós pedimos com insistência:  
Não digam nunca: isso é natural!  
Diante dos acontecimentos de cada dia.  
Numa época em que reina a confusão.  
Em que corre sangue,  
Em que se ordena à desordem,  
Em que o arbítrio tem força de lei,  
Em que a humanidade se desumaniza.  
Não digam nunca: isso é natural!

Bertold Brecht, poeta e dramaturgo alemão (1898-1956).

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por conceder a graça de concluir um curso superior e possibilitar a concretização de mais uma etapa de minha vida.

Agradeço aos meus pais, Katita e José Aleardo, aos meus amados irmãos, Leonardo, Maira, Laís e Maria Eduarda, a minha filha Raissa e ao Jonas Villas Bôas que sempre presentes me conduziram pela vida e me deram força para continuar os estudos.

Agradecimento especial à professora Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes e ao meu orientador Andrei Mohr Funes, que me auxiliaram com muito carinho no desempenho acadêmico e com muito mais zelo na minha vida pessoal, onde foram pilares de sustentação nos momentos de tribulação.

Não posso deixar de lembrar dos amigos de sala que comigo conviveram durante cinco anos e que hoje fazem parte da minha vida, em especial, às grandes amigas, Camila Laine, Camila Reverte, Fernanda Galiani, Fernanda Marin, Marcela Ribeiro, Elisamara Gobbo, Stella Catussi e o amigo Marcelo Telles.

## RESUMO

O presente estudo foi basicamente elaborado com a pesquisa bibliográfica específica, além de notícias de imprensa, artigos de revistas jurídicas especializadas, por se tratar de um assunto atual e polêmico. A fim de demonstrar uma acentuada análise do tema, com base em uma reflexão doutrinária e jurisprudencial, com a utilização do método dedutivo. Em seguida, a abordagem dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos, previstos no artigo 5º e incisos da Constituição Federal do Brasil, onde se encontram os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, além do artigo 133 do referido diploma legal que garante a advocacia um status constitucional e a declaração expressa de sua indispensabilidade à administração da justiça e a inviolabilidade no exercício da profissão, nos limites da lei. Posteriormente, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906 de 1994 que disciplina a profissão e garante os direitos e deveres dos advogados no exercício de sua profissão, além do Código de Ética e Disciplina. O objetivo deste estudo é focar a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado e as consequências da sua violação, pois o artigo 7º, II do Estatuto da OAB estatue as prerrogativas desta profissão, como a imunidade profissional, proteção ao sigilo profissional à proteção dos meios de trabalho, incluindo local, instalações, documentos e dados.

Palavras chave: direitos e deveres do advogado. Prerrogativas e inviolabilidade profissional.

## ABSTRACT

The present study basically was elaborated with the specific bibliographical research, beyond notice of the press, articles of specialized law journals, for if dealing with a current and controversial subject. In order to demonstrate one accented analysis of the subject, on the basis of a reflection criticizes and of concrete cases, with the use of the deductive method. After that, boarding of Rights and Guarantees Individual and Collective, foreseen in article 5º and interpolated propositions of Constitution Federal of Brazil, where if principles find that they explain of the Democratic State of Right, beyond article 133 of the related statute that guarantees the law a constitutional status and the express declaration of its importance to the administration of justice and the inviolability in the exercise of the profession, in the limits of the law. Later, the Statute of the Bar Association of Brazil, Law nº 8,906 of 1994 that it disciplines the profession and it guarantees the rights and duties of the lawyers in the exercise of its profession, beyond the Code of Ethics and Disciplines. The objective of this study is to focus the constitutional guarantee of the inviolability of the lawyer and the consequences of its breaking, therefore the article 7º, II of the Statute of the OAB foresees the prerogatives of this profession, as the professional immunity, protection to the secrecy professional to the protection of the ways of work, including local, installations, documents and data.

**KEY-WORDS:** rights and duties of the lawyer. prerogatives and professional inviolability.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>9</b>
<b>1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL</b>	<b>11</b>
<b>1.1 Dos Direitos e Garantias Fundamentais</b>	<b>11</b>
1.1.1 Princípio da igualdade de direitos.	11
1.1.2 Princípio da legalidade	13
1.1.3 Direito à intimidade e a vida privada	14
1.1.4 Inviolabilidade a honra e imunidade do advogado	17
1.1.5 Do Direito ao sigilo de correspondência e comunicação	18
1.1.5.1 Possibilidade de interceptação telefônica	19
1.1.6 Direito de Liberdade	19
1.1.7 Sigilo de fonte	20
1.1.8 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa.	21
1.1.9 Provas ilícitas	21
1.1.10 Princípio da presunção de inocência	22
1.1.11 Publicidade dos atos processuais	22
<b>1.2 Da Advocacia e Defensoria Pública</b>	<b>23</b>
1.2.1 Aspectos históricos	24
1.2.2 Da Função Social e Independência do advogado	28
<b>2 ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL</b>	<b>30</b>
<b>2.1 Dos Direitos dos advogados.</b>	<b>30</b>
<b>2.2 Da inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, nos limites da lei.</b>	<b>33</b>
<b>2.3 Da inviolabilidade do escritório, documentos e da comunicação.</b>	<b>36</b>
<b>2.4 Interceptação telefônica - compromete a defesa.</b>	<b>47</b>
<b>2.5 Do sigilo profissional.</b>	<b>50</b>
<b>2.5 Infração disciplinar na violação sem justa causa do sigilo profissional do cliente.</b>	<b>54</b>
<b>3 CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL</b>	<b>56</b>
<b>3.1 Sigilo Profissional inerentes à profissão salvo exceções no próprio texto de lei.</b>	<b>56</b>
<b>3.2 O dever de guardar sigilo e a recusa de depor.</b>	<b>57</b>
<b>3.3 Confidências do cliente utilizadas na defesa, desde que autorizado pelo constituinte.</b>	<b>59</b>



<b><i>4 A PROBLEMÁTICA DO PODER DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITOS</i></b>	<b><i>60</i></b>
<b><i>4.1 Mandados judiciais revestidos de caráter autoritário.</i></b>	<b><i>64</i></b>
<b><i>4.2 Caracterização de abuso de autoridade.</i></b>	<b><i>68</i></b>
<b><i>4.3 Invasões dos escritórios de advocacia: casos concretos.</i></b>	<b><i>71</i></b>
<b><i>CONCLUSÕES</i></b>	<b><i>73</i></b>
<b><i>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i></b>	<b><i>76</i></b>

## INTRODUÇÃO

A advocacia é uma profissão que remonta de tempos imemoriais, desde Péricles primeiro advogado profissional que se conheceu em Atenas, séculos antes de Cristo, e de quem se conta ter sido o primeiro a exercer a advocacia como profissão até Tito, o Tibério Curaneano, primeiro pontífice plebeu que viveu em Roma. Assim, a advocacia posteriormente foi objeto de reconhecimento no Século VI d.C., quando o imperador Justino deliberou no sentido de criar a primeira Ordem dos Advogados no Império Romano do Oriente.

No Brasil a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 133, institui expressamente que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, assim sendo a Lei Federal nº 8.906/94, criou o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, estabeleceu ainda que o advogado presta serviço público e exerce função social.

Todas essas atribuições não podem ser confundidas com privilégios, pois em outras profissões como a magistratura, a Lei Maior e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional garante aos juizes a vitaliciedade, a inamovibilidade, e irredutibilidade de vencimentos entre outros direitos e garantias. Bem como, os parlamentares que gozam de imunidade para proteger o exercício de seu mandato.

Ademais, o advogado como em outras profissões, possuem o dever de guardar o sigilo profissional de seu cliente, assim é na medicina e na psicologia, podendo incorrer em crime previsto no respectivo Código de Ética e Disciplina, sem prejuízo das sanções penais e civis decorrentes de eventuais prejuízos sofridos pela parte.

Contudo a advocacia vem sendo alvo de violações no que tange as prerrogativas inerentes à profissão. São as hipóteses de decretação de mandado de busca em apreensão em escritórios profissionais de advocacia, emanadas pelos juizes, onde em alguns casos foram ordens que não tinham um objeto

determinado e sem justa causa, com a finalidade de angariar dados sobre clientes alvo de investigação.

Nesta seara, essa diligência causa afronta as prerrogativas dos advogados e viola o direito do cidadão, especialmente o sagrado direito de defesa, além da obrigatoriedade do advogado de guardar o segredo do cliente confiado a ele na solução da lide. Essa providência, sobremaneira, macula a sociedade, tornando difícil o exercício de um direito, gerando arbitrariedades e abuso de poder, surgindo assim o Estado de Exceção, que em décadas passadas era chamado de Anos de Chumbo.

Então, ocorrendo o desequilíbrio nas relações jurídicas surge aí uma crise de valores, onde os poderes e atribuições resultam-se conflitantes. Cabendo ao vilipendiado, buscar as vias judiciais e extrajudiciais, com o objetivo de resguardar os direitos humanos fundamentais

Afinal, a democracia não admite a quebra de seus princípios e regras. Pois viver em democracia não é apenas o obedecer da maioria. É conviver em sociedade saudável e de regras estabelecidas mediante consenso que não se pode negar.

# **1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL**

## **1.1 Dos Direitos e Garantias Fundamentais**

Dentre várias classificações que a doutrina utiliza para encarar os princípios constitucionais, sejam eles direitos e garantias fundamentais do homem, a organização do Estado brasileiro entre outros, a Constituição dá-nos um critério para a classificação dos direitos que ela enuncia no artigo 5º quando assegura a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança e a propriedade, além de admitir outros direitos e garantias individuais não enumeradas, quando, no parágrafo 2º do artigo 5º, declara que os direitos e garantias previstas neste artigo não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição Federal e dos Tratados Internacionais em que a República Federativa seja parte.

Assim, existem os direitos individuais expressos e aqueles explicitamente enunciados no artigo 5º, sem falar dos direitos individuais implícitos, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias e os direitos individuais decorrentes do regime e de Tratados Internacionais subscritos pelo Brasil.

### **1.1.1 Princípio da igualdade de direitos.**

A Carta Maior de 1988 adotou o princípio da igualdade de direito prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico.

Este princípio opera-se em dois planos diferenciados, de um lado, frente ao legislador ou ao executivo na edição de leis, atos normativos, medidas provisórias com a finalidade de impedir tratamento abusivos diferenciados às pessoas que se encontram em situação idênticas. De outro plano, a obrigatoriedade da autoridade pública de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem

estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicção filosófica ou política, raça e classe social.

A igualdade constitucional é mais que uma expressão de direito, é um modo justo de se viver em sociedade. Por isso é princípio posto como pilar de sustentação e de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.

O Supremo Tribunal Federal em julgamento no Pleno proferiu Acórdão importante no que tange ao princípio da igualdade e sua finalidade:

O princípio da isonomia, que se reveste de auto – aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem política – jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vinculada, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob o duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. [...] A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (Pleno – MI nº 58 / DF – rel. para Acórdão Min. Celso de Mello, *Diário da justiça*, Seção I, 19 de Abril de 1991, p. 4. 580).

Dentre as várias proibições de discriminação no princípio da igualdade existente, o presente estudo ira enfocar, principalmente a igualdade perante a lei, ou seja, o mandamento da Constituição se dirige particularmente ao legislador e, efetivamente, somente ele poderá ser o destinatário útil de tal mandamento.

Assim, o princípio não poderá ser entendido em sentido individualista quando se diz que não se pode distinguir. Isso significa que a lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual não se dirige às pessoas integralmente iguais entre si, mas aquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma.

Em relação à isonomia presente entre os operadores do direito, a lei e nem a Constituição determinou a existência de hierarquia entre juizes, promotores de justiça e advogados, e sim a indispensabilidade destas pessoas na perfeita integração para reinar a justiça, pelo menos no sentido formal.

Partindo dessa premissa de que não existe hierarquia, convém salientar a importância de se esclarecer e estabelecer o tratamento isonômico aos advogados na atuação profissional, que é livre conforme o inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal sua independência pode dessa maneira, ser socorrido pelo judiciário, para a apreciação de eventuais abusos e arbitrariedades cometidas contra o exercício livre da advocacia, que será tratado mais adiante no capítulo dos direitos dos advogados.

### **1.1.2 Princípio da legalidade**

O artigo 5º, II, da Constituição Federal, preceitua que “ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Este princípio visa combater, o poder arbitrário do Estado, pois somente por lei devidamente elaborada é que se podem criar obrigações para os indivíduos.

Conforme afirma Celso Ribeiro de Bastos (1989. p. 23), o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um ato individual, já que ele não tutela, especificadamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhes sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei.

Toda a atividade do Estado fica sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral que somente se materializará num regime de divisão de poderes em que a atividade seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição Federal.

Tal princípio é de abrangência mais ampla e impõe comportamento forçado, sendo inicialmente exigido por norma geral. Já o princípio da reserva legal é concreto e incide sobre campos materiais especificados pela Constituição Federal, sendo de menor abrangência, mas de maior densidade ou conteúdo.

José Afonso da Silva (2002, p. 425), explica pormenorizadamente o seguinte:

O princípio da legalidade significa a submissão e o receio à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador e o princípio da reserva legal, consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer se necessariamente por lei formal.

Assim, qualquer ato do poder público deverá ser revestido de legalidade, para o não afrontamento do princípio da legalidade, do contrário, a sua inobservância gerará ato atentatório ao Estado Democrático de Direito, resultando na destruição de um dos pilares do Estado.

Ademais, o princípio da proteção judiciária do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição Federal constitui em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos, inserindo também a segurança das relações jurídicas, ou seja, o conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado das conseqüências direitas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.

Essa importância está calcada na certeza de que os indivíduos têm de saber que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

É dessa maneira que surge o termo da proteção dos direitos subjetivos que a Constituição Federal consagra no inciso XXXVI, do artigo 5º, sob o enunciado de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

### **1.1.3 Direito à intimidade e a vida privada**

O direito a intimidade e a vida privada formam uma proteção constitucional aos indivíduos, estes valores humanos são considerados como um direito conexo ao da vida, alcançado também as pessoas jurídicas.

A Constituição Federal, no inciso X do artigo 5º descreve de maneira ampla as hipóteses onde ocorrendo violações desses direito, à parte prejudicada tem a possibilidade de pleitear a indenização por dano material ou moral.

A doutrina diante deste dispositivo esclarece de forma a separar a intimidade de outras manifestações da privacidade como a vida privada, honra e

imagem das pessoas.

Assim a intimidade diz respeito às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, como as relações familiares e de amizade, segundo Cupis (1969) apud Silva (2000, p. 210) e define a intimidade como o modo de ser da pessoa. Num sentido mais restrito, abrange a inviolabilidade do domicílio, o sigilo de correspondência, o segredo profissional.

Cumprido consignar, que a inviolabilidade do domicílio e o sigilo de correspondência, são formas de direitos à segurança pessoal, prevista respectivamente no inciso XI e XII ambos do artigo 5º da Constituição Federal. A primeira resguarda o direito de qualquer cidadão ter um lugar, onde ele e sua família possam desfrutar da esfera jurídica privada e íntima, e conseqüentemente ter respeitado o sagrado direito de manifestação da pessoa humana.

Este direito sofre limitações impostas pela Constituição Federal, nos casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou ainda durante o dia, por determinação judicial. Essas exceções à proteção de domicílio estão ligadas ao interesse da própria segurança individual como, por exemplo, no caso de delito ou desastres e também por determinação judicial, para busca e apreensão de criminosos ou objetos de crime.

O sigilo de correspondência abarca o direito de expressão, o direito de comunicação que são formas de liberdade de expressão do pensamento, sendo uma garantia, assim a Carta Maior esta proibindo que se abram cartas ou escutem e interceptem telefonemas.

O professor Alexandre de Moraes (1997, p. 145), destacou:

[...] a previsão constitucional, além de estabelecer expressamente a inviolabilidade das correspondências e das comunicações em geral, implicitamente proíbe o conhecimento ilícito de seus conteúdos por parte de terceiros. O segredo das correspondências e das comunicações é verdadeiro princípio corolário das inviolabilidades previstas na Carta Maior.

Esta previsão visa à segurança das relações pessoais, mas ocorre que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível a interceptação telefônica e de correspondências sempre que as liberdades públicas estiverem sendo



instrumentos para as práticas ilícitas.

Assim, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual e mesmo nessas hipóteses a Constituição Federal impõe regras estritas de garantias para que não ocorram abusos.

Dessa maneira, tanto a inviolabilidade domiciliar e o sigilo de comunicação são direitos e ao mesmo tempo garantias de todos os cidadãos. E este direito poderá sofrer limitações somente quando a lei expressamente permitir sempre com decisão fundamentada emanada pela autoridade judicial, de maneira a preservar a intimidade e a vida privada do investigado.

Conforme dito acima, a intimidade também se encontra no segredo profissional, é o caso do ofício de médico, psicólogo, padre e o advogado, todos eles possuem um regramento de ordem e deveres éticos para a proteção de seu cliente ou de seus pacientes.

O segredo profissional obriga a quem exerce uma profissão regulamentada e em razão disso obtêm conhecimento da vida de outra pessoa, a obrigação de guardá-lo com fidelidade, sob pena de violar o direito a intimidade e incidir em sanções civis e penais, de acordo com o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, sem prejuízo das demais normas que penalizam essa conduta.

Vale ressaltar que este assunto será tratado mais pormenorizadamente no capítulo 2 e 3 do presente estudo.

Sem esgotar o estudo sobre a intimidade, passemos a esposar sobre a vida privada que a doutrina também trata como sendo inviolável. A privacidade alcança a honra e a imagem das pessoas, num sentido amplo e genérico, a privacidade é um conjunto de informações acerca do indivíduo e que somente ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, decidindo a quem, quando, onde e em que condição divulgar essas informações, assim explicou Pereira (1980) apud Silva (2000, p. 209).

A privacidade sendo um modo de ser e viver é um direito do indivíduo viver sua própria vida e isso guarda íntima relação com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal.

Tanto a privacidade como a honra, a imagem, o nome e a identidade pessoal constituem o direito a personalidade, inerente a toda pessoa humana. A honra diz respeito às qualidades, ao bom nome e a reputação do cidadão e a imagem das pessoas consistente nos aspectos físicos que refletem sua personalidade.

Então, ocorrendo violação da privacidade no que diz respeito ao âmbito familiar, sentimental, a honra e a imagem das pessoas podendo ele ser fruto de diversão ou especulação que acarretem injustificado dano a dignidade humana, autoriza o titular do direito violado pleitear indenização por dano material e moral, além do respectivo direito à resposta na forma da lei.

#### **1.1.4 Inviolabilidade a honra e imunidade do advogado**

O advogado no exercício de sua profissão é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites da lei, no parágrafo 3º do artigo 2º e inciso II do artigo 7º, ambos da Lei nº 8.906/94 que institui o Estatuto da OAB, diz que o advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação punível qualquer manifestação de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelo excesso que cometer.

Em decisão recente no dia 17 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional em Ação Direta de Inconstitucionalidade alguns dispositivos do Estatuto da OAB. Dentre eles estava o recurso que foi proposto em 1994 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) com a tese de que muitos advogados exorbitavam, desacatando impunemente promotores, magistrados e autoridades públicas protegidas pelo termo desacato, mesmo esse termo estando suspenso até o presente julgamento.

Agora a corte suprimiu a expressão desacato, o que permitirá a autoridade pública que for desacatada por um advogado processá-lo judicialmente.

Igualmente, permanece a imunidade do advogado no que tange aos crimes de injúria e difamação irrogadas em juízo, conforme explica Azevedo (2004, p. 8).

O advogado é inviolável em decorrência constitucional (133), por seus atos e manifestações no exercício da profissão, não respondendo pelos eventuais excessos de linguagem cometidas na condução da causa, pois não há de deter-se por temor de desagradar o Juiz, qualquer servidor da justiça ou parte contrária, sob pena de colocar em xeque o próprio Estado Democrático.

Do mesmo modo existe a previsão no Código Penal no artigo 142 que diz não constituir injúria ou difamação punível, a ofensa irrogadas em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

Analisando a referida impunidade, o Superior Tribunal de Justiça afirmou ainda que:

[...] os advogados prestam importante serviço e contribuição para o bom exercício da Justiça, sendo natural que, no exercício regular da atividade, o façam, até, com ardor e veemência. Nunca, porém, deixando de lado o essencial, que é a defesa da causa, para uma luta contra o colega adverso ou contra o Ministério Público, ou ofendendo a honra, desabusada e desnecessária, fora dos limites da causa ou da defesa de direitos e prerrogativas de que desfruta. STJ – 5º T. ; H.C. nº 4.539 – RO; rel. Min. Jesus Costa Lima; j: 2-8-1995; v.u.

Encontra-se claramente a inviolabilidade da honra pelo advogado quando se tratar de injúria e difamação, e, portanto, uma imunidade adquirida consoante a importância do advogado para a administração da justiça, permitindo discussões com ardor dentro da causa.

Porém, a análise de cada caso é que definirá se as palavras ou atitudes dos advogados representam mero abuso, sancionado pela disciplina da OAB, ou se extrapolam o *jus conviciandi* e, portanto, são penalmente puníveis.

### **1.1.5 Do Direito ao sigilo de correspondência e comunicação**

É inviolável o sigilo de correspondência entre outros, salvo, por ordem judicial, nas hipóteses em que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual. Entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, como foi dito alhures sendo possível, a interceptação das correspondências e

comunicações sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salva-guarda de práticas ilícitas.

A interpretação deste inciso XII, do artigo 5º, da CF, deve ser de modo a compreender que a lei ou a decisão judicial poderá estabelecer quebra das inviolabilidades, para impedir que certas liberdades públicas possam servir de incentivo a prática de atividades ilícitas.

#### **1.1.5.1 Possibilidade de interceptação telefônica**

A própria Carta Maior abriu a possibilidade de violações das comunicações telefônicas, desde que presentes três requisitos: ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal e nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

A Lei nº 9.296, de 24-7-1996 editada para regulamentar o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal determinou que a interceptação de comunicação telefônicas, de qualquer natureza, para prova de investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob o segredo de justiça.

Ademais, qualquer tipo de interceptação deve ser realizado com base na lei e sempre quando o fato investigado constituir infração penal punível com reclusão. Isso também não desautoriza a utilização, como meio de prova de eventuais gravações relacionadas com crimes apenados com detenção, desde que conexos com objeto principal da investigação e obtido no mesmo procedimento.

#### **1.1.6 Direito de Liberdade**

Dentre as várias liberdades existentes e garantidas pela Constituição Federal, como a liberdade de profissão, a liberdade de informação, a liberdade de locomoção, de reunião dentre outras, o presente estudo irá se ater à liberdade de profissão e a liberdade de pensamento.

O direito de livre exercício de profissão é assim considerado e garantido

pela Constituição, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidos em lei, portanto, é uma norma constitucional de eficácia contida. Será a legislação que determinará e estabelecerá parâmetros e condições, sem, contudo jamais inserir qualquer requisito discriminatório ou abusivo, ferindo o princípio da igualdade.

Já a liberdade de pensamento e opinião é um direito que todo o cidadão tem de exprimir sua opinião e idéias, com a possibilidade de expressar, de qualquer forma, o que se pensa, seja ela de ordem religiosa, filosófica, política e também decorrentes de atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Contudo, não se pode perder de vista que qualquer violação à intimidade, à honra e à imagem da pessoa, estará sujeito à indenização por dano moral ou material decorrente dessa violação.

### **1.1.7 Sigilo de fonte**

A Constituição Federal destaca vários direitos e garantias aos cidadãos para estabelecer a segurança das relações jurídicas e profissionais, entre eles está o sigilo de fonte. O profissional de advocacia deverá guardar o segredo profissional em face do comando legal existente no Código de Ética e Disciplina, que será estudado adiante no capítulo 3 do presente estudo.

Desta forma, a livre divulgação de informação, resguardando-se o sigilo de fonte, surge como corolário da garantia constitucional do livre acesso à informação. Nas profissões em geral o sigilo não é absoluto e por isso é motivo de várias controvérsias. Assim, o sigilo profissional é o eixo fundamental na relação advogado – cliente, além do Código de Ética e Disciplina da OAB existe também o preceito no Código Penal artigo 154, Código de Processo Penal artigo 207, Código Civil, artigo 209 e por último no artigo 406 do Código de Processo Civil, todos estes atinentes ao dever de sigilo em razão da profissão.

### **1.1.8 Devido processo legal, contraditório e ampla defesa.**

O devido processo legal também foi inserido expressamente na Carta Maior de 1988, pois nas constituições anteriores era mencionado de maneira implícita. Conforme Alexandre de Moraes (2005, p. 250), em sua obra Direitos Humanos:

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdades e de propriedade como no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produções amplas de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, ao recurso, à decisão imutável, á revisão criminal).

Além do devido processo legal, o princípio da ampla defesa e o contraditório, deverão ser assegurados aos litigantes do processo judicial. A ampla defesa compreende o asseguramento que é dado ao réu de ter condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se.

O contraditório é considerado a própria extensão da ampla defesa e assegura que para todo ato processual caberá igual direito da outra parte de opor-se ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa.

Não podemos considerar esse sistema de garantia como uma forma de burocratizar e sim um sistema de garantias para as partes visando à proteção justa e imparcial da decisão.

### **1.1.9 Provas ilícitas**

O artigo 5º, LV, da Constituição Federal consagra que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meio ilícitos. Assim, essa proibição é decorrente dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, tornando impossível à violação de uma liberdade pública para obtenção de qualquer prova.

No entanto, a busca da verdade sofre limitações impostas por valores mais

altos que não podem ser violados, porém, a doutrina moderna passou a prever uma atenuação à vedação das provas ilícitas visando corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar a casos de excepcional gravidade.

Com base no princípio da proporcionalidade, a atenuação prevê hipóteses de admissibilidade das provas ilícitas, sempre em caráter excepcional e extremamente grave, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, principalmente nos casos em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir a sua utilização.

#### **1.1.10 Princípio da presunção de inocência**

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, princípio basilar do Estado de Direito como garantia processual penal, visando a tutela da liberdade pessoal.

Então, a necessidade de comprovar a culpabilidade é do Estado, pois o indivíduo tem uma presunção *juris tantum* de inocência que condiciona toda a condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as provas necessárias.

Em suma, este princípio consubstancia-se no direito de qualquer pessoa de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do processo legal, em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa.

#### **1.1.11 Publicidade dos atos processuais**

Cumprido salientar que este princípio nos interessa para a apresentação do presente estudo, no que tange principalmente à publicidade e a fundamentação dos atos processuais. Este preceito é complementado pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal que também determina a fundamentação de todos os

julgados realizados pelo Poder Judiciário, sob pena de nulidade.

Esta norma visa tanto garantir as transparências nas relações jurídicas processuais, bem como, elas complementam os princípios do devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa de tal forma que todos os procedimentos e também os mandados de busca e apreensão emanados da autoridade judiciária deverão ser esclarecedores quanto ao fato e objeto deste instrumento, para não ocorrer arbitrariedade, assunto este que será tratado adiante no desenrolar da problemática dos mandados judiciais revestidos de caráter autoritário.

## 1.2 Da Advocacia e Defensoria Pública

A Constituição do Brasil de 1988 prestigiou no artigo 133, a profissão de advogado, assim: “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

É de suma importância o papel do advogado na administração da justiça, pois eles detêm a habilitação para o exercício do *ius postulandi*, é também um *múnus publico*.

Este artigo corresponde, pois, ao princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, sendo uma norma de eficácia plena, posto que independe de lei em razão da natureza de administração da justiça. Essa indispensabilidade, pois, é uma garantia da parte e não do profissional, portanto, não se colocou esse princípio na Carta Magna para reserva de mercado profissional ou como favor corporativo do advogado, e sim com o escopo de representar e defender perante a justiça as partes litigantes, possuindo como interesse maior à justiça, são as palavras de Ananias (2003).

O advogado é um jurista dotado de imunidade e indispensabilidade, que visa sempre cumprir funções que lhe são privativas junto à sociedade, proporcionando o acesso a justiça àqueles que buscam a jurisdição, com o intuito de resolver seus conflitos além de proporcionar através de seu trabalho o cumprimento fiel das regras contidas na ordem jurídica. Tem perante a sociedade a função específica de proteger os direitos fundamentais do indivíduo e a



realização da justiça social.

Porém, dada a sua importância é necessário debruçarmos sobre alguns aspectos históricos e à função social desempenhada pelo advogado.

### **1.2.1 Aspectos históricos**

A terminologia da origem do termo *advocatício*, composta por sua vez de preposição *ad* (para junto de) e do verbo *vocare* (chamar) as palavras *advocare*, *advocatus* são encontradas no latim desde cedo. Referia-se ao chamamento de alguém para, de algum modo auxiliar numa atividade, assim explicou Madeira (2002, p. 20).

Esta profissão vem de remotas épocas, sendo impossível precisar o tempo do seu aparecimento, conforme observou Sodré (1977, p. 267), que desde Péricles, primeiro advogado profissional que se conheceu em Atenas, até Tito, o Tibério Curaneano, primeiro pontífice plebeu que viveu em Roma, três séculos antes de Cristo, e de quem se conta ter sido o primeiro a exercer a advocacia como profissão, por sua vez o primeiro a ensinar publicamente a jurisprudência.

E continuou relatando o autor que inicialmente o advogado, embora leigo, estava a serviço de interesses privados, uma vez que a demanda era um duelo entre as partes, e o Estado era um mero expectador passivo.

Com o avanço da sociedade e a intervenção do Estado para assegurar o cumprimento das leis, o comparecimento do advogado no processo tornou-se obrigatório.

Na Grécia considerada o berço da advocacia, a defesa era feita pelos oradores e tornou-se uma famosa arte. Mas somente em Roma que a advocacia se apresentou com um caráter mais técnico – jurídico e assim surgiram os patronos, dominando o cenário político social romano.

Em Portugal em meados do século XIII, a advocacia já era muito difundida e com a provisão de D. Afonso III, havia a permissão para os litigantes escolher o defensor. E somente com as Ordenações Filipinas, é que surgiram regras mais completas e disciplinadoras.

No Brasil durante o período colonial, o exercício da profissão de advogado, constitui o espaço de atuação dos rábulas, aqueles que aprendiam e exerciam o ofício na prática. Os cursos jurídicos criados no Império tinham finalidade explícita de formação de pessoas para os quadros dirigentes, como o caráter de revelar vocações políticas e literárias e não de profissionalização propriamente dito.

Então, durante o Brasil Colônia o regime adotado pela metrópole também era o utilizado pela colônia. Com a proclamação da independência continuou a vigorar as regras de Portugal até que outras fossem editadas.

Depois de varias discussões, consagrou-se por fim o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215 de 27 de abril de 1963. Posteriormente, houve alterações no estatuto e hoje temos a Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994, além das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que alterou o Estatuto, declarando alguns dispositivos inconstitucionais.

Sobre a identidade do primeiro advogado no Brasil existem dúvidas. Sodré (1977, p. 268), explica que alguns historiadores apontam o primeiro advogado o denominado bacharel em Cananéia, que morou no Brasil e foi um degredado que a expedição de Gaspar de Lemos deixou em Cananéia, no ano de 1501, cujo nome era Duarte Peres, outros acreditavam ser o bacharel em Cananéia, Cosme Fernandes Pessoa, conhecido como mestre Cosme Bacharel.

Em que pese à discussão a quem pertencia o título de bacharel em Cananéia, cabe a nós operadores do direito a lição que a advocacia ao mesmo tempo em que é glorificada e requisitada para assegurar a administração da justiça é também por seu turno vilipendiado. É por esta razão que existem os princípios éticos e os deveres que informam a profissão.

Convém lembrar, dentre tantos advogados e tantos fatos marcantes ocorridos no Brasil, dois importantes que enaltecem a história da advocacia e que brilharam os olhos de qualquer operador do direito, ou seja, o desempenho de José de Oliveira Fagundes e Heráclito Fontoura Sobral Pinto.

O primeiro Fagundes era advogado da Santa Casa de Misericórdia, tinha 39 anos e em meado de 1871 recebeu o encargo de defender os revoltosos da inconfidência mineira. Dentre eles estavam os seus colegas da Faculdade de

Direito de Coimbra, Tomás Antônio Gonzaga, Alvarenga Peixoto, Padre Jose de Oliveira Lopes e Padre Joaquim Veloso de Miranda, todos acusados de crime de lesa-majestade.

Tal crime não permitia o acusado gozar de nenhum privilégio e a pena era executada com o condenado amarrado a um cavalo, sendo golpeado por uma marreta no peito, nas pernas, nos braços tudo com o objetivo de causar morte lenta e cruel.

Toda e qualquer tentativa de defender os acusados era tarefa árdua, primeiro porque quando ele fora nomeado, tinha o prazo de cinco dias para apresentar a defesa, os volumes dos autos eram gigantescos e mesmo assim fez um argumento calcado de que a alegação de conspiração nada mais é do que conversas e planos fantásticos, sem qualquer começo de execução, explicou Mamede (2003, p. 23).

Naquela época os juízes tinham poderes para sentenciar os réus que julgassem culpados. Nas devassas, tomavam todas as providências necessárias, estando suspensas para o feito às leis, disposições de direito, ordens e privilégios que houvesse. E mesmo assim, o brilhante advogado Fagundes, sem hesitar aceitou a causa. Mesmo correndo o risco de sofrer retaliações persistiu e na sentença lavrada em 19 de abril de 1792, teve vista por 24 horas para apresentar embargos, com sete parágrafos, rejeitados no mesmo dia; teve vista por mais meia hora e adicionou segundo embargo, com sete parágrafos; tudo rejeitado sem nenhuma fundamentação, depois da execução de Tiradentes teve vista novamente, no dia 25 de abril, por 24 horas; e foram novamente rejeitados, mas algumas penas foram revistas, favoravelmente; no dia 2 de maio de 1792 teve vista pelo última vez no processo, por 24 horas, para defesa dos condenados a degredo perpétuo, elaborando 42 parágrafos e juntando mais sete escritos por Tomás Gonzaga, tudo igualmente rejeitados.

Outro advogado que merece se recordado, foi Heráclito Fontoura Sobral Pinto, cristão militante. No ano de 1935, com a tentativa frustrada de insurreição socialista levada a cabo pelos componentes da Aliança Nacional Libertadora. A frente estava Luis Carlos Prestes, que fora preso juntamente com os outros líderes

do movimento. Foram barbaramente torturados sob o comando do chefe da Polícia do Rio de Janeiro, Filinto Muller.

Foi nesse momento que um jovem advogado resolve por sua própria conta defender Prestes e outro líder, Arthur Ewert, perante o Tribunal de Segurança Nacional, uma corte de exceção que fora especialmente criado para julgar os envolvidos na insurreição.

De acordo com o que disse Mamede (2003, p. 26), Sobral Pinto era um anticomunista ferrenho seguia a premissa “odiar o pecado e amar o pecador”, onde o comunismo seria o pecado e os comunistas os pecadores. No começo Prestes não queria aceitá-lo como defensor, mas com a intervenção de sua mãe, a oferta foi aceita e tão logo, Sobral Pinto começou a afrontar a ditadura Vargas.

Uma das maneiras que Sobral Pinto encontrou para defender e salvar a vida de Arthur Ewert foi utilizar a Lei de Proteção aos Animais, que dizia que todos os animais existentes no país são tutelados do Estado, porque a lei dos homens era insuficiente para impedir o flagelo de Ewert, pelo menos que fosse protegido como um animal para que as torturas cessassem.

Com o resultado da atuação desse brilhante advogado, Prestes começou a receber as correspondências da família e escrever para sua mulher Olga, que estava na Alemanha. Prestes e Ewert foram condenados, mas Sobral Pinto continuou na defesa, que resultou na vinda da filha de Prestes com Olga que nasceu num campo de concentração e lá era mantida com a mãe.

Os dois relatos históricos em épocas diferentes denotam o desespero do acusado e a proporcional coragem dos advogados, que enfrentaram todas as dificuldades e resistências, guiados pela paixão e o dever de exercer sua função com retidão.

Assim reside a importância da atuação do advogado na sociedade, zelando pela ordem jurídica, pela soberania nacional e dignidade da pessoa humana. Em suma o advogado é indispensável para a aplicação dos objetivos fundamentais e dos princípios constitucionais, pois sem a atuação desse profissional as pessoas não teriam como se socorrer de abusos e arbitrariedades.

### 1.2.2 Da Função Social e Independência do advogado

O legislador constitucional ao se deparar com o autocontrole estatal, institui um controle difuso externo, confiado referida missão à classe dos advogados, onde poderão atuar em nome próprio ou na representação de cidadãos.

Dessa maneira, a própria estrutura constitucional, quando organiza os poderes dispõe sucessivamente sobre legislativo, executivo e judiciário. E estrategicamente enquadra o Ministério Público órgão a quem incumbe à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a colocação do artigo 133 da Constituição Federal, na seqüência afirma o advogado como elemento extra – estatal indispensável á conservação e garantia do Estado Democrático de Direito.

E posteriormente, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, artigo 2º, assevera que o advogado é indispensável à administração da justiça. O parágrafo 1º diz que no exercício de seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. Neste sentido, o profissional que, diplomado em direito, acha-se regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados, cabe orientar, assistir a terceiros em juízo ou fora dele, defender a honra, a liberdade, a vida, os bens e demais interesses de seu cliente.

Mesmo sendo uma atividade privada, sua condição é de função essencial à justiça, devendo ser exercitada de forma independente e sem vínculos diretos com o Estado que apenas remunera o profissional da advocacia quando este atua na prestação jurídica e integral gratuita prevista constitucionalmente a todos que não podem pagar as custas processuais e honorárias advocatícios, segundo Nóbrega (2001, p. 56).

O advogado exerce atividade pública eminentemente de cunho social, assim a “advocacia é uma fatigante e árdua atividade posta a serviço da justiça” (Couture, 1979, p. 33).

Este profissional possui um caráter *sui generes*, pois além de atuar nas questões sociais, na defesa das liberdades públicas e individuais e da ordem jurídica apresenta-se como uma função e papel de relevo que é diferente de

algumas profissões, adquirindo prerrogativas em razão do nobre encargo da advocacia.

Isso não quer dizer que o advogado possui privilégio e sim a possibilidade de atuar, sem intervenções, com liberdade e independência, pois seu encargo é de grande responsabilidade. Também a respeito disso, Sodré, (1977, p. 267):

O advogado exerce função social, porque ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: sem liberdade, não há advogado, sem intervenção do advogado não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico, sem este não há condição de vida para a pessoa humana [...]

Como preceitua o artigo 6º do Estatuto, não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público. Então não existiria o Estado de Direito sem advogado independente. O advogado não se subordina a ninguém, a sua independência é absoluta no exercício e no desempenho de seu mister, diante das expressões de Azevedo (2004, p. 3), o advogado não é subordinado ou vinculado a qualquer órgão estatal, devendo sempre se guiar pelo preceitos éticos da profissão.

Afinal, o parágrafo 1º do artigo 2º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil diz sobre as características mais importantes que e o serviço público na medida em que o advogado participa necessariamente da administração da justiça, cumprindo uma função social e não agindo como um mero defensor judicial do cliente.

É neste diapasão que o ofício de advocacia deve conservar-se e manter com independência, para atuar de forma a garantir a pacificação social e sobremaneira concretizar a indispensabilidade desse profissional, pois o advogado como operador do direito e intermediário entre a parte e o juiz, tem o dever de solidificar o exercício sagrado do direito de defesa, sendo, portanto, indispensável à administração da justiça, cujo objetivo é dar a cada um o que lhe pertence.

## **2 ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL**

Nos termos dessa legislação, o exercício da advocacia no Brasil é privativo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Assim tanto os advogados que trabalhem como profissionais liberais ou como empregados, e também os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria e Consultorias Jurídicas dos Estados e entidades administrativas indireta e fundacionais, que também se submetem ao estatuto.

Essas funções estão denominadas pelo artigo 9º do Regulamento da Advocacia, dessa maneira para o exercício de suas atividades seus membros estão obrigados à inscrição na Ordem. E no exercício da postulação judicial, se sujeita ao regime do Estatuto, do Regulamento Geral e do Código de Ética e Disciplina e inclusive quanto às infrações e sanções disciplinares.

### **2.1 Dos Direitos dos advogados.**

Em razão da função social desempenhada pelo advogado e a sua indispensabilidade na administração da justiça, se faz necessário garantir condições adequadas para o exercício da advocacia. Então os artigos 6 e 7 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil cuida em definir direitos e garantias para o exercício de seu mister.

O que se evidencia então, é que com o mesmo objetivo das demais Instituições, o exercício da advocacia também está assegurado por garantias, sem as quais não sobreviveria. Contudo, tais prerrogativas não dão ao advogado, nem às outras carreiras, poder algum de barganha ou sobre outros interesses que não a consecução da justiça e do bem comum, embora possam ser usurpadas. As inviolabilidades e as garantias afetam exclusivamente o exercício da profissão de advogado, e na forma que a lei dispuser. Portanto, o profissional deve conhecê-las para avaliar se houve abuso ou até mesmo usurpação.

As disposições tratadas pelo estatuto no que tange os direitos dos advogados devem ser encaradas como prerrogativas e não como privilégios. Ou

seja, não são vantagens, são apenas instrumentos legais deferidos aos advogados em razão de seu ofício.

Diante disso, é verdadeiro falar que as prerrogativas descritas pelo Estatuto além de estabelecerem a liberdade na profissão são sem dúvida também uma garantia para a sociedade, pois com a atuação desse profissional em juízo é que poderá o cidadão exercer a garantia constitucional de um direito à postulação, ao contraditório e à ampla defesa.

O advogado possui a técnica e detêm o conhecimento para atuar no litígio, e, contudo, o melhor caminho a traçar a defesa de seu cliente e sobremaneira realizar a orientação jurídica para qualquer cidadão e por via reflexa assegurar o acesso à justiça.

Assim é o entendimento de Mamede (2.003, p. 188):

As prerrogativas não são meras faculdades, meras vantagens às quais se permite a renúncia. Não são direitos de um ou de poucos, mas prerrogativas que aderem à própria advocacia, dando-lhe o contorno indispensável para que suas finalidades sejam alcançadas.

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe no seu artigo 15 atribuições aos Presidentes dos Conselhos Federal, Seccionais ou das Subseções, o dever de adotar providências judiciais ou extrajudiciais cabíveis para prevenir ou restaurar o império do Estatuto quando tiver conhecimento de fato que possa causar, ou que já causou violação de direitos ou prerrogativas da profissão.

O rol de direitos inseridos no artigo 6º e 7º do estatuto prevê dentre vários direitos à igualdade perante juizes e promotores afirmando não haver hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público. E por esse motivo a todos corresponde o direito, assim como o dever recíproco de se tratar com consideração e respeito.

Também no parágrafo único do artigo 6º do Estatuto, estão todas as autoridades, bem como os servidores públicos e serventuários da justiça, obrigados a dispensar ao advogado, no exercício de sua profissão, um tratamento respeitoso e atencioso, compatível com a dignidade de sua função social,



oferecendo-lhe condições adequadas para bem desempenhá-la.

O artigo 7º, I, do estatuto garante ao advogado o direito de exercer com liberdade, a profissão em todo o território nacional. Essa liberdade é um direito e um dever, uma vez que o Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 4º estipula que o advogado deve zelar por sua liberdade e independência profissional.

A prerrogativa de liberdade profissional insere-se também no advogado o direito de recusar o patrocínio de pretensão concernente à lei ou direito que também lhe seja aplicável, ou contrarie expressa orientação sua, manifestada anteriormente. Segundo Mamede (2003, p. 35):

A liberdade de consciência é, aqui, mais do que uma garantia outorgada ao cidadão: é uma prerrogativa profissional do advogado, que não poderá ser submetido à atuação que contrarie seus princípios.

Existe a previsão expressa no estatuto de garantir ao advogado o direito de comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimento civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Esta previsão está elencada no inciso III do artigo 7º do estatuto, mas convém salientar que também são garantias asseguradas pela Constituição Federal, uma vez mais, refletindo no mínimo, as garantias anotadas no artigo 5º e nos incisos X, XII, XIII, XXXV, LIV, LV e LVI além do artigo 133.

O inciso IV do artigo 7º do estatuto garante ao advogado ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para a lavratura do respectivo auto, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

Mas o Supremo Tribunal Federal, examinando a Adin nº 1.227 – 8, a norma que afirma a necessidade da presença do representante da OAB seria inconstitucional, assim permaneceu apenas o direito de comunicação expressa à seccional em qualquer caso deverá ser expressa e comprovada documentalmente nos autos do procedimento, seja eles o inquérito policial ou processo judicial.

No entanto, além da comunicação à Ordem é imprescindível cumprir o

comando constitucional previsto no inciso LXII, do artigo 5º, que garante a qualquer pessoa a comunicação imediata do juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicado.

Ocorrendo à prisão do advogado, independente do motivo a lei assegura a prerrogativa de ser recolhido, antes da sentença transitada em julgado, em sala de Estado-Maior, com instalações condignas, assim reconhecidas pela OAB. Mas recentemente o Supremo Tribunal Federal na Adin nº 1.127, realizou uma pequena reforma no estatuto e reafirmou o direito à prisão especial, mas declarou que não cabe a OAB reconhecer se as salas atendem ou não a essa exigência.

Por fim, o advogado só poderá ser preso quando o crime for cometido em razão da profissão e que o crime seja inafiançável, assim está no parágrafo 3º do artigo 7º do estatuto.

Diante dos direitos acima mencionados, além do rol de direitos assegurados a classe profissional de advogados, temos três prerrogativas profissionais que merece destaque e passemos a esposar, pois constitui objeto de estudo do presente trabalho, são eles: a inviolabilidade do advogados por seus atos e manifestações, nos limite da lei, a inviolabilidade do escritório, documentos e comunicações e por último o dever de guarda do sigilo profissional.

## **2.2 Da inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, nos limites da lei.**

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 5º do estatuto e o preceito constitucional expresso no artigo 133 afirma que o advogado possui imunidade profissional, não constituindo injúria e difamação punível, desde que seja no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

Essa norma jurídica foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como forma de garantir a independência do advogado na defesa de seu cliente. Ao fazer uma interpretação histórica, devemos compreender que as normas jurídicas fazem parte de uma estrutura orgânica e por isso implica em conhecer a historia além das estruturas conceituais para investigar a finalidade e intenção dessa norma. A

verdadeira finalidade desse regramento jurídico consiste na liberdade do advogado expressar sua opinião sempre que necessário no desenrolar da causa, pois, nem sempre foi assim, nos chamados anos de chumbo, os defensores não tinham liberdade nenhuma de se manifestar contra os atos ilegais e abusivos, sob pena de serem presos a qualquer momento quando insurgirem contra as autoridades.

Neste sentido que Marques (2004, p. 75), ensina que somente o advogado livre em seus mister e 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 [...] e a prerrogativa é direito do advogado, garantia do réu e fundamento do estado democrático de direito.

Assim, a inviolabilidade jurídica existe para o bom desempenho do serviço público e da função social, constituindo um *múnus publico* e não um privilégio. Esta previsão é aplicável apenas a algumas situações em que a lei define.

Não é a pessoa do advogado que é inviolável, mas a sua situação diante da função social desempenhada de acordo com as explicações de Mamede (2003, p. 74):

A inviolabilidade seria, assim uma prerrogativa outorgada aqueles que estão envolvidos em determinadas situações, tendo por objetivo salvaguardar-lhe e, assim, garantir a atuação (ou omissão) a bem do Estado Democrático de Direito.

Note-se que a imunidade do advogado somente alcança aquelas ofensas irrogadas em juízo em relação aos fatos pertinentes a defesa nos crimes de injúria e difamação, pois o termo desacato foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Agora existe a possibilidade da autoridade pública que foi desacatada processar judicialmente o advogado.

Para explicar a diferença entre imunidade e inviolabilidade, Guerra(ano) apud Mamede (2003, p. 81):

A diferença entre imunidade e inviolabilidade consiste na asserção de que a primeira pressupõe a conduta antijurídica, mas não permite a

respectiva persecução criminal, constitui prerrogativa processual, meramente formal, porquanto a segunda exclui o próprio crime, tendo natureza material.

Afinal, ambas têm a finalidade de proteger um bem jurídico maior. Para saber se um fato subsume-se ou não a uma situação de imunidade ou de inviolabilidade, deve-se perquirir a existência, em concreto, dos pressupostos axiológico que orientavam a previsão da situação de inviolabilidade ou de imunidade.

Caso esses pressupostos estejam presentes, a proteção de situação inviolável e imperativa, ou seja, sua existência é uma garantia elementar da implementação do Estado Democrático de Direito. Caso contrário, não estão presentes os elementos que caracterizam as balizas axiológicas que geram a definição da situação protegida pelo instituto da inviolabilidade, a pretensão de aplicar seus efeitos contraria o direito, pois cria uma situação de privilégio, de benefício injustificado, a bem de um em prejuízo da comunidade, o que não pode ser permitido, Mamede (2003, p. 81).

Diante disso, e defeso permitir a impetração de *hábeas corpus* para o trancamento de eventuais ações penais contra atos que foram praticados nos limites definidos e garantidores. Nas hipóteses de falta de justa causa quando ocorre situação acobertada pela regra da inviolabilidade e/ou pela imunidade.

Para que este profissional consiga o manto da imunidade/ inviolabilidade e necessário a ocorrência de boa - fé no que tange as ofensas irrogadas em juízo. Assim exige-se que ele aja com a melhor intenção que motiva o ato, este deve ser adequado, sem traço ardid ou fraude, sem intenção de prejudicar a outrem.

Não quer dizer que a inviolabilidade seja um escudo para o advogado utilizar de má-fé. Na defesa da causa o advogado não irá assumir o papel de investigador dos fatos relatados pelo cliente, apenas apresentará fatos trazidos pelo cliente e defenderá teses de acordo com os interesses do cliente. Por isso muitos advogados tomam por escrito e solicitam que seus clientes assinam a narração dos fatos, para poder se eximir de eventuais responsabilidades civis ou criminais.

Essa atuação do profissional constitui um *múnus publico*, que está

obrigado, por lei a buscar a decisão mais favorável ao cliente. Então a imunidade do artigo 7º e o parágrafo 2º do estatuto alcançam as alegações que tenham pertinência com o que está se debatendo e que não sejam resultado de um intuito de ofender.

Outra exigência para aplicação das regras de inviolabilidade e a pertinência técnica e temática com a causa no qual o advogado trabalha. A primeira tem-se à adequação do meio aos fins a que, pretensamente, se destinaria o ato ou manifestação, ou seja, o advogado elaborará a tese e apresentará através de petição, ou através de sustentação oral. Dessa maneira, a imunidade não alcança o profissional quando comete abusos fora da causa utilizando meios tecnicamente impertinentes.

Já a pertinência temática consiste basicamente, na afirmação feita pelo advogado deve guardar relação com o mérito dos debates em torno dos quais se constrói o litígio. Ou seja, toda a alegação feita pelo advogado deve estar em sintonia com o que o cliente narrou de acordo com o desenrolar da causa, para não ocorrer desvio de finalidade.

Desta forma, há a necessidade de proporcionalidade na ação e na manifestação e o dever que o argumento ou a alegação sejam pertinentes a causa e não causem prejuízo ao cliente, consubstanciando-se em dados sólidos e não em informações vagas.

### **2.3 Da inviolabilidade do escritório, documentos e da comunicação.**

A Constituição Federal do Brasil asseverou a todos os cidadãos a possibilidade de levar ao judiciário sua pretensão e de ver apreciada a alegação de que sofreu lesão ou ameaça de lesão a seus direitos, além das garantias do devido processo legal aos litigantes, aos acusados o devido processo legal e o contraditório. Como dito alhures, o advogado é figura essencial para a concretização de tal garantia, sendo indispensável à administração da justiça.

Dito isso é que este profissional com uma missão constitucional e moral possui a garantia de inviolabilidade no exercício da advocacia. Isto ocorre para que não existam dúvidas ou inseguranças nas relações jurídicas entre o advogado

e cliente. Pois, do contrário o advogado não poderá efetuar a defesa técnica e jurídica do cliente se este estiver com medo ou insegurança de dizer ou entregar ao causídico dados e informações. Por exemplo, obter informações contra o cliente com base em incursões ao escritório de seu advogado, violando seus arquivos e dados, interceptando suas comunicações, obrigando – o a dizer o que sabe, contra seu próprio cliente.

O escritório do profissional de advocacia deve ser encarado como um lugar de asilo e segurança. A regulamentação dessa garantia está no artigo 7º, inciso II do estatuto da OAB (2004, p. 546), que expressamente diz:

E direito do advogado, ter respeitado, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhado de representante da OAB.

A expressão acompanhada de representante da OAB esteve suspensa por liminar do Supremo Tribunal Federal e com o julgamento definitivo pela Corte os Ministros afirmaram que essa exigência de um representante da OAB nas operações de busca e apreensão muitas vezes resulta no vazamento de informações confidenciais para o investigado comprometendo desse modo toda a investigação policial.

Sob esse argumento o Supremo Tribunal Federal manteve o teor do inciso II, mas reformou o texto. A nova redação do dispositivo, que tem por objetivo preservar o sigilo e assegurar a eficácia das diligências, dispensa os órgãos policiais de especificar o alvo da operação nas comunicações a entidade. Os ministros ressalvaram que o juiz poderá comunicar a OAB para que seja designado representante para acompanhar o cumprimento de mandado de busca e apreensão. E exige que os representantes pela OAB nomeados devam se comprometer a preservar o caráter confidencial das investigações para garantir a eficácia das diligências.

Diante deste cenário, e preciso estar atento para o alcance da previsão que diz sobre escritório ou local de trabalho. Está acobertado pela inviolabilidade, o

local onde o advogado trabalha seja uma sala ou uma mesa, como também seus arquivos e dados e os meios de comunicação.

Neste sentido Mamede (2003, p. 194) explica:

Se numa apreensão de documentos ou de computador do constituído, são levados documentos nas quais se encontrem arquivos ou dados do advogado, são eles invioláveis, em respeito à garantia constitucional e legal, cabendo ao judiciário verificar a veracidade e adequabilidade do argumento para, reconhecida sua procedência, impedir a utilização dos dados como prova, face à ilicitude de sua obtenção, bem como determinar a indenização pelos danos econômicos e/ou morais eu tenham se verificado.

Têm sido utilizados grampos telefônicos, câmeras escondidas para registrar comunicações de pessoas com seus advogados e posteriormente tornando-as públicas, causando insegurança e comprometendo o direito de defesa, isso torna um risco em si a conversa com os defensores.

A vontade geral é que os criminosos sejam punidos, que a verdade apareça e que seja respeitada a liberdade de imprensa. Mas muitas vezes ocorre a inversão da utilização de dados confidenciais, resultando em escândalos.

Ocorrendo estes abusos, Gladston Mamede (2003, p. 195), defende que é fundamental punir severamente aqueles que interceptam a comunicação do advogado com seus clientes e aqueles que a tornam pública. Punir administrativamente, se estiverem submetidos a algum poder disciplinar, puni-los civilmente pelos danos morais que causarem e, dependendo do que se passe, puni-los penalmente.

O Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, no julgamento do Habeas Corpus 10243/RJ, em 19.12.2000, relator para o acórdão o Min. Félix Fischer, definiu que a interceptação de comunicação telefônica somente pode ser autorizada pelo juiz competente para apreciar a ação principal, sendo nula a autorização dada por juiz incompetente. Idêntica solução é a adotada no Supremo Tribunal Federal, que fixou também que o decreto de nulidade não atinge as demais provas derivadas do inquérito policial, que não revestem - se de caráter decisório e são autônomas.

Como foi dito alhures, não é a pessoa do advogado que é inviolável, mas a

situação de atuar como advogado, o que se justifica pela defesa de seus clientes e constituintes. Assim é nula toda e qualquer prova que venha a ser obtida com seu desrespeito, o que lesa a garantia inscrita no artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

O acórdão do Pretório Excelso destaca, Mamede (2003, p. 195):

[...] no contexto do regime constitucional, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, impõe-se repelir, por juridicamente ineficazes, quaisquer elementos de informações, sempre que a obtenção e/ou a produção dos dados probatórios resultarem de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo, notadamente naquelas situações em que se a ofensa atingir garantias e prerrogativas asseguradas pela Carta Política.

Este acórdão explica o cenário que se deve pautar o juiz diante de uma situação de violação de direitos e prerrogativas.

Também é a posição de Guterrez (2004, p. 13):

A violação as prerrogativas dos advogados, além de atingir os profissionais também macula a sociedade, porque sempre que o advogado tiver sua prerrogativa violada quem estará sendo atingido frontalmente serão seus clientes. Assim, a defesa da plenitude das prerrogativas confunde-se com a defesa do Estado de Direito, pois sem advogado não há justiça e sem justiça não há democracia.

Para combater as constantes violações as prerrogativas dos advogados, foram instituídas as Comissões de Defesa, Assistência e Prerrogativas dos Advogados, em todas as seccionais da OAB. Às comissões cabem assistir, com presteza e eficiência, tão logo sejam acionadas a qualquer membro da OAB que esteja sofrendo ameaça ou efetiva violação dos direitos e prerrogativas do exercício profissional.

Em entrevista a folha on-line, do dia 29 de abril de 2005, o presidente da OAB de São Paulo, enfatizou que o elemento surpresa não é o foco da discussão que gira em torno nas invasões, mas o verdadeiro problema está já na expedição de ordens de busca e apreensão, que segundo ele, causa uma situação de violação das prerrogativas dos advogados e conceitue abuso de direito, por parte



da autoridade que decretou o mandado de busca.

Também tomou a mesma posição Alexandre de Moraes que considera um abuso a invasão de escritórios e a apreensão de documentos de clientes, ele cita o artigo 133 da Constituição, que garante a inviolabilidade do advogado no exercício de sua profissão e continua:

Se a Polícia Federal faz uma busca por documentos que o advogado obteve ao exercer a função, há uma violação da própria profissão. Sem essa garantia, a advocacia seria impraticável. Se o advogado comete um ilícito, a situação é outra, porque não está exercendo sua função. Então pode ser investigado.

Igualmente, a Ordem dos Advogados do Brasil, no dia 24 de junho de 2005, editou um manifesto sobre as invasões de escritórios profissionais de advocacia, onde em texto descreve o direito a todos os cidadãos à ampla defesa, que constitui um direito constitucional e uma cláusula pétrea, imutável, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna. E em alguns de seus parágrafos mais importantes, o manifesto diz que:

2- a defesa técnica do suspeito, investigado, indiciado, denunciado ou condenado incumbe privativamente ao advogado que, como disposto no artigo 133 da CF, exerce função pública e é indispensável à tarefa jurisdicional do Estado, razão pelo qual é declarado inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei. A Lei Federal nº 8.906/94, Estatuto da Advocacia e da OAB, assegura a intangibilidade do escritório, dos arquivos e dos documentos relativos ao exercício profissional, tutelando, assim, a privacidade do cidadão que utiliza serviços advocatícios.

3- Atendendo a recorrentes pedidos da Polícia Federal (chancelados por membros do Ministério Público) setores autoritários da Justiça Federal de primeiro grau vêm autorizando, inconstitucional e ilicitamente, a invasão de escritórios de advogados (e, por vezes, a prisão destes) para busca e apreensão de documentos relativos a seus clientes, em escancarada afronta à Constituição e ao ordenamento jurídico. Esses setores da magistratura comporiam o que, nos meios forenses, se convencionou denominar, significativamente, de "Esquadrão da Morte do Poder Judiciário Federal".

4- Tais atos de violência e de arbítrio da Polícia Federal e de referidos Juízes federais precisam cessar, posto que ilegais e atentatórios a direitos fundamentais dos cidadãos e dos advogados que os representam.

7- Ocorre que em certas situações a busca da reparação do direito violado na esfera jurisdicional, seja em sede de controle de legalidade de

ato administrativo, seja no âmbito recursal, é inócua, dada à consumação, exaurimento e irreparabilidade do dano gerado pela violência perpetrada. Por isso que o Direito Civil e o Direito Penal reconhecem a legitimidade da autotutela de direitos, instituindo, por exemplo, o desforço imediato no caso de violência contra a posse e a legítima defesa para repelir injusta e atual agressão. A se tolerar a consumação do dano, a sua irreversibilidade resta inexorável.

8- Por isso, sendo manifestadamente ilegais as invasões de escritórios de advocacia (a ordem emanada de juiz não lava a ilicitude) e não havendo tempo hábil para a reparação do dano na via jurisdicional, alternativa não sobra aos advogados que não RESISTIR a tais ilícitas invasões, opondo-se à ação policial na defesa de direito constitucional e legalmente assegurado.

As observações acima delineadas pela OAB têm precipuamente a finalidade de demonstrar o inconformismo perante o desrespeito suportado pela classe de advogados. Essa manifestação é legítima, pois é um direito consagrado aos advogados, tanto na esfera constitucional como na infraconstitucional.

Por outro lado, em uma posição completamente antagônica, o delegado da Polícia Federal, Rodrigo Carneiro Gomes (2005), escreveu em um artigo de maneira contestar as alegações genéricas e sem fundamentação da OAB, afirmando que são levianas e denigrem a imagem institucional da corporação. E faz um protesto afirmando:

Num País como o Brasil, que, ao lado de Serra Leoa, tem a pior distribuição de renda do mundo, com um índice de corrupção semelhante ao que tinha há 7 anos atrás, grassa a impunidade e, assim, mesmo ainda querem amordaçar a Polícia Federal.

Disse também que repudia qualquer texto genérico sem apontamentos de erros específicos e técnicos da Polícia Federal e do nome dos profissionais prejudicados, que devem recorrer não apenas ao Ministério da Justiça, mas também ao Ministério Público e à Corregedoria – Geral da Polícia Federal. E conclui que o sigilo profissional dos advogados não é objeto das investigações e operações policiais e nem dos mandados de busca e apreensão. A incursão no inviolável local de exercício de atos da profissão nada interessa à Polícia Federal, enquanto ligado umbilicalmente à sua atividade fim, qual seja a defesa de

interesses de terceiros, face ao Estado.

A AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil) declarou que a inviolabilidade prevista na lei para o advogado não se estende ao seu escritório e diz que todos os cidadãos e empresas sujeitos às mesmas regras e os escritórios de advocacia não estão delas excluídos. Segundo o juiz Jorge Maurique, presidente da AJUFE (2005)

O mandado de busca e apreensão é um instrumento de investigação necessariamente não se destina a produzir prova contra quem está detendo os documentos [...] não há até hoje no país nenhuma decisão de Tribunal reformando mandados judiciais de busca e apreensão, o que se sinaliza a seriedade e responsabilidade dos magistrados federais em sua avaliação[...].

A AJUFESP (Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul também rebateu as criticas da OAB sobre mandados judiciais e defende que os magistrados são invioláveis por suas decisões tipicamente jurisdicionais. Elas não devem e não podem ser reexaminada, quanto aos seus fundamentos ou sua conveniência, a não ser pelo sistema de recursos já existente).

Mas em recente artigo de revista jurídica especializada, Rosenthal, afirmou que em São Paulo e no Rio de Janeiro foram obrigados a abrir seus arquivos por conta de ações da Policia Federal contra o crime organizado. Agentes da Policia Federal levaram disquetes e até computadores, beneficiados por mandados de busca concedidos pela Justiça. E explica que o Código de Processo Penal admite a apreensão em escritório de advocacia se o advogado estiver na posse de documento que constitua elemento do corpo de delito. (artigo 243, parágrafo 2º), ou ainda se o próprio advogado for suspeito de prática criminosa. Mas enfatiza que o critério adotado pela PF é no sentido de apreender documentos porque o cliente está sendo investigado e quase todos os escritórios de advocacia serão alvos dessas buscas.

As reclamações continuam no que tange as ações da PF revestidas de ilegalidade, pois mesmo amparada por mandados judiciais, e imputa a responsabilidade ao juiz de direito que a determinou, ainda que a polícia se

aproveite, despudoradamente, dessas oportunidades para “aparecer sob os holofotes da mídia” (ROSENTHAL, 2005, p. 25).

No mesmo plano de discussão, Sampaio (2005, p. 26), anota:

As disposições constitucionais e infraconstitucionais relativas ao sigilo profissional do advogado não foram estabelecidas em benefício do particular, mas visam a permitir o adequado cumprimento das leis e o funcionamento da justiça[...].

E continua a explanar, que não se defende a proteção da impunidade de quem quer que seja, mas apenas e tão-somente que as autoridades ajam segundo os estritos termos do devido processo legal. No caso dos escritórios de advocacia, a única justificativa que autorizaria o rompimento do sigilo e a busca em seus arquivos seria a prévia comprovação de prática de crime pelo advogado, e não meras alegações ou suspeitas relacionadas às atividades deste ou daquele cliente, levantadas por esta ou aquela autoridade encarregada da investigação.

Em recente publicação do Jornal da OAB/SP (2006, p. 15) diante da gravidade da situação em que se encontra os presídios, a classe passou a admitir a revista eletrônica, realizada com equipamento de raios X e detectores de metais. Mas a classe enfatizou que não se pode admitir é a revista corporal e nem tampouco que o conteúdo das pasta seja vasculhada e manuseado, pois representa uma extensão do escritório, dos arquivos profissionais, que por lei, são invioláveis, pois o sigilo profissional é sagrado e não há a possibilidade de a classe transigir nesse aspecto, sob pena da descaracterização completa da profissão.

O autor cita o pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence ao julgar o *habeas corpus* nº 78.708/99, que diz:

Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a eficiência dos direitos constitucionais prejudica a eficácia de um sistema de execução da lei, então há algo de errado com esse sistema.

E conclui dizendo que a sociedade não pode se deixar engambelar pelo

falso dilema de que ou se fecham os olhos para os excessos e violações ou se perpetua a impunidade. A impunidade não decorre da falta de excessos ou da falta de violações de direitos constitucionais, mas de falhas que nada têm que ver com o respeito ao devido processo legal e ao comedimento na apuração e repressão às práticas delituosas.

Contudo, a garantia prevista no inciso II do artigo 7º do estatuto não é absoluta e têm exceção descrita na parte final do referido inciso, no que tange a medida judicial de busca e apreensão, que deverá ser decretada por magistrado no exercício de sua competência e respeitada as regras do devido processo legal.

O Código de Processo Penal insere o parágrafo 2º, no artigo 243, (2005, p. 628) e diz o seguinte que “Não será permitida a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elemento do corpo de delito”.

É de se notar que não se permite a apreensão de documento em poder do defensor do acusado, em restrição advinda da necessidade de se manter o sigilo profissional e, mais ainda, do amplo direito de defesa. A proibição é restrita ao documento, não se estendendo as outras coisas, como armas, instrumentos ou produtos do crime.

O procedimento de busca e apreensão prevista no C.P.P. dispõe que o mandado deve indicar o mais precisamente possível o objeto ou local a ser investigado, mencionar o motivo e os fins da diligência e estar subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Em entrevista a folha on-line, do dia 29 de abril de 2005, o presidente da OAB de São Paulo, enfatizou que o elemento surpresa não é o foco da discussão que gira em torno nas invasões, mas o verdadeiro problema está já na expedição de ordens de busca e apreensão, que segundo ele, causa uma situação de violação das prerrogativas dos advogados e constitui abuso de direito, por parte da autoridade que decretou o mandado de busca.

Essa exigência visa a transparência das investigações, para permitir no caso do investigado o contraditório e aos representantes da OAB nomeados para acompanhar as diligências, a ciência da forma em que está sendo executado o mandado, para não ferir as prerrogativas do advogado, bem como, para não

incorrer em abusos, sejam eles de buscas desnecessárias ou divulgação de informações sigilosas dos clientes.

Desde que o ato judicial seja revestido de fundamentação cabal, respeitando-se a determinação constitucional de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentados, sob pena de nulidade, conforme inciso IX, do artigo 93 da Constituição Federal.

Então, a determinação judicial de busca e apreensão é imprescindível que o investigado seja o próprio advogado e desde que exista justa causa para essa diligência, preservando os arquivos e o sagrado sigilo existente entre advogado e cliente. Os mandados de busca e apreensão não poderão ser genéricos, deverão ser de forma a constar o objeto determinado para a busca.

Há situações que legitimam a invasão de um determinado recinto, assim também poderá ocorrer no escritório de advocacia. São aquelas hipóteses em que a própria Carta Maior visa proteger direitos e interesses coletivos, de terceiros, bem como precaver-se de situações excepcionais, como as de flagrante delito ou desastre, prestação de socorro ou por determinação judicial.

Se numa apreensão de documentos ou de computadores do constituinte são levados documentos ou máquinas nas quais se encontrem arquivos ou dados do advogado, são eles invioláveis, em respeito à garantia constitucional e legal, cabendo ao Judiciário verificar a veracidade e adequabilidade do argumento para, reconhecida sua procedência, impedir a utilização dos dados como prova, face à ilicitude de sua obtenção, bem como determinar a indenização pelos danos econômicos e/ou morais que tenham se verificado, assim explico Mamede (2003, p. 194).

Pois, de qualquer forma a apreensão de documentos e computadores só será permitido quando o advogado for o alvo das investigações, está expressamente consolidado no inciso II do artigo 7º do estatuto que estabelece a favor do advogado o direito de ter respeitado a inviolabilidade de seu local de trabalho, arquivos e dados, correspondências e comunicações. Esses direitos encontram contornos constitucionais genéricos e ganham contornos específicos no âmbito da advocacia.

No plano da inviolabilidade de comunicação, deve-se observar a Lei nº 9.296/96 que surgiu para regulamentar o inciso XIII, parte final do artigo 5º da Constituição Federal, que permite a interceptação telefônica somente quando for investigado o próprio advogado, nunca para investigar um de seus clientes.

O Superior Tribunal de Justiça julgando o recurso em Mandado de Segurança nº 10.851/SP decidiu:

A decisão judicial fundamentada, com apoio na Lei 9.296/96, determinando a interceptação telefônica não afronta a Constituição Federal [...] a proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificadamente a fundada suspeita da prática da infração penal.

Conforme o próprio acórdão declarou devem estar presentes os requisitos de interesse público superior e a suspeita da prática de infração penal pelo advogado. Do contrário, não será permitida a interceptação telefônica do profissional.

Em 2003 a subseção de Dracena (SP) idealizou uma cartilha para que os advogados utilizem maneira rápida e fácil quando precisarem, assim, diante de várias observações, Scalabrini (2000), destacou:

Busca e apreensão em escritório de advocacia exige fundadas razões da participação de advogado no crime investigado ou prova de que em seu poder haja objeto que constitua o corpo de delito e, salvo flagrante, crime permanente ou autorização do advogado, deve ser realizada durante o dia e através de mandado judicial, cujo objeto (coisas ou objetos relacionados com o crime investigado) deve ser certo e determinado, ou determinável, sendo ilícita a ordem genérica. As CPIs, apesar de deterem poder de investigação própria, só podem promover busca e apreensão por ordem judicial, pelo princípio da reserva de jurisdição, pois os direitos e garantias fundamentais do indivíduo só podem ser violados por ordem judicial. As buscas deverão ser realizadas pelos agentes vinculados aos órgãos componentes da Segurança Pública (polícias civil, militar, federal), que devem apresentar e ler o mandado ao advogado ou a outra pessoa, caso este esteja ausente. A autoridade deverá lavrar auto circunstanciado da apreensão, que só terá validade com a presença de duas testemunhas. A apreensão de documentos e correspondências que não correspondam ao delito investigado sujeita o juiz e/ou as autoridades executoras a processo criminal por abuso de autoridade ou violação de domicílio, conforme o caso. As instruções para cumprimento dos

mandados de busca e apreensão nos escritórios de advocacia estão detalhados nas Portarias nº 1.287 e 1.288, do Ministério do Estado da Justiça.

E desse modo que temos de um lado a prerrogativa de um profissional essencial à administração da justiça e por isso precisa de aparelhamento para o bom e correto desempenho de sua profissão e de outro lado, quando ele for o próprio investigado, as prerrogativas abrem espaço para a realização de investigação com a finalidade de aplicar a lei e não permitir a sensação de impunidade.

#### **2.4 Interceptação telefônica - compromete a defesa.**

O inciso II do artigo 7º do estatuto que enumera as hipóteses de inviolabilidade e diz sobre a respeitabilidade de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônica ou afim. Assim os procedimentos de comunicações estabelecidos pelo advogado no exercício de sua profissão são invioláveis. A expressão suas comunicações aponta para uma inclusão global, encampando todos os meios, instrumentos e procedimentos de comunicação, desde a presencial, sem instrumentos, a incluir a conversa até a comunicação que se utilizem os meios mais avançados, sejam eles, ligações telefônicas, mensagens, correio eletrônico ou qualquer outro meio.

Ademais essa garantia justifica-se tanto pela liberdade profissional, quanto para a proteção do sigilo profissional. O efeito dessa violação é a nulidade de toda e qualquer prova que venha a ser obtida com seu desrespeito, o que lesa a garantia inscrita no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos".

Destarte, se a parte contrária junta aos autos anotações que foram subtraídas do representante do ex adverso, devem as mesmas ser desentranhadas dos autos e devolvidas a esse, não podendo ser utilizadas como fundamento para o julgamento, segundo o entendimento da melhor doutrina, Mamede (2003, p. 195).



Segundo o Supremo Tribunal Federal, julgando o Recurso Extraordinário 251.445/GO, relatado pelo Min. Celso de Mello:

A clausula constitucional do *due process of law* encontra, do dogma da inadmissibilidade processual das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras, pois o réu tem o direito de não ser denunciado, de não ser processado e de não ser condenado com apoio em elementos probatórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites ético-jurídicos que restringem a atuação do Estado em sede de persecução penal.

De qualquer forma, seja na esfera penal, cível, trabalhista, eleitoral e militar, as provas obtidas por meio ilícitos rompem com os princípios sobre os quais se assenta nosso sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas.

A regra, como foi dito alhures, é que somente se permitirá a interceptação telefônica do advogado, quando este for o próprio investigado, do contrário não será permitida a interceptação para investigar o cliente acusado de eventual prática delituosa.

Assim, a afirmação que a interceptação telefônica compromete a defesa é verdadeira, quando esta visa a investigar o cliente suspeito ou acusado de prática delituosa.

O advogado e professor universitário, Afonso Celso Teixeira Rabelo (2005, p. 29), faz uma comparação com o que vem ocorrendo hoje com o que aconteceu no passado na história do Brasil, a trágica e vergonhosa forma que o Estado travou contra os segmentos sociais que, de alguma forma, se opuseram à ditadura militar e diz:

A banalização de expedientes que poderiam se utilizados excepcionalmente (escuta telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal, prisões indiscriminadas e até imotivadas, invasões de escritórios de advocacia) e a prematura exposição dos “condenados” à ação da mídia, com o fim de alardear a ação repressora do Estado (por que precisamos temer o Estado?), são evidências de que não há o menor pejo em valer-se dos execráveis métodos que a sociedade humana luta pra extirpar do seu meio.

E com esse paralelo, conclui que quando há a invasão da privacidade de um indivíduo onde o colocaria numa posição que ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e que essas práticas indiscriminadas de expedientes, seguidas de exposição das pessoas suspeitas, como troféus, sumariamente e ao sabor da jactância dos órgãos policiais, sem que se tenha constituído o devido processo legal, com ampla possibilidade de defesa, a toda evidência encaixa-se plenamente no conceito de Tortura dado pela Assembléia da Onu. Afirma que a conduta policialesca nos casos de maior repercussão na mídia evidencia nítida intenção de mostrar que intimidar ou constranger a pessoa, impondo-lhe dor ou sofrimento, é a forma como o Estado tem optado para combater os que nomearam como inimigos.

A previsão das interceptações telefônicas está definida na Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inciso XII, parte final, do artigo 5º da Constituição Federal. De qualquer modo todos os cidadãos que estão sendo sujeitos de investigação criminal, poderão sofrer uma escuta telefônica, desde que devidamente fundamentada pela autoridade competente, como também o advogado, com fundadas suspeitas de prática de infração penal.

O Conselho Seccional da OAB/SP emitiu uma nota de repúdio em 19 de setembro de 2005, onde enfatizam a gravidade dos episódios, nos quais o dialogo entre o advogado e seu cliente – protegidos pelo sigilo profissional – foram objeto de interceptações telefônicas, e que a divulgação do conteúdo dessas conversas pela mídia televisiva, com reprodução do áudio, o que revela total contrariedade à lei posta: tanto a Lei 9.296/96, que regulamenta a matéria; quanto a Lei 8.906/94, Estatuto da Advocacia, que em seu Art. 7, II, garante, em nome liberdade de defesa, o sigilo profissional e as comunicações do advogado, inclusive telefônicas ou afins. Concluído que essa pratica ilegal, que viola as prerrogativas profissionais, trazendo danos irreparáveis à relação advogado – cliente, e ameaçando frontalmente a liberdade profissional, ao comprometer a confidencialidade da defesa, e as garantias individuais dos cidadãos, em flagrante contrariedade aos princípios constitucionais e à legislação vigente no País.

Ademais, havendo gravações, somente poderá ser utilizado como provas aquelas que digam respeito ao objeto específico da investigação contra o

advogado, as demais relativas ao cliente, deverão ser destruídas e jamais poderão ser divulgadas sob pena de criar lesões.

## **2.5 Do sigilo profissional.**

Na defesa do cliente, o advogado necessita colher informações, dados e documentos acerca da vida e dos acontecimentos do outorgante. Para isso o cliente deve ter a confiança no seu patrono e esmiuçar o verdadeiro episódio para efetivamente preparar a defesa do cliente.

Dessa maneira o advogado necessita conhecer, nos mínimos detalhes, a questão que o cliente lhe confia, e este por seu turno, pode confiar no advogado que está adstrito a obrigação do segredo.

O segredo profissional não obriga a necessidade de prévio acordo entre advogado e cliente. Este não solicita, nem pede garantias ao advogado, para relatar-lhe as confidências atinentes ao caso que vai entregar-lhe, segundo afirmou Sodré (1975, p. 394), e continuou:

O cliente que conta às fraquezas, que relata a vida íntima, que divulga os negócios, vê no advogado, como no padre no confessor, os profissionais integram e probo, preso à obrigação, qual a do sigilo.

Não e apenas na advocacia que existe o sigilo profissional, encontramos também na medicina, jornalismo, psicologia entre outros. Ao padre, no sacramento da confissão, só lhe resta aconselhar, admoestar, mas nunca expor a outrem o que lhe foi revelado. O artigo 983, parágrafo 1º do Código de Direito Canônico, é explícito quanto a isso e diz que o sigilo sacramental é inviolável, por isso é absolutamente ilícito ao confessor de alguma forma trair o penitente, por palavras ou de qualquer outro modo e por qualquer que seja a causa.

Nas profissões em geral, o sigilo não é absoluto e, por isso mesmo, é motivo de inúmeras controvérsias, como a surgida entre o psicólogo que discutem a possível obrigatoriedade de quebra do sigilo no caso de pacientes suspeitos de violarem os direitos da criança, adolescente e idoso, ou que apresentem sinais de ameaça a integridade física ou psicológica.

Já na advocacia o Estatuto da OAB e Código de Ética e Disciplina prevê o poder/dever de guardar o sigilo profissional, invocável na recusa de prestar testemunho na demanda, constitui confidência, e não afeta a terceiros que se postem da relação advogado/cliente, nem mesmo ao judiciário.

Em razão disso o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em decisão que teve por relator o Juiz Fernando Gonçalves, garantiu:

[...] a intimidação feita por Procurador da República a advogado para que compareça a Procuradoria da República para depor sobre fatos relacionados com a demanda por ele patrocinada representa violação do artigo 7º, inciso XIX da Lei nº 8.906/94, artigo 207 do Código de Processo Penal e artigo 133 da Constituição Federal. O advogado, segundo o Supremo Tribunal Federal, não pode e nem deve depor como testemunha nestas circunstâncias, em apreço ao sigilo profissional, representado, por outro lado, a cláusula comparecimento sob as penas da lei, insertas na intimação, possibilidade de condução coercitiva, com afronta – ainda que potencialmente – ao direito de ir e vir do causídico, sem instauração e observância do devido processo legal. (adcoas 8152195)

A demanda aqui não é apenas a representação judicial, o sigilo abarca também toda e qualquer representação judiciária, civil ou administrativa. A lei é clara ao proteger com o sigilo profissional os fatos que o advogado conhece por estarem relacionados com a pessoa de quem seja ou foi advogado, esses fatos, portanto, podem referir –se a terceiros e, ainda assim, constituem informação sigilosa.

A quebra de sigilo é expressamente vedada divulgar segredo profissional, mesmo que autorizado pelo constituinte (art. 7º, XIX c/c art.34, VII do EAOAB). Se depuser sobre fatos de seu cliente, a prova será considerada ilícita, (CF, art. 5º, LVI), mesmo porque se considera testemunha impedida de depor (CPC, art. 405, par. 2º III e CPP, art. 207). No caso de dúvida, deve-se sempre optar pelo sigilo (EAOA, art. 31, par. 2º). O sigilo compreende confissões verbais, documentos, correspondências, discos flexíveis e rígidos do computador (EAOAB, art. 7º, II).

Esse também é o entendimento do Presidente da OAB do Estado de São Paulo que disse recentemente no Jornal do Advogado (2005, p. 9):

Os danos gerados à advocacia por essas operações da Polícia Federal são enormes. A confiança entre clientes e advogados fica minada. Não há mais segurança de que o sigilo, absolutamente indispensável na

relação entre cliente e advogado, seja preservado. O direito de defesa dos clientes é atacado frontalmente. Dessa forma, com a retração de clientes, o exercício da advocacia acaba sendo inserido numa escala de risco.

E afirma que em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, os advogados precisam ter garantido a inviolabilidade de seus escritórios e documentos. Do contrario, cairemos num caldeirão de exceções, que irá comprometer o Estado Democrático de Direito e a paz social. Outro aspecto grave são os mandados de busca e apreensão genéricos, expedidos por outros tribunais federais, vêm sendo cumpridos em São Paulo sem carta precatória, o que viola o próprio princípio da jurisdição e da competência, acrescentou.

No primeiro semestre de 2005 houve umas propostas dos órgãos que compõem o Gabinete de Gestão Integrada da Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro (GGILD), entre eles representantes do Ministério Público, Polícia Federal, Poder Judiciário, Conselho de Combate de Atividades Financeiras entre outros, para mudar a Lei nº 9.613/98 e incluir mais um inciso no rol do artigo 9º da referida lei, no qual advogados auditores e contadores seriam também responsáveis em informam ao sistema quaisquer práticas de lavagem de dinheiro.

Com isso o texto se adaptaria as 40 recomendações do Grupo de Ação Financeiro Sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), um organismo intergovernamental composto por 31 países, entre eles o Brasil, cujo objetivo e promover políticas de combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo.

Note se que os advogados, os notários e os contabilistas deveriam obrigatoriamente comunicar quaisquer suspeitas de atividades ilícitas por parte de seus clientes. Imediatamente os representantes de classe e o presidente da seccional paulista da OAB, fizeram protestos, junto ao Ministro da Justiça, para que os advogados não fossem mais incluídos no anteprojeto e assim foi feita a modificação do anteprojeto. E ficou definido que estarão obrigadas a informar operações ilícitas de pessoas físicas e jurídicas que prestem serviço de assessoria, consultoria, contadoria ou auditoria de qualquer natureza, resguardando fielmente o sigilo profissional anteriormente ameaçado (AMARAL, (2005, p. 12).

Um dos principais argumentos para o protesto contra esse anteprojeto foi no sentido de querer passar para os profissionais a responsabilidade que de regra e do Estado em investigar as práticas ilícitas,

É fundamental anotar que a regra do inciso XIX, do artigo 7º do estatuto não é uma garantia para toda e qualquer questão. O Superior Tribunal de Justiça, no recurso de *habeas corpus* 3.8659/SP relatado pelo o Min. Jesus Costa Lima, deliberou:

O sigilo profissional que acoberta o advogado é quando arrolado como testemunha, segundo deflui o disposto no artigo 207 do Código de Processo Penal c.c. o artigo 7º, XIX, da Lei nº 8.906/94.

Dessa maneira, o dever de sigilo não é, assim, absoluto, mas envolve cada caso a ser analisado. No Código de Processo Civil, artigo 339 está implícito a regra que a todos impõe o dever de colaborar com o judiciário para a descoberta da verdade. Então o sigilo só alcança o ato profissional do advogado, não todos os atos da vida do advogado.

No entanto, o estatuto prevê a hipótese de violação quando ocorrer justa causa, ou seja, a revelação dos fatos sigilosos pelo advogado é cabível, excepcionalmente, para proteger interesses de grande relevância, os quais são declinados por Lobo (2002, p. 194):

Grave ameaça ao direito à vida. Tal ocorre, por exemplo, quando o cliente revela sua intenção (ou participação) sem assassinar alguém; grave ameaça a honra ao próprio advogado ou a terceiro, como, por exemplo, a revelação de fatos tipificados como crime de calúnia; quando advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar o segredo, mas sempre dentro dos limites necessários à defesa.

Ainda atinente ao segredo, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, pronunciou que o direito de acesso a dados reservados, como os sigilos bancários, fiscais e telefônicos, torna a autoridade depositária destes dados, como os sigilos bancários, fiscais e telefônicos, com o correlato dever de mantê-los em sigilo. A desobediência a este dever está sujeita às sanções previstas em lei. A divulgação reveste-se de excepcionalidade e condiciona-se a justa causa e a

necessidade, como requisito essencial para que sejam tomadas as medidas judiciais cabíveis, no estrito interesse público e em atenção aos fins que legitimaram a intervenção, tais como em relatório final de CPI, comunicações ao Ministério Público ou outro órgãos do Poder Público e, por extensão lógica, na denúncia e na sentença (MS 23452 – RJ – Pleno do STF – Rel. Min. Celso de Mello – j. 16-09-99 – DJU 12.05.00 – Unánime).

Por esta razão, a divulgação de informações sobre a vida do cliente é proibida e constitui grave infração disciplinar e é cumulável com responsabilidade criminal, quando ocorrer à revelação do sigilo profissional nas hipóteses em que não estejam acobertadas pelo manto da justa causa.

## **2.5 Infração disciplinar na violação sem justa causa do sigilo profissional do cliente.**

O inciso VII, do artigo 34 do estatuto enumera como infração disciplinar a revelação de segredo do cliente em que o advogado tenha conhecimento em razão do exercício profissional, mas também constitui um direito do advogado, descrito do artigo 7º, inciso XIX, onde o advogado tem o direito de recusar -se a depor como testemunha em processo no qual funcione ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.

Destarte, mais do que uma prerrogativa da advocacia, a recusa de depor como testemunha em processo no qual o advogado funcionou ou vá funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, constitui um dever do advogado, não podendo ser reveladas mesmo diante de autorização ou solicitação do cliente, artigo 26 do Código de Ética e Disciplina.

Dito isso, consideramos então esse dispositivo, um direito, mas também um dever do advogado respeitar o sigilo das informações que lhe são confiadas em virtude de sua condição profissional. Por isso, a preocupação do estatuto em considerar infração disciplinar passível de censura o desrespeito ao dever de sigilo profissional.

Ademais, a quebra do sigilo, ressalvada as hipóteses de justa causa, além de constituir infração disciplinar caracterizam também, eventualmente, crime previsto no artigo 325 do Código Penal, multa, além de ilícito civil, pelo qual o advogado deverá indenizar os danos econômicos e morais decorrentes de seu comportamento, de acordo com as hipóteses dos artigos 186 c.c. 927 ambos do Código Civil.



### **3 CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL.**

O advogado no exercício da advocacia deve ter seus comportamentos vinculados à ética e à moral, que são guias de conduta aceitas pela sociedade, para que não caia em descrédito, conseqüências esta que poderá influir na sua respeitabilidade e reputação, e ainda, provocar situações de abuso de poder em face do mau uso de suas prerrogativas, disse Vidonho (2002).

Para isto foi criado o Código de Ética da OAB de 13 de fevereiro de 1995, que regulamenta o exercício da profissão de advogado e em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I dispõe que o advogado deve “preservar em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade”, (1997, p. 64).

#### **3.1 Sigilo Profissional inerentes à profissão salvo exceções no próprio texto de lei.**

O artigo 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB é enfático ao instituir a proteção ao bem jurídico, qual seja a privacidade do cliente, quando este solicita serviço do profissional de advocacia, para a conquista da paz social, condizentes com sua pretensão jurídica almejada pelo cliente. De todas as formas em que o advogado possa atuar, ele tem o direito/dever de resguardar o sigilo profissional que lhe foi confiado no deslinde da causa.

Por esta razão o texto da referida norma é completo a estipular uma obrigação de manter o sigilo e ao mesmo tempo exceções possíveis para valher-se de quebra de sigilo, o texto diz:

O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Já foi dito alhures que o sigilo profissional constitui um dever deontológico imprescindível na relação advogado-cliente, por isso o respeito a confidencialidade

de abranger todas as informações do cliente estende-se aos advogados sócios, associados ou empregados de escritório de advocacia, que devem por isso também aguardar o interregno de dois anos para advogar em face de clientes do escritório, após a revogação dos mandatos em decorrência da rescisão de contrato vinculando o advogado à banca, sempre preservando a qualquer tempo o compromisso ético inarredável do sigilo profissional, estas são as palavras de Azevedo (2004, p. 27).

Ademais é vedado ao advogado revelar, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Esta regra está prevista no artigo 207 do Código de Processo Penal, e assim, o advogado não pode ser compelido a prestar depoimento de confidências de que é sabedor pelo relacionamento profissional.

Enfim, são poucas e bem definidas, pelo Código de Ética, as situações em que o advogado está autorizado a quebrar com a obrigação de preservar o sigilo profissional, caracterizando, destarte, justa causa excepcionada no tipo disciplinar. Em primeiro lugar, estão as hipóteses de grave ameaça ao direito à vida, à honra e também o fato de o advogado ser afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, se veja obrigado a revelar segredo que aquele lhe confiou, mas neste último caso, porém, é indispensável que o segredo revelado guarde relações imediatas com a causa havida entre procurador e constituinte.

### **3.2 O dever de guardar sigilo e a recusa de depor.**

O artigo 26 do Código de Ética prevê a obrigatoriedade do advogado no depoimento judicial, recusar-se a depor como testemunha em processo que tenha sido intimado para prestar informações em juízo, e diz o artigo:

O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Este artigo quer dizer que, o advogado quando arrolado como testemunha, deve comparecer em juízo - para não incorrer em crime de desobediência - mas recusar-se a depor, pois constitui infração disciplinar regulado pelo estatuto e código de ética e disciplina da OAB.

O advogado pode se recusar a depor em processos que patrocina ou que deva patrocinar, ou sobre fatos alusivos a seu cliente, mesmo que autorizado, podendo, porém, o juiz revogar o mandato outorgado nos autos, quando entender que o testemunho é imprescindível para a busca da verdade.

É também o entendimento de Antuns (1997 p. 56): “Na dúvida, deverá o advogado recusar-se, evitando a possibilidade até de uma representação, seja da parte que é ou foi seu cliente, seja da outra parte”.

Conforme, também o entendimento do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB:

SIGILO PROFISSIONAL. ADVOGADO ARROLADO COMO TESTEMUNHA DO JUÍZO. DEVER DE RECUSA À REVELAÇÃO DE CONFIDÊNCIAS DO CLIENTE. O advogado deve se recusar a revelar, mesmo em juízo, confidências que recebe e de fatos que conhece, no exercício da profissão. O sigilo profissional ultrapassa os limites do interesse individual e dos direitos disponíveis para alçar a condição de interesse público, impondo ao advogado e ao Estado o dever de observá-lo e respeitá-lo. A segurança do sigilo deve existir no cliente e na sociedade em geral, sob pena de se comprometer à confiança no processo legal, no exercício de profissão essencial à administração da justiça e na própria Justiça, paradigmas do Estado Democrático de Direito. Inteligência dos artigos 25 e 26 do CED (TED I-OAB/SP - Processo n. E 2.181/2000 - v.u. em 27.7.2000 do parecer e ementa do Rel Dr. João Teixeira Grande - Rev. Dr. Francisco Marcelo Ortiz Filho - Presidente Dr. Robison Baroni.

Vale ressaltar, que além de ser uma prerrogativa da advocacia a recusa de depor, ela constitui também um dever do advogado, não podendo ser reveladas mesmo diante de autorização ou solicitação do cliente, assim manda o artigo 26 CED. Esse dever alcança tanto os fatos que tenham sido narrados pelo cliente para o profissional, como também por expressa disposição do parágrafo único do artigo 27 que diz "as comunicações epistolares entre advogado e cliente", afirmou Mamede (2003, p. 362).

Acrescenta-se por óbvio, todo e qualquer elemento que tenha sido confiado ao causídico e cuja divulgação exponha a intimidade do cliente, sem a autorização deste: fitas cassetes, fitas de vídeo, documentos, entre outros. Essa regra é de suma importância, pois, mesmo o constituinte solicite ou autorize, o advogado é obrigado a guardar o sigilo e recusar-se a depor.

Assim, o advogado em depoimento não é obrigado a divulgar fatos de seu constituinte, por ele confiado ou afirmado por terceiros, em juízo ou fora dele, pois ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo o advogado inviolável nos atos próprios de sua profissão. Além de recusar-se a depor sobre fatos de seu cliente, o advogado pode até mesmo recusar-se a comparecer a ao depoimento.

### **3.3 Confidências do cliente utilizadas na defesa, desde que autorizado pelo constituinte.**

O advogado tem a possibilidade de utilizar confidências feitas pelo cliente, para a composição da defesa. Esta é a regra do artigo 27 do CED, que diz: "As confidências feitas ao advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado àquele pelo constituinte", (1997, p.27).

Dessa maneira, o advogado para preparar a defesa, deve ter a autorização do cliente para tal ato, pois a norma exige o consentimento do constituinte. Desde que seja absolutamente necessário para o deslinde da causa, mas sempre havendo a imperiosa necessidade de autorização.

De todo recomendável, por certo, que o profissional colha tal autorização por escrito, garantindo, assim, prova inequívoca a justificar o ato. Essa é a orientação de Mamede (2003, p. 362).

Assim, quando o profissional de advocacia, se ache necessário utilizar confidências do cliente, é de bom tom, pegar por escrito essa autorização, para a garantia e transparência do exercício profissional, sem, portanto, ficar sujeito à infração disciplina, penal e civil por divulgação de fatos do cliente.

## **4 A PROBLEMÁTICA DO PODER DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITOS**

As comissões parlamentares de inquérito, no desempenho de suas funções, buscam reunir informações necessárias à análise do fato determinado a que se destinam investigar. Para isso, elas podem, de acordo com o artigo 2º da Lei nº 1.579 de 1952.

Determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.

Já o texto constitucional, em seu artigo 58, parágrafo 3º, estabeleceu que CPIs, são comissões criadas no âmbito do Poder Legislativo e dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casa do Congresso, e que se destinam à apuração de fato determinado e por prazo certo. Identificam-se, nessa definição: a natureza da atividade desempenhada pelas CPIs, o âmbito de atuação, a extensão de seu poder, o objeto de investigação e o prazo de funcionamento.

O objetivo principal das comissões é precipuamente a investigação e a produção de provas no inquérito parlamentar que se destinam á apuração de fato determinado e por prazo certo. Essas investigações se referem a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais e a processos judiciais, mas desde que sejam respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição.

No que tange as provas, as comissões parlamentares de inquérito não constitui processo judicial, e assim inexistente, no inquérito parlamentar, a proposição de provas pelas partes, cabendo ao deputado essa prerrogativa. Dessa maneira, o parlamentar muitas vezes, atua de forma semelhante à autoridade policial, outras vezes atua como um juiz em busca da solução da verdade.

As discussões em torno dos poderes das comissões são levantadas por vários segmentos da sociedade, especialmente pela classe de advogados que sobremaneira defende as prerrogativas profissionais, mas também na defesa dos interesses dos cidadãos submetidos a investigação por este órgão colegiado legislativo e investigativo.

Diante dessa preocupação a OAB de São Paulo iniciou debates sobre o papel dos advogados nas CPIs, fazendo a seguinte constatação (2005, p. 12):

No início dos anos 2000 foram corriqueiras as expulsões arbitrárias de defensores de depoentes em sessões das CPIs federais e estaduais, em flagrante violações das prerrogativas profissionais, o que gerou protestos e repúdio da advocacia.

Em 2003 entrou em vigor a Lei nº 10.679 que dispõe sobre a atuação do advogado nessas comissões e garante que o depoente possa ser acompanhado por seu defensor, ainda que em reunião secreta.

Insta consignar, que a presença do advogado ao lado de seus clientes, sejam eles acusados ou testemunhas, decorre dos direitos e garantias constitucionais estabelecidos. Cabe ao profissional acompanhar os depoimentos e tomar as providências judiciais para preservar seus constituintes contra os abusos e excessos da ação investigatória da CPI, podendo, inclusive, manifestar-se, caso julgue necessário.

Por esse motivo, a OAB de São Paulo já entrou com mandado de segurança para garantir, por meio de liminar, que profissionais pudessem acompanhar os trabalhos da CPI estadual dos combustíveis.

No artigo 102, I, do “i” da Constituição Federal dispõe sobre a competência do Supremo Tribunal Federal originariamente, o controle sobre os atos das Comissões Parlamentares de Inquéritos, quanto à ilegalidade ou ofensa a Direito Individual.

O Supremo, no julgamento de *Hábeas Corpus* nº 71/039/RJ, Relator Ministro Paulo Brossard, assim se manifestou acerca do controle judicial sobre os atos da CPI, Soares (2004, p. 53):

Ao STF compete exercer, originariamente o controle jurisdicional sobre atos de Comissão Parlamentar de Inquérito que envolva ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar *habeas corpus* e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, artigo 102, I, “i”, da CF e a CPI procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou Congresso Nacional.

Ainda no que tange o exercício da advocacia nas CPIs, é assegurado o direito ao cliente ser assistido por seu advogado e com este comunicar-se durante o curso de seu depoimento perante a CPI, assim foi a decisão monocrática, do Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática no julgamento de H.C. nº 88.015. MC no dia 21/02/2006 (publicado em jurisprudência do STF, 2006):

[...] cabe ao advogado, a prerrogativa que lhe é dada por força e autoridade da lei, de velar pela intangibilidade dos atos daqueles que o constitui como patrono de sua defesa técnica, competindo –lhe, por isso mesmo, para o fiel desempenho do múnus de que se acha incumbido, o exercício dos meios legais vocacionados à plena realização de seu legítimo mandato profissional [...] cabendo também ao advogado neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas [...].

Esta jurisprudência vem de encontro com o presente estudo, pois esclarece a verdadeira missão dos advogados frente as CPIs. Deve estar presente este profissional, afim de que possa intervir para fazer cessar o ato arbítrio de qualquer órgão posicionado na estrutura institucional do Estado, ou impedir que o cliente por coação se auto-incriminar-se.

Outra constatação brilhante sobre CPI e as Prerrogativas dos Advogados se faz no parecer de Toron (2000, p. 11 e 12) encaminhando ao Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB-SP, onde, defende dois advogados Paulo José da Costa Junior e Maria Elisabeth Queijo, que foram desrespeitados em face de atos afrontosos às prerrogativas, perpetradas por membros da CPI do Narcotráfico.

Toron descreve que na ocasião, os advogados não puderam sequer comunicar-se com o cliente e, no extremo, foram ameaçados de serem retirados

do Plenário e até proibidos de olhar para o cliente. Dessa maneira, entrevedo o crime de abuso de autoridade e em defesa dos advogados, Toron sublinhou:

É inaceitável que homens investidos de elevadas funções menoscabem prerrogativas profissionais. Estas, como se sabe, a exemplo da inviolabilidade parlamentar, representam uma garantia para o cidadão em face do poder punitivo do Estado, e não uma regalia profissional.

O autor em seu parecer lembra que nos chamados “anos de chumbo”, todas as entidades democráticas, inclusive, os membros do Legislativo, lutavam contra os arbítrios praticados nas dependências nos DOI-CODI e nas delegacias de Polícia, onde não se tinham a figura do advogado para evitar os abusos. Mas enfatiza que hoje, o cliente e o advogado são tratados com respeito e está foi uma conquista da democracia.

E por isso é inimaginável que em plena democracia, os parlamentares, reduzissem a pó a garantia individual deferido aos cidadãos. A verdade é que advogado presente nas CPIs atrapalharia a festa que os parlamentares armaram.

Neste choque de interesses encontra-se de um lado o parlamentar que buscam o sucesso eleitoral e por isso conduzem as CPIs de maneira a angariar mais e mais votos, fechando círculo de seguidas reeleições. E de outro lado, as violações dos direitos individuais do cidadão de ter a defesa técnica e a não observância das prerrogativas dos advogados de poder atuar com isenção e liberdade nos órgãos institucionais do Estado.

Assim, as CPIs, devem atuar com credibilidade nas investigações, com imparcialidade e sem vinganças políticas. E, em outro ponto, é preciso que se respeitem os investigados e as testemunhas, dando-lhes tratamento digno e honroso.



#### **4.1 Mandados judiciais revestidos de caráter autoritário.**

As busca e apreensões constituem diligências que podem ser realizadas antes da instauração do inquérito, durante a sua elaboração, no curso da instrução criminal e até mesmo na fase de execução.

As buscas e apreensões devem ser determinadas ex officio pela autoridade Judiciária ou Policial ou a requerimento das partes como se infere no artigo 242 do Código de Processo Penal.

De qualquer forma é imprescindível que haja fundado razões para realizar essa diligência, conforme o artigo 240 do CPP. Caso contrário, não poderá realizar a busca e apreensão.

Dessa maneira, este ato trata-se de uma apreciação discricionária de quem é competente para determinar a busca, mas, como também é possível o abuso ou excesso de poder a respeito do que seja “discricionário” se o motivo da busca for manifestadamente infundado com referência ao momento em que se determinou a diligência, quem a executou, abusivamente, responderá penal e disciplinarmente pelos prejuízos que causar.

O professor Almeida Junior (1926, p. 66 e 67) enfatiza que quanto às buscas e apreensões de papéis existentes nos escritórios dos advogados e procuradores cita com propriedade um Aresto notável do Tribunal de Toulouse que anulou um ato de buscas em tais condições, porque o escritório do advogado é o asilo da defesa.

E explica que se a presunção é dirigida contra o próprio advogado ou procurador, por fatos estranhos ao exercício de sua profissão, a autoridade competente tem o direito de proceder a todas as buscas e apreensões que julgar útil, mas se tratar de buscar, examinar e apreender cartas e outros papéis confiados ao advogado, em sua qualidade de patrono do acusado, o seu escritório deve estar ao abrigo de buscas que tenha por objeto descobrir indícios ou provas dos delitos imputados a seus clientes.

Para Tourinho Filho (2002, p. 375), o artigo 243 no seu parágrafo 2º do CPP, salienta, apenas, não ser permitido a apreensão de documentos em poder

do defensor do réu, sendo, entretanto, possível a apreensão deste documento quando constituir elemento de corpo de delito.

Portanto, o autor enfatiza que respeitado as garantias de defesa, proceda-se à busca e a apreensão no escritório do advogado, desde que:

Em qualquer caso, se o advogado for participe da infração, se o advogado não estiver funcionado como defensor no processo em que for determinada a diligência. Se o advogado não possui os papéis como “secretário”, isto é, em razão da sua função, caso em que deverá ser resguardado o sigilo profissional e pra apreender documentos/ou objetos que constituem elementos do corpo de delito.

Assim, somente nestas hipóteses poderá o escritório profissional de advocacia ser objeto de busca e apreensão, desde que o mandado seja com o objeto determinado e que haja fundado razões para o ato.

Aliás, a AO/SP em setembro de 2005 entregou um documento um documento onde demonstra a preocupação da classe com a defesa das prerrogativas especialmente quando das expedições de mandados de busca e apreensão genéricos em escritórios de advocacia.

O documento enfatiza o princípio essencialmente da inviolabilidade dos escritórios de advocacia. E explica que a exceção só ocorrerá quando determinado por magistrado, jamais deliberado por autoridade executiva, de qualquer grau ou escalão, mas necessariamente prescrito pelo competente órgão de jurisdição.

A finalidade desse documento é a clareza das ordens judiciais que deverão ser conforme o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A diligência tem de ser executada com presteza, exação e reserva, caso isso não ocorra, não deverá ser determinada pelo Juiz.

Neste diapasão, os mandados devem ter fundado razões para ser autorizado dentro dos limites da justa causa, pois do contrario caracterizará um ato ilegal, revestido de caráter autoritário.

Um ato que se reveste de caráter autoritário e que viola princípios comezinhos do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser desprezado pelos sujeitos de direitos para preservar o Estado Democrático.

Neste sentido, Torres (2004, p. 95), afirma que só existe interesse quando da busca decorre a apreensão de algo, pois do contrário estaríamos diante de invasão à intimidade desmotivada, conseqüentemente em todo o seu conteúdo ilícito.

A melhor doutrina se posiciona de maneira a concluir que a busca e apreensão estão mais próximas de uma medida cautelar que de um meio de prova.

Torres ensina que embora se encontre capitulado como meio de prova, ela é de fato forma de aquisição, posto se fazer necessário sua incorporação que se utilize um dos outros meios estabelecidos na lei e definiu que a busca e apreensão é uma maneira de adquirir, mas não se incorpora senão por uma forma juridicamente estabelecido, qual seja, perícia, testemunho ou o interrogatório.

Também é a posição de Grinover (2000, p. 479) que considera a busca e apreensão medida coercitiva de natureza cautelar, cuja finalidade é a procura e eventual apossamento de elementos materiais que interessam à prova de infração e de sua autoria.

Consideremos então uma medida cautelar e tais providências necessitam de cumprir requisitos para sua concessão. Desta forma, para a emanção de qualquer das medidas cautelares, pressupõem a existência de um perigo de dano jurídico, derivado do retardamento de uma providência jurisdicional definitiva e ainda de caráter de urgência.

Por assim dizer, os regramentos dos princípios constitucionais e a lei específica estabelecem forma de realizar, lugar e tempo em que podem acontecer, e acima de tudo a motivação para que seja realizado, do contrário coloca em risco dos direitos individuais e coletivos garantidos pela CF.

Então, ocorrendo a inobservância das exigências legais, tais como a forma estabelecida, inadmitindo-se exceções sob pena de negar o Estado o que é seu objetivo maior, o processo justo, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, o principal objetivo da realização de busca é a necessidade de apresentar-se ao processo objetos ligados ao crime, no entanto, só após saber – se da existência deles e do autor ou suspeito, logo, prévio conhecimento do fato e

da autoria. Torna-se incompreensível a busca sem o mandado exigido pela CF, e a torna necessariamente abusiva a busca e conseqüentemente a apreensão de pessoa ou coisa.

Vale ressaltar que o parágrafo 2º do artigo 243 do CPP diz que não será permitida apreensão de documento em poder do defensor do acusado, salvo quando constituir elementos do corpo de delito.

Ou seja, apenas nas hipóteses será deferida a diligência de busca e apreensão, quando constituir elemento do corpo de delito. Da mesma forma, não poderá o juiz e à autoridade policial apreender cartas e documentos que o advogado detém em virtude de lhes terem sido entregues por cliente e quem está incumbido de defender. Pois do contrario seria incoerente com o dever legal de sigilo, imposto pelo Estatuto da OAB, Código Penal e Código de Processo Penal.

Nesta linha asseverou também Batista (2006)

Toda prova colhida em diligência de busca e apreensão de escritório de advocacia que extravasasse da autorização legal (elemento do corpo de delito) constitui prova ilícita, que não pode ser admitido no processo, segundo exposto princípio constitucional.

Na opinião do citado autor, houve uma discrepância entre o que o CPP autoriza, com a Portaria 1.228/05 que disciplina a atuação da Polícia Federal nas diligências de busca e apreensão, onde prescreve que tais diligências só poderão ser requeridas à autoridade quando houver fundados indícios de quem em poder do advogado há objeto que constitua instrumento ou objeto do crime, ou que constitua elemento do corpo de delito, ou ainda documentos ou dados imprescindíveis à elucidação do fato em apuração, conforme o artigo 2º, II da Portaria.

Batista rebate declarando que a lei só abriu exceção para documento que constitua corpo de delito. Como pode admitir a diligência referindo-se a “produto do crime” ou “documento” ou “dados imprescindíveis à elucidação dos fatos”, essa clausula equivale a abrir indiscriminadamente todos os escritórios de advocacia à inspeção judicial.

No mesmo sentido Torres (2004, p. 118):

Uma busca ilegal, mesmo que tenha resultado positivo não pode ser considerado idônea a produzir efeitos, ante a inexistência anterior de condição que a legitime.

Afinal, o objeto do mandado deve ser certo e determinado, se isso não ocorrer temos os mandados genéricos que em suma configura ilegalidade e assim sendo revestidos de caráter autoritário. O limite para essa diligencia existe não para negar a verdade, mas para assegurar a legitimidade exigida na verdade processual que não pode ser obtido a qualquer custo.

#### **4.2 Caracterização de abuso de autoridade.**

A Constituição Federal prestigia no seu artigo 5º, II o principio da legalidade “onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, (2004, p. 409). Assim tanto a CF como em outras leis infraconstitucionais garantem e impõe limitação o direito e os deveres das autoridades dos magistrados, dos membros do Ministério Público e em especial a advocacia.

Assim, a norma garantidora de direitos dos advogados estabelecido no artigo 133 da CF e no Estatuto da OAB no seu artigo 7 e incisos dão um embasamento e funciona como um freio que obsta o abuso de prerrogativas como forma de poder dirigindo a outros interesses que não os da justiça.

Neste sentido a defesa de um direito é inerente à natureza dos direitos, ou seja, a Carta Maior prevê as prerrogativas como verdadeiros direitos dos advogados, desde a mera ameaça até sua lesão (conforme o artigo XVVV da CF) cominando pela indenização pelo dano material e moral decorrente da violação de sua intimidade, vida privada, honra e imagem no livre exercício de seu ofício, limitado apenas pela lei.

No entanto, o poder está ligado às autoridades judiciais que pela natureza de seus cargos, auferem prerrogativas e poder de decisão frente às situações jurídicas, como por exemplo, os magistrados.

Diante disso, as prerrogativas dos advogados e o seu exercício, decorrem

do mais amplo direito de liberdade e qualquer abuso de poder que venha a atingi-las pode ser considerado constrangimento ilegal.

Assim afirmou Carvalho (1998, p. 93):

Constituem também constrangimento ilegal e que afetam a liberdade de ação do indivíduo, além dos delitos citados, a ameaça, a chantagem, a intimidação, a coação moral e física, o abuso de poder, isto é, todo ato que pretenda modificar ou impedir coercitivamente a intenção espontânea e ilícita de uma pessoa.

E continua asseverando que o poder utilizado desvinculado da norma jurídica poderá proporcionar o abuso de direitos e prerrogativas do advogado, posto que é a própria norma que ao definir condutas, limitando-as, comina pelo respeito ao bem comum. Violada esta surge à desarmonia social e suas conseqüências.

Cumprir consignar, que o advogado poderá ser protagonista do abuso de poder, mas esse comportamento é previsto e repudiado em face da moral e ética que permeiam a advocacia. Por isso o artigo 33 e 34 do EOAB prevêem as sanções disciplinares decorrentes desta conduta.

Todos os membros do Judiciário, membro do Ministério Público, à Autoridade Policial, bem como algumas autoridades do poder executivo e legislativo que ao usarem de suas atribuições para fim diverso, estarão desde já a praticar o abuso de poder.

Para isto a lei criou dispositivos normativos para coibir o abuso de poder. É o caso do direito de petição previsto no artigo 5º, XXXIV da CF, onde dispões que são assegurados a todos independentes do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

A Lei nº 4.898 de 09.12.1965 que afirma constituir abuso de autoridade qualquer atentado aos direitos e garantias legais assegurados o exercício profissional. Sem, contudo, esquecer do Mandado de Segurança e o Hábeas Corpus remédios hábeis, dependendo do abuso ou ilegalidade. Segundo Vidonho Junior (2002) os remédios constitucionais e suas medidas liminares cumprem um papel importantíssimo como instrumento de defesa das prerrogativas, direitos

líquidos e certos, do advogado, para que se possa cessar o ato ilegal ou o abuso de poder.

Poderá também configurar improbidade administrativa passível de representação para as corregedorias gerais, contra os abusos cometidos pelas autoridades públicas no exercício de suas funções, artigo 1º da Lei nº 4.989/65. Assim, os agentes públicos no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública direta, indireta ou fundacional, se violarem por ação ou omissão, princípios e deveres da administração pública, dentre eles o da ilegalidade, poderão incorrer no artigo 11 da lei nº 8.429/90.

Além da responsabilização civil, causado pela violação das prerrogativas dos advogados, configurando dano matéria ou moral nos moldes no artigo 186 do Código Civil Brasileiro.

O profissional de advocacia ainda possui uma ferramenta extrajudicial previsto no artigo 7º, XVII, do Estatuto da OAB, para coibir o abuso de poder. É o chamado desagravo público que consiste na publicação em um jornal ou escrito, na sede da OAB ou em veículo de comunicação, de texto tornando público o ato atentatório aos direitos dos advogados.

Rosenhtal (2005, p. 25) declara:

De fato, a responsabilização pela violência, pela arbitrariedade, pelo abuso, pelo desrespeito, inerentes a este tipo de medida, é do juiz de direito que a determinou. É o juiz de direito quem deve ser responsável, inclusive pela prática de abuso de autoridade, quando a medida se mostra excessiva.

O autor afirma isso ao concluir que o escritório de advocacia constitui asilo de informações do cliente para exercer o sagrado direito de defesa. Quando é determinadas a busca e apreensão no escritório de advocacia, onde o objeto de investigação é o cliente e não o advogado deve –se socorrer das vias cabíveis para evitar a afronta ao princípio da inviolabilidade do relacionamento entre advogado e cliente.

### **4.3 Invasões dos escritórios de advocacia: casos concretos.**

É de suma importância destacar alguns casos concretos de invasão de escritórios de advocacia que foram notícia na mídia. A classe de advogado intitulou o ano de 2005 como o ano recorde de invasões de escritórios

O Ministro da Justiça chegou a expedir as Portarias nº 1.287 e 1.288 para disciplinar as diligências da Polícia Federal no cumprimento de mandados judiciais de busca e apreensão. A primeira Portaria estabelece regramento geral para todas as diligências feitas pela Polícia Federal e a segunda trata especificadamente das buscas em escritórios de advocacia.

Assim a OAB de São Paulo entrou com um pedido de Mandado de Segurança Coletivo, de caráter preventivo, em julho de 2005, no Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente a OAB paulista apresentou representação na Procuradoria – Geral da República contra quatro juizes federais que determinaram buscas e apreensões em escritórios, foram três no Rio de Janeiro e um no Rio Grande do Sul.

Em Porto Velho (RO) foram invadidos em 12 de dezembro de 2005 por agentes da Polícia Federal. Sob os protestos do presidente da seccional da OAB de Rondônia, Orestes Muniz que enviou ofício ao Ministro da Justiça, cobrando o cumprimento da Portaria 1288/2005 que regulamenta busca e apreensão em escritórios.

Outra operação conhecida e noticiada foi a Operação Cevada que investigava sonegação fiscal de empresas e bebidas como a Schincariol, a segunda maior cervejaria do país. Na ocasião houve mandado de busca e apreensão no escritório do renomado advogado Luiz Olavo Baptista, em São Paulo, que representava a empresa.

Houve também uma tentativa por parte do Ministério Público Federal na investigação contra o presidente do Banco Central, Henrique Meirelles, foi feito o pedido junto ao Supremo Tribunal Federal para que a OAB paulista abrisse seus registros e fornecesse a relação de advogados do escritório Demarest e Almeida que representava Meirelles.



Mas o Ministro Marco Aurélio de Melo negou o pedido do MPF e declarou em sua decisão que tal requisição à OAB reveste-se de inexistência de base maior para atendê-la e diz que o que surge é a ilação de atividade desenvolvida pelos causídicos no âmbito profissional e aí prevalece a inviolabilidade por atos e manifestações conforme a Lei nº 8.906/94 e o artigo 133 da Constituição Federal.

## CONCLUSÕES

A reflexão aqui, ora apresentada pelo presente estudo não teve a pretensão de esgotar o assunto, bem como por termo as possíveis soluções jurídicas elencada para as mais diversas situações previstas ou naquelas que ainda possam surgir nas relações sociais, jurídicas e políticas.

Mas a verdadeira intenção foi estabelecer algumas observações importantes na atual conjuntura que envolve setores e instituições ligadas ao Poder Judiciário, ou seja, levantar a questão no que diz respeito a todas as profissões como a Magistratura, o Ministério Público e em especial a advocacia, que são profissões indispensáveis à administração da justiça, com a finalidade de alcançar a pacificação social.

A invasão de escritório de advocacia traz à tona crise de valores. Embora todas as profissões sejam honrosas e se deva exercer com nobreza e ética, ocorre que, quando se está investido de algum poder, seja ele de julgar, investigar, conduzir um processo ou procedimento, o detentor de tais atribuições, poderá eventualmente ultrapassar os limites a ele conferido e assim violar direitos e garantias consagrados.

É cediço que não existe hierarquia entre juizes, advogados, membros do Ministério Público e outras servidores da justiça, sendo que sempre haverá bons e maus profissionais em todos os segmentos, daí que o direito (conjunto de normas jurídicas vigentes no país) não existe com o intuito de salvaguardar as pessoas, não é este o fim a que se destina o direito.

Mas, quando se vê a sociedade num quadro de desordem, violência e inseguranças crescentes, as autoridades insistem em desviar a atenção das pessoas e disfarçar sua ineficiência no combate ao crime e a corrupção, transferindo a terceiros, no caso os advogados, parte da responsabilidade pela incapacidade em manter a paz social e cumprir os direitos e princípios fundamentais previstos no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil.

Por isso, viola os segredos profissionais, inerentes ao advogado, como também o dever presente em outras profissões como a medicina, psicologia e o contabilista entre outros. Ou outras vezes, violam prerrogativas profissionais e utilizam meios e artifícios ardis, caracterizando o crime de abuso de autoridade entre outros prejuízos.

Deve-se levar em conta que o respeito à profissão do advogado é uma espécie de indício da existência da democracia. Mesmo quando surge formas de desequilibrar a convivência social, o operador do direito, como qualquer outro indivíduo, deve buscar a justiça.

Por assim dizer é que uma sociedade justa como aquela em que as liberdades da cidadania são considerados invioláveis, os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo de interesses sociais, concluído que a verdade e a justiça são virtudes primeiras das atividades humanas, são indisponíveis (RAWLS, 1997, p. 03).

Diante de situação limitadora que viole ou impeça o exercício livre e independente da advocacia, na defesa da sociedade, o causídico possui instrumentos para se livrar da arbitrariedade perpetrada.

Aliás, a ciência do Direito, com sua natureza comportamental influi para que as autoridades sofram sanções em face do abuso de poder, o que contribui para o desestímulo da conduta violadora de direitos, com o objetivo de que não voltem a ser repetida.

Para isso existem instrumentos extrajudiciais e judiciais. Os extrajudiciais são de três ordens, o primeiro consiste no desagravo público previsto no artigo 7º, XVIII do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil e o segundo é o pedido de providências à autoridade hierarquicamente superior, que está fundado no direito de petição previsto constitucionalmente. Já o terceiro instrumento, consiste na representação na esfera administrativa às corregedorias gerais dos respectivos órgãos, contra abusos cometidos pelas autoridades no exercício de suas funções, com previsão no artigo 2º, alínea “b” e artigos 3º e 4º, todos da Lei nº 4.898/65.

A conduta ilícita penal no caso de violação das prerrogativas do advogado pode caracterizar crime contra a honra e crime contra a liberdade individual. Na jurisdição civil, poderá configurar dano material e moral, nos moldes do artigo 186 do Código Civil.

Afinal, o advogado exercendo seu mister dentro do Princípio da Legalidade, alcança suas prerrogativas como verdadeiros direitos humanos, decorrentes dos direitos às liberdades, dignidade e ao livre exercício da profissão, visando o cumprimento da sua função social e a defesa da sociedade, com fulcro nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADIERS, Leandro Bittencourt. **Notas sobre os sigilos telefônicos, profissional e bancário e sua interpretação no STF e STJ.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?i=2685>. Acesso em: 02 ago. 2006.

AMARAL, Luciana. **Sigilo Profissional.** Revista Justilex – a. IV – n. 40 – Abril de 2005.

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro.** V. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Typ Batista de Souza, 1920.

ANANIAS, Ana Maria de Araújo; CASTRO, Andréa Lucas Sena de et al. **Advocacia e Advocacia Geral da União.** Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, de dezembro de 1988. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=306>. Acesso em: 15 de março de 2006.

ANTUNS, Apio Cláudio de Lima et al. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.** Rio de Janeiro: Ed. AIDE, 1997.

AZEVEDO, Flavio Olimpio de. **Ética e Estatuto da Advocacia.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2004.

\_\_\_\_\_. **Comentários às Infrações Disciplinares do Estatuto da Advocacia.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2.002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 1988.

BATISTA, Nilo. **Estado de Direito Assaltado. Inadir escritório de advocacia é igual violar confessionário.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: [http://conjur.estadao.com.br/static/text/43920?display\\_mode=print](http://conjur.estadao.com.br/static/text/43920?display_mode=print). Acesso em: 30 de agosto de 2006.

BRASIL, **Código Civil.** Organizador Antonio Luiz de Toledo Pinto, et al. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, **Código de Processo Civil e Legislações Especiais.** Colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, **Código penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal.** Organizador, Anne Joyce Angher. São Paulo: Rideel, 2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Hábeas Corpus n. 4.539; Relator: Min. Jesus Costa Lima; Brasília, 2 de agosto de 1995.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão n. 58. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 19 de abril de 1999, Diário da Justiça, Seção I, p. 4.580.

BRASIL. **O STF e as Comissões Parlamentares de Inquérito**. Disponível em: <http://stf.gov.br/jurisprudencias/cpi/cpi.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2006.

CARVALHO, Tarcísio Aparecido Higino. **A produção de provas no inquérito parlamentar na Câmara dos Deputados**. Revista de Informações Legislativas. Brasília: a 42, nº 166 - abril – junho/2005.

CONFLITOS DE CLASSE. **Juízes defendem invasão a escritórios de advocacia**. Consultor Jurídico. Disponível em: [http://conjur.estadao.com.br/static/text/35543?Dislay\\_mode=print](http://conjur.estadao.com.br/static/text/35543?Dislay_mode=print). Acesso em: 31 de outubro de 2005. Não se pode esquecer de que o ilustre idealizador do texto do artigo 217 da Constituição Federal foi Álvaro Melo Filho.

COUTURE, Eduardo. **Os Mandamentos do Advogado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 3º, 1978.

O Estatuto da OAB. **O Estado de São Paulo, 21 de maio de 2006**. Seção, Caderno e página.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **“Invasões” de escritório de advocacia**. Requisitos dos mandados de busca e apreensão. Jus Postulandi, Teresina, a. 9, n. 754, 28 jul. 2005. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7080>. Acesso em: 02 agosto, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2000.

GUTERRES, Luis Augusto. **Prerrogativas do Advogado**. Revista Jurídica Consulex – Ano VIII – n. 173 – 31 de março de 2004.

Jornal do Advogado. **Um basta à truculência**. São Paulo: Ano XXX, N. 294, maio de 2005.

Jornal do Advogado. **OAB - SP propõe debate sobre o papel dos advogados nas CPIs**. São Paulo: Ano XXXI N. 299, outubro de 2005.

Jornal do Advogado. **Prerrogativas na Berlinda**. São Paulo: Ano XXXII, N. 308 – julho de 2006.

LOBÔ, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MADEIRA, Hécio Maciel França. **História da Advocacia: origens da profissão de advogado no direito romano.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MAMEDE, Gladston. **A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.** São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos da legislação do advogado.** São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, Jader. **Prerrogativas do Advogado: uma garantia da sociedade.** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: N. 28 – outubro – novembro, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Ed. Atlas, 1997.

NÓBREGA, Airton Rocha. **A Função Social do Advogado.** Revista Jurídica Consulex – a. V – n. 112 – 15 de setembro de 2001.

\_\_\_\_\_. **Detratores da Advocacia.** Revista Jurídica Consulex – a. VIII – n. 172 – 15 de março de 2004.

PANSANI, KÁTIA Verginia. **Estatuto da OAB e Código de Ética e Disciplina.** Campinas: Copola, 1997.

RABELO, Afonso Celso Teixeira. **Tortura: Uma Velha Aliada.** Revista Jurídica Consulex – Ano IX – n. 201 – 31 de maio de 2005.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1997.

ROSENTHAL, Sérgio. **A Inviolabilidade dos Escritórios de advocacia.** Revista Jurídica Consulex. a. IX – n. 201 – 31 de maio de 2005.

SAMPAIO, Onofre Carlos de. **Direitos e Garantias Fundamentais.** Revista Jurídica Consulex. a. IX – n. 201 – de 31 de maio de 2005.

SCALABRINI, Jairo Henrique. **Cartilha de Prerrogativas e direitos do advogado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 912, 1 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7761>. Acesso em: 02 ago. de 2006.

SOARES, José Ribamar Barreiros. **O que faz uma CPI.** Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado.** São Paulo: Ed. LTr, 1975.

SILVA, Jose Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

TORON, Alberto Zacharias. **As Comissões Parlamentares de Inquérito e as Prerrogativas dos Advogados**. IBCCRIM, jurisprudências, Ano 8, nº 97 – Dezembro de 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 3º vol., 24º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VIDONHO JUNIOR, Amadeu dos Anjos. O abuso de poder e as prerrogativas do advogado. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://jus2uol.com.br/doutrina/texto,asp?id=2852>. Acesso em: 20 jul. 2006.

VILLELA, José Guilherme. **O advogado nos Juízos, Tribunais e Orgãos da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, vil. 227 – jan/mar de 2002.